

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

PROSTITUCIÓN, DERECHO Y SOCIEDAD

SUMARIO

DEBATE

Prostitución, derecho y sociedad

Artículos de:

Francisco Oliva Blázquez

Eduardo Gamero Casado

José Núñez Fernández

Kerman Calvo

Alberto Penadés

ESTUDIOS

Víctima del delito y Europa (Juan-Luis Gómez Colomer)

Relato y justificación. En el corazón deliberativo de un jurado (a propósito de Twelve angry men)

(José Manuel Cabra Apalategue)

Metateoría jurídica analítica del siglo XXI: teorías monistas y pluralistas en el estudio del derecho

(Nicolás López Pérez)

TEMAS DE HOY

Señas de identidad de la reforma penal de 2015: política criminal e ideología

(José L. González Cussac)

VARIA

Ars iuris en el ideal del perfectus orator en la obra de Cicerón De Onatore libri tres (José Miguel

Piquer Marí)

Animales y derecho (Crítica bibliográfica de Oriol Caudevilla)

De ciencia, sabios y juristas: reflexiones sobre la investigación y los investigadores del derecho

(Margarita Castilla Barea)



tirant lo blanch

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

17/2015
REVISTA SEMESTRAL. JUNIO

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 17/2015

<http://teoriayderecho.tirant.com>

<http://teoriayderecho.com>

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)

COMITÉ CIENTÍFICO:

Ana B. Campuzano

*Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Cardenal Herrera-CEU*

Jorge A. Cerdio Herrán

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

José Ramón Cossío Díaz

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México

Owen M. Fiss

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

Luis López Guerra

*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

Marta Lorente Sariñena

*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

Javier de Lucas Martín

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

Víctor Moreno Catena

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid*

Francisco Muñoz Conde

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Angelika Nußberger

*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de
Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)*

Héctor Olásolo

*Catedrático de Derecho Internacional Penal y
Procesal de la Universidad de Utrecht (Países Bajos)*

Luciano Parejo Alfonso

*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

Tomás Sala Franco

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

José Ignacio Sancho Gargallo

*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

Ruth Zimmerling

*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz
(Alemania)*

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba Martínez; Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

PVP número suelto: 55 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 99 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitios web: <http://teoriayderecho.tirant.com>; <http://teoriayderecho.com>

Correspondencia

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita

Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: tlb@tirant.com

<http://www.tirant.com>

ISSN: 1888-3443

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Diseño y maquetación: Tink Factoría de Color

Imprime: Guada Impresores, S.L.

SUMARIO

DEBATE

Prostitución, derecho y sociedad

Presentación	11
<i>Francisco Oliva Blázquez</i>	
Prostitución e ilegalidad contractual: una reflexión en clave contemporánea ...	18
<i>Francisco Oliva Blázquez</i>	
La prostitución: aspectos jurídico-administrativos	40
<i>Eduardo Gamero Casado</i>	
Prostitución de menores e incapaces y Derecho penal: Algunas cuestiones problemáticas de antes y después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma de Código penal.....	56
<i>José Núñez Fernández</i>	
Actitudes hacia la regularización de la prostitución en España: una aproximación a partir de datos de encuesta	78
<i>Kerman Calvo y Alberto Penadés</i>	

ESTUDIOS

Víctima del delito y Europa.....	100
<i>Juan-Luis Gómez Colomer</i>	
Relato y justificación. En el corazón deliberativo de un jurado (a propósito de <i>Twelve angry men</i>).....	130
<i>José Manuel Cabra Apalategui</i>	
Metateoría jurídica analítica del siglo XXI: teorías monistas y pluralistas en el estudio del derecho.....	146
<i>Nicolás López Pérez</i>	

TEMAS DE HOY

Señas de identidad de la reforma penal de 2015: política criminal e ideología	168
<i>José L. González Cussac</i>	

VARIA

<i>Ars iuris</i> en el ideal del <i>perfectus</i> orador en la obra de Cicerón <i>De Oratore libri tres</i>	181
<i>José Miguel Piquer Marí</i>	
Animales y derecho. Crítica bibliográfica.....	191
<i>Oriol Caudevilla</i>	
De ciencia, sabios y juristas: reflexiones sobre la investigación y los investigadores del derecho.....	197
<i>Margarita Castilla Barea</i>	
Normas de edición	213
Normas de buenas prácticas.....	221

SUMMARY

DISCUSSION

Prostitution, law and society

Introduction.....	11
<i>Francisco Oliva Blázquez</i>	
Prostitution and contractual illegality: a reflection in a contemporary key	18
<i>Francisco Oliva Blázquez</i>	
Prostitution: Public Legal Issues	40
<i>Eduardo Gamero Casado</i>	
Prostitution of the handicapped and the underage in the Criminal law: Some problematic aspects before and after the Organic Law 1/2015, March, 30th, pertaining to the reform of the Criminal Code.....	56
<i>José Núñez Fernández</i>	
Attitudes towards the legalization of prostitution in Spain: an approach from survey data	78
<i>Kerman Calvo y Alberto Penadés</i>	

STUDIES

Victim of crime and Europe	100
<i>Juan Luis Gómez Colomer</i>	
Story and justification. At the deliberative heart of a jury (regarding Twelve angry men).....	130
<i>José Manuel Cabra Apalategui</i>	
Legal Analytical Theory of the XXI Century: monism and pluralism to the study of law	146
<i>Nicolás López Pérez</i>	

TODAY'S ISSUES

The Identifying Features of the 2015 Spanish Criminal Code Reform: Criminal Policy and Ideology	168
<i>José L. González Cussac</i>	

VARIA

Ars iuris within the ideal perfectus orator in Cicero's De Oratore libri tres.....	181
<i>José Miguel Piquer Mari</i>	
Animals and Law. Book Review.....	191
<i>Oriol Caudevilla</i>	
About science, sages and jurists: reflections on legal research and scholars.....	197
<i>Margarita Castilla Barea</i>	
Author Guidelines	213
Ethical Guidelines	221

DEBATE

Prostitución, derecho y sociedad

Presentación

Francisco Oliva Blázquez

Prostitución e ilegalidad contractual: una reflexión en clave contemporánea

Francisco Oliva Blázquez

La prostitución: aspectos jurídico-administrativos

Eduardo Gamero Casado

Prostitución de menores e incapaces y Derecho penal: Algunas cuestiones problemáticas de antes y después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma de Código penal

José Núñez Fernández

Actitudes hacia la regularización de la prostitución en España: una aproximación a partir de datos de encuesta

Kerman Calvo y Alberto Penadés

PRESENTACIÓN

Francisco Oliva Blázquez

PROSTITUCIÓN, DERECHO Y SOCIEDAD

El presente número de la Revista *Teoría y Derecho* dedica su primera parte a un debate monográfico titulado “Prostitución, derecho y sociedad”. La prostitución, a pesar de tratarse de una realidad con la que convivimos en la sociedad de forma continua, sigue siendo un fenómeno social parcialmente refractario al Derecho y frente al cual los poderes públicos suelen practicar una suerte de tolerancia no exenta, todo hay que decirlo, de grandes dosis de hipocresía. No en vano se ha dicho en numerosas ocasiones, hasta convertirse en una especie de dogma indiscutible, que la prostitución es “alegal” y se desarrolla en el etéreo limbo jurídico de la permisibilidad político-social. Sin embargo, tales afirmaciones, por exageradas, no son del todo correctas.

Por de pronto, existen modelos teóricos que, sobre el papel, afrontan con claridad una política jurídico-legislativa relativa a la prostitución (prohibicionista, abolicionista y reglamentista). Ahora bien, la tozuda realidad de los hechos pone de manifiesto que los sistemas suelen ser incoherentes, incompletos e insatisfactorios. En este sentido, el ordenamiento jurídico español es formalmente abolicionista; por lo que debería perseguir la erradicación radical de la prostitución, sin ambages. Sin embargo, junto a normas que pueden hacer pensar en la persecución de este objetivo (como la criminalización del proxenetismo), conviven normas jurídicas y pronunciamientos judiciales —convenientemente expuestos a lo largo del presente debate monográfico— que, de una forma ciertamente sectorial y asistemática, regulan y reconocen el fenómeno de la prostitución. En otros términos, no se persigue con

claridad y contundencia a la prostitución, que, aun siendo formalmente ilícita, acaba aceptándose o tolerándose como parte de una realidad oficialmente ignorada pero fácticamente asumida por todos.

No es de extrañar, por todo ello, que el estado actual del régimen jurídico de la prostitución en España venga presidido inevitablemente por la inseguridad jurídica, las lagunas y la falta de certidumbre; algo que, cuando se encuentran en juego valores y bienes jurídicos de tan elevado rango como los que se derivan del ejercicio de prestaciones sexuales a cambio de precio, resulta, como mínimo, lamentable y rechazable. Es cierto que la literatura jurídica —no precisamente abundante, más allá del ámbito de lo penal— ha intentado colmar las lagunas y responder a las diferentes incógnitas que se derivan de nuestro ordenamiento jurídico; pero las preguntas que siguen presentándose son tan variadas como importantes, razón más que suficiente, entendemos, para encarar el reto de iniciar un proceso de reflexión profundo en torno a la materia. En este sentido, los profesores Kerman Calvo y Alberto Penadés nos advierten de que las políticas públicas hacia la prostitución sufren de muchas de las limitaciones identificadas en las políticas morales en España, como la presencia de mordazas institucionales (*gag rules*) que dificultan el normal inicio de un proceso de elaboración de una política pública, ante la falta de mecanismos de deliberación y diagnóstico. Esperamos que las siguientes páginas sirvan precisamente para superar esta barrera, ofreciendo para ello un marco de debate y deliberación que pueda resultar útil y funcional.

Es evidente que la prostitución puede abordarse desde muy distintas perspectivas (política, económica, jurídica, antropológica,

psicológica, etc.), todas ellas indudablemente interesantes y hasta diría imprescindibles para alcanzar un conocimiento global del fenómeno. No obstante, por razones de espacio y de optimización de recursos, el debate de este número se centrará en cuatro aspectos que han sido considerados como especialmente importantes. Por un lado, la presumida ilicitud causal del contrato de prestación de servicios sexuales, en cuanto que provoca la nulidad radical del negocio jurídico con todas las consecuencias que de ello se derivan para las personas que ejercen la prostitución (especialmente en el sector del Derecho laboral). Por otro lado, los aspectos jurídicos-administrativos de la prostitución, en tanto que existe una normativa sectorial y de carácter territorial —no estatal— que ha pretendido responder a problemas puntuales que han sido objeto de vívidos debates por parte de la opinión pública (como el ejercicio de la prostitución en los espacios públicos). En tercer lugar, se estudia la prostitución de menores e incapaces en el Código Penal, una cuestión especialmente delicada que, sin embargo, carece de una respuesta clara, ordenada y segura por parte del legislador. Y finalmente, el debate monográfico abandona el campo estrictamente jurídico para adentrarse en el ámbito de las consideraciones sociológicas en torno a la prostitución: ¿qué opinión tiene la ciudadanía sobre la prostitución? Amén de tratarse de una cuestión escasamente tratada, entendemos que un elemento imprescindible de cualquier debate consiste en conocer cuál es la posición que los españoles asumen frente al fenómeno de la prostitución, ya que la opinión social dominante debería emplearse como punto de referencia inexcusable de las políticas públicas que finalmente haya que llevar a cabo.

Antes de dar paso al lector, juez natural del contenido de los trabajos publicados, llevaremos a cabo con algo más de detalle una breve presentación del contenido de cada uno de los citados estudios, como una suerte de anticipo de lo que finalmente encontrará en las siguientes páginas.

El debate se abre con un artículo titulado “Prostitución e ilegalidad contractual: una reflexión en clave contemporánea”, que aborda la cuestión de la ilicitud civil presuntamente connatural al contrato de prestación de servicios sexuales, convertida en escollo inexpugnable para el reconocimiento de cualquier eficacia jurídica a dicho contrato. En otros términos, se considera que el contrato en virtud del cual alguien abona un precio a cambio de percibir una prestación sexual es radicalmente nulo por contar con un objeto o una causa que contraviene la ley imperativa, la moral o las buenas costumbres (arts. 1271 y 1275 CC). De esta forma, la relación contractual resulta inexistente para el Derecho, con todas las consecuencia que ello acarrea en términos de pérdida de derechos de todo tipo (sociales, laborales, fiscales, civiles).

Desde luego, ello parece ser especialmente claro cuando hablamos de la prostitución por cuenta ajena, esto es, como contrato de trabajo propiamente dicho, ya que el proxenetismo se encuentra tipificado como delito, constituyendo por ello un “caso de libro” de contrato con causa contraria a una ley imperativa. Sin embargo, cuando nos referimos a la prostitución por cuenta propia, ejercitada de forma libre y completamente voluntaria, al no producirse la intervención de un proxeneta, no hay delito de prostitución, por lo que en principio habría que considerar que nos encontramos ante una actividad lícita. Es cierto que algunas voces de la doctrina penal han propuesto llevar a cabo una lectura del delito de proxenetismo vinculada a la idea de abuso, explotación y vulnerabilidad, interpretación que en cierto modo ha sido acogida por la sentencia de 18 de febrero de 2015 del Juzgado de lo Social de Barcelona. En otros términos, la prostitución ejercitada de forma completamente libre (sin coacción) por una persona adulta no sería constitutiva de ilícito penal. No obstante, mientras no se reforme la ley o se construya una jurisprudencia clara y uniforme que diga lo contrario, el proxenetismo seguirá siendo delito (incluso con la nueva redacción otorgada por la LO

1/2015), lo que provocará en un principio la nulidad completa del contrato de trabajo realizado.

Por otro lado, la prestación de servicios sexuales a cambio de una contraprestación económica ha sido siempre considerada como un clásico ejemplo de contrato con causa ilícita por contravenir la moral (causa torpe). Sin embargo, bajo la aparente ilegalidad de estos contratos, se oculta en realidad un planteamiento basado en prejuicios morales y éticos que, en gran parte, han sido superados en la actualidad. La moral es un concepto jurídico indeterminado que debe integrarse con la ética social existente en cada momento histórico, y tiene que construirse teniendo en cuenta todos los principios, valores y derechos que conforman nuestro Estado Social y Democrático de Derecho (“ética constitucional”), debiendo considerarse como inmoral aquello que repugne a la conciencia social. No parece que esto ocurra con la prostitución, una actividad que cuenta con un reconocimiento importante en nuestra sociedad, como lo demuestra el hecho de que la jurisprudencia considera que puede ejercerse en el ámbito del derecho a la libertad de empresa, que se haya calificado al alterne por nuestros tribunales como completamente legal o, entre otros muchos datos, el hecho de que existan instrumentos normativos de distinto rango que tienen como finalidad abiertamente declarada la de defender el orden público, la salud y el bienestar social, como preciados bienes de la comunidad, frente al ejercicio de la prostitución. Si el ordenamiento jurídico admite y de alguna forma otorga cobertura legal al fenómeno de la prostitución bajo determinadas circunstancias, difícilmente puede llegarse a la conclusión de que la moral social se opone frontalmente a tal actividad (en este sentido, STS 14 abril 2009).

A modo de conclusión, se defiende que, independientemente de cuál sea el posicionamiento ético-moral de cada cual frente a la prostitución como fenómeno, la denegación de derechos a las personas que se prostituyen, amparada en la ilicitud intrínseca de la activi-

dad por causas morales, es algo en sí mismo rechazable e inaceptable, que por lo tanto debería superarse tal y como han hecho de forma aislada algunos pronunciamientos judiciales.

Continúa el debate con un estudio aportado por el profesor Eduardo Gamero Casado, titulado “La prostitución: aspectos jurídico-administrativos”. El autor comienza su trabajo recordando que, por lo que respecta a la regulación jurídico-administrativa del fenómeno de la prostitución, hay dos opciones: o bien se prohíbe expresamente (postura que califica como *neo-abolicionista*) o bien se regula su ejercicio (*regulacionismo*). Sin embargo, considera completamente inadmisibles el silencio y la falta de regulación legal actual, teniendo en cuenta que en la prostitución concurren una serie de bienes y valores extremadamente sensibles como la seguridad, la higiene, la protección de los menores de edad, la libertad y, finalmente, la dignidad de las personas que se prostituyen.

Una vez manifestada de esta forma, contundente y nítida, su visión general del fenómeno, el autor pasa a analizar la pretendida “alegalidad” de la prostitución, que rechaza abiertamente, así como los argumentos que vendrían a avalar la prohibición de la prostitución en nuestro ordenamiento jurídico. ¿Cómo resuelve el profesor Gamero este escollo a su razonamiento? Por un lado, considera que el Decreto-ley de 3 de marzo de 1956, que efectivamente prohíbe la prostitución, es una norma en claro desuso, y esa persistente inaplicación, siguiendo a Kelsen, conduciría inequívocamente a afirmar su ineficacia. Por otro lado, aunque el Convenio de Lake Success tiene eficacia en nuestro Derecho interno (art. 96.1 CE), ello no obliga a penar por completo toda forma de prostitución (STC 129/1996).

Llegados a este punto, el profesor Gamero afronta el núcleo de su trabajo, que no es otro que la dimensión jurídico-administrativa del ejercicio, claramente tolerado “no sin cierta hipocresía”, de la prostitución en establecimientos abiertos al público y en la vía pública.

No obstante, como postulado metodológico previo, aclara que el ámbito de la prostitución que puede considerarse lícito desde la óptica del Derecho administrativo aparece delimitado en sentido negativo por el perímetro del Derecho penal. Por lo que respecta a la prostitución que se ejerce en establecimientos abiertos al público, se afirma que carece con carácter general de una legislación reguladora específica, debiendo colmarse la laguna existente mediante la aplicación de la legislación más afín al tipo de establecimiento, en función de los servicios que en el mismo se presten (bar, alojamiento, sauna, masajes, etc.). No obstante, existen dos normativas que regulan el régimen de los establecimientos dedicados a la prostitución: la Ordenanza local de Bilbao sobre establecimientos públicos dedicados a la prostitución de 12 de mayo de 1999, así como el Decreto 112/2010, de 31 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de espectáculos públicos y actividades recreativas de Cataluña. El autor, una vez analizado su contenido, considera decepcionante el hecho de que la escasa legislación —*latu sensu*— existente contemple muy pocas medidas protectoras de las personas que se prostituyen, tanto en lo relativo a las garantías de su libertad y dignidad, como en lo referente a la salubridad de la actividad que realizan, evitando que se vean expuestas a tratos vejatorios o al contagio de enfermedades.

Con relación al ejercicio de la prostitución en la vía pública, diferentes municipios han optado por afrontar el problema mediante ordenanzas cuya tónica general es la de diferenciar supuestos o espacios en los que no se prohíbe ni se sanciona la prostitución y otros en los que sí. No obstante, el autor entiende que debería prohibirse el ejercicio de esta actividad en la vía pública, al igual que sucede con otras que resultan potencialmente nocivas para colectivos influenciados y merecedores de tutela.

Finalmente, el profesor Gamero concluye su trabajo abordando brevemente otra dimensión del fenómeno de la prostitución: la necesidad de ofrecer servicios sociales que asistan

a las personas implicadas en esta actividad y que requieran apoyo y orientación. Aunque la adopción de este tipo de planes de intervención y servicios sociales comunitarios constituye primordialmente una competencia municipal, la Administración del Estado tiene un papel importantísimo que desempeñar en ejercicio de potestades de policía administrativa, en cuanto que un adecuado plan de inspección de locales puede ser decisivo para la prevención de la trata de seres humanos y su persecución criminal.

El tercer elemento del debate se encara desde la perspectiva penal, y más concretamente a partir del análisis crítico de la regulación que el Código Penal hace de los delitos de prostitución de los menores de edad e incapaces. El autor, José Núñez Fernández, comienza denunciando lo que ha sido un gravísimo error del legislador mantenido durante años: la omisión de la naturaleza de la pena contemplada para el delito, algo que considera como una “clara y grave quiebra de la garantía penal derivada del principio de legalidad”, más que un simple olvido u omisión perdonable de un legislador que se ha caracterizado, en el ámbito penal, por llevar a cabo modificaciones legislativas de carácter irreflexivo y de escasa calidad técnica. La LO 1/2015, de 30 de marzo, ha rectificado el error estableciendo de manera expresa la naturaleza y la extensión de las penas con las que el delito se conmina, si bien el problema seguirá existiendo respecto de todos los comportamientos cometidos durante la vigencia de la LO 5/2010, de 22 de junio.

A continuación, el profesor Núñez Fernández pone de manifiesto la vulneración del principio de proporcionalidad en que incurre el Código Penal tras la reforma del año 2010, momento en el que en su opinión se distinguió entre dos comportamientos diferentes: la prostitución de menores e incapaces propiamente dicha y el mantenimiento de relaciones sexuales a cambio de remuneración o promesa con un menor o un incapaz. Efectivamente, salta a la vista que la primera modalidad es más grave que la segunda, por lo que deberían contar con

penas diferentes, en atención a la mayor o menor gravedad del comportamiento enjuiciado. En cualquier caso, el legislador ha reafirmado nuevamente este error mediante la reciente LO 1/2015, que ha castigado las dos modalidades en dos apartados distintos, estableciendo penas diferentes que de esa manera vienen a reducir la falta de proporcionalidad denunciada.

Otro de los problemas exegéticos que plantea el tipo objetivo es el de la amplitud de la norma, que se refiere en general a la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución. Nuevamente la norma es contraria al principio de proporcionalidad, en tanto que sitúa al mismo nivel punitivo lo que en puridad son formas de complicidad, cooperación necesaria e inducción, contradiciendo de ese modo el sistema general del Código penal de punición de las formas de intervención en delito. En otras palabras, se equiparan punitivamente aportaciones a la prostitución del menor o incapaz de muy distinta entidad, lo cual no deja espacio más que a la autoría como forma de intervención. La doctrina ha propuesto una interpretación restrictiva, en virtud de la cual solo debe responder como autor el que realice actos asimilables a la inducción o a la cooperación necesaria. No obstante, el autor considera que dicha interpretación es incoherente con el tenor literal del precepto normativo, amén de que provoca cierta inseguridad jurídica, pues los criterios que delimitan la autoría de la complicidad se definen en términos valorativos por parte de quienes abogan por esta interpretación restrictiva. Por todo ello, recomienda un cambio legislativo profundo que acabe con estos problemas hermenéuticos.

Respecto al segundo supuesto delictual (solicitar, aceptar u obtener relaciones sexuales a cambio de remuneración o promesa con un menor o un incapaz), se considera que habrá consumación con la mera solicitud o aceptación de la relación sexual, lo cual, para el autor, es un nuevo ejemplo de vulneración del principio de proporcionalidad, pues no es lo mismo, obviamente, solicitar que obtener una relación sexual.

Finalmente, el profesor Núñez Fernández afronta la delicada y controvertida cuestión del bien jurídico protegido por el artículo 187.1 CP, que, según la tesis mayoritaria, sería la libertad sexual o el proceso de formación de la voluntad en el ámbito sexual. Sin embargo, el autor, por diferentes razones jurídicas que expone con detalle (como la libertad sexual en sus dos vertientes), así como contando con el apoyo de una línea jurisprudencial en la que la condena se basa en una situación de inferioridad de los menores derivada de factores ajenos a la edad (drogadicción, ausencia de recursos, etc.), llega a la conclusión de que la norma debe desaparecer en cuanto que tiene una razón de ser meramente simbólica y de alta carga moralizante. En su opinión, la libertad sexual y la dignidad humana se comprometen cuando la decisión de prostituirse o de mantener relaciones sexuales a cambio de precio se obtiene mediante coacción o abuso, por lo que hubiera bastado con el ámbito típico del actual art. 188 CP hasta convertirlo en un tipo abierto. A mayor abundamiento, desde una perspectiva sistemática y comparativa con otros delitos, se advierten disfunciones valorativas difíciles de explicar que el autor expone con toda claridad, y que no han sido resueltas con la LO 1/2015, que repite en esencia el esquema punitivo vigente para los delitos relativos a la prostitución agravando las penas con las que los castiga.

El autor, a modo de conclusión, y con el objeto de superar las aporías descritas, propone descriminalizar las conductas no abusivas ni coactivas relacionadas con la prostitución que afecten a menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual y ampliar el ámbito típico de las intervenciones coactivas o abusivas en la prostitución cualesquiera que sean los sujetos pasivos.

El último de los estudios que componen el panorama del presente debate se titula "Actitudes hacia la regularización de la prostitución en España: una aproximación a partir de datos de encuestas", y ha sido realizado por Kerman Calvo y Alberto Penadés, ambos profesores de sociología de la Universidad de Salamanca. Los

autores, tras constatar el estado de inseguridad y confusión que existe en torno a la prostitución en España, llegan a la conclusión de que la mejor manera de salir del enquistado debate existente es consultar a la ciudadanía y, en consecuencia, tomar la decisión que mejor se acomode a estas opiniones. Por ello, haciendo uso de los limitados datos de encuesta existentes, analizan las actitudes que los españoles tienen hacia la prostitución, adelantando desde un principio que “nuestra hipótesis es que la opción de la legalización es mayoritaria”.

Ahora bien, los autores se topan con un grave problema *ab initio*: el estudio científico riguroso de esas actitudes es muy escaso en la literatura sociológica española, por lo que ante la debilidad de los análisis disponibles, construyen su tesis, en primer lugar, en torno a estudios aislados y de carácter local (Madrid y Jaén) basados en muestras *ad hoc* que vendrían a confirmar una tendencia hacia la regulación y legalización. No obstante, los autores reconocen expresamente que “poca seguridad nos debería dar conclusiones basadas en estudios parciales, no representativos de la población en su conjunto”. Por ello, a continuación llevan a cabo un análisis de los datos de una encuesta telefónica del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) sobre actitudes y prácticas sexuales, elaborada —en torno a una pregunta desafortunada y de baja calidad— en el año 2008, que les conducen a la misma conclusión: la gran mayoría de los ciudadanos se muestran favorables a la legalización de la prostitución (aproximadamente un 80%). No obstante, se detectan diferencias esenciales e interesantes de actitud en función del perfil de las personas, que pasamos a resumir brevemente.

Así, la oposición a la legalización la protagonizan las mujeres, en cierta vindicación de los postulados feministas más abiertamente opuestos a cualquier aceptación legal y/o institucional de la prostitución. Existe igualmente un mayor rechazo a la regularización tanto entre los más mayores como entre los más jóvenes, y las personas que viven en poblaciones grandes son más favorables a la legalización,

quizás, apuntan los autores, porque al estar más expuestos a la misma en su entorno urbano, ven en la legalización una solución para retirar a estas mujeres de la vía urbana.

Otras variables socio-demográficas son también relevantes, como es el caso de la clase social, por cuanto las personas de clase obrera no cualificada y las personas inactivas en el mercado laboral son menos proclives a defender la legalización. Este efecto, que los autores califican como “(relativo) rechazo proletario”, contrasta con el elemento del nivel educativo, ya que la educación no condiciona significativamente las respuestas. La nacionalidad también parece influir, siendo los ciudadanos de origen extranjero menos afines a la legalización, lo cual podría explicarse bien por una suerte de empatía de clase o de grupo nacional (por el elevado número de prostitutas extranjeras trabajando, forzosamente en muchos casos, en España), bien por la presencia de un menor liberalismo en cuestiones de costumbres.

Los profesores Calvo y Penadés abordan una de las cuestiones clave que afloran en todo posicionamiento frente a la prostitución: las visiones morales dominantes sobre la sexualidad y las relaciones afectivas. Y en este sentido, llegan a la conclusión de que las personas más religiosas y las personas más intolerantes en sus actitudes hacia la permisividad sexual incrementan la probabilidad de oponerse a legalizar la prostitución. Sin embargo, es de destacar que, aparentemente, la llamada justificación “naturalista” de la prostitución (esto es, la consideración sobre el diferente apetito y necesidades sexuales de hombres y mujeres) parece ajena a la opinión pública española, al igual que el nivel de actividad sexual, pues no hay diferencias significativas entre quienes tienen vida sexual muy activa, relativamente activa, más bien retraída o inexistente.

Finalmente, como era de esperar, el haber sido o no consumidor de prostitución sí condiciona la actitud hacia la regulación, de tal manera que las personas entrevistadas que han consumido prostitución (mayoritariamente

hombres) tienen una propensión significativamente mayor a mostrarse de acuerdo con su inevitabilidad y su necesaria legalización (incluyendo a las pocas mujeres que en la muestra estadística reconocen haber consumido prostitución, por lo que aquí el efecto género desaparece). En definitiva, legalizarían antes la prostitución aquellos con mayores probabilidades, presentes o futuras, de ser sus consumidores.

Este es el contenido que, de forma extensa y desarrollada, encontrará el lector a lo largo de las siguientes páginas. Tal y como señalamos al principio de esta presentación, esperemos que el presente debate contribuya a superar esas mordazas que aún se interponen en el ejercicio de un proceso deliberativo, abierto y libre, en torno al complejo fenómeno de la prostitución.

PROSTITUCIÓN E ILEGALIDAD CONTRACTUAL: UNA REFLEXIÓN EN CLAVE CONTEMPORÁNEA

PROSTITUTION AND CONTRACTUAL ILLEGALITY: A REFLECTION IN A CONTEMPORARY KEY

Francisco Oliva Blázquez

RESUMEN

Los contratos de arrendamiento de servicios sexuales a cambio de precio suelen considerarse como ilegales por contar con un objeto o una causa que contraviene la ley imperativa, la moral o las buenas costumbres (arts. 1271 y 1275 CC). De esta forma, la prostitución resulta *a priori* inexistente para el Derecho (*quod nullum est, nullum effectum producit*), con todas las consecuencias que ello acarrea en términos de pérdida de derechos para la persona que ejerce la prostitución. Sin embargo, los hechos demuestran que la prostitución, como actividad económica real, goza de un cierto reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, algo que se opone a la idea de que nos encontramos ante un comportamiento completamente ilegal e inmoral. En nuestra opinión, es necesario llevar a cabo una interpretación de la moral vigente, como límite de la libertad personal, que se adapte fielmente a la realidad de la sociedad en la que se invoca, y que además respete el conjunto de valores, principios y derechos que establece la Constitución, así como el resto de nuestras leyes y normas. De esta forma, podrá superarse una interpretación jurídica que niega cualquier derecho e invisibiliza a la parte más débil de la prostitución.

PALABRAS CLAVE

Prostitución, Contratos, Requisitos, Causa, Objeto, Ilegalidad, Moral, Libertad.

ABSTRACT

Contracts of prostitution are usually deemed as illegal, because its object or cause is contrary to mandatory law or morality (arts. 1271 and 1275 CC). Hence, the prostitution does not exist for the Law *a priori* (*quod nullum est, nullum effectum producit*), with all the consequences that this entails in terms of loss of rights for the prostitute. However, the facts prove that prostitution is a real economic activity that enjoys some kind of recognition in our legal system, and this reality is opposed to the idea that is an utterly illegal and immoral behavior. Under this author's opinion, it is necessary to undertake an interpretation of the concept of "current moral", as a limit to personal freedom, that closely matches to the reality of the society in which it is invoked, and that also respects the set of values, principles and constitutional rights, as well as the rest of our laws and regulations. In this way, it will be possible to overcome a legal interpretation that denies any right to the prostitute and makes invisible the weakest part of prostitution.

