

55

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

LES PRATIQUE ET PRO

Revista

Enero 2025

55

Revista Penal

Penal



Enero 2025



tirant
lo blanch



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 55

Sumario

Doctrina:

– Noticias falsas y amnistía, por <i>Miguel Abel Souto</i>	5
– La bipolaridad del Código Penal, por <i>María Acale Sánchez</i>	14
– Los retos del Derecho penal posmoderno: los coches autónomos y el sistema de faltas en el ordenamiento jurídico italiano, por <i>Maristella Amisano</i>	31
– La libertad de expresión. Algunas reflexiones desde el Derecho penal, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> ..	45
– La <i>desaparición</i> de la delincuencia infantil en España, la consiguiente ausencia de debate y, de nuevo, un espejo en el que mirarse: Alemania, por <i>Miguel Ángel Cano Paños</i>	66
– Inaplicación del principio de no punición a víctimas de trata de seres humanos (comentario de la STS 960/2023, de 21 de diciembre), por <i>Marcos Chaves-Carou</i>	83
– Personas jurídicas instrumentales como sujetos inimputables a efectos del régimen legal del art. 31 bis CP: posibilidades de respuesta penal, por <i>Javier G. Fernández Teruelo</i>	96
– Manipulaciones bursátiles, redes sociales y desinformación. El “Caso Gamestop” como piedra de toque del delito del art. 284.1.2º del Código Penal, por <i>Alfonso Galán Muñoz</i>	112
– Mentiras e ilusiones. Acerca de las ultrafalsificaciones, por <i>Mª del Carmen Gómez Rivero</i>	128
– La amnistía como (nueva) causa de extinción de la responsabilidad penal: aspectos problemáticos de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, por <i>José León Alapont</i>	155
– Las objetables y escasamente atendidas “defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”: ¿castigo penal de la pobreza energética e ilícitos civiles criminalizados?, por <i>Félix Mª. Pedreira González</i>	181
– Entidades pantalla y proceso penal, por <i>Pedro Pablo Pulido Manuz</i>	209

Sistemas Penales Comparados:

– Delitos de malversación o peculado (<i>Crimes of embezzlement</i>)	235
--	-----

Bibliografía:

– Abadías Selma, Alfredo: <i>Violencia de Género: Una exégesis sobre su tipología delictiva</i> , Editorial Dykinson, Madrid, 2023, 204 páginas, por <i>Núria Fernández Albesa</i>	307
– Ferré Olivé, Juan Carlos: <i>El delito de blanqueo de dinero</i> . Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 412 páginas, por <i>Caty Vidales Rodríguez</i>	313
– Muñoz Conde, Francisco: <i>El antiliberalismo en el Derecho penal</i> , por <i>Jaime Couso Salas</i>	317
– Muñoz Conde, Francisco: <i>El antiliberalismo en el Derecho penal</i> , por <i>José Luis Guzmán Dalbora</i>	320

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>.

Pueden consultarse números posteriores en <https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/index>



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I^o
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Alessandro Melchionda. Univ. Trento
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
John Vervaele. Univ. Utrecht
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)
Consuelo Murillo Ávalos (Chile)
Jiajia Yu (China)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Luigi Foffani (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)
Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Baris Erman y Saba Üzaltürk (Turquía)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

Bibliografía



Comentarios bibliográficos

Revista Penal, n.º 55 - Enero 2025

► **Recensión: Abadías Selma, Alfredo, *Violencia de Género: Una exégesis sobre su tipología delictiva*, Editorial Dykinson, Madrid, 2023, 204 pp., ISBN: 978-84-1170-737-4, por Núria Fernández Albesa**

A la fecha de empezar a escribir estas líneas (junio de 2024) hay confirmados por parte del Ministerio de Igualdad un total de 14 casos de mujeres asesinadas por violencia de género en España. La última actualización es de 7 de junio con el feminicidio de Florica, una mujer de 54 años que vivía en Benaguasil (Valencia). Su marido de 64 años, con una escopeta de caza, mató a la mujer y a su hijo —de 26 años— y luego se quitó la vida. No había denuncias previas por violencia de género.

El año 2023 cerró con 58 mujeres asesinadas a manos de un hombre que era o había sido su pareja; nueve víctimas más que en el año 2022. Dos de ellas eran menores de edad, y en tan solo 15 de los 58 feminicidios existía una denuncia previa. El 58,6% de las víctimas mortales tenían edades comprendidas entre los 31 y 50 años. Desde el 1 de enero de 2003 —fecha en la que se comenzaron a contabilizar oficialmente estos crímenes—, hasta el 31 de diciembre de 2023, las víctimas han ascendido a un total de 1.240¹. En lo que llevamos de año 2024, las víctimas han sido 5, llegando así a las 1.245.

El año 2023 ha sido de los más trágicos en relación con la violencia de género (en adelante, VG), y lo más preocupante de todo es que se prevé una tendencia al alza en este tipo de crímenes. Nos encontramos en la punta del iceberg, en la cúspide de una pirámide, se

trata de la violencia más extrema contra de las mujeres; por debajo de esta realidad, encontramos desde aquellos comportamientos machistas que pueden pasar desapercibidos o que la sociedad ha aprendido a perdonar o a normalizar, y todos aquellos actos penados en nuestro Código Penal en los que la víctima es la mujer (delito de lesiones y malos tratos, lesiones al feto, amenazas, coacciones, detenciones ilegales, matrimonios forzosos, delito de *stalking*, delito de acoso —tanto el laboral como el callejero—, el acoso sexual, agresiones sexuales, delito de *sexting*, y un largo etcétera).

Urge despertar conciencias, y la obra del Doctor Abadías Selma, que lleva por título *Violencia de Género: Una exégesis sobre su tipología delictiva*, publicado en el año 2023, es un elemento clave e indispensable para tal fin. Cuando tuve la oportunidad de escribir una reseña y discutir sobre un tema tan sensible y relevante como es la violencia de género, pensé que era todo un reto para mí; en primer lugar, porque soy mujer, y, en segundo lugar, porque desde que tengo uso de razón me he cuestionado la existencia de esta violencia contra las mujeres y las principales causas de su persistencia en pleno siglo XXI. ¿Qué hace que las mujeres sean víctimas de tanta brutalidad? No cabe duda de que existen muchos intentos de disminuir o erradicar el alcance de la violencia de género. La Asamblea General de las Naciones Unidas lo intentó en el año 1999 cuando designó el 25 de noviembre como Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, y desde entonces, los intentos para erradicar esta violencia han aumentado, pero parece ser que de forma insuficiente.

En esta reseña relataremos los principales aspectos y puntos clave de la obra, y aludiremos a su relevancia

¹ Podríamos añadir más cifras: entre el 1 de enero de 2013 y hasta el 31 de diciembre de 2023, se han confirmado 50 casos de menores de edad asesinados por violencia de género. El número de huérfanos y huérfanas, menores de 18 años, víctimas de violencia de género desde 2013 hasta diciembre de 2023, es de 432; de los cuales 57 tuvieron lugar este año 2023. En «Principales datos sobre violencia de género. Diciembre de 2023». *Ministerio de Igualdad*. Disponible en línea: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/boletines/boletinMensual/2023/home.htm> [fecha de consulta: 12 de junio de 2024]

para nuestro Derecho Penal, pues el Dr. Abadías Selma, a través de una rigurosa y minuciosa investigación, nos ha brindado la única obra existente en toda España que recoge todos los tipos delictivos en los que la mujer puede ser víctima de violencia de género.

En el primer párrafo del primer Capítulo, el autor nos habla de la igualdad de género, y elige una cita que, a nuestro parecer, es tan cierta como inquietante, y que hemos decidido reproducir íntegramente: «*La violencia contra mujeres y niñas es una violación de los derechos humanos. Es violencia contra familias, comunidades, naciones y la propia humanidad. Este tipo de violencia no conoce fronteras y afecta a mujeres y niñas de todas las edades, de todos los estratos económicos, de todas las razas y de todos los credos y culturas*». Entender la violencia de género —y todo lo que conlleva— como un ataque o una violación a los derechos humanos, significa que todos somos responsables de que las mujeres puedan vivir sin ningún tipo de temor ni abuso. Así, nadie puede eludir su responsabilidad; esta recae en todos los miembros de nuestra sociedad, sea del género, edad, cultura o religión que sea.

El profesor Abadías Selma comienza situándonos en el ámbito internacional, exponiendo las preocupaciones en torno a la protección de los derechos y libertades de las mujeres y a la igualdad de género, y haciendo hincapié en el hecho de que la mujer debe enfrentarse a más desigualdades y que, según su condición —etnia, cultura, raza o religión— aun la convierte en una mujer más vulnerable. Todo ello comporta la gran necesidad jurídica y social de abordar toda clase de discriminación.

El autor nos introduce también en las estructuras patriarcales, grandes detonadores de las desigualdades y discriminaciones que afectan a las mujeres, y de forma clara y concisa nos explica que para dar visibilidad a esta problemática tan extrema se acudió al término que hoy en día se conoce como feminicidio.

Según la RAE, feminicidio es aquel asesinato de una mujer a manos de un hombre por machismo o misoginia². A su vez, machismo es aquella actitud de prepotencia de los varones respecto a las mujeres. Se trata de dos definiciones que invitan a una profunda reflexión con tal de cambiar una situación social tan preocupante como la descrita en los primeros párrafos de esta reseña, en una situación lamentablemente *in crescendo*.

El profesor Abadías Selma nos habla del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la violencia de género, y de forma muy certera nos explica que en el año 1950 (cuando se aprobó el Convenio de Derechos Humanos) la VG no era un tema que necesitara de una atención especial. Hubo diferentes instrumen-

tos internacionales que no se ocuparon de este tema. Así, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es un tratado internacional que tiene como objetivo garantizar la igualdad de género y eliminar la discriminación contra las mujeres, sin embargo, no se ocupó de la violencia de género. Explica el autor que el primer instrumento internacional que reconoció el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia data del año 1994. Se trata de la Convención de Belem do Pará. Le sigue la Recomendación sobre la protección de las mujeres contra la violencia del año 2002 que condenó cualquier maltrato contra la mujer. Años más tarde, en 2011, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el Convenio de Estambul sobre la Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica. Se trata del primer tratado internacional que abordó específicamente la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica como una violación de los derechos humanos. Su objetivo principal es establecer un marco integral para prevenir la violencia de género, proteger a las víctimas y perseguir a los agresores. Este convenio ha sido útil como referente en muchos estados miembros para la creación de leyes nacionales en la lucha contra la VG, y ha influido en la visión y el tratamiento de este tema por parte del TEDH, que cambió el criterio en muchas de sus sentencias.

En el Capítulo II el Dr. Abadías Selma nos habla sobre aquellos episodios en los que las mujeres fueron discriminadas y violadas por soldados de guerra en algunos conflictos bélicos internacionales, nos explica el papel que tuvo el Tribunal Penal Internacional (TPI) para la ex Yugoslavia, y nos expone la definición de tortura, toda vez que nos introduce en los delitos de violación en situaciones de guerra y de persecución por motivos de género. También se hace referencia al grupo de expertos internacionales que se dedicaron a elaborar un análisis de las flagrantes violaciones de los Convenios de Ginebra; elaboraron un informe que ayudó a identificar y comprender la magnitud y la naturaleza de las violaciones de derechos humanos perpetradas. Redactaron otro informe para los crímenes de genocidio ocurridos en Ruanda. El profesor Abadías Selma hace referencia también al Código Penal Internacional, también conocido como Estatuto de Roma, que entró en vigor en el año 2002, siendo el primer instrumento legal a nivel internacional que abordó de forma integral los crímenes sexuales.

En el Capítulo III podremos ver donde está regulada la violencia de género en España y cómo el autor analiza sus principales puntos, explicándonos también los distintos tipos de violencia que un agresor puede

2 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.7 en línea]. <https://dle.rae.es>. Disponible en: <https://dle.rae.es/feminicidio> [Fecha de la consulta: 17 de junio de 2024].

ejercer sobre su víctima (violencia física, psicológica, sexual y económica). Acto seguido se nos explica de forma muy clara que la falta de exigencia del elemento intencional de machismo en las acciones del autor, como parte del elemento subjetivo del tipo, ha condicionado muchas absoluciones y muchas otras condenas. Seguidamente encontramos un recorrido entre los numerosos recursos de inconstitucionalidad de los que ha sido objeto la Ley Orgánica de violencia de género. Termina el autor hablándonos, de forma muy acertada, sobre la importancia de los programas de especialización en esta materia para aquellos profesionales que deban enfrentarse a este tipo de crímenes.

En el cuarto capítulo el investigador nos introduce en la violencia intrafamiliar, distinguiendo los distintos tipos de violencia doméstica en función del sujeto pasivo: violencia de género, violencia sobre ancianos, violencia sobre menores, violencia de menores contra ascendientes, y la violencia entre hermanos; todo ello indicándonos que el lenguaje verbal utilizado en el día a día a nivel familiar juega un papel crucial en la perpetuación de la violencia de género, siendo, por ende, esta misma la que más transcendencia tiene.

Abadías Selma define la violencia de género como cíclica, intermitente, impredecible, insidiosa e intencionada, y en su obra, hace alusión a la “Teoría del ciclo de la violencia en las relaciones íntimas”, la cual consta de tres fases, entre las cuales tienen lugar los actos de violencia física, sexual y emocional. Seguidamente se resaltan las diferentes disposiciones normativas estatales que se han venido aprobando a lo largo de los años tendentes a la protección a las víctimas por VG y se hace mención a algunas de las medidas que se introdujeron a través de estas.

En el capítulo V Abadías Selma nos recuerda la significativa modificación que tuvo lugar a raíz de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, consistente en la eliminación de la exigencia de la estabilidad en las relaciones análogas de afectividad a la conyugal y ampliación de su alcance, aunque no exista una relación de convivencia entre el agresor y la víctima. No obstante, parece ser que la modificación no llevó aparejada una redacción clara y precisa del tipo penal y, por ende, fueron abundantes los criterios y las discrepancias doctrinales que le siguieron, como la falta de consenso acerca del género del agresor o el debate respecto a la VG ocurrida en las relaciones extramatrimoniales.

A continuación, el autor analiza, de una forma muy detallada los delitos de violencia de género ocurridos entre parejas transexuales —centrándose, por el momento, cuando el sujeto activo tiene tal condición— con la descripción de un caso real ocurrido y juzgado

en el año 2017 entre una pareja formada por una víctima de delito de malos tratos de género —ex artículo 153.1 y 153.3 del CP— y su agresor, quien previamente era mujer y ya había pasado por el proceso de cambio de sexo y en aquel momento se identificaba como un hombre. La defensa interpuso recurso alegando que la condición de transexualidad del condenado debía quedar extramuros del ámbito subjetivo del ilícito penal de malos tratos por el que se le había condenado. El Tribunal, sin embargo, confirmó la sentencia de primera instancia haciendo alusión a la Circular 4/2005, de 18 de julio, de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género.

Creemos que es importante reproducir su tenor literal:

«... las parejas de un mismo sexo han quedado excluidas de su ámbito de especial protección, aunque no puede ignorarse que en algún supuesto en ellas podrían reproducirse relaciones de dominación análogas a las perseguidas en esta Ley por interiorización y asunción de los roles masculinos y femeninos y de sus estereotipos sociales. Por el contrario, sí será de aplicación a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer».

A propósito de las parejas homosexuales, el profesor Abadías Selma aclara que se trata de actos de violencia doméstica al realizarse la relación especial que existe o haya existido entre los miembros de la pareja, y no el sexo del sujeto activo o pasivo.

En el capítulo VI vemos que Abadías Selma se muestra crítico con el papel que tiene actualmente el derecho penal en relación con la mujer, y es que a pesar de que podemos beneficiarnos de unas instituciones jurídicas que se ocupan de resolver conflictos privados y públicos y que tienen un cierto poder para interpretar y aplicar la ley, las mujeres no han gozado —ni gozan— del mismo nivel de protagonismo que los hombres. Empezando por el carácter patriarcal y androcéntrico de algunas normas jurídicas, así como de la composición de nuestro Alto Tribunal, en el que la representación femenina solamente es de un 12,34% del total (hay 10 mujeres entre el presidente, el vicepresidente, los cinco presidentes de sala y los setenta y cuatro magistrados), el autor quiere reflejar la importante necesidad de una justicia feminizada, libre, y sin obstáculos para la mujer. Fuera de este ámbito profesional, Abadías Selma muestra su conformidad en torno a la urgencia de redacción y aplicación de una norma con perspectiva de género que atienda a las necesidades específicas de las mujeres, con el consiguiente refuerzo del principio de igualdad. Con acierto, el autor termina este capítulo mencionando a los menores de edad que están expuestos a la violencia de género, pues estos pueden verse

afectados de doble forma: psicológica y moralmente por haber vivido entre un ambiente violento, y siendo ellos mismos las víctimas del agresor con la intención de dañar emocionalmente a la madre, lo que se conoce como violencia vicaria. Ante esta situación tan trascendental, Abadías Selma nos explica que el legislador tomó medidas legislativas para proteger a estas víctimas y garantizarles una mayor seguridad. La Ley Rhodes es un claro ejemplo de ello.

A partir de aquí, y a través de diferentes capítulos, el autor hace un itinerario jurídico entre todos aquellos delitos en los que la mujer puede ser víctima de violencia de género, centrándose, en cada uno de ellos, en aquellos aspectos que inciden o afectan a la comisión de estos a través de la VG, por lo que, el lector, no se encontrará con el típico y estudiado esquema de derecho penal, sino que podrá leer un estudio de aquellos aspectos más relevantes en torno a la violencia de género.

El profesor Abadías Selma, para introducir el Capítulo VII, que lleva por nombre «Delitos contra la vida», nos habla sobre la circunstancia que agrava la responsabilidad criminal regulada en el artículo 22.4 del CP; el legislador, mediante la LO 1/2015, introdujo la agravante por razones de género y eso acarreó diferentes discusiones doctrinales que de forma abreviada se exponen en la obra. Algunos autores coinciden en que se trata de un aspecto positivo; Abadías Selma manifiesta que la agravante busca visibilizar el problema de la discriminación y la violencia de género, siendo importante proteger a las víctimas y combatir las actitudes machistas. Sobre todo, cuando se atenta contra la vida. Así ocurre cuando un hombre mata a su esposa, exesposa, o mujer con la que tiene o ha tenido una relación de afectividad. El profesor explica el homicidio y el asesinato cuando son cometidos por VG, haciendo referencia a las circunstancias más relevantes (la legítima defensa, la alevosía convivencial o doméstica y el ensañamiento). También menciona el aborto y el delito de lesiones y malos tratos, protegiéndose en estos últimos la integridad corporal y la salud física o mental de aquellas mujeres maltratadas por los hombres. Así, el artículo 148.4 del CP presta atención a la condición de género de la víctima, y el artículo 153 del CP castiga el maltrato ocasional contra la mujer por parte de su cónyuge, pareja o expareja masculina. El autor termina el capítulo aludiendo a las lesiones al feto y los impactos que puede tener la violencia de género efectuada durante el embarazo.

En el Capítulo VIII, dedicado a los delitos contra la libertad, el profesor Abadías Selma nos habla sobre el delito de detención ilegal y de amenazas —haciendo referencia a la continuidad delictiva— y a las coacciones. En la línea de estos delitos, el autor cita también a los matrimonios forzados como una violación grave de

los derechos humanos y como una forma de violencia de género que perpetúa la discriminación y la desigualdad entre los sexos. Es delito en nuestro CP desde el año 2015; pues debido a la migración, este tipo de matrimonios se ha concretado en muchos países europeos como España, y el legislador penal decidió castigar esas conductas. Como bien indica Abadías Selma, «se busca salvaguardar el derecho fundamental de una persona a elegir libremente su estado civil y a no ser coaccionada o forzada a contraer matrimonio contra su voluntad». Hay una perspectiva según la cual estos matrimonios deben ser considerados como una manifestación de la violencia de género debido a la afectación que tienen en las desigualdades al someter a las mujeres —y a las niñas— a matrimonios impuestos. El autor continúa explicando que se presenta otro escenario común que debe castigarse: el hostigamiento de un hombre hacia una mujer tras su ruptura sentimental —delito de hostigamiento o acecho “Stalking”—. Afirma el autor, de manera muy acertada, que la perspectiva de género es crucial en el abordaje de estos casos, debido a que el vínculo de relación de la pareja o expareja intensifica la dinámica de dominación y sumisión hacia la víctima. Abadías Selma explica que, debido a las nuevas tecnologías, han surgido nuevas formas de violentar a la mujer. Un ejemplo de ello es el “stalking” o acoso ilegítimo.