KEY CONCEPTS

Prostitution, Contracts, Requirements, Cause, Object, Illegality, Moral, Freedom.

PROSTITUCIÓN E ILEGALIDAD CONTRACTUAL: Una reflexión en clave contemporánea

Francisco Oliva Blázquez*

Universidad Pablo de Olavide

Sumario: 1. El Derecho ante el fenómeno de la prostitución: la ilegalidad contractual. 2. Los modelos contractuales en la prostitución y sus elementos constitutivos. 3. Causa y objeto ilícito del contrato de prostitución. 4. Oposición del contrato de prostitución a la ley imperativa. A. La prostitución por cuenta ajena y el delito de proxenetismo. B. ¿Es ilegal la prostitución por cuenta propia? 5. Prostitución y moral. A. Ilícitud de la causa del contrato de prostitución por contravención de la moral. B. El concepto de “moralidad”: la prostitución en el marco de la sociedad española del siglo XXI. C. Moral, libertad personal y Constitución: la sentencia T-629/10 de la Corte Constitucional de Colombia. D. Destellos de un posible cambio en la práctica judicial española. 6. Conclusiones. Nota bibliográfica.

1. EL DERECHO ANTE EL FENÓMENO DE LA PROSTITUCIÓN: LA ILEGALIDAD CONTRACTUAL

Enseña el tópico que la prostitución es el oficio más antiguo del mundo (*vid.*, Dufour 1999). Efectivamente, se trata de una profesión, oculta y despreciada formalmente por la sociedad, que ha resistido a lo largo de los siglos sometida a la siempre incesante presión de la moral social y de las leyes, y nada parece indicar que esté destinada a desaparecer en un periodo de tiempo más o menos inmediato. Más bien al contrario. El Informe de la ponencia sobre la prostitución en nuestro país, elaborado por la Comisión Mixta de los Derechos

de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades de las Cortes Generales (aprobado el 13 de marzo de 2007), relata que la prostitución es el segundo negocio mundial más lucrativo, reportando anualmente unas ganancias de entre 5 y 7 billones de dólares y movilizándolo alrededor de unas 4 millones de personas. Y los números en España no van a la zaga, puesto que, según la asociación de propietarios de clubs de alterne, se calcula que la prostitución mueve 18.000 millones de euros al año, habiéndose llegado a afirmar que en los últimos años nuestro país se ha convertido en “el burdel de Europa” (“*La prostitución: una cuestión de género*”, Departamento Confederal de la Mujer de la Unión General de Trabajadores, diciembre de 2005; *vid.*, una exposición de los datos cuan-

* Profesor titular de Derecho Civil. Acreditado al cuerpo de Catedráticos de Universidad.

titativos de la prostitución en nuestro país en, Brufao Curiel, 2008: 11 y ss.).

Está muy extendida en la sociedad la idea de que esta realidad social y económica ha chocado históricamente con el Derecho y los legisladores, que, como el avestruz, casi siempre han optado por enterrar la cabeza en el suelo y aplicar el viejo refrán de “ojos que no ven, corazón que no siente”. No obstante, aunque hay algo de verdad en esta sensación, como tendremos oportunidad de demostrar más adelante, no es cierto que la prostitución sea, como tantas veces se ha dicho, “alegal”, o que se mueva en un oscuro “limbo jurídico” (en este sentido, Roperro Carrasco, Ruiloba Alvaríño, 2012: 13). El Derecho, de una forma u otra, con mayor o menor acierto, siempre ha abordado a la prostitución como fenómeno social con un enfoque fundamentalmente sectorial.

Desde el vigente Derecho comparado se apunta a la existencia de tres modelos tradicionales a través de los cuales se ha afrontado la regulación de la prostitución: el prohibicionista, que, partiendo de un planteamiento ideológico asentado en la moral pública y las buenas costumbres, considera como punibles a todas las conductas involucradas en el comercio sexual, incluyendo a la propia persona que se prostituye; el abolicionista, que excluye la criminalización de la prostituta¹, a la que se considera una víctima, a la vez que persigue el objetivo de acabar por completo con el fenómeno de la prostitución; y, finalmente el sistema reglamentista, que reconoce a la prostitución como un mal social que ha de ser regulado a efectos de proteger la propia salud pública y el orden social (*vid.*, Rey Martínez/Mata Martín/Serrano Argüello, 2002: 13 y ss.; algunos autores distinguen entre el sistema despenalizador/reglamentista y, como subtipo, la laboralización, que otorgaría derechos laborales a las prostitutas, Lousada Arochena, 2005: 2).

El sistema español se ubica actualmente en el ámbito del modelo abolicionista, prevalente a nivel mundial desde la aprobación del

Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 2 de diciembre de 1949 (*Tratado de Lake Success*). Y decimos que actualmente porque, hasta la Ley 22/1978, de Reforma del Código Penal, se castigaba la práctica de la prostitución (modelo prohibicionista) y, a mayor abundamiento, no ha sido hasta la Ley 11/2003, de 29 de septiembre, cuando, tras un periodo de cierta despenalización iniciado con la reforma del Código Penal del año 1995, se ha retornado al modelo abolicionista con la tipificación del delito de proxenetismo en el artículo 188.1 CP (artículo 187.1 CP tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo). Sin embargo, hay que advertir que el ejercicio de la prostitución en España, como en la mayoría de los países de nuestro entorno, no constituye delito alguno, ni para la persona que se prostituye ni para el cliente (en Suecia sí se castiga al usuario de estos servicios desde el año 1999, cuando entró en vigor la *Ley sobre la compra de sexo*, *vid.*, Dodillet, Östergren 2012: 113 y ss.). Dicho de otro modo, el elemento punitivo sólo aparece cuando intervienen terceros que explotan la prostitución ajena o cuando se trata de menores e incapaces, por lo que no hay delito en el caso de prostitución ejercida por una persona mayor de edad y de forma completamente libre y voluntaria (STS 25 noviembre 2005).

Ahora bien, ¿qué ocurre con los contratos que se celebran en torno a la prestación de servicios sexuales? Pues en principio no hay ninguna prohibición expresa recogida en la ley pero, como veremos a continuación, la práctica judicial (apoyada por un sector importante de la doctrina jurídica histórica) pone de manifiesto como, en una gran mayoría de casos, se niega cualquier eficacia a la relación jurídica contractual por considerar que se trata de un contrato radicalmente nulo al contar con un objeto o una causa que contraviene la ley imperativa, la moral o las buenas costumbres (arts. 1271 y 1275 CC). De esta forma, la relación contractual resulta inexistente para el Derecho,

con todas las consecuencia que ello acarrea en términos de pérdida de derechos de todo tipo (sociales, laborales, fiscales, civiles), en tanto que *quod nullum est, nullum effectum producit*. Así, en el ámbito laboral, la STSJ Baleares, Sala de lo Social, de 9 enero 1992, rechaza calificar como accidente de trabajo al padecido por una prostituta cuando era trasladada a su domicilio desde el prostíbulo en el que trabajaba, precisamente porque el contrato tenía una causa ilícita que provocaba su nulidad. E igualmente, hay que tener en cuenta que si la causa u objeto del contrato es ilícita por constituir un delito o falta común a ambos contratantes estos carecerán de toda acción entre sí (art. 1305 CC), al igual que si la causa es torpe, esto es, ilícita e inmoral, cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes (*ex turpi causa non oritur actio*, art. 1306 CC). Tal y como indica Kötz (2006, 277), en todas partes se rechaza la acción que interpone una prostituta en demanda del pago que le ha sido prometido, por implicar una “violación de los principios de la vida familiar y de la moral sexual”.

Salta inmediatamente a la vista cómo esta construcción jurídica conduce a la inevitable invisibilización y marginación de la prostituta. Pues bien, creo que ha llegado el momento de cuestionarse seriamente el origen, la justificación y el encaje jurídico-constitucional de esta idea de la ilegalidad e ilicitud consustancial a la prostitución, admitida casi como un dogma de fe indiscutible a lo largo de los años. ¿Los contratos de prestación de servicios sexuales son siempre contrarios a la ley o a la moral? ¿Implica ello que, en todo caso, la persona que se prostituye pierde todos sus derechos? ¿La moral social puede derribar a la libertad personal y al derecho a la autodeterminación sexual? A responder estas y otras cuestiones se destina el presente estudio, en el que con carácter previo llevaremos a cabo algunas consideraciones preliminares en torno a la tipología contractual que sirve para articular la prostitución, ya que la aproximación a la cuestión de la ilegalidad se encuentra inmediatamente vinculada al modelo de prestación de servicios sexuales escogido.

2. LOS MODELOS CONTRACTUALES EN LA PROSTITUCIÓN Y SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define en los siguientes términos a la prostitución: “Actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero”. La jurisprudencia penal suele calificar a la prostitución como la “entrega sexual”, en un sentido amplio, de una persona a otra a cambio de precio o cosa que la represente, de forma habitual o con cierta permanencia (SSTS de 13 mayo 1980 y 28 febrero 1983). Desde la jurisdicción social también se ha considerado a la prostitución como la “prestación de servicios de naturaleza sexual mediante precio” (STSJ Cataluña de 31 marzo 2005). Y en el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*asunto Jany*) de 20 de noviembre de 2001 entiende, como veremos más adelante, que la prostitución “constituye una prestación de servicios remunerada”.

Por lo tanto, existe un consenso evidente en considerar que la prostitución encaja en un modelo sinalagmático de prestación de un servicio de carácter sexual a cambio de una determinada contraprestación económica. Y este modelo no es otro que el del contrato típico de arrendamiento de servicios, regulado de una forma arcaica y extremadamente sucinta en los artículos 1583 a 1587 CC, en virtud del cual, en palabras de Díez-Picazo (2010: 459), se compromete una prestación de actividad, descrita según los intereses de las partes, pero sin comprometer el logro de un resultado (obligación de medios). En este sentido, el fallido *Anteproyecto catalán de ley que regula y limita los servicios sexuales remunerados* (versión de 9 de noviembre de 2005), cuyo objeto era el de “regular las actividades relacionadas con la prestación voluntaria de servicios sexuales remunerados en el ámbito de las competencias de la Generalidad de Cataluña” (art. 1), establecía en el artículo 9, bajo la rúbrica de

Naturaleza de la relación contractual, que “la relación jurídica derivada del contrato o pacto entre la persona que solicita los servicios sexuales y la persona que los presta se entiende que es un arrendamiento de servicios” (*vid.*, Tamarrit Sumalla, 2012: 279).

El marco general que otorga el contrato de arrendamiento de servicios puede no obstante desarrollarse a través de distintas relaciones prestacionales: por un lado, la persona que se prostituye de manera habitual puede entablar una relación contractual directa e inmediata con sus clientes, sin ningún intermediario y de forma completamente independiente; por otro lado, la prostituta puede igualmente actuar en un establecimiento abierto al público y por cuenta de un empresario con el que pacta una contraprestación económica a cambio de los servicios sexuales que preste en el marco de la organización del trabajo que aquél determine; finalmente, podemos encontrarnos con una persona que de manera esporádica y no continuada lleve a cabo actos puntuales de prostitución. Además, hay que tener en cuenta que normalmente a estas relaciones contractuales pueden adicionarse otros contratos diferentes, como el de arrendamiento de las habitaciones, locales o viviendas en las que se lleva a cabo el servicio sexual (“tercería locativa”).

Resulta evidente que mientras en un supuesto estaremos hablando de una posible trabajadora autónoma que de forma habitual, personal, directa y por cuenta propia ejerce la prostitución (art. 1 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo; *vid.*, Poyato i Matas, 2009), en el otro la prostituta concluye en pura teoría un contrato de trabajo por cuenta ajena, sometido en consecuencia al Estatuto de los Trabajadores siempre y cuando concurren los requisitos de laboralidad que exige el artículo 1.1 ET: voluntariedad, retribución, ajenidad y subordinación o dependencia. Y en el tercer caso la persona que se prostituye llevará a cabo contratos específicos de arrendamiento de servicios sometidos íntegramente a lo establecido en el Código civil (si bien, habi-

da cuenta de la insuficiencia de tal normativa, resultará aconsejable integrar su articulado con lo dispuesto en el Borrador de Marco Común de Referencia para los contratos de servicios en los artículos IV.C.–1:101 y ss.)

Pues bien, en cualquiera de los tres modelos el contrato concluido —normalmente de forma verbal— debe reunir los requisitos que el Código civil, con carácter general, exige para que haya un contrato válido: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca (art. 1261 CC). El elemento del consentimiento, entendido como la declaración de voluntad libre y voluntaria prestada por persona dotada de plena capacidad de obrar, no genera en principio problemas importantes. Dicho con otras palabras, o se presta en las condiciones de plena libertad que acabamos de reseñar y por personas mayores de edad o, en caso contrario, será un consentimiento ineficaz. Además de ello, con mucha probabilidad el contrato se desplazará al terreno punitivo, ya sea por tratarse de un caso de prostitución de menores o incapaces (art. 188 CP), ya sea por concurrir los supuestos de uso de la violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima (art. 187.1 CP). Más problemas generan los complejos elementos de la causa y el objeto, que por esta razón trataremos en un epígrafe separado.

3. CAUSA Y OBJETO ILÍCITO DEL CONTRATO DE PROSTITUCIÓN

No es este el lugar adecuado para analizar con detalle el siempre vidrioso y poliforme concepto de la causa, presidido históricamente por los debates en torno a su concepción objetiva y subjetiva, por lo que debemos conformarnos a efectos puramente prácticos con afirmar, siguiendo la autorizada opinión del profesor Morales Moreno (1994: 958), que

es un mecanismo de control de la autonomía de la voluntad establecido con la finalidad de apreciar en qué casos los vínculos jurídicos merecen la protección del Derecho. En otras palabras, la causa actúa como un expediente técnico que se emplea para fiscalizar los pactos de los contratantes, evitando que puedan llegar a tener eficacia aquellos que el ordenamiento jurídico no considera dignos de tutela por perseguir fines ilícitos que, como tales, no pueden ser amparados por el ordenamiento jurídico dentro de la genérica libertad de contratación y autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). En definitiva, la causa asume la función de constituirse en un elemento de control que el ordenamiento jurídico establece sobre las reglamentaciones jurídico-privadas (Saborido Sánchez, 2005: 98).

Por esta razón, la causa debe ser lícita, en el sentido de no oponerse a las leyes ni a la moral (art. 1275 CC), ya que en caso contrario el contrato celebrado no producirá efecto alguno. A mayor abundamiento, conviene aclarar que lo que se toma en consideración es la llamada “causa concreta” del contrato (De Castro, 1991: 189 y 228), expresión con la que se hace referencia a los propósitos, móviles o motivos compartidos —o al menos conocidos por la otra parte— que han dado lugar a su celebración, y cuya ilicitud provocará la del contrato (SSTS de 14 junio 1997 y 30 noviembre 2000).

El objeto, por su parte, es la realidad sobre la que el contrato incide, esto es, la materia social sobre la que recae el vínculo creado (De Castro, 1991: 192; STS 10 octubre 1997). En ningún caso podrán ser objeto del contrato los servicios contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1271 CC). Como puede verse, de forma especular a lo que ocurre con la causa, viene a señalarse que el servicio prestado no puede en ningún caso vulnerar los límites de la autonomía de la voluntad. De hecho, cuando se habla de ilicitud contractual surge casi inevitablemente la confusión entre la causa y el objeto, entre otras razones porque la propia literalidad del artículo 1305 CC, que regula

conjuntamente las consecuencias de la causa y el objeto ilícito, incita a dicha confusión (además de que la identificación entre ambos elementos ha venido históricamente bien a los defensores de las posturas anticausalistas, *vid.*, con detalle, Saborido Sánchez, 2005: 201 y ss.). No en vano, la doctrina jurídica e incluso la jurisprudencia suele referirse indistintamente a la nulidad de los contratos de prostitución por ilicitud en la causa y/o el objeto (*vid.*, por todos, López i Mora, 2007, 162; igualmente, SAP Baleares de 30 diciembre 1999). No obstante, es conveniente precisar que no deberían mezclarse ambos conceptos, ya que cuando se controla la causa no se analiza el servicio o la prestación en sí misma considerada, sino la operación en su conjunto y la finalidad que las partes persiguen mediante el intercambio (Bercovitz Álvarez, 2006: 1528); a mayor abundamiento, el objeto ilícito no tiene que venir necesariamente acompañado de una causa ilícita (en contra, Clavería Gosálvez, 1998: 186 y ss.)

Pues bien, una vez expuestos someramente los elementos constitutivos del contrato, hay que destacar que son muy numerosas las sentencias que consideran que la causa del contrato de prostitución es siempre ilícita, lo que provoca su nulidad y completa ineficacia. Así, la STSJ Islas Baleares, Sala de lo Social, de 9 enero 1992, señala que “el contrato por virtud del cual una persona accede a prostituirse en el interior de un local, a cambio de percibir una retribución del dueño del establecimiento o de compartir sus ganancias con éste, es un contrato con causa ilícita y, en cuanto tal, nulo y desprovisto de toda eficacia jurídica, de conformidad con el art. 1275 del Código Civil”. La STSJ Cataluña de 15 mayo 2009 rechaza calificar como laboral la relación de prostitución por cuenta ajena por su carácter penalmente ilícito y por ser contrario a los derechos fundamentales. Más recientemente, la STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 7 diciembre 2011, sostiene, respecto a la actividad de prostitución que se ejerce por cuenta ajena, que “estaríamos ante un contrato con causa ilícita

que no produce efecto alguno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1275 del Código Civil, situación en la que no se puede reconocer relación laboral a dicha actividad”. Y con referencia expresa al objeto, la SJS de Vigo de 9 enero 2002 establece que “el comercio sexual no puede ser objeto lícito del contrato de trabajo” (igualmente, SJS de Vigo de 7 de mayo de 2004).

Es imprescindible, por todo ello, que nos detengamos a analizar si, tal y como parece, la contratación de servicios sexuales a cambio de precio es un pacto con objeto y/o causa ilícita. Para ello, expondremos de manera separada los dos elementos de los que presuntamente se deriva tal ilicitud, la contravención a una ley y el carácter inmoral de la prestación, teniendo además en cuenta, como advertimos anteriormente, el tipo de contrato que se haya llevado a cabo.

4. OPOSICIÓN DEL CONTRATO DE PROSTITUCIÓN A LA LEY IMPERATIVA

A. LA PROSTITUCIÓN POR CUENTA AJENA Y EL DELITO DE PROXENETISMO

La contravención a una norma penal siempre se ha considerado como el supuesto arquetípico de contrato con causa ilícita (arts. 1275 y 1305 CC). Pues bien, el principal escollo al que se ha enfrentado el reconocimiento de efectos jurídicos a la prostitución por cuenta ajena, como contrato de trabajo propiamente dicho, se encuentra en la tipificación como delito a la conducta del “que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”, pudiendo ser castigado quien incurra en tal comportamiento con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses (art. 188.1 CP, de acuerdo con la numeración anterior a la reforma de marzo de 2015). Esta regla, que como

es suficientemente conocido reintrodujo el delito de proxenetismo en nuestro ordenamiento jurídico, debería cegar *a limine* cualquier posibilidad de que un contrato de trabajo concluido entre la persona que se prostituye y el empleador llegue a ser jurídicamente vinculante, puesto que al ser una conducta tipificada como delito en el Código Penal se opone a una ley de carácter imperativo (STSJ Galicia, Sala de lo Social, de 27 febrero 2009). Así lo ha sostenido, entre otros muchos, Desdentado Bonete (2009), para el que “la práctica de la prostitución por cuenta ajena no podría dar lugar a un contrato de trabajo, porque el segundo inciso del nº 1 del art. 188 CP tipifica como delito el proxenetismo, lo que determina la nulidad, por ilicitud de la causa, del contrato de trabajo para el ejercicio de la prostitución, al menos para un empleador con ánimo de lucro”.

Sin embargo, las cosas no están tan claras como podría creerse entre la doctrina penalista. Por un lado, se ha dicho con razón que el precepto plantea problemas con el “Derecho penal de acto”, pues parece que con él se pretende penalizar más una forma de vida o un tipo de acto que hechos concretos (Muñoz Conde, 2013: 248). Pero, además, la extendida idea de que el Código Penal criminaliza el proxenetismo no coercitivo y basado únicamente en el lucro del empleador se ha puesto en tela de juicio, ya que, en palabras textuales de Maqueda Abreu (2010), “¿cómo se podría justificar, desde exigencias mínimas de proporcionalidad, que tuvieran la misma pena el proxenetismo coercitivo, esto es, violento, intimidatorio y abusivo y el proxenetismo no coercitivo consistente simplemente en sacar provecho de un negocio propio?”. Efectivamente, no hace falta tener conocimientos avanzados en Derecho penal para apreciar lo paradójico de una política-criminal que castiga de la misma forma la prostitución por cuenta ajena realizada de forma libre y consentida que la llevada a cabo bajo coacción o abuso, ya que el desvalor que merece cada una de las citadas conductas es muy diverso, y por ello las consecuencias habrían de ser igualmente

muy diferentes. El concepto de “explotación” debería referirse, cuando nos encontramos con adultos, a casos de engaños o abusos de todo tipo (*vid.*, en tal sentido, *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, adoptado en Varsovia el 16 de mayo de 2005), ya que constituye un oxímoron en toda regla hablar de la existencia de una “explotación consentida”. Por todo ello, la autora citada propone aproximar el concepto de “explotación sexual” a la idea de “explotación laboral” derivada de la imposición de condiciones abusivas de trabajo que, no obstante, son aceptadas por quien presta los servicios sexuales (*vid.*, *Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea* de 21 de diciembre de 2000). De esta forma, el contrato de trabajo de prostitución por cuenta ajena realizado de forma voluntaria no sería contrario a una ley penal de carácter obviamente imperativo, salvo que se lleve a cabo bajo coacción o abuso de carácter laboral.

Pues bien, el legislador parece haber acogido en principio algunas de estas reflexiones en la reciente Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Efectivamente, el nuevo artículo 187.1 II CP sigue considerando como delito a la conducta del “que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma”, si bien, añade ahora que “en todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica. b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”. La norma no es precisamente un ejemplo de claridad y precisión jurídica. ¿Qué ha querido hacer el legislador con esta modificación normativa que, no obstante, mantiene a priori el tipo objetivo general? En un principio, podría parecer —tal y como han entendido numerosos medios de comunicación y organizaciones de nuestro país— que se vincula la existencia del delito a la presencia de

una vulnerabilidad de la persona que se prostituye o a la imposición de condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas. De esa manera, se habría despenalizado el delito de proxenetismo propiamente dicho (en este sentido, la Asociación de Mujeres Juristas Themis publicó el 10 de marzo de 2015 una nota de prensa en la que mostraba “su gran malestar con la redacción dada a la actual reforma del Código Penal, ya que se vuelve a despenalizar prácticamente el proxenetismo”).

Sin embargo, a poco que se lea con cierto detalle la nueva regulación, podrá caerse en la cuenta de que con la expresión “en todo caso” se está en realidad haciendo referencia a dos supuestos en los cuales siempre habrá delito por concurrir explotación, pero la norma no excluye de manera expresa que los jueces puedan apreciar delito a pesar de existir un consentimiento libre y no concurrir ni vulnerabilidad ni condiciones gravosas: por ejemplo, por entender que se trata de una actividad que atenta contra la dignidad y los derechos humanos de la persona que se prostituye. En este sentido, conviene recordar que la STSJ Galicia (Social) de 10 noviembre 2004 califica a la explotación de la prostitución ajena como una forma de “esclavitud de las mujeres”, mientras que el Parlamento Europeo, en su Resolución de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género, reconoce que la prostitución, la prostitución forzada y la explotación sexual “constituyen violaciones de la dignidad humana contrarias a los principios de los derechos humanos”.

En otras palabras, los dos supuestos reconocidos son en todo caso vinculantes, pero la norma no los consigna como un *numerus clausus*, por lo que entendemos que no se excluye de forma taxativa el delito de proxenetismo. En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la Ley explica la modificación en los siguientes términos: “se modifica el artículo 187 con el objetivo de perseguir con mayor eficacia a quien se lucre de la explotación de la prostitución ajena. Con este fin, se sanciona sepa-

radamente el lucro de la prostitución cuando concurren determinadas conductas que evidencien una situación de explotación, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había exigido unos requisitos para la apreciación de la exigencia de esta situación similares a los que se aplican en el ámbito de actividades laborales reglamentadas, lo que imposibilitaba en la práctica su persecución penal.” Como puede verse, no ha sido intención del legislador, al menos *expressis verbis*, la de eliminar el delito de proxenetismo. Más bien parece que se ha querido mejorar su persecución mediante el reconocimiento expreso de su presencia en ciertos casos de explotación, por las dudas que la propia jurisprudencia mantenía sobre su admisibilidad.

Podría pensarse, no obstante, que la reforma legal puede animar a los jueces y tribunales a restringir *de facto* el delito de proxenetismo a los supuestos de explotación expresamente regulados, ignorando su presencia en otros casos. Sólo el tiempo nos permitirá despejar esta incógnita.

No obstante, más adelante tendremos la oportunidad de estudiar una sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo que, de forma ciertamente poco clara, parece dar luz verde a la admisión del contrato de trabajo de prostitución en nuestro ordenamiento jurídico bajo el argumento de la defensa de la libertad personal (doctrina que ha sido seguida por la interesante sentencia de 18 febrero 2015 del Juzgado de lo Social de Barcelona, que analizaremos posteriormente). Incluso, recuerda Maqueda Abreu (2010) que la sentencia penal 2704/1991, de 12 de abril, creó una amplia línea jurisprudencial en virtud de la cual se otorgaba protección penal a las mujeres que ejercen la prostitución por cuenta y encargo de otro frente a las conductas que atentaran contra sus derechos a causa de la imposición de condiciones laborales abusivas. La idea de que se trataba de un contrato con causa ilícita, continúa la autora, no le impidió al Tribunal Supremo reconocer efectos tuitivos sobre las

personas que se prostituyen en caso de explotación empresarial.

B. ¿ES ILEGAL LA PROSTITUCIÓN POR CUENTA PROPIA?

Los parámetros de la reflexión jurídica tienen que cambiar necesariamente cuando nos referimos a la prostitución por cuenta propia, ejercitada de forma libre y completamente voluntaria, ya que, por de pronto, al no producirse la intervención de un proxeneta, no hay delito de prostitución. O en otros términos, no hay causa ilícita por contravención de una norma recogida en el Código Penal ni, que sepamos, de ninguna otra regla de Derecho imperativo y obligado cumplimiento. En los términos que emplea la STS de 22 abril 2010, la “Ley no prohíbe el ejercicio libre e independiente de la prostitución”. Pero la pregunta a la que nos aboca irremediamente esta conclusión es la siguiente: ¿puede considerarse, en consecuencia, a este tipo de prostitución como legal *contrario sensu*? Y aquí las posturas se encuentran divididas.

Para algunos, la ausencia de tipificación permite inferir que “no cabe la calificación de ilicitud o de comportamiento ilícito” (Salas Porras, Vila Tierno, 4), mientras que para otros la atipicidad penal de determinadas prácticas de la prostitución no es sinónimo de licitud, pues aunque no sea un ilícito penal “sigue considerándose un ilícito civil y por tanto no se confiere eficacia jurídica alguna a un contrato que es calificado como nulo” (Rey Martínez 2006, 104). La Dirección General de Tributos hizo suya esta línea interpretativa en una consulta vinculante emitida el 18 de junio de 2009, en la que afirmó de forma taxativa que cualquier forma de ejercicio de la prostitución, incluyendo tanto la ajena como la propia de quien la ejerce “es, en todo caso, ilícita y no puede ser objeto válido de ninguna actividad empresarial, profesional o artística a efectos fiscales; por lo que no está sujeta al Impuesto sobre Actividades Económicas”.

Pero también puede entenderse, como *tertium genus*, que nos encontramos ante un caso de alegalidad o vacío legal, ya que, aunque no esté penada, en ningún sitio se reconoce de forma expresa que se trate de una actividad lícita, en cuyo caso habría que llegar a la conclusión de que es una actividad tácitamente permitida, puesto que las personas pueden llevar a cabo cualquier profesión siempre que no se encuentre prohibida por una norma. Este es precisamente el razonamiento que se sigue en algunos pronunciamientos judiciales cruciales para resolver la cuestión planteada, y que pasaremos a analizar a continuación.

Por un lado, hay que empezar retomando la ya citada STJUE (*asunto Jany*) de 20 de noviembre de 2001, que reconoció la libertad de establecimiento de las prostitutas en el marco regulatorio de la Unión Europea (*vid.*, previamente, STJUE de 18 mayo 1991, *asunto Adoui*). Se trataba de un litigio surgido a raíz de la denegación del permiso de residencia solicitado por seis mujeres polacas y checas para trabajar como prostitutas por cuenta propia en Holanda, alegándose por las autoridades holandesas que la prostitución no podía considerarse como un trabajo regular ni una profesión liberal. Pues bien, el Tribunal de Justicia señaló, tal y como vimos con anterioridad, que la prostitución constituye una prestación de servicios remunerada comprendida en el concepto de “actividades económicas por cuenta propia” o de “actividades no asalariadas”, reconociendo de esa forma que no se trataba *a priori* de un trabajo completamente ilícito, ya que eso es algo que habría de determinarse por la legislación de cada Estado (además, la sentencia rechazó el argumento del carácter inmoral de la actividad).

Y aún más importante es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 diciembre 2003 (Caso Mesalina), que conoció del recurso interpuesto contra la resolución denegatoria de la formalización del depósito de los Estatutos de la Asociación Nacional de Empresarios Mesalina, en los que se hacía una mención expresa a las personas que ejercen la prostitución

por cuenta propia. En este caso, la sentencia declara nítidamente que “tampoco tiene sentido condicionar el ejercicio de una actividad económica a que esté regulada; la constitución reconoce la libertad de empresa sin hacerla depender de la mayor o menor diligencia reguladora de los poderes públicos”. Además, recuerda que la prostitución se encuentra regulada en el Código Penal “que, como constitución negativa, tipifica la prostitución que entiende incompatible con la ética constitucional y a contrario sensu de su texto, perfila la que ésta permite. Al efecto la frontera no la fija el carácter altruista o remuneratorio del intercambio sexual, sino la libertad con que el mismo se presta. La relación pues no es antijurídica, por razones causales (el chaleo prestacional) o por el objeto del intercambio sino sólo en atención al consentimiento con que se presta el favor sexual sea porque la capacidad del arrendador está limitada —menores o incapaces—, sea porque su voluntad está viciada, en el supuesto de los capaces”. La regulación, concluye la sentencia, es pues clara: “en el Estado democrático de Derecho se rechaza, el atentado a la de (*sic*) libertad, pero no el ejercicio de ésta”. (*vid.*, con detalle, Fernández Villarino, 2004). Posteriormente el Tribunal Supremo, en sentencia de 27 noviembre 2004, desestimó el recurso de casación interpuesto contra esta resolución judicial, si bien evitó pronunciarse sobre el fondo del asunto. En cualquier caso, se ha afirmado, a nuestro parecer con acierto, que ambas sentencias “han admitido el ejercicio voluntario de la prostitución por cuenta propia” (Benlloc Sanz, 2008).