En el Capítulo IX se habla sobre los delitos contra la integridad moral regulados en los artículos 173.2 y 173.3 del CP, los cuales protegen la integridad física de las víctimas, así como también su bienestar psicológico y emocional en un contexto de violencia en el entorno familiar. En este punto, el profesor realiza una adecuada explicación en relación con el bien jurídico protegido en estos delitos, pues se destaca la seguridad y el bienestar de los integrantes de una familia, y en especial el de aquellas personas más vulnerables, como pueden ser las mujeres. Seguidamente, el autor alude al delito de violencia física y/o psíquica habitual, al delito de acoso laboral, también conocido como “mobbing”, —se trata de escenarios en los que las mujeres presentan factores de riesgo debido a su posición más vulnerable en las empresas, y sufren, por ello, algún trato discriminatorio, hostil o abusivo—, y al delito de acoso callejero, el cual se dirige de forma muy desproporcionada hacia las mujeres.

El Capítulo X trata sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. En este capítulo, el profesor Abadías Selma cita, como no puede ser de otra manera, el caso de “La Manada”, un crimen de gran relevancia que hizo cuestionar, en ese momento, la legislación española en referencia a la libertad sexual. Fue el Tribunal Supremo, con su Sentencia 344/2019, de 5 de julio, el que terminó con el debate judicial y las diferentes discusiones que generó este caso. Posteriormente, como

respuesta a la atención mediática y la tensión jurídica que provocó el caso de “La Manada”, se aprobó la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, conocida como la “Ley del sólo sí es sí”. El autor explica que igualmente quedaron algunas cuestiones un tanto confusas y complejas, que son expuestas en la obra, tales como la unificación de los delitos de agresión sexual y abuso sexual en un solo tipo, o la introducción de tres categorías de violencia (violencia e intimidación no cualificada, violencia de extrema gravedad y actos de carácter degradante o vejatorio). Seguidamente, Abadías Selma hace un análisis sobre los elementos del tipo y las agresiones y violaciones ocurridas en el matrimonio o la pareja, indicando que en estas últimas existe una relación especial o más estrecha entre el agresor y la víctima. El autor termina el acápite hablando sobre el acoso sexual en entornos laborales.

Los delitos contra la intimidad y la propia imagen son tratados en el capítulo XI, en los que se protege la libertad individual, la libertad física de cada persona, su derecho a moverse libremente y a expresarse de acuerdo con su propia voluntad, así como también se ve protegida la libertad psicológica. El primer delito analizado por el autor es el de descubrimiento y revelación de secretos en el ámbito familiar y conyugal, tratándose este de acceder a la intimidad de otra persona sin su consentimiento y luego divulgar o difundir información confidencial. El profesor Abadías Selma distingue este delito del delito de *sexting*, el cual consiste en la difusión sin la correspondiente aprobación de imágenes o grabaciones adquiridas con el consentimiento de la víctima en un espacio privado. Como bien explica el autor, con anterioridad a la penalización de esta conducta, el envío voluntario de las imágenes al agresor no se consideraba un descubrimiento ilícito debido a la decisión tomada de la víctima. Por ende, se creó la figura legal del *sexting*, la cual castiga la difusión y transmisión posterior del contenido íntimo difundido con consentimiento. El Código Penal prevé una calificación especial cuando el autor del delito es el cónyuge o una persona con quien mantiene o ha mantenido una relación análoga de afectividad, incluso sin convivencia. Explica Abadías Selma que esta agravación se aplica tanto a casos de VG como a casos de violencia doméstica, lo que significa que se puede castigar tanto a un hombre que difunda sin consentimiento imágenes íntimas de una mujer, como a una mujer que realice esa misma conducta. El autor también hace referencia a la sextorsión y al “*Revenge porn*”.

En el capítulo XII, el autor aborda los delitos contra el honor, haciendo referencia a la injuria y a su cronología histórica en cuanto a su significado y alcance. Lo mismo hace con el concepto de honor, destacando del mismo que se trata de un delito que históricamente ha supuesto una concepción patriarcal y discriminato-

ria hacia las mujeres al otorgar un trato privilegiado al hombre y permitirle actos violentos. Actualmente, explica Abadías Selma, que el honor es reconocido como un derecho fundamental en nuestra Carta Magna, y su ataque supone un ataque directo a la dignidad de la persona. Seguidamente, el profesor hace referencia a la *exceptio veritatis* y a los elementos del delito de calumnia, facilitando al lector un claro ejemplo de este delito para favorecer el entendimiento del mismo. Para terminar el capítulo, Abadías Selma analiza el delito de injurias en la violencia doméstica, diferenciando las graves de las leves, y exponiendo, otra vez, un ejemplo para facilitar al lector la comprensión del tipo penal.

En el capítulo XIII, el autor nos habla de los delitos contra los derechos y los deberes familiares, en los que se protege el interés y el bienestar familiar. Nos adentra en estos delitos dividiéndolos en tres grupos: el primero referente al quebrantamiento de los deberes de custodia y la inducción de menores al abandono del domicilio, el segundo en torno a la sustracción de menores, y el último al de abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En relación con el primero de estos, el autor nos explica, de una forma muy comprensible, que se castiga la inducción a un menor para que abandone su hogar con el permiso de sus padres, tutores, o guardadores, y se castiga también a los progenitores que induzcan a su hijo a incumplir con el régimen de visitas, toda vez que indica que mediante esta penalización se busca proteger el interés y la salvaguarda del menor. En referencia a las sustracciones interparentales de menores, el autor explica que el CP del 1995 presentó un vacío legal frente a estas conductas, debiendo acudir a otras figuras jurídicas y a las interpretaciones jurisprudenciales. La legislación civil y penal tuvieron que ir de la mano, pero parece ser que los casos no se alineaban. Se pretende proteger a la familia, las relaciones familiares, y la libertad del progenitor. El autor, de manera muy necesaria, hace referencia a la sustracción internacional de menores y el vínculo que presentan con la violencia de género, y es que, en muchas ocasiones, los procesos de divorcio en los que se está decidiendo acerca de una guarda y custodia, hay también episodios de violencia de género, y eso favorece la residencia del hijo con su madre, o bien en el país de origen, o bien en otro país, pero siempre deben permanecer juntos. Tal como explica Abadías Selma, existen convenios internacionales entre estados que favorecen la prevención de este tipo de delitos, e incluso existen algunos en los que se regula el retorno rápido y seguro del menor a su país de residencia habitual. Debemos tener en cuenta que en alguna ocasión es la madre la que ha salido de su país de origen con su hijo menor, y no puede volver por temor a ser dañada nuevamente por el padre privado de este. En estos casos, y ante el riesgo de sufrir daño físico o

emocional en caso de retorno, son los jueces quienes deben analizar cada situación. Por último, el profesor Abadías Selma delimita el delito de incumplimiento de los deberes legales de asistencia relacionados con la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, y el delito por la falta de prestación de la asistencia necesaria establecida por la ley para el sustento de los descendientes, ascendientes o cónyuges que se encuentren en situación de necesidad. Por último, el autor explica la violencia económica en relación con el delito de impago de pensión de alimentos. Se entiende como violencia porque se deja al hijo menor en situación de necesidad, afectándole negativamente y poniendo en peligro su bienestar y desarrollo.

En el último capítulo, el XIV, el profesor Abadías Selma habla sobre el quebrantamiento de penas y medidas, desarrollando una situación mucho más común de lo que pensamos: se trata de aquellas situaciones en las que la mujer ya es víctima de VG y existe una orden de alejamiento para el agresor, pero es la misma víctima la que, posteriormente, decide entablar contacto otra vez con su agresor dando pie al incumplimiento de la prohibición y a más episodios de violencia de género. Es complejo saber sobre quién debe recaer la responsabilidad. ¿Sobre la mujer? ¿sobre el hombre? Dar respuesta a estas preguntas supone, tal como menciona Abadías Selma, uno de los desafíos principales que presenta el delito de quebrantamiento de condena en el contexto de la violencia de género. El autor trae a colación diferentes posturas doctrinales en las que se afirma que la víctima podría ser técnicamente acusada como inductora o cooperadora necesaria de la comisión del delito. Por otra parte, también hay quien reconoce que esto podría dar lugar a situaciones absurdas o indeseadas. Otros autores piensan que el sistema tendría que centrarse en criminalizar aquellos quebrantamientos no consentidos y no los consentidos. Hay quien considera que la conducta de la víctima no debe ser atípica porque la mujer no tiene restringida su libertad, ni tampoco es la destinataria de la orden de alejamiento, por lo que no se debe a su incumplimiento. ¿Qué peligros hay detrás de una orden de incumplimiento? El autor nos explica que lo más importante es evaluar los riesgos, especialmente en los momentos en los que se interpone la denuncia; se debe examinar el motivo de la misma, si fue totalmente voluntaria o a instancias de alguien más, la conducta del denunciado, etc. El profesor Abadías Selma termina su obra exponiendo una situación tan real como triste a la vez y nos habla sobre aquellas mujeres que deciden denunciar.

El mensaje que se les quiere transmitir es que no deben tolerar ningún maltrato y que la denuncia es importante a fines de que el Estado tome las medidas de protección necesarias. Sin embargo, explica el autor que la dificultad viene cuando la víctima ya ha presentado la denuncia, pero luego no recibe ninguna medida de protección. Eso, obviamente, genera un aumento del riesgo para la víctima y una posible reacción violenta por parte del agresor: «los maltratadores no aceptan que sus víctimas se atrevan a denunciarlos y llevarlos ante la justicia. Tampoco aceptan la idea de que la víctima quiera alejarse de ellos, ya que su sentimiento de posesión los lleva a querer controlar el ambiente de terror en el hogar [...]». Aquí pueden materializarse todas las amenazas vertidas por el agresor porque en muchas ocasiones se cumplen. Y es aquí donde puede fallar el sistema penal, y eso no ayuda a la seguridad y el bienestar de las víctimas. Para terminar, el profesor Abadías Selma explica que sería crucial considerar la posibilidad de adoptar medidas de prisión provisional para estos casos con el fin de proteger eficazmente a las víctimas y reducir el riesgo de que se produzcan nuevos episodios de VG contra las mujeres.

Tenemos que luchar todos contra la erradicación de la violencia contra la mujer. Actualmente parece ser que todo el mundo está en contra de esta violencia, pero me gustaría señalar que ni todos están contra estas violencias ni todos luchamos de la misma manera. Lo que está claro es que nos encontramos ante una epidemia social, considerada así por los organismos internacionales, que en la práctica es “normalizada” y ocultada y, por ende, su análisis y su control resulta complicado. Ha quedado meridianamente claro en la obra del Dr. Alfredo Abadías Selma, que sus consecuencias pueden ser muy graves y aun necesitamos más conciencia y más cambios. Necesitamos más acciones, tal vez más coordinadas y más consistentes. El profesor Abadías Selma, sin duda, nos ha enseñado que la lucha contra la violencia hacia las mujeres es otra manera de combatir toda injusticia, pero no solo de género, sino de raza, de religión, de clase, de naciones, etc. La lucha contra la violencia de género no deja de ser una manera, entre las muchas que existen, de exigir una sociedad más igualitaria y democrática para todos/as.