A modo de recapitulación final de todo lo que acabamos de exponer, puede afirmarse en primer lugar que la prostitución por cuenta propia no vulnera ninguna ley, ya que no existe ninguna norma con tal rango que prohíba esta actividad, por lo que *a priori* es imposible afirmar la existencia de causa ilícita por contravención de una ley de carácter imperativo. Además, debe concluirse que la libertad de empresa (art. 38 CE) y la libertad de oficio (art. 35 CE) amparan el derecho a ejercer libremente

cualquier profesión (STC 83/1984) siempre y cuando no haya sido prohibida explícitamente por el legislador; lo contrario significaría presumir la ilegalidad de determinadas actividades humanas, algo que en nuestra opinión iría en contra del principio de legalidad (art. 9.1) y de seguridad jurídica (9.3 CE). Por ello, desde la doctrina laboralista se considera perfectamente posible que la actividad de prostitución por cuenta propia se canalice a través de la vía del contrato de trabajo autónomo (así, González del Río, 2013: 91; Poyatos i Matas, G., 2009).

5. PROSTITUCIÓN Y MORAL

A. ILICITUD DE LA CAUSA DEL CONTRATO DE PROSTITUCIÓN POR CONTRAVENCIÓN DE LA MORAL

La prestación de servicios sexuales a cambio de una contraprestación económica ha sido siempre considerada como un clásico ejemplo de contrato con causa ilícita por contravenir la moral (causa torpe), especialmente en los supuestos en que media proxenetismo (*vid.*, Díez-Picazo, 1996: 210). En este sentido, la STSJ Galicia (Sala de lo Social) de 10 noviembre 2004 afirmó con toda rotundidad que la prostitución ajena, además de ser una forma de violencia de género y de esclavitud de las mujeres, era una “actividad contraria a la moral” (en igual sentido, STSJ Galicia, Sala de lo Social, de 27 febrero 2009). Igualmente, la STC 121/2002 (Sala Segunda), de 20 de mayo, relativa a la revelación de la condición de prostituta de la parte actora, entiende que existe una intromisión ilegítima en su derecho al honor al tratarse de “una actividad generalmente considerada inmoral y relacionada con diversas figuras de delito”.

Y esto no es una singularidad propia de nuestro país: basta echar un simple vistazo al Derecho comparado para observar que la dogmática civil siempre ha percibido a los contra-

tos de prostitución como contrarios a la moral o a las buenas costumbres (*vid.*, Infante Ruiz, Oliva Blázquez, 2009: 11 y 17). Así, en Alemania, con anterioridad a la entrada en vigor el 1 de enero de 2002 de la *Ley Reguladora de la Situación Legal de las Prostitutas (Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten – ProstG)*, que legalizó el ejercicio de la prostitución, se entendía que los negocios jurídicos relativos al tráfico sexual eran contrarios a las buenas costumbres (*gute Sitten*, § 138 BGB). En Bélgica se ha afirmado que se trata de “una actividad sospechosa desde el punto de vista de las costumbres” (Tribunal Administrativo, sentencia de 14 abril 1978). Y algo similar acaece en el *common law* inglés, donde, bajo la categoría de *contratos cuyo objeto es promover la inmoralidad sexual (contracts promoting sexual immorality)*, se ha llegado a considerar como contrario a la moral tanto la promesa de pagar una cantidad de dinero a una mujer a cambio de convertirse en su amante (*meretricious purposes*) como cualquier otro contrato que de forma indirecta promueva la inmoralidad sexual (Peel, 2011: 491).

¿Es acertado este planteamiento? No hay ninguna duda de que lo fue históricamente, cuando, por ejemplo, bajo la vigencia del Decreto-Ley de 1956 (no derogado formalmente) se afirmaba el carácter inmoral de la prostitución en los siguientes términos: “la incontestable ilicitud de la prostitución ante la teología moral y ante el mismo derecho natural ha de tener reflejo positivo de una nación cristiana para la debida protección de la moral social y del respeto debido a la dignidad de la mujer”. Igualmente, el ya citado Convenio de Lake Success de 1949, consagró un modelo abolicionista de la prostitución por cuanto ésta ponía en peligro “el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”. Como puede verse, se vincula la ilicitud de la prostitución a un determinado credo, a una ética religiosa, a una moral social conservadora o incluso a un suerte de verdad iusnaturalista, y esto no es admisible en sociedades plurales y democráticas como la española, tal y como veremos a

continuación (en este mismo sentido, Clavería Gosálvez 1998: 184). Por ello, me permito adelantar que, en mi opinión, bajo la aparente ilegalidad de estos contratos por contravenir la moral social, se oculta en realidad un planteamiento basado en prejuicios morales y éticos que, en gran parte, han sido superados en la actualidad. Veámoslo con detalle.

B. EL CONCEPTO DE “MORALIDAD”: LA PROSTITUCIÓN EN EL MARCO DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DEL SIGLO XXI

A nadie se oculta que el Rubicón de esta reflexión en torno a la ilicitud causal de la prostitución se sitúa en la especificación del significado del concepto jurídico indeterminado de “moral”. ¿Qué es realmente la moral?

El egregio civilista don Federico de Castro (1991: 246) vinculaba la moral y las buenas costumbres (conceptos en cierto modo sinónimos, arts. 792, 1116 y 1271 CC) a la consideración social de las conductas, entendiendo que se trataba de “la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas”. Obviamente, la integración del concepto y contenido concreto de la moral se deja encomendada a la apreciación judicial, dado que supone un conocimiento de lo que en una comunidad, en un momento determinado, se entiende por inmoral (Gullón, 1969: 75). Además, se exige una interpretación “prudente” de difícil precisión dada su labilidad, pero indispensable a tono con los fines del ordenamiento jurídico (Almagro Nohete, 2006: 687). Abundando en esta idea, De Castro (1991: 247) reconocía que a los jueces se les encomendaba “una tarea de gran delicadeza, para cuyo desempeño se requiere especial sensibilidad respecto a lo deseable y posible socialmente”.

Esta prudencia y sensibilidad interpretativa exige de nuestros jueces y tribunales que tomen consideración los valores, cambiantes y caleidoscópicos, que la sociedad hace suyos en

cada momento histórico. En los términos que emplea el propio Tribunal Constitucional, “la moral pública —como elemento ético común de la vida social— es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social” (STC 62/1982, de 15 octubre). Basta recordar al respecto cómo la jurisprudencia española consideró durante mucho tiempo como contrarios a la moral todos aquellos contratos vinculados con la existencia de relaciones de concubinato, mancebía o en general *more uxorio*, a los que consideraba como nulos por concurrencia de causa torpe (*vid.*, entre otras, SSTs de 8 marzo 1918 y 2 abril 1941). Es obvio que, hoy en día, ningún juez llegaría a la conclusión de que, por ejemplo, la mujer que ha recibido de su amante joyas y objetos de valor tiene que restituirlos en tanto que tal entrega “tuvo por causa eficiente y final la iniciación y persistencia de las relaciones íntimas fuera de toda regularidad legal, atentatoria de las costumbres patrias” (STS 16 octubre 1959). La moral es una cláusula abierta por la que deben introducirse los cambios producidos en la sociedad (Saborido Sánchez, 2005: 142), y por eso hay que estar siempre atentos a la evolución de la ética social imperante en cada momento.

Tomando en consideración los parámetros fijados, podemos entender, siguiendo al profesor Díez-Picazo (1996: 243), que será inmoral todo contrato cuyo resultado práctico repugne a la conciencia social y lo considere indigno de amparo jurídico. ¿Se dan estas circunstancias cuando hablamos actualmente de la prostitución? En nuestra opinión no es así. Y para justificar esta afirmación no recurriré, obviamente, a mis propias convicciones al respecto, sino a la posición que el fenómeno de la prostitución asume en nuestra sociedad y, por extensión, en nuestro ordenamiento jurídico. Algo que repugne a la conciencia social (como la pederastia, por poner un ejemplo tan repugnante como claro) no debe gozar de ningún tipo de reconocimiento, ni directo ni indirecto, y por consiguiente la respuesta de la comu-

nidad debe ser la del repudio más absoluto o, como suele decirse hoy en día, la tolerancia cero. Pues bien, no creo que nada de esto ocurra en la prostitución, más bien lo contrario.

Por de pronto, como hemos visto, la prostitución por cuenta propia goza de expreso reconocimiento jurisprudencial, a nivel tanto europeo como nacional, como actividad empresarial susceptible de ser llevada a cabo en el marco del ejercicio de la libertad de empresa. Es más, este ejercicio libre de la prostitución tiene para muchos encaje en la fórmula del trabajo autónomo, lo que implicaría el reconocimiento de un mínimo de derechos sociales para las personas que ejercen la prostitución (en este sentido, Sempere Navarro, 2008). Incluso, conviene recordar que existen otras modalidades de prestación de servicios sexuales a cambio de precio que, sin embargo, disfrutan de aceptación jurídica en nuestro sistema de seguridad social, como es el caso de los actores y actrices de pornografía (Poyatos i Matas 2009: 27; no obstante, debe reconocerse que la STC 129/1996 determinó que el legislador goza de libertad para determinar, en función de los bienes jurídicos involucrados, qué conductas relacionadas con la prostitución serán consideradas como delito).

Por otro lado, hay ciertas actividades que lindan descaradamente con la prostitución y que han sido “legalizadas” por obra y gracia de nuestros tribunales. Me refiero concretamente al “alterne”, entendido como la prestación de servicios en un bar o club, por parte de mujeres que, valiéndose de su atractivo sexual, atienden a los clientes con el objeto de incitarles a consumir bebidas, recibiendo a cambio una remuneración consistente normalmente en un porcentaje de las consumiciones llevadas a cabo. Pues bien, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha considerado en diferentes ocasiones que la relación jurídica que se establece entre el empleador y las mujeres dedicadas al alterne es un contrato de trabajo propiamente dicho en el que concurren los supuestos de la relación laboral *ex art.* 1.1 ET (SSTS de 25 febrero 1984, 14 mayo 1985 y 17 noviembre

2004). Podría pensarse que en el alterne no hay nada inmoral ni ilegal, puesto que no existe prestación de tipo sexual, sino simple incitación al consumo de alcohol mediante la atracción personal de la alternadora. No obstante, a nadie escapa el hecho de que el alterne es la antesala cuando no el directo cobijo bajo el que se oculta (disimula) la actividad de la prostitución propiamente dicha, tal y como han puesto de manifiesto muchas sentencias, en las que incluso se aprecia un uso indistinto de los términos “alterne” y “prostitución”, como si se tratase de sinónimos (Fito Ortega 2007: 218 y 219). Y lo que resulta aún más interesante es que los tribunales han llegado a defender la licitud del alterne incluso en los casos en que aparecía vinculado directamente a la prostitución. En este sentido, la STSJ Cataluña, Sala de lo Social, de 17 septiembre 2003, estimó la improcedencia del despido de una trabajadora que compaginaba alterne y prostitución si bien, a efectos de calcular la indemnización, distinguió expresamente entre la primera actividad, considerada legal, y la segunda, que no podía ser objeto de contrato de trabajo (igualmente, STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 30 junio 2008). Nótese que bajo esta doctrina se considera que la ilicitud de una actividad no afecta a la otra, algo que, teniendo en cuenta la interconexión y unidad de la actuación, resultaría en un principio harto discutible (Arias Domínguez, 2009, 46). En esta misma línea, la Inspección de Trabajo ha declarado que “la jurisprudencia respalda la tesis de que, cuando la práctica de la prostitución se realiza dentro del ámbito organizativo de una empresa, coincidiendo a veces de forma simultánea con la prestación laboral, por ejemplo en el sector de la hostelería, su inmoralidad no impide que pueda apreciarse la existencia de relación laboral, que, por el contrario, no existirá cuando no se den las notas configuradoras de la misma” (*Criterio técnico operativo número 52/2007, de la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre la existencia de relación laboral en empresas con actividades ilícitas, inmorales o delictivas*, de 3 de julio de 2007).

Es conveniente igualmente tener en cuenta que, a efectos económicos, la prostitución cuenta con un reconocimiento tácito en diferentes facetas. Por un lado, la publicidad de los prostíbulos y de las personas que ejercen la prostitución por cuenta propia, que como es suficientemente reconocido otorga pingües beneficios a los periódicos y otros medios de comunicación españoles (algunos estudios declaran que el diario el País ingresaría más de 5 millones de euros al año en tal concepto), se encuentra fácticamente permitida en España, a pesar de que en pura teoría iría en contra del Convenio de 1949, cuyo artículo 4 califica a la promoción de la prostitución como infracción y acto delictivo. Y es que los anuncios de servicios sexuales son una manifestación de la libertad de expresión e información, suponiendo tanto su prohibición como su regulación limitativa una posible injerencia en los derechos fundamentales de los anunciantes que, en caso de ser desproporcionada o irrazonable, podría llegar a ser inconstitucional (Salvador Coderch, Rubí Puig, 2010: 112). El propio Consejo de Estado llegó a la conclusión de que el establecimiento de una prohibición de publicidad de la prostitución en los diarios de prensa escrita requeriría la aprobación de una disposición con rango de ley, ante la falta de un fundamento general que habilite para hacerlo reglamentariamente y la insuficiencia de los instrumentos procesales vigentes para declararlos ilícitos (*Informe sobre las posibilidades de actuación contra anuncios de contenido sexual y prostitución publicados a diario en diversos medios de comunicación de prensa escrita*, nº E 1/2010).

Además, recientemente la Agencia Europea de Estadística, Eurostat, ha decidido introducir un nuevo modelo metodológico y estadístico (SEC 2010) que contabiliza a las actividades ilegales como el tráfico de drogas o la prostitución, lo que ha permitido que el PIB español crezca considerablemente. Incluso, el Decreto Legislativo 1/2005, del Consell de la Generalitat de Valencia, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas, tiene

como objeto el de gravar la inscripción en el registro de locales o inmuebles de pública concurrencia a los que se haya concedido autorización específica para el ejercicio habitual en los mismos de actividades de prostitución.

Finalmente, en los últimos tiempos se ha introducido un sesgo claramente reglamentista en nuestro ordenamiento jurídico con la aparición de instrumentos normativos de distinto rango que tienen como finalidad abiertamente declarada la de defender el orden público, la salud y el bienestar social, como preciados bienes de la comunidad, frente al ejercicio de la prostitución. En este sentido, puede citarse la Ordenanza del Ayuntamiento de Bilbao de abril de 1999 sobre establecimientos dedicados a la prostitución o, entre otros muchos, el Decreto 217/2002, de 1 de agosto, de la Generalitat de Cataluña, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución (derogado por el Reglamento general de desarrollo de la Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, aprobado por el Decreto 112/2010, de 31 de agosto y que, en lo sustancial, mantiene su esencia, Barberá Gomis, 2012: 300).

Afirma Díez-Picazo que en épocas como la nuestra, de moral muy cambiante, el enjuiciamiento de las conductas que vulneren las reglas éticas vigentes en la comunidad resultará muy difícil de hacer, “pero la dificultad no exime de realizarlo” (1996: 243). Pues bien, creo que, siguiendo el consejo del eximio civilista, he demostrado modestamente que la prostitución, en nuestra sociedad contemporánea, no es vista como una actividad que repugna a la moral social, como algo a todas luces inadmisibles y que, como tal, debe considerarse completamente ilícito. Más bien acaece lo contrario, en tanto que se trata claramente de una actividad que goza de un reconocimiento —sectorial y fragmentario, eso sí— por parte del propio Derecho. Tal y como señala una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de la que daremos breve cuenta en el siguiente epígrafe, “las buenas costumbres no pueden ser recono-

cidas sino dentro del Derecho y no como una figura paralela que pueda competir con él”. Si el ordenamiento jurídico admite y protege el fenómeno de la prostitución bajo determinadas circunstancias, difícilmente puede llegarse a la conclusión de que la moral social se opone frontalmente a tal actividad. En un Estado de Derecho no puede aceptarse que la moral y el Derecho discurren por senderos paralelos, ya que el segundo es, por regla general, la expresión democrática y formal de la primera.

C. MORAL, LIBERTAD PERSONAL Y CONSTITUCIÓN: LA SENTENCIA T-629/10 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

No podemos perder de vista el hecho de que en un Estado de Derecho la Constitución, en cuanto *norma normarum*, debe jugar un papel fundamental a la hora de determinar el alcance real de la moral como límite de la actuación libre y voluntaria de las personas. La libertad en su sentido amplio, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1 CE), y el genérico derecho a la autodeterminación personal y sexual, deberían permitir que las personas ejerzan las actividades profesionales que estimen convenientes siempre y cuando no se encuentren expresamente prohibidas por el legislador ni choquen frontalmente contra la moral social imperante. Pero con relación a esto último, hay que señalar que cualquier control sobre la elección que hacen las personas de su forma de vida —en cuanto expresión tanto de su libertad genérica como del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)— mediante el expediente técnico de la presunta inmoralidad causal debe llevarse a cabo de manera necesariamente restrictiva y cumpliendo de forma rigurosa con el principio de proporcionalidad, ya que en caso contrario podríamos incurrir en una vulneración grave tanto de valores constitucionales esenciales como de concretos derechos fundamentales. Tal y como señalara la citada STC 62/1982, “la admisión de la moral pública como límite

ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un *minimum* ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (art. 10 de la Constitución)”.

En otros términos, cualquier restricción de la autonomía y libertad personal debe ampararse en la necesidad justificada de defender otros derechos y valores constitucionales prevalentes según las circunstancias concurrentes. Y además, esto implica que el concepto de moral pública empleado para controlar la autodeterminación personal no puede asentarse en los postulados morales de una determinada confesión religiosa o de un planteamiento ético concreto, en tanto que vulneraría la pluralidad ideológica propia de una sociedad democrática y aconfesional como la española. La determinación del concepto de moral, como ya hemos indicado, debe partir del consenso general social (*consensus omnium gentium*) existente en el momento y lugar en que deba aplicarse, y tiene que construirse teniendo en cuenta todos los principios, valores y derechos que conforman nuestro Estado Social y Democrático de Derecho (“ética constitucional”).

Estas consideraciones son las que lleva a cabo una interesante y, a mi modo de ver, modélica sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, que, por su importancia, pasaremos a exponer brevemente. Los hechos del caso fueron los siguientes. Una mujer ingresó a laborar como prostituta en un bar en el año 2008, mediante contrato de trabajo verbal e indefinido, en horario de tres de la tarde a tres de la mañana, con descanso un domingo cada 15 días y salario de conformidad con los servicios prestados por venta de licor. Un año después la mujer se quedó embarazada y su empleador, transcurridos aproximadamente tres meses desde que conoció tal circunstancia, acabó por despedirla, ya que su estado —su embarazo era de alto riesgo— le impedía trabajar. La mujer se dirigió al Ministerio de

Protección Social para pedir asesoramiento legal, e incluso la Defensoría del Pueblo llegó a mediar, pero, tras el fracaso de estos intentos, decidió solicitar amparo judicial, alegando que como consecuencia del despido se encontraba desempleada y carente de medios económicos suficientes para afrontar las obligaciones futuras, además de que el patrono buscaba evadir la responsabilidad que la misma Constitución pone en los empleadores frente a la mujer embarazada. Puesto que tanto en primera instancia como en apelación su demanda de despido injusto por discriminatorio por razón de sexo fue desestimada, la actora acabó recurriendo ante la Corte Constitucional Colombiana (Sala 3ª de Revisión), que estimó el recurso interpuesto por no existir en la Constitución “disposición que autorice una discriminación negativa para las personas que ejercen la prostitución”.

El fallo emitido por el máximo intérprete de la Constitución de Colombia es un ejemplo de buen hacer jurídico. La sentencia cuenta con un centenar de páginas a lo largo de las cuales se fundamenta y desarrolla de forma escrupulosa y con todo lujo de detalles —incluyendo una extensa inmersión en el Derecho comparado— el andamiaje conceptual que lleva a la Sala a conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados por la actora. Por lo que interesa a efectos del presente estudio, la Corte se enfrenta abiertamente a la posible ilicitud causal del contrato de autos por contravenir a las buenas costumbres (art. 1524 CC Colombia), y llega a la siguiente conclusión: a la luz de la Constitución, las buenas costumbres deben respetar las reglas jurídicas y los derechos de libertad y dignidad previstos. También, dados la pluralidad protegida y auspiciada por la Constitución (art. 1º, 7º, 13) y la falta de consenso sobre la moral prevaleciente, la idea de “buenas costumbres” no ha de partir de un modelo ideal de comportamiento, sino de un “mínimo de corrección exigido” por las “representaciones colectivas”, que a su vez provienen de las reglas legales y su interpretación, de los usos y prácticas sociales de común

y abierta aceptación y también de sus rápidos cambios (epígrafe 89). Y este mínimo de corrección equivale en la *esfera individual* a que la noción de buenas costumbres como elemento para definir la licitud de una prestación, obligación o acto, deba operar en un espíritu de tolerancia como forma de respetar los principios de libertad y también de diferencia y sin reñir con el Estado de Derecho y el principio *pro libertate* (epígrafe 90). Citando de forma expresa la sentencia T-301 de 2004, emitida por la misma Corte, se sostiene que:

(i) La justificación de las medidas que limitan derechos con base en la moral pública, en un estado pluralista respetuoso de la autonomía individual, debe examinarse a la luz del principio *pro libertate*, y sujetarse por lo mismo a un *test* estricto de proporcionalidad.

(ii) La imposición de medidas sancionatorias con base en la moralidad pública ha de vincularse directamente a la preservación de intereses constitucionales concretos.

(iii) Para que la moral pública pueda constituir una justificación legítima de una restricción de la libertad personal, no debe privilegiar una determinada postura moral a expensas de las demás que están presentes en las sociedades plurales contemporáneas —debe ser aquella noción de moralidad pública que es estrictamente necesaria para armonizar proyectos disímiles de vida que tienen derecho a coexistir dentro de un orden democrático y pluralista.

(iv) La moral pública está compuesta por los principios que se encuentran en relación de conexidad necesaria con la idea de Estado social y democrático de derecho, cuales son, entre otros: dignidad humana, la búsqueda de la paz, el pluralismo y la tolerancia.

Todo ello conduce finalmente a la Corte colombiana a concluir con una frase tan expresiva como contundente: “por menos feliz que resulte a los ideales de una sociedad democrática y respetuosa de los derechos fundamentales, que anhela dignificar en el mayor nivel posible la vida y el desarrollo personal de los individuos en sociedad, se debe señalar de

nuevo que, dentro de los límites impuestos por el Derecho, la prostitución es una actividad lícita” (epígrafe 112). Por lo tanto, siempre y cuando se respete la libertad y dignidad humana, no se vulneren los tipos penales y se cumplan las normas de naturaleza administrativa que gobiernan el ejercicio de la prostitución, esta actividad será considerada como lícita, con todas las consecuencias que ello conlleva en términos de reconocimiento de derechos y prestaciones de todo tipo, en plenas condiciones de igualdad y sin posibilidad alguna de discriminación.

Algo parecido a lo que acabamos de exponer ha ocurrido en México. Efectivamente, en ese país se consideraba, en virtud de una sentencia de la Suprema Corte emitida en el año 1940, que la prostitución era ilícita, ya que se trataba de una actividad tolerada (por ser una “necesidad biológica y social”) pero inmoral. Sin embargo, una sentencia reciente, de 31 de enero de 2014, dictada por el Juzgado Primero de Distrito del Estado federal de Sonora, ha reconocido que la prostitución voluntaria es un trabajo digno de protección, basándose para ello en que la licitud, como límite a la libertad de trabajar, no puede acabar anulando por completo a este derecho. En otros términos, los derechos fundamentales se anteponen a la ley y la moral, y las prohibiciones y restricciones no deben contradecir el marco nacional e internacional de protección de dichos derechos.

D. DESTELLOS DE UN POSIBLE CAMBIO EN LA PRÁCTICA JUDICIAL ESPAÑOLA

De forma tímida, y seguramente poco clara, la idea de superar los límites de la moral en el ámbito de la prostitución comenzó a calar en nuestros tribunales con la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 14 abril 2009, la cual sostuvo que “la cuestión de la prostitución voluntaria, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no

conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas ya que afecta a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones” (sobre esta sentencia, *vid.*, Maqueda Abreu: 2010). Y citando de forma expresa a la STJUE de 20 noviembre de 2001, llega a la conclusión de que “admitiendo que la doctrina se refiere a actividades por cuenta propia, no descarta sino que refuerza la tesis de que, al margen de razones de moralidad, pueda ser considerada como una actividad económica que si se presta en condiciones aceptables por el Estatuto de los Trabajadores, no puede ser incardinada en el delito del artículo 312 del Código Penal que castiga a los que ofrecen condiciones de trabajo engañosas o falsas o se emplea a ciudadanos extranjeros en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”.

La resolución judicial constituye un cambio trascendental en la forma de enfocar el fenómeno de la prostitución. Por vez primera se invoca directamente a la voluntad humana, esto es, a la autonomía y libertad personal, como el marco en el que deben resolverse los problemas vinculados con el ejercicio de la prostitución, desdeñando, a su vez, el papel que pueda jugar la moral cuando se trata de personas que de forma libre y voluntaria deciden llevar a cabo prestaciones sexuales a cambio de precio, tanto por cuenta propia como en el marco de una relación laboral propiamente dicha. Y en este sentido, tenemos que decir que, por todas las razones expuestas anteriormente, compartimos el análisis que lleva a cabo la sentencia.

Mucho más clara y contundente es sin duda la sentencia de 18 de febrero de 2015 del Juzgado de lo Social de Barcelona. El caso de autos giraba en torno a una demanda de oficio instada por la Tesorería General de la Seguridad Social en la que interesaba se dictara sentencia por la que se declarara la naturaleza laboral de

la relación de unas trabajadoras que ejercían servicios de carácter sexual en un centro de masajes eróticos por cuenta ajena, de forma libre y sin ningún tipo de coacción. La sentencia comienza por reconocer que en la relación litigiosa concurrían los rasgos esenciales de todo contrato laboral, a saber, prestación voluntaria de servicios, retribución, dependencia y ajenidad en los frutos. No obstante, sostiene el juez que el único e importante obstáculo para la estimación de la demanda radica en el posible carácter ilícito del objeto del contrato, al tratarse de servicios de prostitución por cuenta ajena. En otras palabras, la consideración de la explotación de la prostitución ajena como delictiva, aún consentida, imposibilitaría la posible calificación de laboral ordinaria de la relación de prostitución por cuenta ajena, al tratarse de una explotación económica directa, que quedaría incluida en el tipo previsto en el artículo 188.1º del Código penal.

Sin embargo, el Juez se apoya en la ya citada STS de 14 abril 2009, así como en otras dos resoluciones judiciales —la STS de 5 junio 2006, que considera que sólo cabría hablar del delito de “*explotación laboral*” cuando se detectan condiciones abusivas de trabajo, y la STS de 8 abril 2008, que se refiere expresamente a la “*explotación sexual lucrativa*” cuando hay “*grave riesgo para los derechos*”— para llegar a la conclusión de que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo asume una interpretación restrictiva del delito de proxenetismo, con el argumento de que no cabe asociar la misma pena a los actos violentos e intimidatorios que a la acción de lucrarse o vivir a costa de la prostitución ajena. Solo estaría penalmente prohibido el proxenetismo en el marco de la prostitución forzada, y a tales efectos, el consentimiento de la persona que ejerce la prostitución juega un papel decisivo en cuanto garantía de su libertad sexual, resultando únicamente irrelevante el prestado por una persona que se halle mantenida en el ejercicio de la prostitución mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad.

O cuando se aprecia delito de “*explotación laboral*” por concurrir condiciones abusivas de trabajo.

Como puede observarse, el Juez centra su razonamiento en una discutible interpretación del delito de proxenetismo, que liga inexorablemente a la presencia de la llamada “prostitución forzada”. Tal y como dijimos con anterioridad, esta conclusión resultaba discutible bajo la égida del derogado artículo 188 CP, y bajo mi punto de vista sigue siéndolo con el nuevo artículo 187 CP. En cualquier caso, debe ser bienvenido este intento de proteger a las prostitutas del caso frente a la empresaria demandada que, como suele ocurrir, se lavó las manos en el juicio y en todo momento rechazó la existencia de cualquier relación laboral aduciendo que se limitaba a alquilar habitaciones a las mujeres que ejercían la prostitución por cuenta propia.

6. CONCLUSIONES

La prostitución sigue navegando en nuestros días en un mar turbio e inseguro, jalonado de leyes, reglas, principios morales y sentencias contradictorias y carentes de una visión global y coherente. Se echa de menos, por ello, una política jurídico-legislativa sensata, racional y homogénea que, sobre todas las cosas, evite la inseguridad jurídica y proteja a la parte más débil del fenómeno, que no es otra que la persona que, por las razones que sean, ejerce la prostitución. Mientras tanto, no nos queda más remedio que interpretar el confuso panorama bajo estos parámetros.

En este sentido, una de las mayores injusticias que provoca el abolicionismo es la repetida invisibilización de la prostituta, cuyas relaciones contractuales se consideran como completamente nulas e inexistentes por chocar frontalmente con una presunta moralidad oficial y totalizadora que las convierte en radicalmente ilícitas. Y ello, como es bien sabido, conlleva la pérdida completa de cualquier derecho que

podiera derivarse del reconocimiento de su actividad profesional (despido improcedente, indemnización por daños *in itinere*, derechos de maternidad, nacionalidad, reclamación de pagos, etc.) Desdentado Bonete, en una reflexión especialmente feliz, afirma que “tengo la impresión de que nuestro abolicionismo — en gran medida, retórico— tiene un coste muy alto para las prostitutas. La pureza del ideal niega cualquier concesión a la legalización, con lo que no hay derechos laborales, ni derechos de Seguridad Social para las prostitutas, y esto no deja de ser una buena noticia para los proxenetes, a los que podemos meter en la cárcel, pero no exigirles responsabilidades laborales”. Efectivamente, resulta paradójico que al que se lucra de la prostitución ajena se le blinde *ex lege* frente a cualquier reclamación llevada a cabo en el ámbito puramente contractual, y todo ello bajo el expediente de una difusa moral pública. De esta forma, el más desprotegido acaba por cargar con las consecuencias de su desprotección (STS, Sala de lo Penal, de 12 abril 1991), lo cual no es algo precisamente ejemplar para un Estado Social de Derecho.

En mi opinión, la interpretación que se viene haciendo de la moral vigente no es admisible en pleno siglo XXI, ya que se opone a la ética-social que emana de nuestro ordenamiento jurídico. La moral, como límite de la libertad personal, tiene que adaptarse fielmente a la realidad de la sociedad en la que se invoca, y además debe respetar el conjunto de valores, principios y derechos que establece la Constitución, así como el resto de nuestra leyes y normas de todo tipo. Creo que la prostitución ejercida de forma libre y voluntaria por personas mayores de edad no puede entenderse, de acuerdo con todo lo anterior, como algo contrario a la moral. Y en consecuencia, ningún juez debería ampararse en el recurrente argumento de la inmoralidad (y consecuente ilicitud) para denegar derechos a las personas que ejercen la prostitución.