Núria Fernández Albesa

*Abogada experta en Derecho de Extranjería
Doctoranda en Derecho Penal
Universidad Internacional de la Rioja*

► **Recensión: Ferré Olivé, J. C., *El delito de blanqueo de dinero*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2024, por Caty Vidales Rodríguez**

FERRÉ OLIVÉ aborda un tema que, en los últimos tiempos, goza de un indudable protagonismo, como así constata la preocupación internacional que genera el blanqueo de dinero. En efecto, son muchos los textos normativos internacionales que, desde diversas instancias, tratan de prevenir y castigar esta infracción. La irrupción a finales de la década de los ochenta de este “delito global” ha hecho que sean numerosos los estudios que se le dedican. Por la profusión de trabajos que versan sobre esta problemática, elegirlo constituye ya una muestra de valentía y ser capaz de aportar pautas interpretativas con la pretensión de salvar los importantes problemas aplicativos que suscita esta figura, me parece todo un desafío. De este reto sale airoso el autor por las razones que trataré de exponer una vez explicada la estructura del libro que se comenta.

La obra se divide en ocho capítulos que abordan las principales cuestiones problemáticas que derivan de la redacción de unos preceptos que evidencia la sumisión de un legislador, al parecer, más preocupado por el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos que por el respeto de principios y garantías que también está obligado a acatar. Sin duda, este proceder, como han puesto de manifiesto quienes se han ocupado del tema, es merecedor de un juicio negativo. Es cierto que asumir una posición crítica no es una tarea exenta de provocar un considerable hartazgo. Así es por cuanto que, a pesar de los comentarios que advertían de los riesgos que podría generar una técnica legislativa tan poco depurada, examinando la evolución legislativa que ha experimentado esta figura, puede afirmarse que cada modificación operada en el sufrido Código penal de 1995 no ha hecho más que empeorar las cosas. De ahí que, ante la contumacia del legislador, único que puede cambiar la situación, deba insistirse en denunciar los resultados, en ocasiones verdaderamente absurdos, a que conduce una aplicación desmedida de los preceptos que sancionan el blanqueo. Hacerlo, siendo conscientes de que es poco probable que tenga eco, supone una labor digna de encomio. Por ello, es de agradecer el tono crítico que el autor adopta desde las primeras líneas. Ahora bien, no se conforma —y eso es aún más meritorio— con mostrar una posición contraria y de-

fenderla con argumentos que, se compartan o no, son sólidos y bien fundados, sino que propone soluciones que, además de fomentar el debate doctrinal, puedan contribuir a asentar determinadas reglas exegéticas.

El **primer capítulo**, dedicado a hacer unas consideraciones introductorias, comienza poniendo de manifiesto que, siguiendo los dictados de la política internacional en la materia, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, ha creado un “mecanismo de investigación parapolicial encubierto y gratuito”¹ en el que el incumplimiento de las obligaciones establecidas acarrea importantes sanciones administrativas. Este mecanismo de prevención es objeto de estudio², dedicándole especial atención al SEPBLAC como Unidad de Inteligencia Financiera³.

Respecto del delito de blanqueo, señala su parecido con el de receptación, considerando que estamos ante un avance sofisticado del mismo; si bien, como reconoce, la identidad no es absoluta⁴. Considera, asimismo, que el blanqueo, la financiación del terrorismo y el fraude fiscal son delitos emparentados⁵, vínculo que pone de manifiesto la Directiva 2018/1673, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal.

Entre las cuestiones de política criminal que aborda, me parece de interés destacar la advertencia, constatada en la práctica, de que este delito se ha convertido en un auténtico tipo de recogida, un “cajón de sastre”, que facilita la imposición de una pena, aun cuando no quede plenamente acreditada la procedencia delictiva de los bienes objeto del proceso de legitimación⁶. Critica, con todo acierto, la incongruencia que supone condonar deudas tributarias a través de la regularización —o, incluso, mediante amnistías fiscales despenalizadoras, como la que llevó a cabo el Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo— y, simultáneamente, castigar la legalización del dinero ilícitamente obtenido⁷. Pero, sin duda, el principal inconveniente de su regulación, y de una aplicación práctica a veces desnortada, es la afectación que supone para importantes principios (legalidad, taxatividad, *non bis in idem*, lesividad e insignificancia, proporcionalidad, presunción de inocencia, derecho de defensa y *nemo tenetur se detegere*) que el autor no duda en denunciar.

La génesis de este delito se sitúa en la aprobación en Estados Unidos de la *Money Laundering Control Act*

1 § 7, p. 21.

2 §§ 73 a 91; p. 63 a 72.

3 §§ 92 a 108; p. 72 a 80.

4 § 10, p. 23.

5 § 11, p. 24.

6 § 19, p. 29 y 30.

7 § 20; p. 32.

de 1986. A ello se une la creación del Grupo de Acción Financiera (GAFI) y, más recientemente, la citada Directiva 2018/1673. Estos orígenes justifican que se le dedique un apartado a la influencia ejercida por diversos organismos internacionales⁸ y que, en el epígrafe final se mencionen algunos ejemplos de legislación comparada que permiten comprobar la globalización que caracteriza a esta figura⁹.

En el **segundo capítulo** comienza definiendo el blanqueo como el proceso de ocultación de bienes que derivan de un hecho delictivo con el objetivo de darles una apariencia de legalidad. Ahora bien, se separa de otras posturas mantenidas al respecto en que diferencia entre los bienes contaminados *per se* —esto es, de origen ilícito, incluyendo también el ilícito tributario— y los contaminados *per accidens* o, lo que es lo mismo, los que tienen un origen lícito-tributario¹⁰. Aborda, asimismo, el tema que condiciona toda la interpretación de los preceptos dedicados a sancionar el blanqueo. Me refiero al bien jurídico protegido.

Así, partiendo de que la solidez, la integridad, el correcto funcionamiento, la reputación y estabilidad del sistema financiero a los que alude la directiva 2015/849 (IV directiva) constituyen objetivos de política económica que no pueden identificarse con el interés tutelado en la norma, analiza las diferentes posturas doctrinales que se han mantenido en torno a esta cuestión. La conclusión a la que llega, sumándose a quienes han defendido la distinción entre bienes jurídicos mediatos o genéricos y bienes jurídicos técnicos o inmediatos¹¹, identifica el bien jurídico mediato con la credibilidad en el propio mercado y el prestigio de las instituciones que operan en él, como una concreción del orden público económico. Eso sí, admite que la incriminación de estas conductas también refuerza la tutela de los delitos antecedentes, lo que justifica con base en el mayor reproche penal que merecen algunos supuestos tomando en consideración, precisamente, el delito del que los bienes proceden¹². En otros términos, la respuesta penal más severa obedecería a la asunción de una especie de teoría del mantenimiento por cuanto que supone cierta afección al bien jurídico lesionado por el delito precedente. El bien jurídico inmediatamente protegido viene constituido, en su opinión, por la posibilidad de acceder en las mismas condiciones a bienes y servicios. En palabras del propio autor, se trataría de preservar

“el acceso igualitario a los mercados, bienes o servicios por aquellos que cumplen las normas y que no utilizan capitales corruptos para adquirir una injusta posición de prevalencia”¹³.

“Actividad delictiva y bienes contaminados” es la rúbrica con la que se encabeza el **capítulo tercero**. Comienza criticando, con razón, la técnica legislativa empleada que tilda de confusa, casuística y contradictoria¹⁴. Y, como el título anuncia, se le dispensa especial atención a la actividad delictiva generadora de los bienes objeto de blanqueo. Con el afán restrictivo que caracteriza toda la obra, considera que hubiera sido preferible limitar la responsabilidad penal a los bienes que procedan de delitos graves, bastando para el resto —incluso en el caso de tratarse de infracciones administrativas— con la imposición de sanciones administrativas. Como, lamentablemente, no ha sido así y el legislador ha considerado oportuno castigar cualquier contacto que se tenga con bienes de procedencia delictiva, se analizan los requisitos que la Sala Segunda del Tribunal Supremo viene exigiendo para considerar acreditada la existencia de una actividad delictiva. Y se hace, además, a través de un detenido examen de casos particulares, como los bienes generados por un delito prescrito o despenalizado, la cibercriminalidad o la cuota tributaria defraudada. Con idéntica minuciosidad, en el último apartado, se detallan las características que deben revestir los bienes contaminados, además de referirse a los supuestos en los que se mezclan estos bienes con otros lícitamente obtenidos o los que proceden de una previa transformación.

El **cuarto capítulo** lleva por título “La arquitectura del delito de blanqueo de dinero” y en él se contiene la que, quizás, sea la principal aportación del trabajo que se comenta. Así es por cuanto que, aceptando que la mayor parte de los problemas exegéticos que genera esta figura proceden de la sumisa asunción del concepto de blanqueo que se maneja en la abundante normativa internacional, propone una interpretación restrictiva del tipo penal basada, precisamente, en las disposiciones que recoge la Directiva a 2018/1673.

De este modo, entiende que para poder hablar de blanqueo se exige una doble idoneidad de las conductas realizadas: aptitud para incorporar los bienes ilícitamente obtenidos en el tráfico económico y capacidad para ocultar o encubrir el carácter penalmente ilícito

8 §§ 28 a 45; p. 37 a 49.

9 §§ 109 a 117; p. 80 a 84.

10 §2; p. 86.

11 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*. 7ª Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2023; p. 707.

12 § 33; p. 104 y 105.

13 § 35; p. 105.

14 § 1, p. 115.

de dichos bienes. En consecuencia, se distinguen varias conductas típicas. En concreto cinco.

En primer lugar, por lo que respecta al primer apartado del artículo 301 —sin duda, el más polémico y el que, por ello, ha provocado entendimientos muy diversos— acoge una tesis diferenciadora que, no obstante, se separa de la mantenida hasta ahora. En efecto, FERRÉ OLIVÉ considera que en tal precepto se alojan dos comportamientos distintos: a) las conductas idóneas de conversión, transmisión o la realización de cualquier otro acto que persiga la ocultación o encubrimiento del origen ilícito de los bienes o la ayuda a quien ha participado en el delito del que estos traen causa a eludir las consecuencias legales de sus actos, sin que se requiera la producción de resultado alguno; y, b) la adquisición, posesión o utilización de estos, sin posteriores requisitos subjetivos, junto a la realización de cualquier otro acto motivado por las finalidades explicitadas y que, igual que en el supuesto anterior, no precisa de la producción de ningún resultado. En segundo lugar, está la modalidad de autoblanqueo que, por revestir propiedades específicas, se le dedica el capítulo siguiente, por lo que debe posponerse su comentario. La cuarta conducta tiene su sede en el segundo apartado del mencionado precepto y consiste en el ocultamiento o encubrimiento del carácter ilícito de los bienes que, en este caso, se configura como un delito de resultado. Finalmente, está el delito de blanqueo imprudente que se sanciona en el tercer apartado del artículo 301.