Puede afirmarse, no obstante, que la prostitución suele ejercerse por cuenta ajena, y el proxenetismo está claramente penado en

nuestro Derecho, lo que provoca la ilicitud de cualquier contrato de trabajo concluido en este marco por contravención de la ley. Siendo cierto, conviene tener en cuenta la estudiada sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que ha insinuado la posible legalidad de la articulación de la prostitución mediante un contrato de trabajo, así como la aún más clara SJS Barcelona recientemente citada. Incluso, como hemos visto, desde la doctrina penalista se han propuesto interpretaciones alternativas que constriñen el delito a los supuestos de explotación laboral, abusos y vulnerabilidad. En cualquier caso, mientras no se construya una jurisprudencia clara y uniforme que diga lo contrario, el proxenetismo seguirá siendo delito, lo que provocará en un principio la nulidad completa del contrato de trabajo realizado bajo su manto. De esta forma, el ordenamiento jurídico sigue cebándose con la parte débil, con la persona que ejerce la prostitución, a la que niega cualquier derecho y reconocimiento en aras del fiel cumplimiento de una ideología soberbia que sanciona con toda severidad a quien, de forma voluntaria y libre, decide prostituirse.

La prostitución es, bajo el punto de vista de quien esto escribe, una lacra que cualquier sociedad debería aspirar a erradicar por completo, y no albergo ninguna duda personal al respecto. Pero mientras ello no suceda, no creo que la denegación de derechos a las personas que se prostituyen, amparada en la ilicitud intrínseca de la actividad, sea la mejor de las soluciones, al mismo tiempo que se tolera la práctica de la profesión en un ejercicio de cinismo e hipocresía sin parangón. Al contrario, en palabras del Ilmo. Sr. D. Joan Agustí Maragall, ponente de la citada sentencia del JS de Barcelona de 18 febrero 2015, el no reconocimiento del carácter laboral de la relación “no hace más que agravar enormemente la incuestionable lesión de la dignidad, la libertad y la igualdad que comporta toda relación de prostitución por cuenta ajena, para la inmensa mayoría de las mujeres que la ejercen”. Tal y como señalara la Catedrática de Derecho Penal de la

Universidad de Granada, María Luisa Maqueda Abreu, en su comparecencia en el Congreso de los Diputados, el día 5 de julio de 2006, las prostitutas “hoy son invisibles, inexistentes, son infrasujetos y, por ello, son carne de abuso

y de explotación” (BOCG. Sección Cortes Generales, Serie A, n.º 379, de 24/05/2007). ¿Es esto lo que, en nombre de nuestra superioridad moral, queremos para las personas que se ven abocadas a practicar la prostitución?

NOTA

1. La prostitución se ejerce tanto por mujeres como por hombres. No obstante, el fenómeno de la prostitución afecta mayoritariamente a las primeras (se calcula que hay unas 400.000 prostitutas en nuestro país), y por ello, a lo largo de las siguientes páginas nos referiremos por razones de coherencia a la “prostituta”, si bien, la mayoría de nuestras consideraciones pueden extenderse a la prostitución de carácter masculino.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ALMAGRO NOSETE, J. 2006, “Artículo 1275 CC”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Bosch, Barcelona.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A. 2009, “Prostitución y Derecho del Trabajo, ¿auténtica relación laboral?”, *Aranzadi Social*, 17, pp. 39 a 48.
- BARBERÁ GOMIS, J. 2012, “Aproximación a la prostitución desde la vertiente normativa en Cataluña: la ordenación administrativa local de los establecimientos donde se ejercen actividades de naturaleza sexual”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 285 a 308.
- BENLLOCH SANZ, J.P. 2008, “La laboralidad de las actividades de alterne y prostitución: un debate abierto”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* n.º 7/2008 - 8/2008. BIB\2008\1321
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. 2006, “Artículo 1275”, en Bercovitz RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coordinador), *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, Cizur Menor.
- BRUFAO CUIRIEL, P. 2008, *Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición*, Estudios de Progreso, Fundación Alternativas.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H. 1998, *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- DE CASTRO, F. 1991, *El Negocio Jurídico*, ed. fasc., Civitas, Madrid.
- DESDENTADO BONETE, A. 2009, “Contrato de trabajo y prostitución. Una reflexión sobre la sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009”, *Diario La Ley*, n.º 7238, Sección Columna, 10 Sep. 2009, Año XXX, LA LEY 14023/2009
- DÍEZ-PICAZO, L., 1996, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Civitas, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. 2010, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial IV*, Thomson Civitas, Madrid.
- DODILLET, S., ÖSTERGREN, P. 2012, “Ley Sueca sobre la compra de sexo: presuntos éxitos y resultados demostrables”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 113 a 152.
- DUFOUR, P. 1999, *La prostitución en la Antigüedad: en las primeras civilizaciones, en Babilonia, en Fenicia, en el Antiguo Egipto, en el Antiguo Testamento y en la Grecia clásica*, San Sebastián, Roger, D.L.
- FERNÁNDEZ VILLARINO, R. 2004, “El alterne y la prostitución. La legítima asociación de sus protagonistas y los efectos de su consideración laboral”, *Temas Laborales*, n.º 74/2004. Pp. 235 a 248.
- GONZÁLEZ DEL RÍO, J.M. 2013, *El ejercicio de la prostitución y el derecho del trabajo*, Comares, Granada.
- GULLÓN, A. 1969, *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, Tecnos, Madrid.
- INFANTE RUIZ, F.J., OLIVA BLÁZQUEZ, F. 2009, “Los contratos ilegales en el derecho privado europeo”, *Indret*, pp. 1 a 59.
- KÖTZ, H., PATTI, S. 2006, *Diritto europeo dei contratti*, Giuffrè editore, Milano.
- LÓPEZ I MORA, F. 2007, “Prostitución y estatuto profesional”, en ADELA SERRA, R., *Prostitución y trata*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. 2005, “Prostitución y Trabajo: La Legislación Española”, *Congreso Internacional Explotación Sexual y Tráfico de Mujeres*, AFESIP España.

- MAQUEDA ABREU, M.L. 2010, "Hacia una justicia de los derechos. Una aproximación a los últimos pronunciamientos judiciales favorables a la legalidad de la prostitución", *Diario La Ley*, nº 7363, Sección Tribuna, 16 Mar. 2010, Año XXXI, Ref. D-84, LA LEY 620/2010.
- MORALES MORENO, A.M. 1994, "Causa", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Civitas, Madrid.
- MUÑOZ CONDE, F. 2013, *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PEEL, E. 2011, *Treitel. The Law of Contracts*, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, Londo.
- Poyatos i Matas, G., 2009, *La prostitución como trabajo autónomo*, Bosch, Barcelona.
- REY MARTÍNEZ, F. 2006, "La prostitución ante el derecho: problemas y perspectivas: Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, nº 2, p. 97 a 119.
- REY MARTÍNEZ, F., SERRANO ARGÜELLO, N., MATA Y MARTÍN, R. 2004, *Prostitución y derecho*, Aranzadi, Cizur Menor. 2004.
- ROPERO CARRASCO, J., RUILOBA ALVARIÑO, J. 2012, "Explotación sexual y prostitución: paradojas e hipocresías que impiden la protección de las víctimas", *Letras jurídicas: revista de los investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas U. V.*, nº 25, pp. 87 a 109.
- SABORIDO SÁNCHEZ, P. 2005, *La causa ilícita: delimitación y efectos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SALAS PORRAS, M., VILA TIERNO, F., *El ejercicio de la prostitución como contenido de la prestación de servicios por cuenta ajena*, <http://www.olvg.uma.es/pdf/prostitucion.pdf> (consultado en enero de 2015).
- SALVADOR CODERCH, P., RUBÍ PUIG, A. 2010, "Libertad de expresión, discurso comercial y publicidad de prostitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 90, pp. 111 a 145.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. 2008, "Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables (prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos)", *Aranzadi Social*, nº 14.
- TAMARIT SUMALLA, J. 2012, "Prostitución: regulación, prevención y desvictimización", en Villacampa Estiarte, C., *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 269 a 282.

LA PROSTITUCIÓN: ASPECTOS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS PROSTITUTION: PUBLIC LEGAL ISSUES

Eduardo Gamero Casado

RESUMEN

El ordenamiento jurídico sólo tiene dos opciones en relación con la prostitución: o bien la prohíbe expresamente, o bien regula esta actividad a fin de preservar los bienes y valores fuertemente comprometidos en su ejercicio. Lo que no cabe bajo ningún concepto es la indiferencia, traducida en una absoluta falta de regulación. Caso de no prohibirse, los tres aspectos en que se encuentra implicado el Derecho administrativo y que se analizan en este trabajo son: la prostitución en establecimientos abiertos al público; la prostitución en la vía pública; y la dotación de servicios sociales de asistencia a personas expuestas a los riesgos que entraña la prostitución. Su análisis revela que existen precedentes valiosos, pero claramente insuficientes, para regular esta materia con la debida protección de los intereses públicos subyacentes.

PALABRAS-CLAVE

Prostitución, Licencia de apertura, Convivencia ciudadana, Servicios sociales.

ABSTRACT

The legal system has only two options with regard to prostitution: either it expressly prohibits, or regulates this activity in order to preserve the assets and values strongly committed in its exercise. What does not fit under any circumstances is indifference, translated in a total lack of regulation. If not prohibited, the three aspects in which it is involved the administrative law «and that are studied in this paper», are: prostitution in establishments open to the public; prostitution on streets; and the strength of social services to assist persons exposed to the risks of prostitution. This analysis reveals that there are valuable precedents, but clearly insufficient, to regulate the matter with the adequate protection of underlying public interests.

KEYWORDS

Prostitution, Opening License, Citizen coexistence, Social Services

LA PROSTITUCIÓN: ASPECTOS JURÍDICO- ADMINISTRATIVOS

Eduardo Gamero Casado

Universidad Pablo de Olavide

Sumario: 1. Premisa: el ordenamiento jurídico no puede ser indiferente ante la prostitución. 2. La pretendida “alegalidad” de la prostitución. El perímetro de la prostitución lícita desde la perspectiva jurídico-administrativa. A. Argumentos que avalan la supuesta prohibición de la prostitución. B. Argumentos que revelan la licitud de la prostitución como actividad de servicios. Delimitación de su ámbito lícito. 3. La prostitución en establecimientos abiertos al público. A. Régimen general. B. Regímenes especiales: los casos de Bilbao y Cataluña. 4. La prostitución en la vía pública. 5. Las medidas preventivas contra la prostitución: planes de intervención y servicios sociales comunitarios. Nota bibliográfica.

1. PREMISA: EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NO PUEDE SER INDIFERENTE ANTE LA PROSTITUCIÓN

Los modelos adoptados por los diferentes sistemas jurídicos ante el fenómeno de la prostitución suelen clasificarse en tres categorías distintas: prohibicionismo, abolicionismo y reglamentarismo; pero, en relación con la idea que pretendo destacar ahora, existen realmente tan sólo dos posiciones diferentes ante el fenómeno de la prostitución: por una parte, el *regulacionismo*, que postula la “legalización” de la prostitución, concretando sus condiciones de ejercicio para protección de los derechos de las personas que la practican, así como otros bienes jurídicos implicados en el fenómeno; y por otra, el *neo-abolicionismo*, que defiende la prohibición expresa de esta práctica por suponer una afrenta a la dignidad de la persona, siendo quimérico todo intento por diferenciar una pretendida prostitución libre de una prostitu-

ción forzada. Tal como destaca Pemán Gavín (2007: 713), la contraposición entre ambos modelos es conceptual o de fondo –podemos decir que antropológica–, siendo exponentes de dos concepciones distintas del ser humano. Pero lo que no cabe admitir bajo ningún concepto es que la actitud del ordenamiento jurídico ante la prostitución sea la indiferencia, traducida en un vacío de regulación.

En efecto, debido a los bienes y valores fuertemente comprometidos en el ejercicio de esta actividad, entiendo que, por lo que se refiere a su regulación jurídico-administrativa, *el ordenamiento jurídico sólo tiene dos opciones en relación con la prostitución: o bien la prohíbe expresamente, o bien regula su ejercicio*, estableciendo una serie de condiciones y cautelas que preserven en lo posible las eventuales lesiones de los bienes y valores que se pueden ver resentidos o conculcados con ocasión del ejercicio de esta actividad. Lo que resulta inadmisibles es el silencio, la falta de regulación, que puede obedecer al carácter vergonzante de la activi-

* Catedrático de Derecho Administrativo. Consejero de Montero Aramburu Abogados

dad y a la polémica que suscita todo cuanto la rodea, causas que no pueden nunca justificar la desidia de los poderes públicos ante un fenómeno en el que subyacen tantísimos problemas de orden público. Lo reprochable es, precisamente, que concurriendo en la prostitución una serie de bienes y valores extremadamente sensibles, la actitud del ordenamiento ante tal actividad sea el mero vacío, el más absoluto silencio (en la misma opinión, Tolívar, 1989: 367).

En este trabajo se expone el régimen jurídico-administrativo vigente en relación con el ejercicio de la prostitución, desprendido de apriorismos morales o de cualquier otro prejuicio, pues lo que se me ha pedido es que describa el modo en el que el Derecho administrativo regula la prostitución actualmente, y a ese objetivo me ciño.

2. LA PRETENDIDA “ALEGALIDAD” DE LA PROSTITUCIÓN. EL PERÍMETRO DE LA PROSTITUCIÓN LÍCITA DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

En la medida que no existen normas que disciplinen su ejercicio, se encuentra bastante extendida la afirmación de que la prostitución es una actividad “alegal”. Nada menos cierto. Por una parte, no existen normas expresas de rango estatal, pero sí de rango autonómico (en Cataluña) y local (en muchos municipios), como veremos más tarde, que revelan por tanto la legalidad de la prostitución al menos en el ámbito de aplicación de tales normas. Por otra parte, allí donde no existen normas expresas no cabe decir que la prostitución se encuentre en un “limbo” jurídico, sino que será necesario integrar la laguna conforme a los criterios interpretativos correspondientes, al igual que sucede con tantas otras actividades que no aparecen formalmente reguladas (etiquetadas)

en nuestras leyes y que, sin embargo, como es obvio, pueden ejercerse lícitamente. En este sentido, rige en nuestro Derecho el principio de legalidad, proclamado en el art. 9.3 CE, que supone el libre ejercicio por la ciudadanía de toda aquella actividad que no se encuentre expresamente prohibida. Y si algo no está prohibido, por tanto, no puede reputarse “alegal”, sino perfectamente lícito. Más allá de las conductas penalmente tipificadas en relación con la prostitución, que evidentemente se encuentran prohibidas, puede ejercerse lícitamente esta actividad. En eso la prostitución no difiere de ninguna otra actividad humana. Por ejemplo, no existe ninguna disposición que regule específicamente el régimen jurídico de las mercerías, o de las papelerías, y sin embargo, a nadie se le ocurre afirmar que esté prohibido montar uno de estos comercios.

Existen, no obstante, algunos argumentos para defender que la prostitución se encuentra actualmente prohibida en nuestro Derecho. Conviene exponer tales posturas así como las razones que nos llevan a disentir de ellas.

A. ARGUMENTOS QUE AVALAN LA SUPUESTA PROHIBICIÓN DE LA PROSTITUCIÓN

La primera razón para defender que la prostitución se encuentra prohibida es que ha estado expresamente abolida en España en diferentes períodos históricos (sobre los antecedentes de esta regulación jurídico-administrativa de la prostitución véanse especialmente Lidón Corbi, 1982; Jiménez Asenjo, 1963; y Tolívar, 1989), y que, de hecho, todavía se encuentra *formalmente* prohibida por el Decreto-ley de 3 de marzo de 1956, de abolición de centros de tolerancia y otras medidas relativas a la prostitución, que nunca ha sido expresamente derogado. Sin embargo, se trata de una norma en completo desuso, pues la existencia de establecimientos abiertos al público en los que se ofrecen servicios sexuales es generalizada y no se acometen actuaciones de cierre de los establecimientos por parte de las autoridades

des locales, como tampoco se impide este tráfico sexual en la vía pública. Es tanto el tiempo transcurrido en desuso del Decreto-ley que esa persistente inaplicación conduce inequívocamente a afirmar su ineficacia, siguiendo a Kelsen (1949: 140), para quien una norma jurídica no puede reputarse derogada por el mero hecho de no aplicarse, pero pierde su eficacia, y “una falta permanente de eficacia puede extinguir su fuerza obligatoria” (*ibidem*, 141).

Es pertinente recordar, en segundo término, el Convenio de *Lake Success*, de 21 de marzo de 1950, para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado en el marco de la ONU y al que se adhirió España por Instrumento de 18 de junio de 1962. Con arreglo a su art. 1, “las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona; 2) Explotare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona”; y conforme a su art. 2, “las Partes en el presente Convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que: 1) Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; 2) Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena”. El art. 96.1 CE determina la eficacia directa del Convenio en nuestro Derecho interno.

Sin embargo, a tenor del art. 12 del tratado internacional, “el presente Convenio no afecta al principio de que las infracciones a que se refiere habrán de ser definidas, enjuiciadas y castigadas, en cada Estado, conforme a sus leyes nacionales”, y en este sentido, la STC 129/1996 estima que no condiciona la libre configuración de los tipos penales por parte del legislador español, tratándose, por tanto, de un tema de política legislativa criminal. Abundando en esa línea, la STSJ (Sala 3ª) Cataluña 921/2006, de 20 de noviembre, tras citar su art. 12, afirmó que “el Convenio de referencia

tiene carácter programático, en el sentido de que las infracciones que en el mismo se contemplan, no se trasladan directamente al derecho interno, ni por ende resultan aplicables en ese ámbito, sino a través y con sujeción a su tipificación mediante las leyes nacionales de los Estados firmantes”. La posterior STS de 22 de abril de 2010 resuelve el recurso de casación 506/2007, presentado precisamente contra la STSJ Cataluña 921/2006, y disiente de ella, pues considera que el Convenio de *Lake Success* es parte integrante del Derecho interno y no tiene carácter programático; ahora bien, al analizar el contenido de las normas enjuiciadas, llega a la conclusión de que resulta incompatible con el tratado internacional una normativa jurídico-administrativa que, de alguna manera, favorezca o fomente la prostitución, pero asimismo entiende que es acorde al Convenio una disposición que regula la prostitución limitándola, a fin de preservar los bienes e intereses implicados en el desarrollo de la actividad; así, en el f.j. 6º afirma esta Sentencia (las cursivas son mías):

“la Ordenanza Municipal Tipo, como veíamos en el anterior fundamento, no pretende otra cosa que establecer un marco normativo de competencia municipal, para aquellos Ayuntamientos que no hayan aprobado la correspondiente ordenanza municipal de adaptación al Decreto 217/2002, al objeto de preservar mediante su ejercicio en determinados locales de pública concurrencia los bienes e intereses públicos antes reseñados, *sin que ningún reproche pueda hacerse a esta norma desde la legalidad*, pues ni la Generalitat ni los Ayuntamientos pueden establecer restricciones a la libertad que no estén contempladas en una ley (y ya hemos visto que *la Ley no prohíbe el ejercicio libre e independiente de la prostitución, ni siquiera prohibía la tercería locativa en el año 2003 cuando se aprueba la Ordenanza*), ni pueden dejar de proteger en aras de la reprochabilidad moral o social de la prostitución aquellos bienes o intereses que deben tutelar en virtud de un específico apoderamiento legal, como son *la salubridad pública, las molestias a terceros, la seguridad de los ciudadanos o la protección de las personas menores de edad*.”

En definitiva y concluyendo, ninguna contradicción existe entre la Ordenanza Municipal

Tipo, aprobada por la Orden PRE/335/2003, de 14 de julio, del Departamento de Presidencia de la Generalitat de Catalunya, y los compromisos asumidos por el Estado español al adherirse a la Convención *Lake Success* de 21 de marzo de 1950, para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena”.

También podría aducirse, como criterio de respaldo de la ilegalidad de la prostitución, la consulta vinculante V1441-09 que la Dirección General de Tributos emitió el 18 de junio de 2009, en la que una persona física que ejerce la prostitución por cuenta propia pregunta el epígrafe en el que debe darse de alta en el Impuesto de Actividades Económicas y los documentos fiscales que debe cumplimentar para desarrollar tal actividad. En su respuesta, la DGT afirma que la prostitución:

“constituye una actividad prohibida por normas legales no penales. Desde la perspectiva jurídico privada los actos y pactos producidos en el ejercicio de la prostitución están incurso en la sanción de nulidad prevista en el art. 6.3 del Código Civil por infringir lo dispuesto en los arts. 1255, 1271 y 1275 del mismo cuerpo legal; por tanto, frente a la Ley no producen efecto alguno y no existen normas que ordenen la forma de cumplimiento de sus efectos ni ordenación legal para hacerlos efectivos. En resumen, desde la perspectiva civil la prostitución es una actividad ilícita frente a la que se reacciona, como sanción, con la nulidad absoluta de los actos y pactos que la posibiliten”, lo que conduce a la siguiente conclusión: “la explotación de la prostitución, cualquiera que sea el tráfico, forma o comercio de la misma, ya sea de la prostitución ajena (ilícita penalmente), ya sea de la propia de quien la ejerce (ilícita civilmente y objeto de medidas de seguridad) es, en todo caso, ilícita y no puede ser objeto válido de ninguna actividad empresarial, profesional o artística a efectos fiscales; por lo que no está sujeta al Impuesto sobre Actividades Económicas”.

La ilicitud del negocio civil también fue enfatizada por el Informe de 13 de marzo de 2007, elaborado por la Ponencia del Senado sobre el estudio de la prostitución en nuestro país (publicado en el BOCG Serie A, n.º 367, de 13 de abril de 2007), en el que se consigna —p. 17— que “El Código Civil, por su parte,

en su art. 1275 establece que ‘Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral’. Asimismo, es un principio general de todo el Ordenamiento Jurídico español, el de la indisponibilidad del cuerpo humano”. Sin embargo, es llamativo constatar que el citado Informe no señale claramente la prostitución como negocio prohibido, ni diga expresamente que está prohibida en nuestro Derecho (con excepción de la esfera penal), y más llamativo aún —dado el tono subyacente del texto, claramente prohibicionista—, es que no recomiende la aprobación de una norma que prohíba la prostitución, o cuando menos que regule la actividad, limitándola. Es más, este informe sitúa al Decreto-ley de 1956 entre los “antecedentes históricos” de la regulación de la prostitución en España —p.13—, dando claramente a entender que no lo considera vigente en la actualidad.

Como sostienen algunos autores, cuya posición comparto (Pemán Gavín, 2007: 716 ss.; Brufao Curiel, 2008: 40), existen argumentos contundentes para dictar una legislación que prohíba la prostitución, y esa es la mejor opción para proteger el conjunto de bienes en presencia; así lo han entendido también países, como Suecia, que se sitúan en lo que podríamos calificar como la vanguardia social. Pero lo que traduce en España la doctrina de la DGT, el Informe de la Ponencia del Senado, así como la actitud generalizada de los poderes públicos, es la *tolerancia* con la prostitución, aunque enfáticamente se la califique a veces como una actividad ilícita e inmoral y se promuevan medidas dirigidas a paliar los aspectos perjudiciales que derivan de ella.

B. ARGUMENTOS QUE REVELAN LA LICITUD DE LA PROSTITUCIÓN COMO ACTIVIDAD DE SERVICIOS. DELIMITACIÓN DE SU ÁMBITO LÍCITO

A pesar de las retóricas afirmaciones sobre la ilegalidad de la prostitución, lo cierto y ver-

dad es que los poderes públicos, no sin cierta hipocresía en algunos casos, vienen tolerando el ejercicio de esta actividad.

Así lo evidencia, por ejemplo, la doctrina sostenida por la propia Dirección General de Tributos en otra consulta vinculante posterior, la V0622-13, de 28 de febrero de 2013, en la que una entidad mercantil plantea que desarrolla la actividad de club de alterne, en el que, por una parte, presta servicio de bar musical, y por otro, alquila habitaciones para la práctica de la prostitución, siendo esta última vertiente el 90 % de su negocio, y preguntando cuál sería el tipo impositivo aplicable. En su respuesta, la DGT sostiene que:

“la sociedad consultante estará obligada a darse de alta por las actividades económicas que realice y que tengan clasificación independiente en las Tarifas del impuesto. En el presente caso se aprecia la concurrencia de dos actividades distintas que se ejercen en un mismo establecimiento: por un lado, la de bar musical sin realizar ningún espectáculo, y, por otro, la de alquiler de reservados o habitaciones para servicios de naturaleza sexual. La actividad de bar musical, sin espectáculos, se clasifica en el epígrafe 673.1 de la sección primera de las Tarifas, correspondiente a la prestación de servicios en cafés y bares ‘De categoría especial’. Respecto de la segunda actividad, que según se indica en el escrito de consulta es de ‘reservados para servicios de naturaleza sexual (alquiler de habitaciones)’, como ya se ha señalado en anteriores ocasiones, tanto por parte de este Centro Directivo (consulta V1441-09, de 16 de junio de 2009), como por su predecesor, la extinta Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales (entre otras, las consultas número 1008 de 29 de julio de 1994, número 1688 de 10 de julio de 1996 y número 3049 de 21 de julio de 2000), la actividad de prostitución, en cualquiera de sus formas, no constituye presupuesto de hecho del Impuesto sobre Actividades Económicas, por lo que no ha lugar a la clasificación de la expresada actividad en las Tarifas del mencionado tributo”.

Es decir, que hay tres actividades: bar musical, alquiler de reservados para servicios sexuales y prestación de tales servicios, pero sólo hay que darse de alta en las dos primeras porque la tercera se encuentra excluida del

impuesto, aunque ya no llega a declarar que se trate de una actividad ilícita. Y aunque no esté sujeta al impuesto, se sabe que existe y se tolera. E incluso se cuantifica, contabilizándose en el cálculo del PIB, desde el 1 de septiembre de 2014, como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 549/2013, por el que se establece el nuevo Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales (SEC-2010) que reemplaza al anterior Sistema Europeo de Cuentas SEC-95. El Libro Amarillo de Presentación de los Presupuestos Generales del Estado para 2015 incluye la siguiente explicación (p.19): “Además de los cambios metodológicos y estadísticos, se ha llevado a cabo una modificación adicional, consistente en la incorporación en las Cuentas Nacionales de actividades ilegales, como la prostitución, producción y tráfico de drogas o contrabando. En efecto, como consecuencia de los controles periódicos de auditoría a los Estados Miembros llevados a cabo por la Comisión Europea para garantizar la comparabilidad y exhaustividad de los datos proporcionados por los países sobre su Renta Nacional Bruta y, en base a una petición del Tribunal de Cuentas Europeo, se ha establecido la obligación de incorporar en la estimación de la Renta Nacional Bruta de los Estados Miembros los flujos procedentes de actividades ilegales”.

La pregunta es ¿con qué fundamento se considera que la prostitución es una actividad ilícita? La prostitución que se ejerce en CCAA, como Cataluña, que la tienen regulada: ¿es lícita o ilícita, a éste y a otros efectos? ¿Acaso sólo se contabiliza a efectos del PIB la que está tipificada penalmente?

Un problema análogo se dilucidó en la STC 129/1996, en la que el recurrente en amparo consideraba discriminatorio el hecho de sancionar penalmente a titulares de establecimientos que combinan el uso de habitaciones con el tráfico sexual, en tanto que se considera atípico, en cambio, la cesión de habitaciones para la prestación por terceras personas de servicios sexuales, o la edición y venta de publicaciones pornográficas, o la proyección de

películas de la misma naturaleza en los medios de comunicación, o la mediación en la oferta de esos servicios citados mediante precio. El Tribunal Constitucional rechaza el argumento recordando la libertad de que goza el legislador en orden al ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, por lo que no considera discriminatorio que unas concretas conductas relacionadas con la prostitución sean delito y otras no.

Con independencia del calificativo jurídico que merezca el negocio de oferta de servicios sexuales (eufemismo bienintencionado que no puede ocultar la naturaleza de la actividad), y sean tales negocios válidos o ilícitos, parece claro, como ya se ha dicho, que nuestro sistema jurídico tolera la existencia de establecimientos abiertos al público en los que dichos servicios se ofrecen, así como la oferta de tales servicios en la vía pública, y estas son las dimensiones (jurídico-administrativas) del problema que corresponde abordar en este trabajo, pues el resto de aspectos implicados en la cuestión (penales, civiles, laborales, etc.), son objeto de estudio en otros lugares de este volumen.

Concretamente, el ámbito de la prostitución que puede considerarse lícito desde la óptica del Derecho administrativo aparece delimitado en sentido negativo por el perímetro del Derecho penal, de tal manera que, aquéllos servicios sexuales que no se encuentren criminalizados, supondrían en sentido inverso actividades lícitas en el plano jurídico-administrativo. Puede resultar preciso obtener algún tipo de título habilitante (autorización administrativa u otro instrumento de intervención) para iniciar su ejercicio, pero desde luego, no puede decirse que ese ámbito de actividad que se encuentra intrínsecamente unida a la prostitución propiamente dicha se encuentre actualmente prohibida en nuestro Derecho.

En esa misma línea se ha manifestado la STSJ Cataluña (Sala 3ª) 921/2006, de 20 de

noviembre, que al valorar la validez de una norma catalana reguladora de la prostitución, estima que “sigue existiendo una actividad ‘no prohibida’, en los términos del preámbulo del Decreto 217/2002, a saber, la prostitución ejercida según se define en el art. 2 del referido Decreto, y del correlativo art. 2 de la Ordenanza tipo, o del mismo modo, en la Sentencia TJCE de 20 de noviembre de 2001, asunto *Jany* (C-268/99), F. 70, como ejercicio de manera independiente, sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución, bajo responsabilidad propia, y a cambio de una retribución que se paga íntegra y directamente a quien la ejerce”.

La reciente reforma del Código penal no altera este orden de cosas, en lo que respecta a la dimensión jurídico-administrativa del problema. Con arreglo a la redacción que la Ley Orgánica 1/2015 confiere al art. 187.1 inciso segundo CP, sigue siendo delito lucrarse mediante la prostitución de otra persona, incluso con el consentimiento de la misma. Por consiguiente, la prostitución lícita en nuestro Derecho actualmente es la que se ejerce de manera independiente.

A tal efecto, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de noviembre de 2001, asunto *Jany* (C-268/99) considera (F.70) que el cumplimiento de las siguientes condiciones permiten considerar que la prostitución se ejerce de manera independiente: *i*) Que no exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución; *ii*) Que la actividad se ejerza bajo responsabilidad propia, y *iii*) Que se ejerza a cambio de una remuneración que se paga íntegra y directamente a quien la ejerce. Ese sería el perímetro de la prostitución lícita. Lo que corresponde seguidamente es analizar sus vertientes de prestación y determinar el régimen jurídico-administrativo al que se somete.

3. LA PROSTITUCIÓN EN ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PÚBLICO

A. RÉGIMEN GENERAL

A la vista de los antecedentes citados, parece claro que las personas que se puede ejercer lícitamente la prostitución en domicilios particulares y de manera individual, pero también en establecimientos abiertos al público en los que cada persona que se prostituya lo haga en las condiciones de independencia anteriormente expuestas. Tal establecimiento puede encontrarse autogestionado por quienes se dedican directamente a la prostitución (en cuyo caso la independencia es clara), o bien puede darse el caso de que exista un empresario distinto que sea titular del establecimiento (club de alterne) y lo gestione, tanto en lo relativo a las zonas comunes (bar o similar, con música o sin ella), como en lo que se refiere al alquiler de reservados o habitaciones. En la mayoría de los casos, los establecimientos se presentarán bajo esta apariencia, que no será sino una gran impostura bajo la que se esconda una realidad bien diferente: en la práctica, el escollo que representa la criminalización del proxenetismo se solventa mediante la articulación de un tipo de establecimiento de alterne *formalmente* lícito, en el que el empresario se limita teóricamente a poner los medios materiales necesarios para la prostitución, y justifica el pago de sus servicios como consumiciones de bebidas o como alquiler del reservado o habitación donde se llevan a cabo los servicios sexuales.