Bajo este prisma se analizan todas las conductas que integran los dos primeros apartados del tantas veces mencionado artículo 301 del Código Penal, cuestionando la idoneidad de las mismas para generar un riesgo para el bien jurídico protegido. Como no podía ser de otro modo, las principales críticas se dirigen al castigo de la realización de actos indeterminados con la que se pone fin al elenco de comportamientos que describe el primer apartado del referido precepto.

Personalmente, defendiendo una posición distinta lo que, desde luego, no impide reconocer lo sugerente de esta tesis a la que, en mi opinión, debe otorgarse el innegable mérito de tratar de restringir el desbocado ámbito de aplicación de este precepto y hacerlo, además, aportando razones asumibles que puedan a adoptar prácticas aplicativas estables.

Como ya se advirtiera, al autoblanqueo se le dedica un capítulo independiente, el **capítulo quinto**. El autor comienza manifestando sus sospechas —recelos que comparto— de que en la práctica esta figura se con-

vierta en una especie de enriquecimiento ilícito o en la sanción de la tenencia injustificada de bienes. Con la pretensión de evitar esta conclusión, parece limitar el castigo a los actos de conversión o transmisión y a la realización de cualquier otro acto tendente a ocultar el origen ilícito de los bienes, como así autoriza la Directiva 2018/1673. Tras manejar distintos criterios que pudieran servir para evitar interpretaciones absurdas, centiende que el autoblanqueo debería constituir un supuesto agravado del delito previo para evitar un concurso real de delitos difícil de justificar¹⁵. Se trata, como puede verse, de una propuesta que, aunque requiere de una decisión legislativa, sirve para suscitar una reflexión, necesariamente crítica, acerca de la configuración típica de este delito.

El **capítulo sexto** está dedicado a las causas que motivan la exasperación de la pena. Los subtipos agravados se fundamentan, como es sabido, en la procedencia de los bienes de determinados delitos o atendiendo a quien realiza el comportamiento penalmente relevante. Pues bien, el primer grupo tiene en común, a juicio del autor, que justifican este tratamiento penal más severo atendiendo al daño causado al bien jurídico protegido por el delito antecedente. En el segundo caso, la causa de la exasperación obedece al mayor desvalor que supone la pertenencia del sujeto a una organización criminal dedicada al blanqueo o al mayor riesgo que entraña la realización de determinadas actividades por quienes vienen obligados por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Desde luego, comparto con FERRÉ OLIVÉ el juicio negativo que merece la inclusión de los supuestos que integran el primer grupo por cuanto que exasperar la pena en función de la procedencia del bien contradice la pretendida autonomía de este delito. En mi opinión, acierta al sumarse a quienes han defendido que la principal agravante debiera ser, como la Directiva permite, la que toma en consideración la notoria importancia de los bienes involucrados¹⁶ que, por otro lado, es la que supone un mayor desvalor atendiendo al bien jurídico protegido.

Las cuestiones atinentes al tipo subjetivo se abordan en el **capítulo séptimo**. La importancia de estos elementos deriva de que, como admite, el conocimiento acerca de la procedencia de los bienes y la finalidad que, en algunos casos, debe regir el actuar separan lo prohibido de lo permitido. De ahí que han de analizarse tales requisitos resultando de especial interés la deli-

15 § 33; p. 237.

16 LORENZO SALGADO, J. M., "El blanqueo de dinero procedente de los delitos descritos en los artículos 368 a 372 del CP y las nuevas tendencias de financiación del terrorismo advertidas por las directivas de 2018", en *VIIº Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020; p. 454 y ABEL SOUTO, M., "La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero" en *IIº Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011; p. 104.

mitación que el autor efectúa entre dolo directo, dolo eventual e imprudencia y la referencia, obligada en este ámbito, a la ignorancia deliberada. Le asiste la razón cuando afirma que en estos aspectos reina el caos¹⁷. Por eso, es de agradecer la claridad con la que expone las conclusiones a las que llega, que podrían sintetizarse en la admisión única de dos instancias de imputación: dolo e imprudencia; lo que, lógicamente, obliga a rechazar tanto el dolo eventual, como la ignorancia deliberada.

Idéntica nitidez se observa en relación con el estudio de los elementos subjetivos que requieren algunas modalidades típicas alojadas en el primer apartado del artículo 301. Tras analizar las diversas posiciones mantenidas en torno a esta cuestión, en el texto se aboga por defender la compatibilidad entre estos y la modalidad imprudente de comisión, sin perjuicio de reconocer, como. No podía ser de otro modo, que se trata de una opción que no está exenta de dificultades prácticas¹⁸.

Finalmente, en el **capítulo octavo** se tratan otros aspectos de indudable repercusión práctica. A título de ejemplo pueden citarse los que se refieren a la prescripción del delito¹⁹, la participación en el delito de abogados y otros profesionales²⁰, las relaciones concursales con diferentes figuras²¹ y la responsabilidad penal de

las personas jurídicas²². Por último, se le dedica un **epílogo** a la prueba, donde se refleja la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la acreditación de la actividad delictiva previa.

Obviamente, con lo hasta aquí expuesto no se agotan las cuestiones que son objeto de un detenido análisis en el libro publicado por FERRÉ OLIVÉ. No obstante, creo que sí sirve para dejar constancia de que nos encontramos ante un estudio riguroso de esta polémica figura que, lejos de limitarse a denunciar los principales problemas aplicativos que genera una, a todas luces, técnica legislativa defectuosa, aporta respuestas razonables, asentadas en una interpretación de estos tortuosos preceptos condicionada por la Directiva 2018/1673. Con independencia de que pueda discreparse de las conclusiones a las que llega —yo misma disiento de algunas soluciones por partir de postulados diferentes— considero que no se trata de una aportación más, sino de una aportación distinta.

Caty Vidales Rodríguez

*Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Valencia*

17 § 27; p. 279.

18 § 63; p. 297 y 298.

19 §§ 12 a 17; p. 316 a 319.

20 §§ 37 a 66; p. 329 a 345.

21 §§ 67 a 88; p. 345 a 356.

22 §§ 109 a 125; p. 364 a 371.

► **Recensión: Muñoz Conde, Francisco, *El antiliberalismo en el Derecho penal*, por Jaime Couso Salas, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2024, 277 páginas¹ (Prólogo de Jaime Couso Salas)**

Los trabajos recogidos en este libro examinan una cierta contradicción, expuesta a modo de denuncia sobre un pasado vergonzoso, y de advertencia sobre la posibilidad de repetición futura, anticipada por inquietantes señales del presente.

La contradicción consiste en que algunos de los más destacados exponentes del derecho penal moderno, una herencia del liberalismo político, lo hayan manipulado para ponerlo al servicio de ideologías y regímenes políticos antiliberales, hasta el punto de desnaturalizarlo y traicionar sus principios fundamentales.

Francisco Muñoz Conde comenzó hace 25 años a investigar esta contradicción, en relación con algunos célebres penalistas alemanes, cuyos tratados habían sido traducidos y ampliamente estudiados en España y América Latina. La indagación partió con un estudio del pasado nacionalsocialista de uno de los más importantes catedráticos de la primera mitad del siglo XX, Edmund Mezger, y su desconocida —o silenciada— colaboración intelectual con el régimen, particularmente a través de su propuesta de esterilización de los sujetos “asociales” y su proyecto de Ley para el tratamiento de los “extraños a la comunidad”, que legitimaba el internamiento en campos de concentración y la eliminación de los “elementos social y racialmente nocivos de la población”².

Unos años después su investigación se remontó a uno de los fundadores de la moderna teoría del delito, de principios del siglo XX, Franz von Liszt, examinando las contradicciones entre su concepción del Derecho penal liberal como *magna carta* del delincuente y su política criminal antiliberal frente a los reincidentes “incurables”, para quienes concibió una respuesta “inocuidadora”, que unas décadas después serviría precisamente de inspiración para la política criminal na-

cionalsocialista y las propuestas de Mezger³. Posteriormente, el interés de Muñoz Conde por el pasado y las raíces autoritarias de los autores de las obras con cuya lectura se formó su generación de penalistas lo llevó a estudiar, y a contribuir a divulgar en el medio de habla hispana, una serie de nuevas monografías historiográficas que indagaban en el pasado nacionalsocialista de otro influyente penalista alemán, Reinhart Maurach, o que analizaban la ideología de los abogados defensores de los procesos que tuvieron lugar en Núremberg tras la caída del Tercer Reich⁴. En paralelo, Muñoz Conde extendió su indagación al fenómeno del antiliberalismo en el derecho penal italiano, dedicando una breve “notas” al celebre penalista Filippo Grispigni, y a su cercanía con el régimen fascista de Mussolini, así como con el propio Mezger, con quienes escribieron una monografía conjunta, en la que debatían sobre diversas estrategias, igualmente reñidas con los principios del derecho penal liberal, para hacer frente a los así llamados “delincuentes por tendencia”⁵.

Algunas de estas publicaciones de Muñoz Conde, particularmente la primera, dedicada a Mezger, tuvieron el peso de la revelación de un pasado incómodo, que la generación de penalistas alemanes, italianos y españoles de la post Segunda Guerra Mundial pareció haber preferido pasar por alto, acaso asumiendo que se trató, en cada caso, de un paréntesis, una lamentable desviación temporal, que no afectaba el valor intelectual ni el talante liberal de la obra de esos grandes maestros del Derecho penal.