Una vez delimitado (por exclusión respecto al régimen penal) el perímetro de la prostitución cuyo ejercicio resulta lícito en España, y mostrado el modo en que se presta mediante establecimientos abiertos al público, es preciso integrar su régimen jurídico en lo referente a los aspectos jurídico-administrativos. La primera pieza del razonamiento es la identificación del tipo de actividad de que se trate, a fin de aplicarle su correlativa regulación. A tal efecto, es de nuevo crucial la ya citada Sentencia

Jany del TJCE, en la que se califica —§ 48 y 49— la prostitución como “actividad de servicios” (la cursiva es nuestra):

“48. Por consiguiente, y sin que sea siquiera necesario abordar la cuestión de si la prostitución puede considerarse una actividad comercial, tal como afirma el Gobierno del Reino Unido, basta señalar que se trata de una actividad por la que el prestador satisface, con carácter oneroso, una demanda del beneficiario sin producir o ceder bienes materiales.

49. Así pues, *la prostitución constituye una prestación de servicios remunerada* que, como resulta del apartado 33 de la presente sentencia, está comprendida en el concepto de ‘actividades económicas’.”

La calificación de la prostitución como actividad de servicios permite identificar un primer marco jurídico de referencia en el que encuadrar su régimen de ejercicio. En ese ámbito resulta particularmente significativo el fenómeno desregulador, toda vez que, precisamente como consecuencia del Derecho de la Unión Europea, se ha experimentado una intensa simplificación administrativa en lo relativo a las actividades de servicios. En efecto, la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior, promueve el levantamiento de trabas al inicio y ejercicio de las actividades de servicios, y en particular, procura que no se sometan a autorización o licencia administrativa previa, promoviendo su reemplazo por comunicaciones previas y declaraciones responsables. La trasposición de la Directiva se ha traducido en una multiplicidad de normas estatales y autonómicas (sobre las que existe una monumental bibliografía que no es pertinente reproducir aquí, dadas las características de esta aportación), que efectivamente simplifican el inicio y ejercicio de las actividades de servicios.

Ciñéndonos a los preceptos cardinales de esta ordenación, es preciso recordar la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (LAAS), cuyo art. 5 establece como Derecho estatal básico que la normativa reguladora

del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente, mediante norma con rango de ley, y siempre que concurren condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, que deberán motivarse necesariamente; en particular, el propio artículo define la necesidad del siguiente modo: “que el régimen de autorización esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado”. Por consiguiente, los instrumentos de intervención por los que opte la normativa de servicios serán preferentemente las comunicaciones responsables y comunicaciones previas, siendo limitada, y sujeta a reserva legal, la imposición de una autorización o licencia. Además —art. 9 LAAS—, todos los requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán ajustarse a los siguientes criterios: a) No ser discriminatorios; b) Estar justificados por una razón imperiosa de interés general; c) Ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general; d) Ser claros e inequívocos; e) Ser objetivos; f) Ser hechos públicos con antelación; y g) Ser transparentes y accesibles. En la legislación actualmente aplicable en España, y salvo los casos que se mencionan en el epígrafe B) siguiente, no existe una regulación específica de los servicios de prostitución. Caso de establecerse, habrá de respetar las exigencias referidas.

Pero la ausencia de legislación específica no supone que la prostitución pueda ejercerse sin sujeción a título habilitante alguno. En la medida que se practique en locales abiertos al público será de aplicación la normativa relativa a tales establecimientos, cuyo régimen básico —circunscrito a las exigencias antes apuntadas— corresponde al Estado, pero cuyos principales actores son las CCAA y las entidades locales. En este sentido, los títulos competenciales autonómicos para regular los establecimientos

abiertos al público en los que cabe englobar la actividad propia de los lugares de alterne son muy diversos (véase especialmente Rey, Mata y Serrano, 2004: 133 ss.), y en omisión de normativa específica, el marco de referencia con el que integrar la laguna puede variar en función de la normativa autonómica. Así, cabe que la legislación más afín a la actividad sea la relativa a espectáculos públicos y actividades recreativas (en la medida que incluya el régimen general de los establecimientos abiertos al público, aunque en ellos no se realicen espectáculos en sentido estricto), o también el urbanismo (con descripción de los usos pormenorizados que se puedan desarrollar en cada sector), el turismo (cuando se regulan los establecimientos de hostelería, tanto de restauración como de alojamiento), la salubridad pública (por lo que respecta a inspecciones sanitarias), etc. Como consecuencia de esta confluencia de materias, el marco normativo de referencia variará en función de las opciones seguidas por el legislador autonómico.

Con arreglo al esquema normativo propio del ejercicio de tales competencias, así como de las que corresponden a las CCAA en materia de régimen local, la legislación autonómica establece el régimen jurídico general de los establecimientos abiertos al público, y los municipios desarrollan esa legislación mediante sus propias Ordenanzas, ocupándose, asimismo, de su ejecución material: especialmente, por lo que se refiere al asunto en examen, verificando el cumplimiento de los requisitos que eventualmente se exijan, tanto en el caso de las licencias (que suponen control *ex ante*, previo al inicio de la actividad), como en el caso de las declaraciones responsables y comunicaciones previas (que permiten articular controles *ex post*). La técnica normativa más habitual seguida por los municipios es la aprobación de una Ordenanza de actividades económicas, en la que se desglosan las actividades sujetas a licencia, a declaración responsable y a comunicación previa, estableciendo las concretas exigencias que se imponen al ejercicio de cada actividad.

Dada la variedad de los modelos de aplicación carece de sentido pretender aquí un análisis más detallado de la materia. Hemos de retener únicamente la idea principal: cuando los establecimientos abiertos al público en los que se ejerce la prostitución carecen de regulación específica, debe integrarse la laguna mediante la aplicación de la legislación más afín al tipo de establecimiento, en función de los servicios que en el mismo se presten: bar (con o sin música, en directo o no); alojamiento (ya sea mediante reservados o habitaciones); sauna; masajes; etc.

B. RÉGIMENES ESPECIALES: LOS CASOS DE BILBAO Y CATALUÑA.

La situación descrita en el apartado precedente no es deseable en modo alguno, como venimos insistiendo desde el principio, porque la prostitución compromete una serie de bienes jurídicos que resulta necesario preservar. En particular, como recuerda la STSJ Cataluña 921/2006: “Aconseja esta regulación, la protección de bienes jurídicos tales como la seguridad de los ocupantes y la higiene de los locales, la protección de las personas menores de edad, la preservación del orden público y la evitación de molestias a terceros (art. 2.1 y 2 de la Llei del Parlament 10/1990, de 15 de junio; SS. de esta Sala de lo Contencioso del TSJCat, Sección 3ª, nº 658/2003, de 9 de septiembre; y Sección 5ª, nº 474/2006, de 31 de mayo)”;

pero también (y sorprende que la Sentencia no lo mencione), resulta en todo punto necesario proteger a las personas que se prostituyen, tanto en lo relativo a su libertad y dignidad, como en lo referente a la salubridad de la actividad.

Sin embargo, no es frecuente encontrar disposiciones que regulen específicamente el régimen jurídico de los establecimientos dedicados a la prostitución. Al margen de los antecedentes preconstitucionales a que aludimos más atrás, seguramente tras la promulgación de la Constitución pueda citarse como primera normativa dictada en esta materia la Ordenanza local sobre establecimientos públicos

dedicados a la prostitución de 12 de mayo de 1999 (BOB de 4 de junio). Esta interesante disposición (sobre la que puede verse Arzúa, 2000: 335 ss.), establece una distancia mínima de 500m entre establecimientos, así como una serie de condiciones sanitarias que deben reunir las instalaciones. Por ejemplo, el art. 6 establece:

Artículo 6. *Requisitos de las estancias.*

Las habitaciones de los establecimientos públicos destinadas a la prestación de servicios de naturaleza sexual, deberán cumplir los siguientes requisitos higiénico-sanitarios:

- la altura mínima será de doscientos cincuenta (250) centímetros;
- la superficie mínima será de nueve (9) metros cuadrados, incluida la destinada al aseo;
- tanto los paramentos, como el equipamiento y el mobiliario deberán ser de fácil limpieza y desinfección;
- cada una contendrá un espacio independiente destinado al aseo, de superficie no inferior a tres (3) metros cuadrados, con paredes alicatadas hasta el techo, y dotado de lavabo y de ducha o bidé;
- tanto la habitación, como el local de aseo, dispondrán de ventilación natural o forzada; y
- no podrán ser destinadas a un uso diferente del autorizado”.

Asimismo, el art. 7, establece las condiciones higiénico-sanitarias que habrán de reunir las piscinas y bañeras de hidromasaje; y el art. 8 recuerda que, si además de la prostitución, en el local se ejercen otras actividades (como pub, restaurante, hotel, etc.), el establecimiento deberá reunir todos los requisitos sanitarios específicos correspondientes a cada una de ellas.

En cualquier caso, tras la trasposición de la Directiva de Servicios ya no cabe a los municipios imponer *motu proprio* licencias en estas materias, debiendo gozar de la cobertura de una ley autonómica que habilite la imposición de la licencia municipal. Así se desprende, en particular, de los arts. 84 y 84 *bis* de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, en la redacción que les confiere el art. 1 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación

a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Por ello, el modelo de referencia actualmente viene representado por la legislación catalana (sobre el que conviene consultar los trabajos de Barberá Gomis, y Turu y González, en Villacampa, 2012: 285 ss. y 309 y ss.). Como normativa autonómica de cobertura se sitúa la Ley 11/2009, de 6 de julio, de regulación administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, cuyo art. 29.1 impone la obtención de licencia administrativa previa para la apertura de establecimientos abiertos al público en los que se lleven a cabo espectáculos públicos y actividades recreativas, invirtiendo por tanto la regla general derivada de la Directiva de Servicios. La Ley no menciona *expressis verbis* entre las actividades sujetas a su ámbito de aplicación a los locales de alterne, o establecimientos en que se ejerzan actividades de naturaleza sexual. Pero, en desarrollo de las previsiones legales se dictó el Decreto 112/2010, de 31 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de espectáculos públicos y actividades recreativas (REPAR). Su principal contenido (a los efectos que nos conciernen) es el art. 41, que por su interés conviene transcribir:

Art. 41. *Establecimientos en los que se ejercen actividades de naturaleza sexual.*

1. Los establecimientos abiertos al público, así como sus reservados, en los que se desarrollan actividades de naturaleza sexual requieren licencia municipal y están sometidos a las limitaciones o condiciones de emplazamiento y los demás requisitos establecidos en las ordenanzas municipales o en la normativa urbanística aplicable o, en su defecto, los que determine la ordenanza municipal tipo.

2. El acceso a los locales debe hacerse directamente desde la vía pública, y el acceso a sus reservados debe hacerse desde el interior del local.

3. Estos establecimientos, así como sus reservados, además de cumplir con las condiciones de higiene y salubridad establecidas en la normativa específica en materia de salud, deben cumplir los requisitos que establezcan las ordenanzas municipales, o, en su defecto, los que determine la ordenanza municipal tipo.

4. Los reservados deben tener una zona de vestuario y de descanso para las personas que

ejercen las actividades de naturaleza sexual. Esta zona no puede ser utilizada para otros fines, como la pernoctación o vivienda de estas personas.

5. En estos locales se debe garantizar a todas las personas usuarias la obtención de preservativos, debidamente homologados y con fecha de caducidad vigente, que se pueden entregar personalmente o mediante máquinas expendedoras. En el interior de los locales se fijará, en un lugar perfectamente visible para las personas usuarias, un rótulo advirtiendo que el uso de preservativo es la medida más eficaz para prevenir las enfermedades de transmisión sexual.

6. Está prohibida la entrada de menores de edad a este tipo de locales, y así se hará constar en rótulos o placas perfectamente visibles desde el exterior, con las dimensiones mínimas establecidas por el anexo IV. La persona titular del local o la persona o personas que designe para controlar el acceso son responsables de hacer cumplir esta prohibición y, por lo tanto, para permitir la entrada, pueden requerir la documentación oficial de identidad.

7. Las personas titulares de los establecimientos destinados a esta actividad deben cumplir con la normativa de protección de datos, y deben garantizar la confidencialidad de los datos de carácter personal de las personas que ejercen actividades de naturaleza sexual, así como de los clientes del local.

Los principales elementos de la regulación son: 1) Someter a licencia municipal la apertura de estos establecimientos públicos, habilitando las ordenanzas locales en la materia, así como la aprobación de una ordenanza tipo que se aplique con carácter supletorio; 2) Establecer algunas previsiones dirigidas a preservar la higiene y salubridad de los establecimientos, para proteger tanto a los usuarios como a las personas que ejerzan la prostitución; 3) Proteger intereses de terceros, como los menores o la colectividad en general, lo que se traduce en la posibilidad de limitar sus lugares de emplazamiento, la prohibición de acceso de menores, etc.

Este reglamento vino a reemplazar el anterior Decreto 217/2002, de 1 de agosto, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, que era mucho más prolijo. Por ejemplo, su art. 2 defi-

nía como “prestación de servicios de naturaleza sexual, la actividad ejercida de manera libre e independiente por el prestador o la prestadora del servicio con otras personas, a cambio de una contraprestación económica, y bajo su propia responsabilidad, sin que haya ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de la actividad, llevada a cabo en reservados anexos a las dependencias principales de determinados locales de pública concurrencia”. Y en su articulado establecía una batería de requisitos de funcionamiento mucho más extensa que el vigente art. 41 REPAR.

Ahora bien, la Disposición transitoria 1ª del Decreto de 2002 habilitaba asimismo a dictar una ordenanza tipo, que tendría carácter supletorio en aquéllos municipios que no aprobasen una normativa propia. En ejercicio de esa habilitación normativa se dictó la Orden PRE/335/2003, de 14 de junio, por la que se aprueba la ordenanza municipal tipo sobre los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, que es un texto mucho más prolijo mediante el que se logra una doble finalidad: dotar a todos los municipios de un marco jurídico lo suficientemente amplio como para controlar los aspectos esenciales de la actividad, sin necesidad de adoptar iniciativa normativa alguna; pero, al mismo tiempo, hacerlo con un instrumento flexible que les permite su modificación y adaptación a las circunstancias del municipio. No podemos exponer su contenido con la amplitud que merece, pero sí es oportuno destacar algunas de sus previsiones.

Por ejemplo (art. 2), se establece una distancia mínima de 150 m entre este tipo de establecimientos, que en ningún caso se podrán ubicar a menos de 200 m de centros docentes, o de locales de ocio destinados a menores de edad o que, por la naturaleza de su actividad, comporten la asistencia de menores de edad. Estas limitaciones encuentran encaje en la Directiva de Servicios y sus normas de trasposición en la medida que atienden a consideraciones de carácter urbanístico y a la protección de la infancia. También es significativo que se

prohiba realizar actuaciones tendentes a la captación de clientes en el exterior de los locales, así como la instalación de rótulos luminosos o similares explícitos de la actividad que se desarrolla en el establecimiento. En cuanto a los reservados anexos, han de reunir las siguientes características:

- a) La construcción que conforma los reservados tiene que cumplir la normativa general relativa a sobrecargas, estanqueidad, aislamientos térmicos y acústicos y de protección contra incendios que es de aplicación en la construcción de habitaciones de establecimientos hoteleros.
- b) Dimensiones de los reservados anexos y condiciones higienico-sanitarias:
 - b.1) La superficie mínima de los reservados anexos, para la habitación y el baño, será de seis (6) metros cuadrados.
 - b.2) La altura mínima será de doscientos cincuenta (250) centímetros.
 - b.3) Tanto los paramentos, como el equipamiento y el mobiliario deberán ser de limpieza y desinfección fácil.
 - b.4) El espacio destinado al baño debe ser independiente, de superficie no inferior a tres (3) metros cuadrados, con paredes embaldosadas hasta el techo, y dotado de lavabo, sanitario y de ducha o de bidé. Ha de estar dotado de agua sanitaria fría y caliente.
 - b.5) Tanto la habitación como el local de baño tendrán ventilación natural o forzada.
- c) Los anexos de los locales no podrán ser destinados a un uso diferente del autorizado.
- d) Los reservados regulados en este art. tienen que ser limpiados y desinfectados adecuadamente tras cada utilización. Esta limpieza y desinfección se debe hacer constar en una hoja visible a la entrada de la unidad.

Por otra parte, la ordenanza tipo excluye de su ámbito de aplicación la prostitución ejercida en domicilios particulares, algo que también establecía expresamente el Decreto de 2002 y que no recuerda ahora el art. 41 REPAR. No obstante, se debe entender plenamente vigente la imposición de que las actividades de naturaleza sexual se desarrollen en establecimientos abiertos al público que satisfagan los requisitos expuestos, considerándose clandestina (y aquí sí, expresamente prohibida), la prostitución ejercida en viviendas particulares “abiertas al público”; así lo confirma la STSJ Cataluña

246/2005, de 31 de marzo, que revalida una orden de cese de la actividad de naturaleza sexual en un chalet en el que el propietario tenía su residencia habitual, toda vez que en la publicidad difundida respecto a la prestación del servicio se “pone de manifiesto que se dirige al público en general y que en dicho chalet prestan sus servicios al menos once personas”.

Sorprende, por otra parte —y decepciona— que en toda esta legislación se establezcan pocas medidas protectoras de las personas que se prostituyen, tanto en lo relativo a las garantías de su libertad y dignidad, como en lo referente a la salubridad de la actividad que realizan, evitando que se vean expuestas a tratos vejatorios o al contagio de enfermedades.

Se trata, en definitiva, de una regulación todavía insuficiente. Pero al menos, demuestra la preocupación que para algunos actores ha merecido esta cuestión, y su implicación en comenzar a superar las graves carestías que padece nuestro Ordenamiento jurídico en relación con la regulación de la prostitución.

4. LA PROSTITUCIÓN EN LA VÍA PÚBLICA

Si la prostitución supone de suyo una situación límite, cuando la oferta, e incluso la prestación del servicio sexual, se realizan en la vía pública, los bienes jurídicos en presencia se tensionan más aun colocándose en una situación absolutamente extrema. Para atender esta problemática varios municipios han dictado ordenanzas que regulan e incluso prohíben el ejercicio de la prostitución en la vía pública, contemplando la imposición de sanciones administrativas en caso de incumplimiento. A mi juicio, si no se prohíbe directamente toda prostitución, debe prohibirse al menos el ejercicio de esta actividad en la vía pública, al igual que sucede con otras que resultan potencialmente nocivas para colectivos influenciados y merecedores de tutela: es cuando menos chocante

que los salones de juego impidan la visión de su interior desde la vía pública, o que se prohíba el autoconsumo de drogas en la vía pública, y que sin embargo la prostitución pueda ejercerse aparentemente en cualquier espacio público sin restricción de ninguna clase.

Los complicados aspectos competenciales que suscita esta ordenación, tanto en lo relativo a su titularidad municipal, como a la suficiencia de rango de las disposiciones, han sido solentemente tratados por la doctrina (Gracia, 2008: 99 ss.) y la jurisprudencia (SSTS de 18 y 25 de octubre de 2011, recursos 228/2010 y 281/2010 respectivamente), por lo que nos limitamos aquí a sintetizar los principales contenidos de estas disposiciones.

La normativa de referencia es sin lugar a dudas la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público, aprobada por el Pleno del Ayuntamiento de Barcelona el 23 de diciembre de 2005 (BOPB 20, anexo I, de 24 de enero de 2006). No obstante, existe una veintena de municipios que han aprobado disposiciones semejantes, como Esplugues de Llobregat, Martorell, Valencia o, más recientemente, Sevilla. Salvo en casos concretos en los que se establece una prohibición absoluta de ejercicio de la prostitución en espacios públicos (Esplugues y Martorell), la tónica común es diferenciar supuestos o espacios en los que no se prohíbe ni se sanciona la prostitución y otros en los que sí.

Con arreglo al art. 38 de la Ordenanza de Barcelona, con esta regulación se pretende preservar a los menores de la exhibición de prácticas de ofrecimiento o solicitud de servicios sexuales en la calle, mantener la convivencia y evitar problemas de vialidad en lugares de tránsito público y prevenir la explotación de determinados colectivos. El art. 39 establece las “normas de conducta”, que son esencialmente tres: 1) La prohibición genérica de ofrecer, solicitar, negociar o aceptar, directa o indirectamente, servicios sexuales retribuidos en el espacio público cuando estas prácticas exclu-

yan o limiten la compatibilidad de los diferentes usos del espacio público; 2) La prohibición específica del ofrecimiento, la solicitud, la negociación o la aceptación de servicios sexuales retribuidos en el espacio público, cuando estas conductas se lleven a cabo en espacios situados a menos de doscientos metros de distancia de centros docentes o educativos en los que se imparten enseñanzas del régimen general del sistema educativo; y 3) La prohibición, asimismo específica, de mantener relaciones sexuales mediante retribución por ellas en el espacio público. La aplicación de sanciones no es directa en caso de incumplimiento, pues la Ordenanza establece –art. 40– que, en primer lugar, se instará al infractor a deponer su actitud, y solo en el caso de que persista en ella se procederá a imponer la sanción correspondiente, que en el caso 1) sería por desobediencia a la autoridad, en el caso 2) se sancionaría con multa hasta 750 euros, y en el caso 3) con multa de 1.501 a 3.000 euros. Por lo demás, la Ordenanza incluye un precepto –el art. 41– que recoge toda una batería de medidas incardinables más bien en el apartado siguiente de este trabajo.

Más prolija en la descripción de las conductas infractoras es la Ordenanza para luchar contra la prostitución y la trata con fines de explotación sexual en la Ciudad de Sevilla, aprobada por el Pleno el 29 de abril de 2011 (BOPS 119, de 26 de mayo). Describe los tipos en dos preceptos distintos: el primero de ellos –art. 14– se incardina en un Capítulo cuya rúbrica es “Atentados contra la dignidad de las personas en situación de explotación sexual”, y prohíbe 1) Solicitar, negociar o aceptar, directa o indirectamente, servicios sexuales retribuidos en los espacios públicos; 2) Mantener relaciones sexuales mediante retribución por ellas en el espacio público; 3) Toda conducta que pueda considerarse como favorecedora o que promueva el consumo de prostitución u otras formas de explotación sexual (mencionándose expresamente la consistente en acercar a los clientes a donde se encuentran las personas en situación de prostitución, y cualquier otra que sirva para el acercamiento entre ambas partes).

El segundo –art. 17–, prohíbe en los espacios públicos la colocación, reparto, divulgación y/o difusión de publicidad que promueva, favorezca o fomente el consumo de prostitución y la explotación sexual de las mujeres, el mercado prostitucional y el turismo sexual. La sanción general oscila en la horquilla entre 750 y 1.500 euros, si bien la infracción será calificada como muy grave e imponerse una sanción entre 1.501 y 3.000 euros cuando las conductas se lleven a cabo —art. 15.2—: *a)* En espacios situados a menos de doscientos metros de distancia de centros docentes o educativos u otros espacios con afluencia de público infantil y/o juvenil; *b)* En lugares o alrededores de los mismos, al menos doscientos metros, con gran afluencia de público como puede ser cualquier acto público de naturaleza cultural, festiva, lúdica o deportiva, o de cualquier otra índole; y *c)* En lugares que impliquen una mayor vulnerabilidad para las personas en situación de prostitución y/o explotación sexual por su aislamiento, escasez de alumbrado, cercanía a vías de circulación de vehículos y espacios que impidan la huida. Ahora bien, las personas que ejerzan la prostitución quedan exentas de sanción (art. 14.4).

5. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS CONTRA LA PROSTITUCIÓN: PLANES DE INTERVENCIÓN Y SERVICIOS SOCIALES COMUNITARIOS

Para concluir, conviene referenciar la importancia que entraña otra dimensión del fenómeno de la prostitución: la necesidad de ofrecer servicios sociales que asistan a las personas implicadas en esta actividad y que requieran apoyo y orientación. Se trata, principalmente, de atender a las personas que se prostituyen, para verificar que efectivamente realizan esa actividad de manera libre y voluntaria, pero también, informándoles de alternativas o de prestaciones sociales que les permitan abandonar

la prostitución. Por otro lado, no se puede olvidar la adicción a la prostitución que llegan a presentar algunas personas, y así como existen medidas dirigidas a mitigar las ludopatías, el alcoholismo y otras patologías semejantes que causan grandes daños a quienes las padecen y a su entorno familiar, también la adicción a la prostitución merece programas específicos de asistencia que actúen como prevención y como remedio al problema. La insistencia en esta aproximación preventiva y reparadora al fenómeno de la prostitución mediante servicios sociales y programas específicos se enfatizó en el Informe de la Ponencia del Senado a que hicimos referencia más atrás, se recoge expresamente como recomendación en el Informe especial sobre la prostitución presentado al Parlamento de Andalucía por el Defensor del Pueblo Andaluz (2002, p.101), y también es común en la literatura del ramo (en las aportaciones de carácter jurídico, véase especialmente Villacampa, 2012: 333 ss.).

La adopción de estas medidas constituye primordialmente una competencia municipal, en virtud de lo dispuesto en el art. 25.2 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, que asigna a los municipios competencia en materia de Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social —letra e)—; y Protección de la salubridad pública —letra j)—. En cualquier caso, es creciente el protagonismo de las CCAA a través de sus servicios sociales y de sus organismos específicos de atención a la mujer.

También la Administración del Estado interviene en esta materia, cuyas actuaciones articula alrededor del Plan Integral contra la Trata de Mujeres y Niñas con Fines de Explotación Sexual de 2010 (a fecha de cierre de este trabajo se ha anunciado la aprobación del II Plan Integral, cuyo texto no hemos manejado), promovido por el Ministerio de Igualdad, pero cuyos despliegue implica también a otros departamentos ministeriales (Interior, Trabajo e Inmigración, Educación, Política Social y Deporte, Justicia, Asuntos Exteriores, Presi-

dencia, etc.). En este sentido, la Administración del Estado tiene un papel importantísimo que desempeñar en ejercicio de potestades de policía administrativa, en cuanto que un adecuado plan de inspección de locales puede ser decisivo para la prevención de la trata de seres humanos y su persecución criminal. Deberían establecerse planes rigurosos de inspección, coordinados con las policías locales, que contribuyan a erradicar los delitos de explotación sexual y corrupción de menores.

En cuanto a la dimensión de protección social, pueden consultarse a modo de ejemplo las medidas articuladas por el Ayuntamiento de Sevilla para la erradicación de la trata, la prostitución y otras formas de explotación sexual (accesibles en la URL <http://www.sevilla.org/ayuntamiento/areas/area-de-familia-asuntos-sociales-y-zonas-de-especial-actuacion/amujer/plan-integral-contra-la-prostitucion>), que se ha traducido en importantes resultados hasta el día de hoy, entre los que cabe destacar:

- La realización previa de un *Estudio sobre la trata, la prostitución y otras formas de explotación sexual en la ciudad de Sevilla*.
- La aprobación y puesta en marcha del I Plan de Acción Integral del para promover la erradicación de la trata, la prostitución y otras formas de explotación sexual 2010-2015.
- La aprobación de la *Ordenanza de 29 de abril de 2011 (BOPS 118, de 26 de mayo) para luchar contra la prostitución y la trata con fines de explotación sexual en la ciudad de Sevilla*.
- La elaboración y publicación de una *Guía informativa sobre derechos y recursos para mujeres en prostitución, que dispone de traducciones a Inglés, Ruso, Rumano y Portugués*.
- La aprobación de un *Programa marco de atención integral a víctimas en situación o riesgo de trata, prostitución y otras formas de explotación sexual*.

La sensación que se obtiene tras indagar un poco, es que la situación de los programas de protección social es muy desigual según las coordenadas geográficas y políticas, tal y como sucede con otras muchas líneas de intervención en materia de protección social, en las que se aprecian grandes diferencias de enfoque y

resultado según las prioridades que se establezcan en cada ámbito. Lo cual no se corresponde con la gravedad de este asunto y la necesidad de que haya una implicación efectiva en la protección de todos los intereses públicos que subyacen en el ejercicio de la prostitución.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ARZÚA ARRUGAETA, Agustín, 2000, "La Ordenanza del Municipio de Bilbao sobre establecimientos dedicados a la prostitución", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 56, pp. 335 ss.

GRACIA RETORTILLO, Ricard, 2008, "Convivencia ciudadana, prostitución y potestad sancionadora municipal. El caso de Barcelona", *Cuadernos de Derecho Local*, nº 17, pp. 99-133.

JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, 1963, *Abolicionismo y prostitución (justificación y defensa del Decreto-ley de 3 de marzo de 1956)*, Reus, Madrid, 1963.

LIDÓN CORBI, José María, 1982, "La reglamentación de la prostitución en España durante los siglos XIX y XX", *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, nº 69, pp. 409-493.

PEMÁN GAVÍN, Juan, 2007, "El debate sobre la legalización de la prostitución en España (a propósito del Informe de la Ponencia constituida al efecto en las Cortes Generales)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 136, pp. 685-726.

REY MARTÍNEZ, Fernando; MATA MARTÍN, Ricardo; y SERRANO ARGÜELLO, Noemí, 2004, *Prostitución y Derecho*, Aranzadi-Junta de Castilla y León, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

SERRA CRISTÓBAL, R. (Coord.), 2007, *Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

TOLÍVAR ALAS, Leopoldo, 1985, "Notas sobre la reglamentación, tolerancia y prohibición administrativa de la prostitución", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 63, 1989, pp. 365-393.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), 2008, *Prostitución: ¿hacia la legalización?*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Fecha de recepción: 7 de abril de 2015

Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2015

PROSTITUCIÓN DE MENORES E INCAPACES Y DERECHO PENAL: ALGUNAS
CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DE ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY ORGÁNICA
1/2015, DE 30 DE MARZO, DE REFORMA DE CÓDIGO PENAL

PROSTITUTION OF THE HANDICAPPED AND THE UNDERAGE IN THE CRIMINAL
LAW: SOME PROBLEMATIC ASPECTS BEFORE AND AFTER THE ORGANIC LAW
1/2015, MARCH, 30TH, PERTAINING TO THE REFORM OF THE CRIMINAL CODE

José Núñez Fernández

RESUMEN

El presente artículo analiza el delito que consiste en la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución del menor e incapaz así como en la solicitud, obtención o aceptación de una relación sexual con estos sujetos mediante remuneración o promesa. El objetivo del estudio es poner de relieve algunos problemas que suscita la regulación fruto de la LO 5/2010, de 22 de junio, y la prevista por la LO 1/2015, de 30 de marzo, vigente desde el 1 de julio de 2015. Ambas normativas atentan contra el principio de legalidad y proporcionalidad y no permiten identificar un objeto de protección digno de tutela en el vigente sistema constitucional.

PALABRAS CLAVE

Prostitución, Menores, Incapaces, Legalidad, Proporcionalidad, Libertad sexual.

ABSTRACT

This paper analyses the article of the Spanish Criminal Code according to which those who induce, promote, favor or facilitate the prostitution of a handicapped or an underage person or else solicit, obtain or accept a sexual relationship with these subjects in exchange of a remuneration or a promise, commit a criminal offence. The study is intended to reveal certain problems of the regulation derived from the Organic Law 5/2010, June 22nd, and the correspondent provisions comprehended in the Organic Law 1/2015, March 30th, in force since the first of July of 2015. Both legislations breach the principles of legality and proportionality. Moreover, they cover an interest that is not worth of protection within the Spanish constitutional framework.

KEY WORDS

Prostitution, Underage and handicapped persons, Legality, Proportionality, Sexual autonomy.

PROSTITUCIÓN DE MENORES E INCAPACES Y DERECHO PENAL: Algunas cuestiones problemáticas de antes y después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma de Código penal*

José Núñez Fernández**

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Sumario: 1. Introducción. 2. Problemas de legalidad penal: quiebra de la garantía penal. 3. La conducta típica del delito del art. 187.1 CP. A. Ampliación del ámbito punitivo más allá de la prostitución y quiebra del principio de proporcionalidad. B. La inducción, promoción, favorecimiento y facilitación de la prostitución de menores e incapaces. a) Interpretación de los distintos comportamientos típicos. b) Discrepancias en torno al momento consumativo del delito. C. Solicitar, aceptar u obtener a cambio de remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz. 4. El bien jurídico protegido. A. Algunas reflexiones sobre el objeto de protección del art. 187 CP. B. Disfunciones valorativas desde la perspectiva sistemática. 5. Conclusiones. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

La regulación vigente¹ de los delitos relativos a la prostitución, fruto de la reforma de LO 5/2010, de 22 de junio, se adscribe, en línea con las reformas precedentes en esta materia (las de LO 11/1999, de 30 de abril y de LO 11/2003, de 29 de septiembre —Lamarca Pé-

rez 2007:15—) y con la de LO 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de julio de 2015, a un sistema que la opinión doctrinal mayoritaria describe como abolicionista (Alonso Álamo 2007:8,12; Cugat Mauri 2011:672; Gavilán Rubio 2014:3). Ello significa que la prostitución no constituye delito desde la perspectiva de quien la ejerce sino que, en ese

* *El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación “Garantías penales en la creación, aplicación y ejecución del Derecho penal de la Unión Europea”, con referencia DER2012-32977, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.*

This article takes part of the research project “Criminal Safeguards in the enactment, enforcement and execution of the Criminal Law of the EU”, with reference DER2012-32977, financed by the Spanish Ministry of Economy and Competitiveness.

** Profesor ayudante doctor de Derecho penal. Acreditado como Profesor titular de Universidad.

sentido, resulta alegal u “oficialmente ignorada” (Alonso Álamo 2007:8). No obstante, se incriminan comportamientos de terceros en relación con esta actividad porque se entiende que implican un ejercicio no libre de la misma por parte del sujeto prostituido (Lamarca Pérez 2007:15; García Arán 1999:74; García Pérez 2001:1091).

Así, el Título VIII del Libro II del Código penal que lleva por rúbrica “*De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*” recoge en su Capítulo V los delitos relativos a la prostitución, entre otras figuras delictivas. Dentro de este capítulo, por un lado, y en atención a lo establecido en el actual² art. 187.1 CP, se castiga la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de menores (que son los que tienen menos de 18 años de edad) e incapaces así como la solicitud, aceptación u obtención de una relación sexual a cambio de una remuneración o promesa con los referidos sujetos. Por otro, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el actual³ art. 188.1 CP, también resulta punible la determinación mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, agravándose las penas si el sujeto pasivo es menor de edad o incapaz y más aun si tiene menos de trece años (art. 188.2 CP). En todos los casos se prevén penas más graves si los menores o los incapaces tienen menos de 13 años⁴. En definitiva, y de forma muy sintética (porque los referidos preceptos incluyen, además de cláusulas que regulan cuestiones concursales, otras agravaciones específicas aparte de las mencionadas a las que no se ha hecho mención en aras de la claridad expositiva y porque quedan fuera del alcance de este trabajo), se castiga a quien contribuye a la prostitución de otro en condiciones de ausencia de libertad, carencia esta que puede derivar, según la opinión dominante, de minoría de edad o discapacidad del sujeto pasivo (García Pérez 2001:1095), o bien de la naturaleza de los medios empleados para hacer que ejerza la prostitución o se mantenga

en ella (Suárez-Mira Rodríguez 2008:182; Lamarca Pérez 2012:200).

El presente artículo se ciñe, no obstante, al estudio de algunos aspectos del primero de los delitos mencionados, es decir, el que regula el actual art. 187.1 CP. La elección del tema de estudio responde a varias razones. En primer lugar, la extensión del presente trabajo obliga a acotar su objeto de análisis a fin de hacer posible una indagación suficientemente profunda del mismo. Además, el mencionado precepto suscita importantes y numerosos problemas. Inconvenientes que van desde la quiebra del principio de legalidad penal, hasta la del principio de proporcionalidad. Por otro lado, la existencia misma del precepto y los desajustes valorativos que este evidencia desde el punto de vista sistemático, dificultan la identificación de su objeto de protección como un interés digno de tutela penal en el modelo de Estado que define la Constitución. Se trata de plantear una serie de reflexiones sobre las cuestiones apuntadas que, a mi juicio, no han recibido la debida atención por parte de la Doctrina ni de la Jurisprudencia, o que se han resuelto de un modo que no me parece adecuado.

Asistimos además, por lo que se ha apuntado, a un momento de profundo cambio legislativo. La reforma del Código penal que introduce la citada LO 1/2015 es de gran calado y afecta, entre otras muchas cuestiones, a la regulación de la mayoría de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, entre los que se encuentra el delito relativo a la prostitución de menores e incapaces, sobre el que versa este trabajo. Es por ello que el análisis de este injusto se realiza en atención a la regulación vigente, que deriva de la LO 5/2010, de 22 de junio, y también en relación con la que está en vigor desde el 1 de julio de 2015, con la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo. En el contexto de dicha reforma, el delito estudiado pasa a regularse en el art. 188 CP.

Es importante destacar la necesidad del estudio de las dos regulaciones y no solo para entender la envergadura del cambio legislati-

vo. Y es que la normativa que deriva de la LO 5/2010, de 22 de junio, se seguirá aplicando a todos los hechos acaecidos antes del 1 de julio de 2015 en la medida en que la misma sea más favorable para el reo que la normativa posterior. En este sentido, esta regulación no forma parte de un derecho ni mucho menos “muerto” que pueda suscitar un mero interés histórico, más teniendo en cuenta el claro endurecimiento punitivo que caracteriza a la reforma de 2015 en la práctica totalidad de los aspectos que se ven afectados por ella, entre los que por supuesto se encuentra el delito analizado.

Por otro lado, cabe advertir ya desde este momento, que las modificaciones que introduce la reforma de 2015 no resuelven los inconvenientes que presenta la regulación vigente sino que en parte los agrava, como habrá ocasión de comprobar.

2. PROBLEMAS DE LEGALIDAD PENAL: QUIEBRA DE LA GARANTÍA PENAL

El tipo básico del art. 187.1 CP en la versión inicial del vigente Código penal aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre (Ref. BOE-A-1996-4943), establecía: “*El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses*”. El precepto se mantuvo invariable hasta la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio (Ref. BOE-A-2010-9953), en virtud de la cual pasó a tener el siguiente contenido: “*El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz será castigado con las penas de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz*”.

Antes de la reforma de 2010, el delito tenía prevista una pena acumulativa de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Tras este cambio legislativo, las penas, también acumulativas, pasan a ser *de uno a cinco años* y multa de doce a veinticuatro meses. Se advierte que el Legislador ha obviado toda referencia a la naturaleza de la primera de las penas con las que castiga esta infracción.

A esta omisión no se refieren ninguno de los trabajos consultados posteriores a la reforma de 2010 y concernientes al estudio de los delitos relativos a la prostitución. Sí da cuenta del mismo otra literatura centrada, con carácter general, en la mala praxis legislativa que suele acompañar a las reformas penales (Trapero Barreales 2011:1). Sin embargo la Doctrina, al analizar los delitos relativos a la prostitución después de 2010, bien omite cualquier referencia al respecto (Lamarca Pérez 2012:202, 203; Gavilán Rubio 2014:6; Cugat Mauri 2010:236 y 2011:680), o se limita, sin más, a afirmar que la naturaleza de la pena acumulativa a la de multa, prevista en el actual art. 187.1 CP, es de prisión (Cancio Meliá 2011:829 y 2015:936; Serrano Gómez y Serrano Maíllo 2011:245; Torres-Dulce Lifante 2010:704, García Valdés, Mestre Delgado y Figueroa Navarro 2011:87).

Es precisamente en el referido trabajo relativo a la escasa calidad técnica de las reformas penales, donde se dan razones para considerar que la pena en cuestión es de prisión. En este sentido se dice que “... *el mínimo sentido común nos lleva a entender... que el Legislador se refiere a la pena de prisión si atendemos a la interpretación histórica (esta era la pena prevista para el delito hasta la reforma de 2010) y si tenemos en cuenta también el sentido de la reforma expuesto expresamente en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, esto es, se pretende reforzar la protección de los menores de edad frente a atentados a su libertad e indemnidad sexuales*” (Trapero Barreales 2011:6, 7).

Me parece que aquí se confunde la escasa importancia atribuida a lo que puede estar de-

trás del error, que no será más que un olvido o despiste, con la gravedad del error mismo. Y es que estamos ante una clara y grave quiebra de la garantía penal derivada del principio de legalidad que no se puede obviar, por mucho que a algunos les parezca evidente que nos encontramos ante una simple distracción del Legislador, y que la pena a imponer, de acuerdo con un “*mínimo sentido común*”, es de prisión. Y no comprendo bien este planteamiento por parte de la Doctrina que se dedica precisamente, y además de forma tan rigurosa como acertada, a denunciar la mala praxis legislativa que acompaña a las reformas penales. Considero que el hartazgo que a muchos nos provoca la escasa calidad técnica, el carácter irreflexivo, improvisado y simbólico del devenir legislativo en el ámbito del Derecho penal sustantivo de las últimas décadas (Álvarez García 2014:12; Díez Ripollés 1999:285 y 286; Serrano Gómez 2010:3; Cancio Meliá 2011:7), no debe llevarnos a tratar de resolver, en sede doctrinal, lo que es competencia exclusiva del Legislador o a considerar baladí algo que sin duda no lo es: la indeterminación de la naturaleza de la pena prevista para castigar un delito.

En el actual art. 187.1 CP el Legislador ha omitido toda referencia a la naturaleza de la pena acumulativa a la de multa, limitándose sin más a fijar su extensión temporal, lo cual es a todas luces insuficiente a efectos de cumplir con las exigencias de legalidad *ex art.* 2.1 CP. Ello porque, de acuerdo con el art. 33.3 CP, el marco temporal que ha definido pueden tenerlo penas de muy diversa naturaleza (por ejemplo, las inhabilitaciones especiales o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, entre otras muchas). Así las cosas y en aplicación estricta del principio de legalidad y del principio *in dubio pro reo*, al sujeto considerado penalmente responsable del delito del actual art. 187.1 CP habría que imponerle como acumulativa a la de multa, la pena que se considerase menos gravosa de entre aquellas que pudieran tener una extensión de uno a cinco años.

La cuestión analizada no se ha quedado, sin más, en el olvido o en la indiferencia de la discusión doctrinal, sino que trasciende a la práctica jurisprudencial que no duda tampoco en obviar este despiste del Legislador que, insisto, solo el Legislador puede y debe corregir. En este sentido, cabe citar la STS 2251/2014, 13-5, que confirma la SAP de Cáceres 516/2103, 5-11, que condena con las penas de 3 años de prisión y multa de 18 meses al responsable de tres delitos de inducción a la prostitución del actual art. 187.1 CP, por hechos acaecidos en fechas posteriores a la entrada en vigor de la reforma de 2010. Al condenado se le impuso una pena que sencillamente no estaba prevista para castigar la infracción que cometió en el momento en que lo hizo. Quizá el sentido común pueda resolver muchos problemas, pero lo que bajo ningún concepto puede hacer es erigirse en fuente de Derecho penal para determinar nada menos que la naturaleza de la pena a imponer por la comisión de unos hechos constitutivos de delito. Desconozco el número de condenas de prisión confirmadas por el Tribunal Supremo en aplicación del actual art. 187.1 CP con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma de 2010 y no es el propósito del presente trabajo analizar esta cuestión, pero entiendo que el fallo mencionado es, cuando menos, un ejemplo de hasta dónde pueden llegar las consecuencias de las omisiones por olvido del Legislador. Y no se trata, desde luego, de una práctica jurisprudencial aislada, al menos en el ámbito de las Audiencias Provinciales (cfr. SSAP Madrid 557/2014, 5-9 y 573/2014, 9-7, Santa Cruz de Tenerife 163/2014, 27-3, entre otras).

El despiste del Legislador se está traduciendo, por tanto, en la imposición de penas de prisión no previstas en el precepto en virtud del cual se aplican, lo que conculca el mandato del art. 2.1 CP que se deriva del principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 CE. Y el Legislador ha pasado muchos años sin resolver esta omisión cuando es el único que puede hacerlo. Oportunidades para ello no le han faltado teniendo en cuenta que han transcurrido casi

cinco años desde que entró en vigor la reforma de 2010 y el Código penal se ha modificado en varias ocasiones desde entonces y hasta de la reforma de 2015 (v.g., por la LO 7/2012, de 27 de diciembre), sin que se haya aprovechado ninguna de ellas para enmendar este problema.

La solución, al fin, viene de la mano de la última reforma penal teniendo en cuenta que en la LO 1/2015, de 30 de marzo, se modifica el delito analizado estableciendo de manera expresa y como debe ser, la naturaleza y la extensión de las penas con las que el mismo se conmina (ver arts. 188.1 y 188.4 CP, redactados según la citada LO 1/2015⁵). Con todo, se trata de una solución que solo puede tener vocación de futuro en la medida en que las nuevas previsiones, mucho más duras que las que hoy están vigentes, solo se pueden aplicar a los hechos que acaezcan tras su entrada en vigor. El problema se sigue planteando, por tanto, respecto de todos los comportamientos cometidos durante la vigencia de la LO 5/2010, de 22 de junio, que tiene una duración de casi cinco años. A estas conductas se les debe seguir aplicando el art. 187.1, redactado según la referida ley de 2010.

En definitiva, considero que algunas actitudes o prácticas doctrinales y jurisprudenciales paradójicamente conducen a agravar, en cierto sentido, los desaciertos del Legislador. La escasa o nula importancia concedida al error analizado, o el dar a entender que el mismo no existe al afirmar que la pena a imponer es de prisión, no contribuyen a resolverlo sino a prolongar su existencia, y a que el mismo tenga inaceptables repercusiones en la práctica desde el punto de vista de la legalidad penal. Por las reglas que rigen en materia de la aplicación de la ley penal en el tiempo a las que se ha hecho referencia y teniendo en cuenta el modo en que los tribunales han aplicado el actual art. 187.1 CP, estas nefastas consecuencias se seguirán produciendo con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo.

3. LA CONDUCTA TÍPICA DEL DELITO DEL ART. 187.1 CP

A. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO PUNITIVO MÁS ALLÁ DE LA PROSTITUCIÓN Y QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Tras la reforma de 2010, se pueden identificar diferentes modalidades típicas en el actual art. 187.1 CP clasificables en dos grupos. El primero engloba a los comportamientos que giran en torno a la prostitución de menores e incapaces, y el segundo grupo de conductas, incorporado por la mencionada reforma, incluye las que se refieren al mantenimiento de relaciones sexuales a cambio de remuneración o promesa con un menor o un incapaz. La naturaleza de relación sexual es común a ambos grupos de conductas a efectos típicos, en el sentido de que la misma debe presentar la relevancia que se requiere para el resto de las infracciones del Título del Código penal en el que se ubica el delito analizado (STS 1016/2003, 2-7; Cugat Mauri 2011:676; Tamarit Sumalla 2000:85).

Con todo, y puesto que se refieren a fenómenos distintos, es importante diferenciar entre los dos grupos de conductas mencionados e interpretarlos de forma separada, por mucho que se regulen en un mismo precepto y estén conminados con las mismas penas e idénticos marcos penológicos. Una cosa es la prostitución, que por definición consiste en la práctica de relaciones sexuales a cambio de precio como actividad que se ejerce de forma más o menos permanente o habitual (Cancio Meliá 2015:938; García Pérez 2001:1098; Queralt Jiménez 2008:218; Alonso Pérez 2000:1; Orts Berenguer y Suárez-Mira Rodríguez 2001:209; Suárez-Mira Rodríguez 2008:182; Tamarit Sumalla 2000:87; Conde-Pumpido Tourón 1999:293; Jiménez Villarejo 2007:1446) y al menos tendencialmente promiscua (García Pérez 2001:1096) y otra, el mero intercambio o intento de intercambio puntual de relaciones

sexuales a cambio de precio (Quintero Olivares 2006:153; Queralt Jiménez 2008:218; García Albero 1999:157).

La prostitución implica una manera de practicar la propia sexualidad que trasciende a los distintos encuentros lúbricos que se puedan mantener a cambio de precio. Además, supone concebir la propia sexualidad como objeto de comercio o prestación de servicios (García Pérez 2001:1096; Zugaldía Espinar 2004:1270; Alonso Álamo 2007:12). Esta noción de la prostitución, como actividad que denota cierta habitualidad, permanencia y promiscuidad, viene por lo demás refrendada por la RAE que define el término como la *“actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero”*. Los términos “actividad” y “dedicación” respaldan, sin duda, la idea apuntada.

El Legislador de 2010 establece la diferencia entre los dos fenómenos aludidos cuando emplea el término “prostitución” para describir el primer grupo de comportamientos, que ya eran típicos antes de esa reforma, y prescinde del mismo para regular la nueva modalidad que incorpora; y ello a pesar de equiparar punitivamente los dos grupos de conductas lo que vulnera, por otro lado, el principio de proporcionalidad (Cancio Meliá 2015:939; Cugat Mauri 2010:238). Se puede pensar que la primera modalidad reviste mayor gravedad que la segunda: parece más grave inducir a un menor a la prostitución que, de forma puntual y casual, aceptar del mismo una relación sexual a cambio de precio sin que el intercambio lúbrico llegue a tener lugar (STS 510/2010, 21-5).

La reforma de 2010 no altera, por tanto, el concepto de prostitución que aparece en la descripción típica de la primera modalidad de conductas del actual art. 187.1 CP, sino que extiende la intervención penal al ámbito de fenómenos que no coinciden, al menos no exactamente, con la misma. Y con ello no se quiere decir que solo sea típica la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de menores o incapaces cuando a través

de estas conductas se consigue que la víctima, en efecto, se dedique a la prostitución de una forma más o menos habitual, permanente y promiscua. Basta con que tales comportamientos sean idóneos para determinarle a ello, o para perpetuar el ejercicio de dicha actividad si la víctima ya la ejercía (SSTS 1207/1999, 22-12, 484/2007, 29-5, 152/2008, 8-4, 510/2010, 21-5; Cancio Meliá 2015:939; Jiménez Villarejo 2007:1443). Pero es necesario que exista esa idoneidad en los comportamientos realizados a fin de que los mismos puedan encajar en la primera modalidad típica del precepto analizado. El concepto de prostitución, tal y como lo entiende la opinión mayoritaria, sigue siendo, por tanto, el referente desde el que se determina la tipicidad de estas conductas, sin que la reforma de 2010 lo altere.

Estos planteamientos no coinciden con los de algunos autores que, después del cambio legislativo de 2010 y en su virtud, han considerado que la habitualidad y la permanencia ya no son características definitorias de la prostitución a los efectos del actual art. 187.1 CP (Cugat Mauri 2011:677). De acuerdo con esta postura, al haberse criminalizado expresamente la mera solicitud, aceptación u obtención de relaciones sexuales con un menor o incapaz a cambio de precio, la prostitución, a efectos jurídico penales, ya no se concibe como una actividad que se deba realizar de manera más o menos permanente, habitual y promiscua (Cugat Mauri 2011:678). Personalmente discrepo de esta postura porque, como indiqué, la modalidad típica que incorpora la reforma de 2010 no se refiere a la prostitución de manera que no puede incidir en el concepto de la misma.

En consonancia el planteamiento descrito que no comparto, hay quienes defienden que la reforma de 2010 también ha servido para criminalizar de forma expresa la conducta del cliente como forma de inducción o favorecimiento de la prostitución de menores e incapaces (Cancio Meliá 2015:939; Lamarca Pérez 2012:202; Cugat Mauri 2010:238; Torres-Dulce Lifante 2010:704). Tampoco estoy de

acuerdo con esta exégesis por los motivos que seguidamente se exponen.

Mucho antes de la reforma de 2010 y sobre todo tras el Acuerdo de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de Pleno no Jurisdiccional de 12 de febrero de 1999, la conducta del cliente que pagaba por mantener relaciones sexuales con un menor o incapaz se castigaba como forma de inducción o favorecimiento de la prostitución si, en virtud de la reiteración de actos sexuales a cambio de precio y la temprana del edad del menor, ese comportamiento del cliente podía considerarse idóneo para que el menor se dedicase a la prostitución, o se mantuviese en la misma si ya la venía ejerciendo (entre otras muchas, cfr. SSTS 1207/1999, 22-12, 724/2000, 17-4, 1263/2006, 22-12, 152/2008, 8-4, 761/2008, 13-11). Incluso se ha llegado a condenar como autor de este delito al sujeto que solicitó una sola vez relaciones sexuales a una menor de 14 años a cambio de dinero, sin que los contactos íntimos, al oponerse la menor, llegaran a acaecer. Ello porque se consideró que la conducta en cuestión entrañaba el riesgo de que la menor, por su temprana edad, se acabara dedicando a la prostitución, y porque la petición no se produjo con ocasión de un encuentro casual (STS 510/2010, 21-5).

Teniendo en cuenta esta línea jurisprudencial, claramente dominante en los últimos quince años, antes de 2010 la conducta del cliente se podía castigar como inducción o favorecimiento de la prostitución cuando realmente resultaba idónea a tal fin, y considero que tras la reforma de 2010, comportamientos del cliente como los descritos, deben seguir castigándose del mismo modo, es decir, subsumiéndose en la primera modalidad típica que recoge el actual art. 187.1 CP, que ya existía antes de la reforma. Estas conductas no deben incardinarse en la nueva modalidad que reviste menos gravedad, pues no va referida a la prostitución, y está pensada para castigar comportamientos que, aunque giran en torno al mantenimiento de relaciones sexuales a cambio de dinero, no entrañan el riesgo de que

el menor o incapaz termine por dedicarse a la prostitución o se mantenga en ella, ya que ello no es requisito típico. Se trata simplemente de dar respuesta a la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la Unión Europea que exige a los Estados miembros la criminalización de la práctica de actividades sexuales con niños recurriendo al dinero u otras formas de remuneración o atenciones. Más allá de evitar la prostitución de menores e incapaces, lo que se pretende es adelantar aún más las barreras punitivas para impedir que medie precio en las relaciones sexuales que puedan mantener los menores o incapaces, ampliándose la intervención penal a fenómenos que, pese a guardar relación con la prostitución, no se identifican con ella. Ello, aunque por las circunstancias en que se desarrollen los hechos y por las características del menor, no exista riesgo de que el mismo termine por prostituirse, ni tal circunstancia sea abarcada por el dolo de quien solicita la relación sexual al menor a cambio de dinero. En definitiva, la nueva modalidad permite castigar conductas del cliente que antes de la reforma de 2010 resultaban atípicas porque no consistían en la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución del menor o incapaz. Las que sí tenían esta consideración eran típicas antes de la reforma, y lo son después bajo la misma modalidad de comportamiento que existía con anterioridad al cambio legislativo.

He de reconocer que la diferencia entre los dos fenómenos a los que alude la regulación del delito analizado a los que me vengo refiriendo, puede resultar difusa, difícil de identificar (García Albero 1999:161) y, por tanto, de aceptar. También se puede entender que esta diferenciación no está en la mente del Legislador cuando regula las dos modalidades en el seno del mismo párrafo de un mismo precepto y las conmina con las mismas penas. Igualmente se puede afirmar que esta distinción carece de relevancia práctica precisamente por la referida equiparación punitiva de las dos modalidades típicas del actual art. 187.1 CP. No obstante, estas objeciones tienen sentido

si se toma como referencia la regulación penal vigente del delito analizado, pero no si atendemos a las previsiones que al respecto alberga la LO 1/2015, de 30 de marzo.

En esta reforma de 2015 las dos modalidades típicas a las que me vengo refiriendo se castigan en dos apartados distintos y se conminan con penas diferentes. Así, la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de un menor de edad o “*persona con discapacidad necesitada de especial protección*” (la regulación proyectada ya no hace referencia al “incapaz”, sin más, como sujeto pasivo del delito), aparece prevista en el art. 188.1 CP, redactado según la LO 1/2015, de 30 de marzo, y se castiga con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Por su parte, el art. 188.4 CP, redactado según la LO 1/2015, de 30 de marzo, castiga al que solicite, acepte u obtenga, a cambio de remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, con una pena menos grave que la prevista para la modalidad anterior: prisión de uno a cuatro años.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, viene, por tanto, a respaldar la tesis aquí defendida. Así las cosas, no tendría sentido castigar por el nuevo 188.4 CP las conductas de clientes que constituyan formas de inducción o favorecimiento de la prostitución del menor o incapaz, sino que habrá que subsumirlas en el nuevo 188.1 CP, es decir, siguiendo, *mutatis mutandi*, la práctica jurisprudencial anterior a la reforma de 2010. El nuevo 188.4 CP quedará reservado para cualquier acto de solicitud, aceptación u obtención de sexo mediante remuneración o promesa con menores o discapacitados, aunque el mismo no sea si quiera idóneo para que estos se dediquen a la prostitución en el sentido antes apuntado, ni se realice con esa finalidad (Jiménez Villarejo 2007:1446). De este modo, las conductas del cliente se podrán castigar conforme a la gravedad que en efecto presenten, teniendo en cuenta las implicaciones de las mismas y el dolo del autor.

Se advierte, por otro lado, que la LO 1/2015, de 30 de marzo, reduce, al menos en parte, la falta de proporcionalidad presente en la regulación vigente al poner fin a la equiparación punitiva de las dos modalidades típicas que regula el actual art. 187.1 CP. Con todo, este problema de la normativa actual no deriva solo de la equiparación punitiva de las dos modalidades típicas a las que me vengo refiriendo, sino también del hecho de que las mismas abarcan conductas de muy distinta gravedad que se conminan, sin embargo, con las mismas penas, cuestión esta que no resuelve la LO 1/2015, de 30 de marzo, y sobre la que me detendré en el siguiente apartado.

B. LA INDUCCIÓN, PROMOCIÓN, FAVORECIMIENTO Y FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN DE MENORES E INCAPACES

a) Interpretación de los distintos comportamientos típicos

Siguiendo una técnica legislativa propia de la regulación de delitos como el de tráfico de drogas (Cugat Mauri 2011:681; García Pérez 2001:1109), en la primera parte del actual art. 187.1 CP se describen distintos comportamientos con los que se pretende tipificar, en términos de paridad punitiva, al menos desde la literalidad del precepto (Orts Berenguer y Suárez-Mira Rodríguez 2001:211; Tamarit Sumalla 2000:88), diferentes contribuciones a la prostitución de un menor o un incapaz, como son la inducción, la promoción, el favorecimiento o facilitación de la misma. En este contexto, el término inducción se entiende como instigar o persuadir a una persona, que no estaba resuelta a ello, a llevar a cabo la referida actividad. La promoción consiste en iniciar dicha empresa procurando su logro. El favorecimiento equivaldría a ayudar o apoyar y la facilitación a hacer fácil la prostitución del menor o incapaz (Jiménez Villarejo 2007:1446; Serrano Gómez y Serrano Maíllo 2011:246 y 247; Alonso Pérez 2000:187).

Es fácil advertir, por tanto, que los verbos típicos del actual art. 187.1 CP se refieren a formas de intervención en la prostitución del menor o incapaz de muy distinta entidad. Por un lado, la inducción y la promoción, que se perfilan como las contribuciones de mayor intensidad (Cancio Meliá 2015:939), se podrían equiparar, respectivamente, a formas asimiladas a la autoría de acuerdo con el art. 28 CP tales como la inducción y la cooperación necesaria. Ello sería así en el caso de la inducción por la referencia expresa a la misma del actual art. 187.1 CP. Por su parte, la promoción a la prostitución implicaría realizar un comportamiento sin el cual esta no hubiera acaecido (García Pérez 2001:1110 y 1111; Alonso Pérez 2000:187), por lo que se entiende que con ella se alude a supuestos de cooperación necesaria *ex art.* 28 b) CP.

El favorecimiento y la facilitación, consideradas intervenciones de menor intensidad (Cancio Meliá 2015:939), se entienden equiparables a supuestos de complicidad (García Pérez 2001:1110, 1111; Alonso Pérez 2000:187), definida esta, de acuerdo con el art. 29 CP, como la cooperación a la ejecución de un hecho con actos anteriores o simultáneos no asimilables a ni a la autoría, ni a la inducción, ni a la cooperación necesaria.

Como señala Tamarit Sumalla (Tamarit Sumalla 2000:89), es un lugar común en la Doctrina denunciar que la regulación descrita, al situar al mismo nivel punitivo lo que en puridad son formas de complicidad, cooperación necesaria e inducción, vulnera el principio de proporcionalidad y contradice el sistema general del Código penal vigente de punición de las formas de intervención en delito (Orts Berenguer y Suárez-Mira Rodríguez 2001:211, 212). Dicho sistema castiga con más pena a los inductores y a los cooperadores necesarios que a los cómplices en atención a la mayor relevancia de la aportación al hecho delictivo de los primeros (Melendo Pardos 2011:379).

Por otro lado, como han señalado algunos (Cugat Mauri 2011:681; Jiménez Villarejo

2007:1449), la amplitud típica del precepto analizado no permite que el delito que regula se cometa más que en calidad de autor. En efecto, de acuerdo con un concepto objetivo formal de autor (Melendo Pardos 2011:351, 352), solo puede atribuirse esa condición al que comete la conducta típica a través de la realización del verbo típico con el que se describe la misma. Así, el que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o incapaz comete el delito del actual art. 187.1 CP en calidad de autor, por mucho que su intervención resulte asimilable, en un plano material, a la de un inductor, un cooperador necesario o un cómplice.

Para solucionar estos problemas, algunos han propuesto una interpretación restrictiva del precepto, en virtud de la cual, solo debe responder como autor el que realice actos asimilables a la inducción o a la cooperación necesaria (Orts Berenguer y Suárez-Mira 2001: 211 y 212; Carmona Salgado 2002:197 y 198). De este modo, el que favorezca o facilite la prostitución del menor o incapaz solo se considerará autor si su intervención hizo posible el hecho y la misma supuso, en este sentido, un apoyo directo y relevante (Orts Berenguer y Suárez-Mira 2001:211, 212), y no una colaboración meramente subordinada y casual en el entramado de la prostitución (Cancio Meliá: 2015:939). Por su parte, el que favorezca o facilite la prostitución del menor o incapaz a través de tareas de cierta entidad pero de naturaleza auxiliar y, por tanto, no esencial a la misma, responderán como cómplices (Orts Berenguer y Suárez-Mira 2001:211 y 212). También se considera que las meras tareas secundarias, como la limpieza de habitaciones en las que se realiza la actividad, quedarían fuera del ámbito típico (Orts Berenguer y Suárez-Mira 2001:211, 212; Cuerda Arnau 1997:232; García Arán 1999:84). Otros autores, sin embargo, se han mostrado conformes con una exégesis literal del precepto en atención a la esfera recortada de sujetos pasivos que solo pueden ser menores de edad o incapaces (Morales Prats y García Albero 2005:281).