Pero el proyecto de Muñoz Conde no consiste, fundamentalmente, en un ejercicio de desenmascaramiento del pasado infame de algunas celebridades del derecho penal alemán o italiano, sino en una comprensión histórico-crítica de la capitulación del derecho penal garantista, de inspiración liberal, frente a las exigencias de la política criminal autoritaria, en el contexto de las contradicciones que dieron lugar en la Europa de entreguerras a un ascenso del fascismo y el nacionalsocialismo. Ese escrutinio histórico, a su vez, entiende Muñoz Conde, nos debe poner en alerta sobre nuevas manifes-

1 El presente libro fue presentado el 5 de noviembre del año 2024 en la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile, con motivo de la concesión a su autor del título de Doctor Honoris Causa por dicha Universidad y de la inauguración de la Biblioteca creada en su nombre y el de su esposa Bella Aunión Acosta con la donación de su biblioteca privada de casi dos mil volúmenes de Derecho penal, Criminología y Psiquiatría. En dicho Acto se firmó la creación de una “Cátedra Francisco Muñoz Conde” dotada con diez mil dólares anuales para científicos de elevado nivel científico internacional para llevar a cabo trabajos de investigación en Derecho penal y materias afines. Las presentes notas bibliográficas recogen los textos de las intervenciones de los Profesores Jaime Couso Salas y José Luis Guzmán Dálbora que tuvieron lugar en dicho Acto)

2 Véase Muñoz Conde, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

3 Muñoz Conde, F., “Das Erbe Franz von Liszts”, en Herzog, F., y Neumann, U. (eds.), *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*, Heidelberg, Müller, 2010, pp. 535-558.

4 Véanse, Ditt, T., *Stoßtruppfakultät Breslau. Rechtswissenschaft im “Grenzland Schlesien” 1933-1945*, Tübingen, Alemania, Mohr Siebeck, 2011; Nerlich, V., “A Baltico ad Euxinum”. *Reinhart Maurach und die Frühzeit der deutschen Ostrechtsforschung*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2015; y Seliger, H., *Politische Anwälte? Die Verteidiger der Nürnberger Prozesse*, Baden-Baden, Nomos, 2016.

5 Grispigni, F., y Mezger, E., *La riforma penale nazionalsocialista*, Milano, Giuffrè, 1942.

taciones de aquella pulsión autoritaria, que hacia fines del siglo XX comenzaron a advertirse en alguno de los más reputados exponentes de la dogmática penal alemana, y que pueden dar lugar a una renovada renuncia de las garantías penales, en respuesta a nuevas condiciones históricas que demandan eficacia en la respuesta estatal frente a sus nuevos “enemigos”.

En efecto, como el propio Muñoz Conde relata en el primer capítulo de esta obra, su interés por esta indagación histórica vino aguijoneado por el impacto que le produjo la crítica advertencia formulada en 1999 por Albin Eser, director del prestigioso Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero y comparado, frente a la tesis del “derecho penal del enemigo”, planteada entonces por el influyente penalista Günther Jakobs, y en la que Eser advertía los rasgos y el peligro de una regresión autoritaria que, de alguna manera, hacía recordar a la que Mezger impulsó sesenta años antes. En ese contexto se imponía, en palabras de Muñoz Conde:

La necesidad de investigar y analizar también hasta qué punto algunas construcciones jurídicas del presente, como la que propone Jakobs con su “derecho penal del enemigo”, no suponen una vuelta al pasado y encierra el peligro de legitimar de algún modo un retorno al modelo del Estado autoritario que tan graves consecuencias tuvo no solo para Alemania, sino para el mundo en general.

Es, entonces, el presente, más que el pasado, lo que constituye la verdadera preocupación de Muñoz Conde, un penalista que se formó en el tránsito desde la dictadura franquista a una España democrática que abrazó los valores liberales del Estado de derecho y los derechos humanos, que se expandieron por Europa a partir de la suscripción del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, sobre todo, tras la caída del muro de Berlín, pero que, apenas una década después, especialmente tras los atentado del 11 de septiembre de 2001, comenzaron a ser puestos en tela de juicio ante la necesidad de una intervención eficaz contra el terrorismo, el crimen organizado y el narcotráfico, los nuevos “enemigos” de las democracias occidentales. Por eso, no es casualidad que entre los trabajos reunidos en este libro se incluya, junto con aquellos que indagan en el pasado del derecho penal antiliberal, algunos otros en que Muñoz Conde examina, inspirado por la misma preocupación, las incipientes manifestaciones de otra capitulación de las garantías penales ante a las exigencias de una política criminal más eficaz frente a esos nuevos peligros.

Entre esos factores identifica el ya mencionado “derecho penal del enemigo”, la política de la “tolerancia cero”, y los regímenes de excepción promovidos, por ejemplo, por la *Patriot Act* norteamericana para presuntos terroristas y enemigos combatientes, entre otros.

A su vez, la expansión del derecho penal, sea para la protección de nuevos bienes jurídicos con las herramientas de la política criminal penal y no ya solo del derecho administrativo sancionatorio, sea para la intensificación de la intervención penal frente a fenómenos criminales que la población rechaza con especial fuerza, si bien expresa tensiones propias de las democracias modernas, entre el derecho penal garantista y exigencias punitivas del electorado, también es objeto de una señal de alerta, por parte de Muñoz Conde, ante el peligro del debilitamiento del derecho penal liberal, de *ultima ratio*, a manos del populismo punitivo. En palabras del autor, de nuevo, y precisamente recurriendo a las enseñanzas que deberíamos extraer de la indagación en el pasado del antiliberalismo en el derecho penal, “[l]a experiencia histórica demuestra que un Derecho penal basado solo en la voluntad mayoritaria de la población, propia de una democracia asamblearia, sin ninguna restricción o límite, puede conducir a un Derecho penal mucho peor que el Derecho penal del Estado de Derecho”.

Si el antiliberalismo en el derecho penal no es propiamente, como se ha dicho, una cuestión de déficit moral individual, bajo la forma de fanatismo ideológico, oportunismo político o falta de coraje de determinados académicos que por esos motivos capitularon, abandonando sus convicciones liberales —si las tenían— frente a las exigencias de regímenes autoritarios o totalitarios, entonces su explicación debe buscarse en circunstancias históricas, políticas, económicas y culturales que estuvieron asociadas al auge de las ideologías totalitarias el período de entreguerras. El célebre historiador Eric Hobsbawm ha identificado, entre los factores de “la caída del liberalismo”, como denomina a la coyuntura histórica europea que hizo posible el nacionalsocialismo alemán y el fascismo italiano: el resentimiento de “los humildes” —capas medias empobrecidas—, la percepción de peligro ante un enemigo claramente identificado —los comunistas, incluso en el seno de las organizaciones sindicales, la ideología militarista de quienes lucharon en la Primera Guerra, sacrificándose por la patria, las contradicciones económicas provocadas por la Gran Depresión y la pérdida de un consenso básico en la población para aceptar un sistema democrático que, en el mejor de los casos, podía ofrecer soluciones negociadas a esas graves conflictos, pero no dirigir eficazmente a los estados para enfrentar las complejas y crecientes demandas de la población. La propia clase gobernante burguesa, ante la falta de rendimiento de la democracia liberal frente a “unos problemas económicos insolubles y/o una clase obrera cada vez más revolucionaria” habría tenido que recurrir a la fuerza y la coerción, acercándose así a la política

fascista, y abandonando cada vez más sus convicciones liberales⁶.

Las circunstancias históricas en las que se enmarcan las manifestaciones de renuncia a los principios liberales que Muñoz Conde advierte en el presente, en este caso, en el campo del derecho penal, son ciertamente, y en gran medida, distintas a las de la Europa de entreguerras. Pero puede ser alarmante descubrir algunos paralelismos, por ejemplo: en el resentimiento de las capas medias empobrecidas y no ilustradas frente a las élites liberales —piénsese en la base electoral de los gobernantes populistas del presente o del pasado reciente—; en el miedo a los terroristas yihadistas, al narco, a los delincuentes juveniles o, incluso, a millones de migrantes empobrecidos que ingresan de forma irregular a países más desarrollados, con graves dificultades para integrarse, en el contexto de las crisis económicas de los últimos años, de las que pueden venir con la guerra y de la emergencia climática, y en la pérdida de confianza de la población en la democracia como forma de gobierno capaz de dar respuestas eficaces a todos esos complejos problemas. Es en el marco de estas nuevas circunstancias que las preocupaciones de Muñoz Conde ante a las señales de regresión autoritaria en el derecho penal, abordadas en los últimos capítulos del libro, parecen encontrar un eco en el pasado antiliberal examinado en los primeros capítulos.

Pese a lo señalado, en la crítica de Muñoz Conde al antiliberalismo en el derecho penal asoman claramente, por detrás de los factores sociales, políticos e ideológicos, perfiles e historias individuales, cuya centralidad en esta obra no puede desconocerse. Por eso, aun cuando él no condona en absoluto la cancelación de la obra en atención a la calidad moral del autor, su indagación en el pasado oculto y vergonzoso de estos connotados penalistas no elude la crítica moral fundada, precisamente, en el fanatismo ideológico o el oportunismo político que los llevaron a abandonar los principios del derecho penal liberal. Por otra parte, en la vereda opuesta, la dimensión humana y el perfil moral de un

par de penalistas italianos que debieron enfrentar la persecución por parte del régimen fascista también se hacen presentes en dos capítulos del libro de Muñoz Conde, destinados a Marcello Finzi y Giuliano Vassalli, a manera de homenaje, pero también como testimonio acerca del abismo que se abrió en el seno de la comunidad académica del derecho penal, entre quienes colaboraron con el régimen totalitario y sus colegas que debieron sufrir las atrocidades promovidas por aquellos.

Esa diversidad de registros es una de las principales cualidades del libro, que se ocupa tanto del pasado como del presente de la tensión entre garantías y autoritarismo, y presta atención tanto a la dimensión social de la capitulación del derecho penal liberal, como a la dimensión personal de esa renuncia. De esta dimensión personal fue en alguna medida testigo el propio autor. Muñoz Conde, en efecto, conoció personalmente y se formó leyendo a varios de los protagonistas de esas historias del pasado, lo que volvió más impactante aún descubrir su lado oscuro. Y también se interesó en los grandes movimientos ideológicos que, antes y ahora, se advierten tras esas historias personales, haciendo de su carrera académica una defensa consistente de la tradición penal liberal, siempre atento a los ataques que se le han dirigido desde la ideología autoritaria.

Para quienes hemos tenido la fortuna de formarnos a su alero, esa actitud de alerta moral, así como su inagotable curiosidad intelectual e histórica, su férreo y sostenido compromiso con los valores de la tradición penal liberal, han sido una enseñanza que atesoramos y que debiera servir de faro en medio de la borrasca que a ratos parece anunciarse en el horizonte del derecho penal.

Jaime Couso Salas

*Catedrático de Derecho penal
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad Diego Portales
Santiago de Chile*

6 Hobsbawm, E., *Historia del siglo XX* (traducción española de Juan Faci, Jordi Ainaud y Carme Castells), (publicado originalmente en inglés en 1994) 6ª reimpresión de la primera edición española (de 1995), Barcelona, Crítica (Grijalbo Mondadori), 1998, pp. 166-147, 142.