La interpretación restrictiva descrita ha tenido su reflejo en la Jurisprudencia. Así en el conocido como Caso Arny (STS 1743/1999, 9-12), se condenó como cómplices a los camareros que, de forma consciente, trabajaban en un local donde menores de edad ejercían la prostitución. Su función consistía en servir bebidas y alimentos a los clientes, cobrar por el uso de reservados, entregar las sábanas y suministrar preservativos. Se entendió, no obstante, que su aportación no era necesaria sino accesoria para las conductas de prostitución y, en consecuencia, se les castigó como cómplices.

La exégesis descrita llega a soluciones que sin duda resultan más acordes con el principio de proporcionalidad, pues permite ajustar la respuesta penal a la gravedad de la aportación del sujeto, y limitar la intervención punitiva a los hechos que verdaderamente resulten relevantes de cara a la prostitución de menores e incapaces. No obstante, se trata de un planteamiento no exento de inconvenientes.

Por un lado, no es respetuoso con el tenor literal del tipo penal que parte de la equiparación punitiva de contribuciones de distinta entidad que solo pueden realizarse en calidad de autor. En efecto, debe considerarse que el sujeto que facilita la prostitución del menor o incapaz, como el camarero en el Caso Arny, comete este delito como autor puesto que realiza de forma directa y por sí solo, una de las acciones con que se describe el comportamiento típico. Y se trata, además, de una acción que agota el contenido que puede presentar el comportamiento típico dado que estamos ante un tipo mixto alternativo.

Por otro lado, la interpretación restrictiva no solo es incoherente con el tenor literal del precepto, sino que llega a forzar el significado de los términos que el mismo utiliza para describir las posibles formas de ejecución. En este sentido, facilitar o favorecer nunca pueden ser, por definición, equivalentes a un acto de cooperación necesaria, porque favorece o facilita quien hace más fácil o quien ayuda a la realiza-

ción de un hecho, y no quien contribuye con algo de lo que depende dicha realización.

Todo ello genera, además, inseguridad jurídica pues los criterios que delimitan la autoría de la complicidad se definen, en estos casos, en términos valorativos por parte de quienes abogan por esta interpretación restrictiva. El significado de tales criterios se tendrá que determinar, por tanto, en cada caso concreto (Orts Berenguer y Suárez-Mira Rodríguez 2001:211, 212). Ello lo demuestra también la evolución jurisprudencial en la materia. En concreto, la calificación jurídica de la intervención de los camareros en el Caso Arny no resulta coherente con la Jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo realiza en materia de delitos de amplio espectro típico, como el del actual art. 187.1 CP o el de tráfico de drogas del art. 368 CP. Es de destacar, al respecto, la STS 850/2014, 26-11, que condena como autores a distintas personas por los dos delitos mencionados. Dicho fallo, en consonancia con otros anteriores también muy recientes (cfr. SSTS 383/2014, 16-5, 869/2012, 31-10), pone de manifiesto que es consecuencia necesaria de los amplios términos con los que aparecen redactados esta clase de delitos, el que la complicidad tenga un ámbito de aplicación muy reducido y excepcional, de manera que los que favorezcan o faciliten el hecho (la prostitución del menor) deben tener la consideración de autores en sentido estricto y no de cómplices. Solo una colaboración de muy escasa relevancia y de carácter muy ocasional por parte de individuos no relacionados directa ni personalmente con los hechos, podría encajar en la complicidad. Se habla, en este sentido, del “favorecedor del favorecedor”. De acuerdo con estos planteamientos, los camareros del Caso Arny serían hoy considerados autores pues su intervención en los hechos no fue, en modo alguno, ocasional, y su relación con los mismos fue directa y personal.

La amplitud típica de la que venimos hablando casa además con la intención del Legislador, a mi modo de ver injustificada (tratándose de supuestos donde no hay abuso ni

coacción por parte del sujeto activo), de expandir al máximo la intervención punitiva en relación con determinados fenómenos, como la prostitución de menores e incapaces, dada la vinculación que se dice que existe entre los mismos y circunstancias socio personales de los sujetos implicados, ligadas a la marginación, la enfermedad, y la pobreza (Zugaldía Espinar 2004:1270).

En conclusión, la interpretación restrictiva no respeta el tenor literal del precepto, genera inseguridad jurídica y resulta ajena a la voluntad, con toda seguridad equivocada pero evidente, del Legislador. A este respecto, es de destacar que desde el Código penal de 1822 (Gavilán Rubio 2014:2; García Pérez 2001:1092) hasta nuestros días, la ley penal ha empleado fórmulas abiertas en su descripción de los delitos relativos a la prostitución de menores e incapaces, incrementando progresivamente el espectro típico hasta llegar a abarcar incluso fenómenos no identificables con la prostitución, como ha sucedido con la reforma operada en 2010, y como sucede con la LO 1/2015, de 30 de marzo. En este sentido, la reforma de 2015 mantiene las dos modalidades típicas del actual art. 187.1 CP (ver, respectivamente los apartados 1 y 4 del art. 188 CP, redactados según la LO 1/2015, de 30 de marzo).

Con todo, no es mi intención manifestar mi conformidad ni con el contenido de la ley ni con la voluntad de quien la dicta. Estoy completamente de acuerdo con aquellos que entienden que la regulación actual es contraria al principio de proporcionalidad, pero considero que la solución al problema no pasa por crear complejos sistemas de interpretación que no respetan la letra de la ley, fuerzan el significado de algunos términos que la misma utiliza y generan inseguridad jurídica. Entiendo que estos planteamientos pueden contribuir a perpetuar los errores del Legislador quien, al comprobar cómo Doctrina y Jurisprudencia los resuelven, no se molesta en corregirlos sino incluso en agravarlos y perpetuarlos, como demuestra la reciente evolución legislativa.

Considero, por tanto, que la estrategia debe ser otra. Es preciso mostrar con crudeza los problemas a los que conduce la aplicación estricta y rigurosa de la ley, precisamente para que dichos problemas se puedan advertir con claridad y sin que se empañe su magnitud. Ello quizá tenga más visos de provocar cambios legislativos adecuados que idear, en sede doctrinal, criterios de aplicación no exentos de problemas que, más que interpretar la ley, la acaban casi trasformando, en un ejercicio de funciones que solo compete al Legislador.

En conclusión, no queda más que admitir que el actual art. 187.1 CP equipara punitivamente aportaciones a la prostitución del menor o incapaz de muy distinta entidad, y no deja espacio más que a la autoría como forma de intervención en el referido hecho. Frente a la vulneración del principio de proporcionalidad que ello provoca, lo único que se puede hacer es ajustar la pena a la gravedad de la intervención en el ámbito de la individualización de la misma, esto es, imponiendo la cantidad concreta de pena adecuada dentro del marco penal previsto para el autor del tipo delictivo.

Dicho esto, lo que me queda es recomendar un cambio legislativo profundo que termine con estos problemas, más que buscar remedio a una regulación que no lo tiene. Y es que resulta absurdo que la fórmula de tipificación abierta, que abarca tantas y tan desiguales maneras de intervenir en la prostitución del menor e incapaz, se utilice precisamente en un delito en el que no media coacción ni abuso respecto del sujeto activo. Y ello no tiene sentido si consideramos que el actual art. 188.1 CP, precepto que regula la prostitución coactiva o abusiva de otra persona que claramente ejerce la misma en contra de su voluntad o con una voluntad manifiestamente viciada, utilice una fórmula de tipificación mucho más precisa y restrictiva. Recordemos que el actual art. 188.1 CP castiga como autor solo al que determina a otro mediante coacción o abuso a ejercer la prostitución y a mantenerse en ella. Tendría mucho más sentido emplear fórmulas de tipificación abiertas en este contexto, que es don-

de verdaderamente se producen o se gestan las lacras asociadas a la prostitución como la pobreza, la marginación, la exclusión social o la drogadicción. Lacras contra las que también se pretende luchar adelantando barreas punitivas en el ámbito del comercio sexual. Por estos motivos, y por otros que más adelante explicaré, entiendo que habría que prescindir del actual art. 187.1 CP, que en la práctica jurisprudencial se aplica incorrectamente en situaciones donde se abusa de circunstancias que van mucho más allá del hecho de que medie precio por actividad sexual, y ampliar la formulación típica de la prostitución abusiva y coactiva que regula el actual 188.1 CP. Ello es algo que se advierte, en parte, en la LO 1/2015, de 30 de marzo, pero no del modo aquí planteado: en esta reforma se siguen empleando fórmulas abiertas para criminalizar la intervención en la prostitución de menores que han alcanzado la edad de consentimiento sexual, sin que medie coacción ni abuso, por mucho que dichas fórmulas se extiendan a supuestos de prostitución coactiva que tengan como víctimas a los referidos sujetos (ver art. 188.2 CP, redactado según la LO 1/2015, de 30 de marzo).

b) Discrepancias en torno al momento consumativo

La técnica legislativa presente en el actual art. 187.1 CP ha generado un gran debate doctrinal en torno a cuándo se debe entender consumado el delito. Al respecto, podemos diferenciar tres posturas.

Por un lado, hay quien entiende que el delito se consuma cuando se realiza el acto sexual en que se concreta la prostitución (Orts Berenguer y Suárez-Mira Rodríguez 2001:220; Tamarit Sumalla 2000:92). Por otro, algunos autores consideran que el delito se consuma sin necesidad de que acaezca contacto sexual alguno, ya que basta con que el sujeto realice el acto típico orientado a la prostitución del menor o incapaz (Gavilán Rubio 2014:3; Zugaldía Espinar 2004:1270; Torres-Dulce Infante 2010:705; Alonso Pérez 2000:187). Y, por

último hay quienes se limitan a exponer estas dos posibles interpretaciones sin decantarse por ninguna (Jiménez Villarejo 2007:1448), al menos no de una forma clara y explícita (Queralt Jiménez 2008:218; Serrano Gómez y Serrano Maíllo 2011:246, 247), o aceptando ambas (García Pérez 2001:1110, 1111).

En la Jurisprudencia, sin embargo, este debate no tiene lugar o, al menos, se puede decir que existe una corriente ampliamente mayoritaria que considera que el delito no requiere para su consumación el acaecimiento de contacto sexual alguno (cfr., entre otras, SSTS 510/2010, 21-5, 152/2008, 8-4, 724/2000, 17-4, 1207/1999, 22-12). Los tribunales se decantan, por tanto, por el segundo de los planteamientos doctrinales descritos y, en este sentido, entienden que estamos ante un delito de peligro abstracto (por todas, STS 24/2000, 17-4). La conducta es típica en cuanto entraña el peligro de conducir a la prostitución del menor o del incapaz (Zugaldía Espinar 2004:1270). Al hilo de este planteamiento, también se afirma que estamos ante un delito de resultado cortado (por todas, SSTS 510/2010, 21-5, 574/1995, 21-4) en el que la parte subjetiva (lo querido por el autor: conseguir que el menor se dedique a la prostitución), excede de la objetiva que se define por lo que el autor debe realizar a efectos de consumación (llevar a cabo un comportamiento idóneo para que el menor o incapaz se dedique a la prostitución). Si bien, al respecto, hay sentencias que matizan la exigencias desde el punto de vista subjetivo y consideran innecesario que el autor busque como meta directa de su acción que el menor o incapaz se dedique a la prostitución, sino que basta con que sea consciente de que la conducta que realiza entraña ese riesgo (cfr. SSTS 1135/1992, 20-5 y 574/1995, 21-4).

La cuestión, que parece estar resuelta en el ámbito jurisprudencial pero no en el doctrinal, es de suma trascendencia a la hora de determinar el objeto de protección de este delito y también para demostrar las disfunciones valorativas que el mismo incorpora a este respecto

desde una perspectiva sistemática, como habrá ocasión de comprobar.

C. SOLICITAR, ACEPTAR U OBTENER A CAMBIO DE REMUNERACIÓN O PROMESA, UNA RELACIÓN SEXUAL CON PERSONA MENOR DE EDAD O INCAPAZ

Por solicitar se entiende pretender, pedir o requerir. Aceptar significa recibir lo que se ofrece, y obtener quiere decir conseguir o lograr lo que se pretende. El objeto de la solicitud, aceptación u obtención es la relación sexual con menor o incapaz mediante remuneración o promesa (Gavilán Rubio 2014:4). La consumación de este delito tendrá lugar con la mera solicitud o aceptación de la relación sexual, sin que la misma tenga lugar, o con el acaecimiento del contacto lúbrico cuando estemos ante un supuesto de obtención.

La equiparación punitiva de conductas de distinta gravedad, presente en la regulación de esta segunda modalidad típica que recoge el actual art. 187.1 CP, vulnera el principio de proporcionalidad (Cancio Meliá 2015:939). A nadie se le escapa que tiene menos entidad aceptar, sin más, una propuesta de relación sexual de un menor o incapaz a cambio de remuneración o promesa, sin que el contacto lúbrico tenga lugar, que obtener una relación sexual con los mencionados sujetos a cambio de precio. A este respecto, el Legislador deja poco espacio a la posible intervención de la Doctrina mediante la creación de un sistema de interpretación capaz de reducir la envergadura de la quiebra del principio de proporcionalidad. Por su parte, la LO 1/2015, de 30 de marzo, como ya se apuntó, se limita a modificar las penas previstas para esta modalidad típica respecto de las que prevé la vigente regulación, pero mantiene su formulación y la equiparación punitiva de las conductas que abarca (ver

art. 188.4 CP, redactado según la LO 1/2015, de 30 de marzo).

La Decisión Marco 2004/68/JAI, antes mencionada, a la que obedece este precepto, no sirve de pretexto para justificar la indebida equiparación punitiva de las conductas abarcadas por el mismo, pues tal equiparación no constituye una exigencia de la referida Decisión (Cugat Mauri 2010:238). Una vez más, el Legislador español se excede en el cumplimiento de los compromisos adquiridos en la UE a fin de incrementar el rigor punitivo.

4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

A. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL ART. 187. CP

Como ya se apuntó, el actual art. 187.1 CP gira en torno a la prostitución del menor de 18 años o incapaz o al mantenimiento, o intento de mantenimiento, de relaciones sexuales con estos sujetos a cambio de remuneración o promesa. La intervención del sujeto activo en este delito se debe realizar sin coaccionar o abusar en modo alguno del menor o del incapaz, pues de lo contrario entramos en el ámbito típico del actual art. 188.1 CP, del que los menores de edad e incapaces también pueden ser sujetos pasivos.

La decisión del menor o del incapaz de prostituirse o mantener una relación sexual a cambio de precio ha de ser, por tanto, “voluntaria”, en el sentido de no responder al abuso o coacción del sujeto activo. Esta exigencia típica que el delito analizado comparte con otras infracciones contra la libertad e indemnidad sexual, como los abusos sexuales cometidos con personas menores de una determinada edad (art. 183.1 CP), ha generado, desde hace mucho tiempo, un profundo debate en la Doctrina y en la Jurisprudencia sobre la identidad del objeto de protección de esta clase de injustos (entre otros muchos, Díez Ripollés 1981:214

y 1999:215; Carmona Salgado 1981:21; González Rus 1982:221; Conde-Pumpido 1999:293; García Albero 1999:202; Tamarit Sumalla 2000:64; Orts Berenguer y Suárez-Mira 2001:210; Núñez Fernández 2010:193). No resulta posible abarcar la discusión en toda su dimensión en el ámbito del presente artículo, y es por ello que voy a centrar mi análisis en un aspecto concreto del debate en torno al bien jurídico protegido por el actual art. 187.1 CP.

En este sentido, parece que hoy día se impone, aun con excepciones (entre otros, Cugat Mauri 2011:670; Orts Berenguer y Suárez-Mira 2001:210) la tesis que apunta a la libertad sexual o al proceso de formación de la voluntad en el ámbito sexual, como bien jurídico principalmente afectado por este delito (Tamarit Sumalla 2000:67, 68; García Pérez 2001:1094; Zugaldía Espinar 2004:1270, García Albero 1999:202; Jiménez Villarejo 2007:1445; Serrano Gómez y Serrano Maíllo 2011:246; Torres-Dulce Lifante 2010:704; Bonorat Tormo 1996:59; López Garrido y García Arán 1996:112). Ello porque se entiende que ni el menor, ni el incapaz, pueden tomar una decisión libre, en lo que respecta al mantenimiento de relaciones sexuales, si el precio o el dinero se presentan como condición de las mismas (García Pérez 2001:1095). Tal es el poder distorsionante que se atribuye al precio. Este factor coloca al sujeto que lo ofrece en una situación de superioridad respecto del sujeto menor o incapaz que recibe la oferta y que, en consecuencia, ya no va a ser capaz de decidir libremente sobre la misma (García Pérez 2001:1095). Esa es la razón por la cual el consentimiento del menor y del incapaz se presume, en todo caso, inválido (García Arán 1999:82).

Desde esta perspectiva, la afectación de la libertad sexual se puede producir de dos maneras. A través de su puesta en peligro (Zugaldía Espinar 2004:1271), cuando el contacto sexual no se exige a efectos de consumación y lo que se compromete es el proceso de formación de voluntad relativo al ejercicio de sexual-

lidad; o a través de su lesión, cuando el delito requiere para su consumación el acacimiento de contacto sexual, como pasa con alguna de las conductas que se tipifican tras la reforma del 2010, como la obtención de una relación sexual con un menor o incapaz a cambio de remuneración o promesa. En este caso, la libertad sexual sí se entiende lesionada al haber participado el sujeto pasivo en un intercambio lúbrico sin un consentimiento válido.

En atención a los planteamientos expuestos expongo las siguientes reflexiones.

Entiendo que los que defienden la tesis descrita deberían, y no lo hacen, abogar por la eliminación del delito recogido en el actual art. 187.1 CP, o al menos denunciar su inutilidad. Dado que el mismo entraña *per se* el abuso de una relación de superioridad por parte del sujeto activo, por la sola presencia del precio como causa de la relación sexual, en realidad consiste en una contribución abusiva a la prostitución o al intercambio de sexo por dinero, que debería formar parte del actual art. 188.1 CP.

Considero, por otro lado, que la tesis expuesta se refiere a la libertad sexual en un sentido negativo estático, como derecho del sujeto a no verse involucrado en un contexto sexual sin que medie su consentimiento válido (Carmona Salgado 1981:44, González Rus 1982:258). Pues bien, los menores y los incapaces gozan de esta libertad de la misma manera que los adultos dado que pueden ser sujetos pasivos de agresiones sexuales y del delito de prostitución coactiva o abusiva del actual art. 188 CP. Su negativa u objeción a mantener el contacto sexual de que se trate, repercute en el plano jurídico (Núñez Fernández 2012:205). Esto, llevado al ámbito que nos ocupa, quiere decir que el precio, como causa de la relación sexual, no elimina la capacidad de decidir del menor o incapaz sobre la misma, pues si la respuesta del menor es negativa esta tendrá trascendencia jurídica (Orts Berenguer y Suárez-Mira 2001:210; García Arán 1999:82). El poder distorsionante del precio solo elimina la vali-

dez jurídica de la aceptación del menor o del incapaz de la propuesta sexual, pero no el rechazo de la misma.

Nos adentramos pues en la dimensión positiva dinámica de la libertad sexual (Carmona Salgado 1981:45; González Rus 1982:258), que se define como el derecho que todos tenemos a mantener relaciones sexuales cómo y con quién nos plazca, siempre que respetemos ciertos límites determinados por el consentimiento ajeno y la edad de quien lo presta —que tiene que tener más de trece años de acuerdo con la regulación penal hoy vigente y al menos dieciséis conforme a la LO1/2015, de 30 de marzo—. La anuencia del que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual se presume siempre inválida.

A día de hoy, al mayor de 13 años, pero menor de 18, y al incapaz se les reconoce la libertad sexual en sus dos vertientes casi en los mismos términos que a un adulto (Núñez Fernández 2012:205). Por lo que respecta al incapaz, se castiga a quien mantiene relaciones sexuales con el mismo si abusa de su trastorno mental (art. 181.2 CP), de modo similar a como se castiga a quien mantiene relaciones sexuales con un adulto capaz de cuya situación de inferioridad se abuse (art. 181.3 CP). Es decir, que la prohibición nace de algo, en cierto modo, ajeno a la condición o situación del sujeto pasivo, como es el abuso que ha de hacerse de tales circunstancias.

En lo que se refiere a mayores de 13 años pero menores de 18, por un lado, se protege con más intensidad a los que tienen entre 14 y 16 años, cuando la relación sexual se mantiene por engaño (art. 182 CP), respecto de lo que sucede con los mayores de 16 y los adultos que no son destinatarios de esta tutela. Por otro lado, y también a diferencia de lo que sucede con los adultos, la decisión del mayor de 13 y menor de 18 años de mantener un contacto lúbrico se presume siempre inválida cuando encuentra su causa en el precio, por mor del actual art. 187.1 CP analizado. Teniendo en cuenta todo lo dicho hasta ahora, negar la exis-

tencia de libertad sexual positiva de los que tienen más de 13 pero menos de 18 años de edad de forma tan absoluta, solo porque el precio aparezca como causa del contacto sexual o de la decisión de mantenerlo, me resulta, de alguna manera, artificial y equivocado.

No creo que detrás de esta decisión del Legislador esté el afán por proteger la libertad sexual del menor. Y de hecho, ninguna de las sentencias analizadas aplica el actual art. 187.1 CP en casos en los que el precio aparece como único factor potencialmente distorsionante de la libertad sexual del menor de edad o incapaz. En todas las ocasiones, la situación de inferioridad del menor derivaba de factores que no solo tenían que ver con su edad: menores drogadictos (STS 850/2014, 26-11), menores en clara situación de exclusión social que habían huido de un centro de protección (SSTS 2251/2014, 13-5, 152/2008, 8-4, 761/2008, 13-11), menores sin recursos económicos, culturales ni educativos (STS 1743/1999, 9-12), menores extranjeros desarraigados (SSTS 510/2010, de 21-5 y 850/2014, 26-11), etc. Se trataba, además, de circunstancias conocidas por los infractores. De hecho, como decía más arriba, la aplicación del actual art. 187.1 CP resulta a todas luces incorrecta en estos casos, cuando es evidente que los sujetos condenados estaban abusando de una situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima distinta de su minoría de edad, para que la misma se prostituyera, por lo que deberían haber sido condenados por el actual art. 188 CP en su versión agravada. El trato punitivo que se les dio fue injustificadamente privilegiado⁶.

A la vista de estos fallos jurisprudenciales y de los planteamientos antes descritos, creo que el delito que regula el actual art. 187.1 CP debe desaparecer de nuestro ordenamiento ya que tiene una razón de ser meramente simbólica, de alta carga moralizante, y existe como expresión de rechazo a un determinado modo de practicar la sexualidad. Un rechazo a la prostitución *per se*, de la que se quiere alejar a toda costa a los menores e incapaces para que tengan “*un adecuado proceso de formalización*

y socialización” (Orts Berenguer y Suárez-Mira 2001:210).

En este sentido, se ha dicho que el delito compromete la dignidad del menor y del incapaz, concebida en último término como integridad moral, que se identifica con la consideración que toda persona merece por el hecho de serlo (Alonso Álamo 2007:12). Ello porque la conducta típica crea un riesgo de que estos sujetos hagan de su cuerpo, y con él de su persona, un objeto de intercambio comercial (Zugaldía Espinar 2004:1270). Los que fomenten semejante resultado, si quiera a partir de prácticas que solo entrañen un peligro abstracto de conseguirlo, de lograr que el menor ejerza de esa manera su sexualidad, merecen el reproche penal que prevé el actual art. 187.1 CP (García Pérez 2001:1095). Pero es que a la vista de la Jurisprudencia analizada, tal riesgo no existe cuando verdaderamente no hay abuso ni coacción, cuando solo es el precio el que se hace presente como factor de distorsión, y el menor ha alcanzado la edad de consentimiento sexual. Por otro lado, entiendo que la alusión a la dignidad como objeto de protección en los términos aludidos, parece que se formula desde una consideración moralizante del asunto analizado y sugiere una negación de la dignidad de los adultos que ejercen libremente la prostitución y, en efecto, hacen de su cuerpo un objeto de intercambio comercial. Ello, además, resulta incoherente con la orientación abolicionista que mayoritariamente se atribuye al sistema penal en lo que respecta al fenómeno de la prostitución, y que es también es reconocida por algunos de los que defienden estos planteamientos (Alonso Álamo 2007:3).

Entiendo que la libertad sexual y la dignidad humana, tal y como se ha definido, se comprometen cuando la decisión de prostituirse o de mantener relaciones sexuales a cambio de precio se obtiene mediante coacción o abuso en los términos que describe el art. actual 188.1 CP. Es por ello que, para conjurar los riesgos que tanto preocupan, hubiera bastado con ampliar el ámbito típico de este precepto y convertirlo en un tipo abierto al estilo

del actual art. 187.1 CP y del delito de tráfico de drogas. Para evitar la quiebra de proporcionalidad que tales formulaciones típicas pueden presentar, habría que conminar las conductas con marcos penales amplios que permitan ajustar la respuesta penal a la gravedad concreta del comportamiento en el ámbito de la individualización de la pena. La ampliación del ámbito típico del actual art. 188 CP pasaría también por presumir la existencia de abuso cuando los sujetos pasivos tuviesen menos de determinada edad, concretamente la que se fije para determinar la validez del consentimiento en el ámbito sexual, o padeciesen un determinado grado de discapacidad.

Esta propuesta se recoge, en parte, en la LO1/2015, de 30 de marzo (ver art. 188.2 CP, redactado según la referida ley), pero no del modo aquí planteado pues, como ya se dijo, sigue criminalizando mediante fórmulas abiertas la intervención, no abusiva ni coactiva, en la prostitución de un menor que ha alcanzado la edad de consentimiento sexual.

B. DISFUNCIONES VALORATIVAS DESDE LA PERSPECTIVA SISTEMÁTICA

El hecho de que el actual art. 187.1 CP no tenga un objeto de protección claro, o al menos, digno de protección en nuestro sistema constitucional, también se advierte desde una perspectiva sistemática. Cuando comparamos las penas de este delito con las previstas para otras infracciones contra la libertad e indemnidad sexual, aparecen disfunciones valorativas difíciles de explicar (siempre que consideremos, como hace la Doctrina y la Jurisprudencia, que el vigente art. 187.1 CP está castigado con penas de prisión de uno a 5 años y multa de doce a veinticuatro meses, pese a que ello no esté recogido en el precepto). Algo que resulta aún más evidente tras la reforma de 2010 y la ampliación del ámbito típico del actual art. 187.1 CP, que la misma trajo consigo.

Se pueden poner algunos ejemplos para argumentar esta idea. Hoy día, se castiga con menos pena practicar una felación a un menor de 17 años que se encuentre privado de sentido, que aceptar una propuesta de relación sexual por su parte a cambio de dinero, sin que el contacto sexual llegue a tener lugar. El primer comportamiento, claramente lesivo de la libertad sexual de la víctima, involucrada en un intercambio sexual sin su consentimiento, es constitutivo de un delito de abuso sexual (ver arts. 181.1 y 181.2 CP), y se castiga con pena alternativa de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses (es decir, que puede castigarse solo con una pena de multa). El segundo comportamiento, que a mi modo de ver no entraña si quiera riesgo de lesión de un bien jurídico digno de protección, se conmina con penas acumulativas de prisión de uno a cinco años y de multa de doce a veinticuatro meses.

Esta disfunción valorativa se hace más evidente todavía si tomamos en consideración el acto consistente en obligar mediante violencia a una persona de 17 años a que masturbe a otra. Comportamiento este constitutivo de una agresión sexual del art. 178 CP, y castigado con pena de prisión de uno a cinco años, pena menos grave que la del actual art. 187.1 CP que añade a dicha pena privativa de libertad, otra de multa.

Si el Legislador quiere proteger la libertad sexual del menor de edad a través del actual art. 187.1 CP, que en muchos casos no requiere ni la presencia de contacto sexual, ni implica si quiera riesgo para ese bien jurídico, no puede castigar el delito que regula este precepto con penas más graves que otros que claramente y gravemente lo lesionan. Es evidente que este precepto protege intereses que nada tienen que ver con la libre autodeterminación sexual, como se ha apuntado más arriba. Intereses que además se ponen por encima de esa vertiente de la libertad, como así demuestran las disfunciones valorativas expuestas.

Las incoherencias descritas no se resuelven en la LO 1/2015, de 30 de marzo, 2015 que repite en esencia el esquema punitivo vigente para los delitos relativos a la prostitución agravando las penas con las que castiga los mismos. Esta agravación del castigo se hace con el fin de armonizar las legislaciones europeas, tal y como de manera expresa se afirma en el Preámbulo de la referida LO 1/2015, en consonancia con lo establecido en la Directiva 2011/93/UE. Con todo, el legislador español, va, como de costumbre, más allá de los mínimos exigidos por esta directiva.

Así y como ya se apuntó, las penas previstas para el tipo básico de inducción, promoción, favorecimiento o facilitación a la prostitución del menor o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, son de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses (ver art. 188.1 CP, redactado según la LO 1/2015, de 30 de marzo). En consecuencia, las disfunciones valorativas que este delito puede plantear serían las mismas que suscita la regulación vigente. Por su parte, la solicitud, aceptación u obtención de una relación sexual con los referidos sujetos mediante remuneración o promesa, pasa a castigarse con la pena de uno a cuatro años de prisión (ver art. 188.4 CP, redactado según la LO 1/2015, de 30 de marzo). A este respecto, las incoherencias sistemáticas siguen presentes en lo que respecta a los abusos sexuales, pero se reducen en relación con las agresiones sexuales.

En cualquier caso, es importante destacar que la LO 1/2015, de 30 de marzo, eleva, como ya se apuntó, la edad de consentimiento a los 16 años. Este cambio obedece según se afirma en el Preámbulo de la citada ley al hecho de que la edad de consentimiento sexual en España era una de las más bajas de la Unión Europea, razón por la cual y siempre según el Legislador de 2015, *“el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la*

*protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil*⁶. A este respecto, solo tengo que decir que ni en la *Convención sobre los Derechos de la infancia*, ni en la *Convención sobre los Derechos del niño* en la que se regula la creación, funcionamiento y competencias del referido Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, existe una sola referencia tácita o expresa a la edad adecuada de consentimiento sexual (Núñez Fernández 2012:210). Pero más allá de lo conveniente o inconveniente de la elevación de la edad de consentimiento sexual a los 16 años, la reforma de 2015 agrava las penas de los delitos analizados cuando la víctima es menor de dicha edad, que pasan a ser de prisión de cuatro a ocho años y multa de 12 a veinticuatro meses para la primera modalidad de conductas (ver art. 188.1 CP, redactado según la LO 1/2015, de 30 de marzo), y de dos a seis años de prisión para la segunda (ver art. 188.1 CP, redactado según la LO 1/2015, de 30 de marzo). Ello generará nuevas y muy graves disfunciones valorativas desde un punto de vista sistemático (Dopico Gómez-Aller 2014:128), si comparamos estos marcos penales con los de otros delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, e incluso con otros que atentan contra bienes tan importantes como la integridad física: conforme a la citada LO 1/2015 sale más “barato” amputar un dedo a un menor de 16 años que facilitar su prostitución, sin que medie coacción ni abuso, y aunque nunca llegue a producirse un acto sexual a cambio de dinero⁷. A la vista de este dislate, sobran las palabras.