► **Recensión: Muñoz Conde, Francisco, *El antiliberalismo en el Derecho penal*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2024, 277 páginas (Presentación de José Luis Guzmán Dalbora¹)**

1. “El antiliberalismo en el Derecho penal”, cuidadosamente editado por la Universidad Diego Portales con ocasión de su investidura como doctor honoris causa, es el último libro del profesor Francisco Muñoz Conde, antiguo amigo de Chile y de los penalistas chilenos.

Personalmente, tomé primer contacto con la obra del autor mientras cursaba los estudios de licenciatura en Valparaíso, allá por la primera mitad de los años ochenta del pasado siglo. Los jóvenes no tienen la menor idea del ambiente de oscurantismo que se había enseñoreado de la comunidad nacional, de cómo la única cultura reconocida era la oficial del régimen, del estado anémico de las librerías, donde sólo se podía conseguir libros que habían superado la censura de las autoridades. Por supuesto, la de entonces tampoco era verdadera cultura. Como apunta Albert Camus en su discurso *España y la cultura*, la cultura auténtica vive de verdades y muere de mentiras, mora lejos de los palacios de gobierno, de las cárceles y el exilio, y tiene su sociedad entre hombres creadores que sirven únicamente a la libertad². En aquellos años era prácticamente imposible acceder en las librerías a textos de política criminal u obras jurídicas que se apartasen del monótono tono gris de la ideología de los militares y sus intelectuales. Con mucha suerte podíamos adquirir algún volumen de Derecho penal argentino o español, pero siempre de corte dogmático, de esa dogmática valorativamente neutral grata a los regímenes autoritarios, cualquiera que fuere su signo.

En tales circunstancias, los libros de Muñoz Conde que me fue dado leer fueron sólo dos: la tesis doctoral sobre el delito de alzamiento de bienes y la Parte especial del Derecho penal español, tercera edición (1980). Dado que no estaban a disposición en los despoblados estantes de las librerías, mi maestro, Manuel de Rivacoba y Rivacoba (1925-2000), consiguió importarlos para la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Quedé muy impresionado al estudiarlos, no tanto por el rigor metodológico de

la monografía y el sistema ofrecido por el grueso manual, sino porque sus páginas proporcionaban un antidoto contra la ciencia jurídica aséptica, que en esos años era la única enseñada en las aulas universitarias. La exposición de los delitos en particular del profesor sevillano contrastaba con la docencia que debíamos sufrir los alumnos, salvo rarísimas excepciones de algunos profesores asimismo excepcionales. Por lo demás, la Parte especial es el hueso más duro de roer en trance de substituir *in toto* un Código penal, de lo que son prueba el infructuoso proceso de recodificación en Alemania e Italia, y la suerte que estaba reservada al Código español de 1995, aprobado en circunstancias políticamente muy extrañas, cuya oscilación explica el incesante alud de reformas que sobrevendrían pronto, las que han convertido un documento legislativo que pretendía mirar hacia el futuro, antes que saldara cuentas con el pasado —como la reforma alemana de 1975—, en un amasijo irreconocible de títulos, capítulos y artículos³. La razón de la dificultad político-criminal de mudar el catálogo de delitos de un país está al alcance del conocedor de las íntimas relaciones del Derecho penal con la política. Si la Parte general está regida por principios cuyo carácter depende de la orientación del Derecho político del Estado, la especial es un trasunto del sistema axiológico en que descansa dicha orientación, de aspiraciones valorativas traducidas en bienes jurídicos, intereses sociales que pugnan por obtener reconocimiento y sanción frente a los ataques más graves.

Muñoz Conde construyó su Parte especial según el concepto de bien jurídico, mas no uno cualquiera de los muchos en que abunda la dogmática del siglo XX, incluyendo los períodos más tenebrosos. Para él, los bienes jurídicos merecedores de consideración penal son los propios de un Estado social de Derecho, así como intentó configurarlo la Constitución del Reino de España en 1978 tras la experiencia retrógrada de Franco, figura de principalísima referencia para sus homólogos chilenos de los setenta. En Chile no podíamos siquiera soñar con una meta parecida, porque tampoco gozábamos de un Estado de Derecho a secas, y de alguna manera seguimos en ayunas, si es verdad que el país carece de una Constitución digna de este nombre, esto es, fruto de la soberanía popular. Muñoz Conde, consciente de que la Constitución era

1 Profesor titular de Derecho penal y Filosofía moral y jurídica en la Universidad de Valparaíso. El texto reproduce la versión manuscrita leída por el autor en la ceremonia de presentación de esta obra el martes 5 de noviembre de 2024, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.

2 *España y la cultura* (1952), en su libro recopilatorio *El derecho a no mentir. Conferencias y discursos (1936-1958)*, traducción de Juan Vivanco Gefaell, Debate, Barcelona, 2023, cfr. pág. (145-151) 151.

3 Véase las apreciaciones al respecto de Francesco Palazzo y Michele Papa, *Lezioni di Diritto penale comparato*, G. Giappichelli, Torino, 3ª ed., 2013, págs. 70-76 y 162-178.

todavía un programa por realizar efectivamente en la legislación y proyectar en el tejido social, se prodigó en comparaciones del viejo Código penal de España con exigencias político-criminales consonantes con el Estado constitucional de Derecho, la promoción de las libertades del individuo y el desarrollo de una organización social incluyente, respetuosa de la dignidad de las personas, especialmente las desfavorecidas, que son también el sólito paciente de los juicios penales y la actividad policial.

2. El presente libro da un paso en el mismo sentido anunciado en los primeros trabajos científicos del autor. Pero ahora no se trata de la relación entre el Derecho penal como norma y la política. Esta monografía versa de las implicaciones de la política en el Derecho penal como ciencia o saber sistemático.

Las dos partes iniciales personifican la dogmática en vistosos prohombres de la ciencia penal alemana e italiana antes, durante y después del totalitarismo nacionalsocialista y fascista. El autor devela la interesada quimera de que pudiera haber algo así como una ciencia penal valorativamente neutra, capaz de elaborar racionalmente cualquier materia prima que le pongan por delante, como si toda prescripción de conductas fuese por antonomasia norma válida y, aún más, el jurista traicionaría su misión si, tras modelarla conceptualmente, la crítica en mérito de consideraciones ajenas a la coherencia lógica o armonía formal.

La tesis del autor reza que las aberraciones de toda clase y envergadura del Derecho penal nazi no componen un episodio extravagante, absurdo, atribuible nada más que al fanatismo de la camarilla gobernante. Nada de eso. Pudieron ocurrir porque, de un lado, existía de mucho antes una línea de pensamiento criminalista proclive a abusar de delincuentes habituales y sujetos rotulados de peligrosos —línea encarnada en Franz von Liszt— y, de otro, en el corazón del penalismo alemán había una vena autoritaria, agresiva contra todo aquello que representase un riesgo para la estructura económico-social heredada de la época guillermina, fenómeno perceptible en la pequeña burguesía descrita por Heinrich Mann en la novela *El subdito* y en la actitud vital de la alta burguesía pintada por el mismo escritor en *El país de la jauja* y *La cabeza*. Estos grupos sociales, tan diferentes y, sin embargo, hermanados por la mentalidad que concibe la disciplina como “autoridad por arriba y obediencia por abajo”, aguardaban el momento y el líder propicios para destilar su veneno sobre el conjunto de la comunidad. El instante llegó en febrero de 1933. A partir de entonces, finos penalistas que forjaron su fama durante la

República de Weimar, como Edmund Mezger, y otros que iniciaron sus carreras bajo la protección del águila nazi, cuyo fue el caso de Reinhart Maurach, se quitaron finalmente las caretas y acompañarían gustosos al régimen en la ignominiosa empresa de manipular el Derecho penal para conferir apariencia de licitud a la persecución de disidentes, personas molestas, miembros de etnias odiadas, pueblos considerados inferiores, naciones enteras.

Con bases firmes en la historia contemporánea del país, se comprende que personajes de esta laya consiguieran superar el tímido e imperfecto proceso de desnazificación que vendría tras la derrota militar y que hayan podido proseguir tranquilamente sus carreras universitarias en la República Federal de Alemania. Es más, las condiciones de continuidad del autoritarismo de posguerra respecto de su predecesor prebélico⁴, se revelaron de inmediato en los juicios de Nuremberg, sea por los abogados defensores de los reos, algunos de los cuales eran nazis convencidos, sea por catedráticos que apuntalaron las defensas con sesudos informes, como Carl Schmitt y Maurach. La continuidad da cuenta, además, de que todo un piélagos de penalistas más o menos propincuos a la ideología nazi disfrutasen de una suerte análoga: Heinrich Henkel, Karl Engisch, Hans Welzel y un luengo etcétera. El verdadero rostro de estos estudiosos pudo ser conocido tiempo después del deceso, cuando investigadores jóvenes se sintieron libres del poder que habían mantenido aquéllos en el sistema universitario, en medio de un clima general que parecía querer despertar de una prolongada amnesia, decir finalmente la verdad en lugar de olvidarla. Recordemos que sin verdad no hay ejercicio de la libertad ni puede florecer la auténtica cultura.

Hemos escrito —en pretérito imperfecto— parecía, porque los ingredientes de continuidad autoritaria llegan hasta nuestros días. Están en la raíz del rebrote de partidos que abrazan cálidamente los lados «buenos» de la satrapía nazi, deseosos de que renazca de sus cenizas gracias al voto de electores desencantados, postergados o desmemoriados. Permiten explicarse, también, ciertas tendencias en la dogmática y política criminal de la hora. Muñoz Conde se ocupa del denominado Derecho penal del enemigo, advertido primero como realidad incipiente en la legislación, después defendido por prestigiosas plumas. Hay que conceder que este remedo de Derecho penal es una presencia inquietante en no pocos ordenamientos. Como todos los ímpetus del autoritarismo punitivo, la falsificación jurídica empezó con los delitos políticos —el temido

4 Kai Ambos, *Derecho penal nacionalsocialista. Continuidad y radicalización*, prólogo de R. E. Duff y traducción de José R. Béguelin y Leandro A. Dias, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, cfr. págs. 28-45.

«terrorismo»—, pero pronto transformaría el estatuto penal y procesal penal de delitos comunísimos, en un sílabo digno de los delitos de lesa majestad. Con variantes de escasa importancia, la secuencia ha sido terrorismo, delitos de estupefacientes, pornografía juvenil, prostitución, femicidio, corrupción pública, asociaciones ilícitas, armas. En Chile, paradigma del Derecho penal del enemigo se hallará en la Ley número 20.000, de 2005, sobre drogas, que infringe cada uno de los principios penales y procesales penales del país, aparte de vejar la soberanía nacional, como evidencia su régimen particular de la conspiración y la extradición.

El proceso vivido en Italia no difiere grandemente del descrito en Alemania, a contrapelo de la opinión, propalada hoy desde el Palacio Chigi por el partido gobernante, según la cual Mussolini no fue malo como Hitler y el pueblo de entonces tampoco quiso, sino que fue obligado a tolerar la legislación antisemita y combatir una guerra contra africanos, yugoeslavos, griegos, franceses, rusos y, finalmente, los angloamericanos. Nada de esto corresponde a la realidad, naturalmente. Sí es efectivo que la pregunta: ¿Pero por qué somos fascistas todavía?, que da título al reciente libro del profesor trentino Francesco Filippi⁵, quedaría sin la respuesta condigna si no se retoma los hilos de la madeja política desde la época prefascista, hilos que tejen una red subterránea que atrapa aún a la sociedad y en cuya factura participan hoy animados artesanos juristas, algunos conspicuos.

Muñoz Conde sigue la pista del ovillo en la segunda parte del libro. Aquí emerge el homólogo peninsular de Mezger, Filippo Grisogni, un notable jurista de pensamiento enfeudado en el conceptualismo de Karl Binding, pero que concedió al autoritarismo del profesor sajón unos alcances inusitados, hasta el punto de sostener que sus puntos de vista sobre el Derecho penal del totalitarismo vernáculo eran más coherentes que la política criminal del Mezger al servicio del holocausto nazi. Este segmento de la obra otorga al lector un respiro de alivio cuando evoca dos personajes perseguidos por el «saludo romano»: Marcello Finzi, excelente jurista destituido de su cátedra y obligado a abandonar el país por el hecho de ser judío, y Giuliano Vassalli, quien combatió de joven a camisas negras y uniformes pardos como miembro de la Resistencia y, tras el establecimiento de la República, dedicaría parte

significativa de sus desvelos a la reconstrucción democrática del país. La empresa fue desde el principio obstaculizada por viejos compañeros de correrías del fascismo, los que se habían mimetizado, como sus correligionarios tudescos, en las huestes del partido democristiano. Aprovechándose del miedo a la amenaza soviética, estos individuos entorpecieron la materialización institucional del Estado social de Derecho de la Constitución de 1948 y, por supuesto, se dieron maña para respaldar los intereses de la organización más refractaria a los cambios, hasta que ésta los desmintió con el Concilio Vaticano II. La burda labor de los conversos de última hora fue posibilitada porque Italia tuvo un proceso de desfascistización de opereta, concluido el cual la inmensa mayoría de magistrados, catedráticos, dirigentes administrativos y otros altos cargos públicos nombrados por Mussolini previo juramento de fidelidad al régimen, permanecieron en funciones, es más, escalaron hasta los peldaños superiores de la pirámide pública⁶. Basta pensar que el primer presidente del Tribunal Constitucional, Gaetano Azzariti, había encabezado el Tribunal de la Raza.

3. La tercera y última parte del libro aborda la actualísima cuestión del Derecho penal europeo en la tensión entre garantías liberales y políticas criminales liberticidas.

Identifica el más peligroso antagonista del principio de legalidad de delitos y penas en el populismo, el abuso demagógico del Derecho punitivo por sujetos que proclaman gobernar a favor del pueblo, pero escamoteando que trabajan realmente para proteger sus propios intereses. Tales intereses, en las circunstancias presentes del concierto internacional, corresponden a una minoría de incluidos, no a la mayoría de los ciudadanos, que cuentan solamente como caja electoral y, en lo demás, como materia de descarte, a semejanza de los «extraños a la comunidad» teorizados por los penalistas nazis. Luego, el libro de Muñoz Conde examina más de cerca la relación entre Dogmática penal y Política criminal. Una vez más, pone en guardia a sus lectores ante la dogmática entendida como juego de abalorios, cultivada por puro ejercicio intelectual o goce estético, placer que pudiera ser coronado en el éxtasis de una gramática penal supranacional, inmune a contaminaciones políticas.

Va de suyo que esto es un espejismo. Nada menos que el objeto de la dogmática, el propio Derecho pe-

5 Francesco Filippi, *Ma perché siamo ancora fascisti? Un conto rimasto aperto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2020. Significativo es el epígrafe que se lee en página 28, una de las claves de la tesis del libro: “*Comunque almeno non siamo nazisti!*” (como sea, por lo menos no somos nazis).

6 Apenas doce profesores universitarios rehusaron jurar devoción al régimen fascista, doce de un total de mil doscientos. En cambio, después de 1945 prácticamente ningún catedrático perdió el puesto por acusaciones de filofascismo. Véanse Giorgio Boatti, *Preferirei di no. Le storie dei dodici professori che si opposero a Mussolini*, Einaudi, Torino, 2017, pág. 13, y Filippi, op. cit., pág. 73.

nal, está configurado políticamente. La dogmática no consiste en un afán de autorreproducción para contento de sabios que jamás han salido del gabinete universitario y sólo conocen los vericuetos silenciosos de teorías carentes de vitalidad. Antes bien, respira y se alimenta de principios, que para el penalista español son de cuño político-criminal, los trazados por la Constitución de un Estado social y democrático de Derecho. Una dogmática desatenta a la democracia y el respeto de los derechos fundamentales del hombre, fundada en la conservación de desigualdades sociales y el privilegio de grupos económicamente favorecidos, es apenas la herramienta semi jurídica del ejercicio desnudo del poder, un acto de violencia ejercida por algunos contra el ciudadano privado. Con todo, el fenómeno de la continuidad autoritaria dista de haber desaparecido después del hundimiento de los totalitarismos de mediados del siglo pasado. Muy por el contrario, es una amenaza ingente o ya espantable realidad en Europa, no solamente en ese reino de la arbitrariedad que es la Rusia de Vladimir Putin, país gobernado por antiguos miembros de la policía política de la Unión Soviética⁷. Coincido con el autor en que resulta indigno de un hombre de ciencia que su distanciamiento intelectual del objeto de estudio llegue hasta el punto de aceptar como algo inevitable los dictados de cualquier voluntad normativa, incluso una decididamente adversa a los principios del Estado de Derecho. Francesco Carrara, en el siglo XIX, calificó sin tapujos a esta actitud de *scienza schifosa*, un saber repugnante.

4. El libro reúne trabajos publicados por el autor durante los últimos lustros. No se trata, pues, de piezas inéditas, pero tampoco quedan inconexas en esta recopilación. Obedecen a una línea de pesquisa uniforme, mitad histórica, mitad actual, en que el pasado de nuestra disciplina reobra sobre su presente, cuyas raíces se hunden en la primera mitad del siglo XX y en decisiones políticas equivocadas que se adoptó en Europa cuando finalmente callaron las armas en abril de 1945.

La continuidad del autoritarismo penal, empero, no se debe únicamente a tales coyunturas. La profesión jurídica es por definición conservadora. El jurista trabaja con normas que aguardan ser aplicadas. Es reacio a abandonar, siquiera a modificar, tradiciones a menudo centenarias cristalizadas en elaboraciones conceptuales sumamente arraigadas. La disposición con-

servadora, cuyo prototipo es la figura del juez, tiene sus facetas positivas, pues contribuye a la estabilidad institucional. Sin embargo, traiciona también aspectos nocivos: puede avalar poderes ilegítimos, procrastinar *ad infinitum* las políticas de mejora requeridas por realidades de abandono social, servirse del Derecho como pretexto para el despliegue de la fuerza sobre quienes protestan, consciente o inconscientemente, contra un estado de opresión.

También por esto el libro posee especial valor para Chile. Los sucesos de 2019 desnudaron el verdadero principio de los grupos con poder político: gobernar únicamente para sus intereses; el plebiscito de 2020 dejó en evidencia algo que pocos juristas se atreven a confesar públicamente: que el país carece de Constitución; los referendos de 2022 y 2023 revelaron que los poderes políticos del Estado, a semejanza de la experiencia de 1973-1990, perdieron todo contacto con el entramado de la sociedad civil. Estas son condiciones óptimas para el mesianismo, la demagogia y el uso de los medios penales como atizador del odio al prójimo.

Para colmo, Chile no pasó ni de cerca por un proceso de depuración del aparato público después del régimen militar. Esta abstención nos inhabilitó para la rebelión que consiste en el derecho a no mentir. Parafraseando nuevamente a Albert Camus, al no proscribir la violencia y la mentira, características distintivas de la dictadura, nos clausuramos a una moral de la libertad y la verdad. Tenemos que convivir en silencio con asesinos o apologetas del asesinato, en vez de pensar correctamente y decir las cosas por su nombre. Como explica Camus, “no se piensa mal por ser un asesino; se es un asesino porque se piensa mal”⁸. Es indiferente que nuestros malos pensamientos tengan como objeto los inmigrantes sudamericanos de los últimos años o los connacionales que yacen hacinados en las cárceles o son candidatos a sufrir tarde o temprano penas por delitos convencionales.

La dogmática penal aséptica es una manifestación más del perdido derecho a no mentir. Ojalá que no perdamos también el derecho a no tragarnos las mentiras, máxime cuando brotan de labios de gobernantes, parlamentarios o altos magistrados de la República. Es el derecho a rechazar con indignación las trampas tendidas desde arriba al público, el derecho a pensar con nuestra propia Minerva y de enseñar a los jóvenes que no merece el título de jurista quien opina que la liber-

7 Anna Politkovskaja, *La Russia di Putin*, traducción italiana de Claudia Zonghetti, Adelphi Edizioni, Milano, 2005, especialmente págs. 136-137, en las que se lee que antes que Putin fuese elegido en 2000, muchos decían en Rusia que “el diablo no es tan feo como lo pintan”. Frases que se oye hoy en Alemania, Italia, Holanda, Francia, Polonia, Hungría, etc., y a las que la autora, una periodista asesinada por el gobierno moscovita, hubiera replicado: “Qué pretenden que sea, si viene del KGB soviético”.

8 *La crisis del hombre (1946)*, en op. cit., pág. (29-47) 41.

tad de la ciencia viene determinada por la política, no por el Derecho, cuando es exactamente al revés: el Derecho traza los límites de acción a la política. Allende estos límites, no hay Derecho, sino nuda violencia. Al margen de ellos, tampoco existe ciencia, sólo el cultivo de relaciones de poder.

De ahí que el libro de Francisco Muñoz Conde regala a la alicaída memoria chilena páginas refrescantes.

En el fondo, nos vemos retratados en una cautivante tragedia, la tragedia irresuelta del ordenamiento constitucional del Estado.

José Luis Guzmán Dalbora

*Catedrático de Derecho penal y Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Valparaíso.*