5. CONCLUSIONES

La regulación del delito de prostitución de menores e incapaces del art. 187.1 CP, fruto de la LO 1/2010, de 22 de junio, plantea muchos

y graves problemas. El precepto no determina la naturaleza de una de las penas acumulativas con las que castiga la conducta típica, lo que supone una quiebra de la garantía penal derivada del principio de legalidad. Por otro lado, este artículo vulnera el principio de proporcionalidad pues alberga diferentes conductas de muy distinta gravedad, que conmina, sin embargo, con las mismas penas. Asimismo, es difícil, cuando no imposible, encontrar un objeto de tutela del precepto analizado que resulte digno de protección en el vigente sistema constitucional. Se entiende que este artículo da cabida a intereses moralizantes, lo cual se hace aún más evidente si tenemos en cuenta las disfunciones valorativas que el mismo suscita desde una perspectiva sistemática.

La solución a estos problemas no la ofrece ni Doctrina ni la Jurisprudencia analizadas que, en ocasiones, no hacen sino perpetuar con sus propuestas tales inconvenientes. Tampoco la LO 1/2015, de 30 de marzo, procura una respuesta adecuada, puesto que reproduce en esencia el esquema vigente introduciendo cambios que básicamente consisten en la elevación de las penas. El incremento punitivo que, según el Legislador de 2015, obedece a la necesidad de cumplir con los compromisos asumidos en la Unión Europea y en otros contextos internacionales, agrava algunas de las contradicciones de la regulación que viene a suplantar.

Desde aquí se propone como solución descriminalizar las conductas no abusivas ni coactivas relacionadas con la prostitución que afecten a menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual y ampliar el ámbito típico de las intervenciones coactivas o abusivas en la prostitución cualesquiera que sean los sujetos pasivos. Con ello se podría resolver parte de los problemas planteados y otorgar suficiente protección a los menores e incapaces en el ámbito de la prostitución y de fenómenos análogos.

NOTAS

1. En el presente artículo los términos “regulación vigente” van referidos a la normativa vigente en el momento en que dicho artículo está siendo escrito, es decir, el 18 de mayo de 2015, fecha en la que sigue en vigor la LO 5/2010, de 22 junio.
2. En el presente artículo se habla del “actual art. 187 CP” para hacer referencia al precepto que está en vigor en el momento en que se escribe dicho artículo, en sentido idéntico al apuntado en la nota al pie anterior.
3. Sobre el sentido que cabe dar, en el presente artículo, al término “actual art. 188.1 CP”, me remito a lo indicado en las dos notas a pie anteriores.
4. Con la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, esta agravación tiene lugar cuando la víctima es menor de 16 años puesto que el cambio legislativo ha elevado a los 16 años la edad de consentimiento sexual (ver art. 188 CP, redactado según la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo).
5. El art. 188.1 CP, redactado según la LO 1/2015, de 30 de marzo, castiga al que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Si la víctima fuese menor de dieciséis años, las penas son de prisión de cuatro a ocho años y de multa de doce a veinticuatro meses. Por su parte, el art. 188.4 CP, redactado según la citada LO 1/2015, castiga al que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección, con las penas de prisión de uno a cuatro años. Si el menor no hubiera cumplido la edad de 16 años, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión.
6. Este error, detectado en la Jurisprudencia, se traslada al texto de la ley en el ámbito de la LO 1/2015, de 30 de marzo, (ver art. 188.1 CP, redactado según dicha ley) que se refiere a la “*persona con discapacidad necesitada de especial protección*” como sujeto pasivo del delito de inducción, promoción, favorecimiento y facilitación, no coactiva ni abusiva, de la prostitución. ¿Cómo se puede inducir a la prostitución a una “*persona con discapacidad necesitada de especial protección*”, siendo consciente de esta circunstancia (no olvidemos que nos encontramos ante un delito doloso), sin que ello implique una intervención abusiva por parte del inductor?
7. Masturbar a un sujeto de 15 años, sin que medie violencia ni intimidación, ni abuso de ninguna índole, se castiga con una pena de prisión de 2 a 6 años (ver art. 183.1 CP, redactado según la LO 1/2015, de 30 de marzo), es decir, con la misma pena que se prevé para la mera aceptación de una relación sexual mediante precio con el mismo, y a su iniciativa, sin que el contacto lúbrico suceda (ver art. 188.4 CP, redactado según la LO 1/2015, de 30 de marzo). Si la conducta consiste en facilitar la prostitución del menor de esa edad, sin que se lleguen a producir actos lúbricos, la pena es de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses (ver art. 188.1 CP, redactado según la LO 1/2015, de 30 de marzo). Esta pena supera la prevista para castigar las lesiones que causan la pérdida e inutilidad de un miembro u órgano no principal (por ejemplo, la amputación de un dedo), o la deformidad, que se castigan con penas de prisión de tres a seis años (ver art. 150 CP que la LO 1/2015, de 30 de marzo, no modifica en lo que respecta a las penas).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ALONSO ÁLAMO, M., “¿Protección de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual”, en *Revista Penal*, nº 19, 2007, pp. 3-20.
- ALONSO PÉREZ, F., “Los nuevos delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en *Diario La Ley*, Ref. D-274, tomo 8, pp. 1-17.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., “Introducción”, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código penal, Ley de seguridad privada y LO del Poder Judicial (jurisdicción universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 12-16.
- BONORAT TORMO, M., “Los delitos relativos a la prostitución en el nuevo Código penal”, en VIVES ANTÓN, T. y MANZANARES SAMANIEGO, J.L. (dirs.), *Estudios sobre el Código penal de 1995*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 59 y ss.

- CANCIO MELIÁ, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento penal 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, pp. 803-838.
- CANCIO MELIÁ, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Memento penal 2015*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 936-941.
- CANCIO MELIÁ, M., “Una nueva reforma contra los delitos contra la libertad sexual”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 80, Sección Estudios, Marzo 2011, La Ley ref. 2836/2011, pp. 1-20.
- CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Manual de Derecho penal español, Parte especial*, I, Madrid, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 278 y ss.
- CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, Bosh, Barcelona, 1981, pp. 43-55.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “Delitos de prostitución. Especial referencia a la prostitución con menores”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos contra la libertad sexual*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 289-322.
- Cuerda Arnau, M.L., “Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores”, en *Delitos contra la libertad sexual*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 215-296.
- CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 225-247.
- CUGAT MAURI, M., “Prostitución y corrupción de menores e incapaces”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), *Derecho penal español: Parte Especial (I)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 667-715.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 215-261.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *El Derecho penal ante el sexo (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual)*, Bosh, Barcelona, 1981, pp. 70-119.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Análisis crítico de la regulación de los delitos contra la indemnidad sexual según el Proyecto de Reforma de 2013”, en Álvarez García (dir.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código penal, Ley de seguridad privada y LO del Poder Judicial (jurisdicción universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 127-140.
- GARCÍA ALBERO, R., “El nuevo delito de corrupción de menores”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 111-215.
- GARCÍA ARÁN, M., “Problemas interpretativos en los tipos penales relativos al menor”, en JORI TOLOSA, J.L., *Protección penal de menores en el Código penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 63-101.
- GARCÍA PÉREZ, O., “Los delitos relativos a la prostitución. Un análisis de los artículos 187 y 188 del Código penal”, en *Actualidad Penal*, nº 46, Sección Doctrina, 2001, Ref. XLVI, tomo 3, pp. 1091-1124.
- GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C., *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Edisofer, Madrid, 2011, pp. 79-90.
- GAVILÁN RUBIO, M., “Los delitos relativos a la prostitución en la actual legislación penal”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 109, Sección Estudios, Julio-Agosto, 2014, La Ley ref. 4910/2014, pp. 1-15.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código penal español*, Granada, 1982, pp. 255-265.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “De los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 1443 y ss.
- LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Delitos y faltas, la parte especial del Derecho penal*, Colex, 2012, pp. 200-205.
- LAMARCA PÉREZ, C., “El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 35, Sección Estudios, Febrero 2007, La Ley ref. 1/2007, pp.1-27.
- LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del Legislador, comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, pp. 107-113.
- MELENDO PARDOS, M., “Teoría de la codelincuencia, y II: Participación”, en GIL GIL A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal Parte general*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 379-406.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2010, pp. 193-215.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, LXV, Madrid, 2012, pp. 179-225.
- MORALES PRATS, F. Y GARCÍA ALBERO, R., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en QUINTERO OLIVARES, G. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

- ORTS BERENGUER, E., Y SUÁREZ-MIRA, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 206-227.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español, Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2008.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Prostitución, consentimiento e imagen”, en GARCÍA ARÁN, M. (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Granada, 2006.
- SERRANO GÓMEZ, A. Y SERRANO MAÍLLO, A., “Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores”, en *Derecho penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 244-258.
- SERRANO GÓMEZ, A., “La legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de de Ley de 2009 de Reforma del Código Penal”, en *RECPC*, 12-r3 (2010).
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., “Delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores”, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., (coord.), *Manual de Derecho penal*. Tomo II. Parte Especial, Civitas, Pamplona 2008, 5ª Edición, pp. 182 y ss.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual (Análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores)*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 84-101.
- TORRES-DULCE LIFANTE, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Código penal. Jurisprudencia. Concordancias. Índice analítico*. Colex, Madrid, 2010, pp. 561-754.
- TRAPERO BARREALES, M. A., “Un ejemplo de mala praxis legislativa: los fallos por olvidos en las reformas penales”, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 14 de noviembre de 2011, La Ley ref. 17411/2011, pp. 1-19.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Los delitos relativos a la prostitución como delitos de peligro abstracto contra la libertad sexual: consecuencias concursales para el proxeneta y para el cliente”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Y ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1267-1277.

Fecha de recepción: 30 de enero de 2015

Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2015

ACTITUDES HACIA LA REGULARIZACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN EN ESPAÑA: UNA
APROXIMACIÓN A PARTIR DE DATOS DE ENCUESTA
ATTITUDES TOWARDS THE LEGALIZATION OF PROSTITUTION IN SPAIN: AN
APPROACH FROM SURVEY DATA

Kerman Calvo
Alberto Penadés

RESUMEN

Este artículo estudia un asunto muy poco explorado: las actitudes de los españoles hacia la legalización de la prostitución. Empleando técnicas de análisis cuantitativas, y a partir de datos de encuesta representativos de la población en su conjunto, se busca la identificación de aquellas variables que establecen diferencias en la población ante la cuestión de si la prostitución ha de cambiar su tratamiento legal. El análisis confirma algunas impresiones parciales recogidas en las literaturas de psicología y trabajo social: la sociedad española apoya la legalización. Este apoyo es sin embargo menor entre las mujeres, las personas extranjeras, las personas más conservadoras y los trabajadores menos cualificados. Como cabría esperar, los consumidores de prostitución son claramente favorables a la legalización.

PALABRAS CLAVE

Prostitución, Actitudes sociales, Políticas morales.

ABSTRACT

This paper investigates a very little explored but relevant topic: namely, social attitudes in Spain towards the legalization of prostitution. Using quantitative techniques, and drawing from nation wide survey data, this article seeks to identify those groups that are more (and less) in favor of this legalization. The analysis confirms previous work in the psychology and social work literature: Spanish society supports legalization. This support is however lower among women, foreigners, conservative people and, also, the lower classes. As expected, consumers of prostitution clearly favor legalization.

KEYWORDS

Prostitution, Social attitudes, Moral policies.

ACTITUDES HACIA LA REGULACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN EN ESPAÑA:

Una aproximación a partir de datos de encuesta

Kerman Calvo*

Universidad de Salamanca

Alberto Penadés**

Universidad de Salamanca

Sumario: 1. Introducción. 2. Explicando las actitudes. 3. Apoyo a la legalización de la prostitución en España. A. El problema de unos datos insuficientes. B. La posición social y actitudinal hacia la prostitución. 4. Prostitución, magisterio moral y demanda de prostitución. 5. Conclusiones. Nota bibliográfica

1. INTRODUCCIÓN¹

Las ciencias sociales trabajan desde hace ya algún tiempo con una sencilla distinción entre dos tipos de políticas públicas (Barreiro 2000). De un lado, políticas públicas de orientación redistributiva, que afectan de manera general al reparto de los recursos en la sociedad; de otro, las políticas públicas morales, que afectan a las decisiones sobre la vida de la gente; es decir, sobre lo que pueden hacer o no en relación con sus estilos de vida y relaciones personales y, naturalmente, con la sexualidad. La literatura especializada ha encontrado diferencias significativas entre ambos tipos de políticas públicas, particularmente en lo relacionado con los

vínculos entre ciudadanos y gobernantes; en el caso de las políticas morales, los ciudadanos tienen preferencias más intensas, toleran peor las rupturas de las promesas y, además, son capaces de formar sus propias opiniones sobre lo que hay que hacer y lo que no, sin demasiada necesidad de contar con conocimiento experto para tal fin.

No cabe duda que la prostitución emerge como un ejemplo muy claro de políticas públicas morales (Schmitt et al. 2013): el Estado, mediante el uso de la ley pero también a través de otros mecanismos, puede intervenir en las decisiones sexuales de clientes, así como en la regulación de las opciones de las mujeres en

* Profesor Ayudante Doctor. Departamento de Sociología y Comunicación, Kerman@usal.es.

** Profesor Titular de Universidad. Departamento de Sociología y Comunicación. penades@usal.es.

lo tocante a la oferta de relaciones sexuales a cambio de contraprestación². Estas políticas pueden (y suelen) incluir instrumentos para regular el tejido empresarial alrededor de la prostitución, así como para construir barreras más o menos claras entre ‘tipos’ de prostitución y garantizar, así, una condena penal más o menos firme a las formas de prostitución forzada o esclava. No es necesario ya insistir en la dimensión educacional de las políticas públicas en general, ni del derecho en particular: el Estado, en el ejercicio legítimo de su capacidad normativa, aspira a dibujar las relaciones sociales que se creen aceptables, empleando el derecho (junto a otros mecanismos) para institucionalizar visiones sobre lo que es ‘correcto’, ‘está bien’, o, incluso, ‘es justo’ (Stychin 1995). La prefiguración de un tipo de sociedad, y más concretamente de un sistema de relaciones de género, es un aspecto clave de las políticas hacia la prostitución. Y esto es así porque la prostitución, como ha señalado Gimeno “tiene que ver con todo” (2012: 19). Se coloca esta práctica, así, en la intersección de tensiones sociales profundas en relación con la sexualidad, el trabajo, las migraciones o el derecho del Estado a regular el consentimiento. De ahí lo enconado del debate, dado que está en juego no solamente la gestión de un problema particular, sino la definición de un paradigma definidor de relaciones sociales y patrones culturales. Es esta la manera en que se reconoce expresamente en el caso Sueco, por ejemplo, en donde se está buscando la abolición de la prostitución por medio de la supresión de la demanda: “es una legislación encaminada a cambiar la actitud hacia las mujeres” (Engman 2007: 5).

Las políticas públicas hacia la prostitución sufren de muchas de las limitaciones ya identificadas en las políticas morales en España. En particular, cabría destacar dos aspectos: en primer lugar, la presencia de mordazas institucionales (*gag rules*) que dificultan el normal inicio de un proceso de elaboración de una política pública. No se activan los suficientes mecanismos de deliberación y diagnóstico que podrían llevar al Estado a reconocer la existencia de un

‘problema’, que requiera de una actuación. En segundo lugar, se desdibujan las fronteras entre el espacio susceptible de intervención por parte de los poderes legislativo y ejecutivo: diferentes entidades en el nivel sub-nacional regulan administrativamente aspectos asociados al fenómeno de la prostitución que tienen, sin embargo, consecuencias materiales y simbólicas sobre la ‘legalidad’ de la práctica. Podemos mejor enmarcar así la (no) respuesta arbitrada por el Estado español a la cuestión de la prostitución. La ya interesante literatura acumulada de corte jurídico sobre la prostitución ha dibujado con gran nitidez el tratamiento legal que se da a la prostitución en España: alejándonos de una postura abolicionista extrema, en España nos encontramos con respuestas legales incompletas que, sin regularizarla, no la ilegalizan tampoco de plano³. Ejercer la prostitución, como es bien sabido, no es susceptible de castigo penal, aunque sí lo puede ser incitarla, organizarla o, en determinados casos, promocionarla. Al mismo tiempo, diversas entidades sub-nacionales incluyen a la prostitución en su aparato regulador administrativo con el fin (casi siempre infructuoso) de ordenar el desarrollo de esta práctica y confinarla a espacios urbanos más o menos bien definidos (Rey 2006: 97-98). Solamente un reducido número de estas iniciativas locales y autonómicas han intentado mejorar la situación de las mujeres que ejercen la prostitución; muchos expertos identifican una deriva prohibicionista en este tipo de medidas, con efectos particularmente lesivos para las propias mujeres trabajadoras del sexo (Villacampa y Torres 2013).

Observadores, estudiosos y agentes interesados califican esta situación como insostenible (Rey 2006). De manera intermitente se elevan llamadas a una reconsideración del marco legal que apuntan, no obstante, en direcciones diversas. Desde la órbita del pensamiento jurídico, el feminismo ‘de tercera ola’, y también de las organizaciones de trabajadores y trabajadoras del sexo, se defiende la necesidad de un marco normativo más claro y estable (véase, por ejemplo, Tamarit 2007). A partir de la re-

gulación ya contemplada en el Código Penal de 1995, y animados por algunas iniciativas impulsadas desde la Generalitat de Cataluña, se solicitaría la adopción de políticas regulacionistas, que, descansando en la legalización explícita, incorporara el ‘trabajo del sexo’ a la estructura de ocupaciones reguladas en el país. Sería un viaje que nos alejaría no solamente del ‘prohibicionismo’ extremo de Estados Unidos, sino también del ‘abolicionismo’ Francés o Italiano, para acercarnos a, por ejemplo, las políticas desarrolladas en los Países Bajos, Alemania o Nueva Zelanda. En sentido contrario, y replicando el eterno debate sobre estas cuestiones en el seno del movimiento feminista, se posicionan diversos organismos y organizaciones por la igualdad, pensadoras feministas destacadas, y nuestro propio Parlamento, que siguen temiendo las consecuencias prácticas, simbólicas y culturales de una apuesta por la regulación (por ejemplo, Miguel 2014). El informe de la “Ponencia sobre la situación actual de la prostitución”, de marzo de 2007, insistía, por ejemplo en los “graves problemas de encaje jurídico” asociados a la regulación de la prostitución como profesión (Congreso de los Diputados 2007). Por último, algunas voces (minoritarias aún) están incluso defendiendo el abolicionismo más extremo, loando las virtudes de la penalización al cliente (Simón 2012). Se apelaría, en este tercer caso, al aparente éxito de las políticas escandinavas que, al restringir la demanda, dificultan el espacio comercial de mafias y redes de tráfico de personas.

Quizás la manera de salir de este enquistado debate fuera consultar a la ciudadanía, y tomar la decisión que mejor se acomode a estas opiniones. Pero, ¿qué opinan los españoles sobre los diferentes modelos de políticas públicas que se pueden arbitrar hacia la prostitución? ¿Se defendería una legalización completa? Dado el relativo eco mediático del modelo sueco, ¿quizás los españoles han podido encontrar interesante este controvertido modelo que, sin embargo, parece estar obteniendo buenos resultados en términos de erradicación

de la prostitución? Haciendo uso de los datos de encuesta existentes, que no son muchos, en este artículo abriremos una discusión acerca de las actitudes de los españoles hacia la legalización de la prostitución, empleando datos de encuesta representativos del conjunto de la población. Nos hubiera gustado poder observar el apoyo ciudadano a los diferentes modelos de políticas públicas ensayados en los países de nuestro entorno. Desafortunadamente no es algo que estemos en disposición de poder hacer: construiremos nuestro análisis sobre un indicador diseñado por el CIS —y cuya formulación merece muchos reparos— que, esencialmente, pulsa las opiniones exclusivamente hacia la legalización de la prostitución en España. Se podrá entender que estar, por ejemplo, en contra de la legalización no significa un apoyo decidido al prohibicionismo extremo. Al mismo tiempo, apoyar la legalización no equivale necesariamente a defender la incorporación plena del trabajo sexual al conjunto de profesiones y ocupaciones regladas. No obstante, es este el único indicador existente, y sobre él hemos de edificar nuestro argumento.

Este artículo prestará más atención a las diferencias entre grupos sociales en relación con la cuestión de la legalización, que a los valores absolutos de rechazo/apoyo. Como saben los estudiosos de la opinión pública, incluso un indicador de encuesta que no funcione bien para medir el grado de acuerdo con una cuestión dada, puede ser perfectamente fiable cuando se trata de comparar poblaciones. Con todo, de manera muy general, la hipótesis de trabajo ha de ser que la opción de la legalización es mayoritaria, aunque no podamos establecer el nivel absoluto de apoyo. Este es el resultado que emana de algunos estudios no representativos de la población que, sin embargo, convergen en identificar actitudes favorables a una regularización sobre la vía de la identificación del trabajo sexual como una profesión más. Además, varios autores han insistido ya en la transformación general de las actitudes sociales de los españoles hacia la sexualidad, la moralidad y la libertad individual. En este sentido,

se podría defender la legalización como una expresión más de un cambio hacia paradigmas post-materialistas, basados en la defensa de la autonomía personal, y de la falta de injerencia de magistraturas morales en la definición de estilos de vida personales (Montero y Calvo 2005). No obstante, el peso de la argumentación descansará en las diferencias de género, edad, clase social, nacionalidad y valores ante la particular cuestión de la legalización: con independencia de los valores absolutos de apoyo o rechazo, observaremos como, por ejemplo, las mujeres son menos proclives que los hombres a la legalización; similares patrones diferenciales se advierten en relación con otras variables de interés.

Procederemos como sigue: en la primera sección discutiremos algunas cuestiones de acercamiento importantes, así como los trabajos ya publicados en España sobre el tema de las actitudes hacia la prostitución. Posteriormente repasaremos los datos existentes y ofreceremos datos que confirman la postura dominante a favor a la regulación así como las variables que mejor explican dichas valoraciones. En la tercera sección relacionaremos las actitudes hacia la legalización de la prostitución con la apertura general de la sociedad española ante cuestiones morales y sexuales. Finalmente, en la última sección, concluiremos.

2. EXPLICANDO LAS ACTITUDES

La prostitución en España ha sido muy poco estudiada desde la perspectiva de las actitudes. Alguna literatura jurídica y sociológica discute ya las condiciones de vida, y estigmas asociados a la prostitución, así como las posturas de los agentes implicados; en numerosos trabajos encontramos una revisión más o menos similar sobre las opciones legales abiertas en España. El conocimiento científico sobre las actitudes es, sin embargo, muy escaso; hay poca ciencia social que explique estas actitudes, persistiendo, además, un importante descono-

cimiento, y mala información, sobre la orientación de las mismas. Una importante voz en estudios de prostitución, por ejemplo, señalaba hace unos años ya que “algunas encuestas muestran un crecimiento del repudio social a la prostitución” (Juliano 2003: 179). Ningún dato realmente apoya esta información.

Sorprende este vacío precisamente porque no estamos ante un tema cualquiera. La prostitución entrelaza discursos y conflictos sobre la sexualidad, femenina pero también masculina, con debates sobre urbanismo, migraciones, transmisión de enfermedades y vulneración de los derechos humanos (Gimeno 2012). Es este, por lo tanto, un tema difícil de aprehender, que demanda cuidado y cierta organización. Para acotar nuestra tarea aquí, vamos a proponer algunas precisiones iniciales. En primer lugar, las actitudes varían en función del objeto: no es lo mismo opinar sobre la regulación de la prostitución que sobre la práctica en sí misma, o más aún sobre prostitutas o clientes. Muchas pensadoras feministas insisten en situar el estigma no tanto en la práctica mercantil en sí misma, sino particularmente en las mujeres prostitutas (por ejemplo, Osborne 2003: 237); el estigma asociado a la prostitución no afectaría al prestigio del consumidor (varón). Algunas investigaciones etnográficas recientes parecen apuntar también en esta dirección (Díez 2012). Así, y como ocurriría en el caso de las actitudes hacia la homosexualidad, cuya mala consideración puede convivir con una defensa sólida de la extensión de derechos (Calvo 2003), puede ser perfectamente posible que una defensa de la legalización de la prostitución esté emparejada con una mala opinión de las mujeres prostitutas. No obstante, dado los datos disponibles, tendremos que concentrarnos en la cuestión institucional y política, sin poder prestar atención al problema de la imagen social de la mujer prostituta/trabajadora del sexo.

En segundo lugar, la profundidad del estudio sobre las actitudes hacia la prostitución depende en gran medida de la calidad de los datos de encuesta a nuestra disposición. Con buenos datos podríamos abordar no solamente

la pregunta de qué postura en relación con la prostitución en general, y con la legalización de la prostitución en particular, apoyan los ciudadanos; sino también qué entienden los ciudadanos por prostitución. Esta cuestión, se podrá entender, no es meramente semántica: tanto la literatura feminista, como los agentes sociales y políticos vinculados a la regulación de la prostitución llevan tiempo diferenciando entre tipos de prostitución sobre la base del consentimiento: el debate sobre la prostitución se centraría exclusivamente en aquellas mujeres que aparentemente aceptan ser prostitutas, expulsando a aquellas mujeres consideradas víctimas de redes de extorsión y esclavitud sexual. Por desgracia, muchos instrumentos de medición no favorecen esta distinción entre prostitución (libre) y trata de personas (o prostitución forzada), asociando ambas realidades en un mismo fenómeno. La Unión Europea, por ejemplo, en un Eurobarómetro especial sobre igualdad de género, incluía la categoría “prostitución y tráfico” de mujeres en una lista de problemas sufridos por las mujeres europeas. Presentada así, no sorprende que la prostitución fuera percibida como el tercer problema más grave de las mujeres hoy en día, (tanto en el nivel europeo como en el caso español), a poca distancia de la violencia física y la diferencia salarial (European Parliament 2012).

Ante la debilidad de los análisis basados en datos de encuesta generalizables para toda la población, el debate sobre las actitudes ha descansado en estudios aislados contruidos sobre muestras *ad hoc*. Una de estas muestras incluía a estudiantes madrileños de diversas titulaciones en las ciencias sociales y jurídicas (García Vicente et al. 2010). El estudio trabajaba con un interesante y bastante completo cuestionario que llevaba a conclusiones a tener en cuenta. Por ejemplo, casi la mitad de los entrevistados afirmaba no contar con la suficiente información para formar un juicio sobre la prostitución. Junto con un decidido rechazo a la prostitución en la calle, se encontraron actitudes mayoritariamente favorables a la regulación administrativa de la prostitución (García

Vicente et al. 2010: 22); no obstante, se identificaron importantes diferencias de género, no solamente en relación con esta pregunta, sino también en conexión con cuestiones más específicas. Así, mientras que el 40 % de las mujeres entrevistadas pensaba que la prostitución no está nunca justificada, únicamente el 25 % de los hombres adopta esta postura extrema. Los hombres parecen encontrar un número mayor de escenarios donde la prostitución es legítima, como, por ejemplo, cuando no se tiene pareja. Por último, es interesante destacar también que la tolerancia y la pena son las emociones más fuertes en relación con la mujer prostituta, emociones que correlacionan con la ideología y la religiosidad. En este sentido, las personas más conservadores tienen a acercarse a la prostitución desde marcados juicios de valor.

Los resultados del reciente estudio de la Fundación Atenea sobre jóvenes madrileños arrojan resultados bastante similares (Comas 2013). De nuevo, se insiste en los problemas de acceso a la información. Se insiste también en que las actitudes son favorables a la regulación y la legalización. Las diferencias de género afloran de nuevo en este estudio, en la medida que las jóvenes sienten una mayor repulsión que los hombres ante el fenómeno; las jóvenes entrevistadas sentían también mayor rechazo a la prostitución callejera que unos jóvenes que la ven como un fenómeno normal asociado a la vida en una gran ciudad. El estudio de la Fundación Atenea parece apuntar también a la consolidación de nuevos patrones de comportamiento sexual entre los jóvenes, sostenidos en la igualdad y el amor romántico. Vista las cosas así, en principio la prostitución habría de ser vista como innecesaria en una sociedad moderna.

El estudio que más se aproxima a los requisitos científicos de representatividad es el desarrollado por Valor-Segura et al (2011). Adoptando formas y maneras de los estudios de psicología social, estos autores construyen una muestra con vocación de representatividad. Se aplican allí técnicas estadísticas sofisticadas que no solamente confirman el rechazo general al

prohibicionismo, sino también una interesante asociación entre actitudes hacia la legalización y discursos sobre la sexualidad femenina: una visión más limitadora y conservadora de la misma lleva a los entrevistados a ser menos favorables a la legalización. Este trabajo adolece, sin embargo, de los problemas propios de un estudio que construye su muestra en una única población, en este caso Jaén.

3. APOYO A LA LEGALIZACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN EN ESPAÑA

De lo comentado en la sección anterior se extraería una postura más bien favorable entre los españoles hacia políticas públicas reguladoras de la prostitución. Teniendo siempre presente las importantes diferencias de género en estas opiniones, parece que la sociedad española podría rechazar no solamente las posturas prohibicionistas más extremas, sino también modelos de intervención que busquen la abolición del fenómeno (quizás a través de la penalización del cliente). No obstante, poca seguridad nos deberían dar conclusiones basadas en estudios parciales, no representativos de la población en su conjunto. A continuación, y para avanzar en este conocimiento, presentamos un análisis de los datos del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) que mejor pueden contribuir a nuestra pregunta fundamental: ¿apoyamos los españoles la legalización de la prostitución?

La respuesta es afirmativa. A tenor de los datos, la gran mayoría de los ciudadanos se muestran favorables a la legalización de la prostitución. Pensamos, no obstante, que el análisis debería concentrarse en qué tipos de personas son más o menos favorables a la legalización. Se ha de recordar que la estimación de las actitudes sobre cuestiones morales es muy sensible a la formulación de las preguntas

(Fowler y Cosenza 2008); en otras palabras, el sí o el no a una cuestión de corte moral, como por ejemplo legalizar o no la prostitución, puede depender enormemente de cómo se haga la pregunta (y, también, de la información con la que cuente el entrevistado para entenderla). Por lo tanto, debido al interés substantivo en conocer los perfiles actitudinales, así como a las dudas legítimas sobre los 'niveles absolutos' de aprobación/rechazo, hemos preferido concentrarnos en aquello que es indubitable, a saber, los factores que contribuyen a que el nivel de aprobación sea mayor o menor, que a una explicación centrada en por qué el nivel de aprobación está en este o en otro nivel.

Así pues, y trabajando con la única encuesta de opinión pública realizada a toda la población que incluye preguntas relevantes sobre prostitución⁴, establecemos el perfil de las personas que se muestran más o menos favorables a la legalización. La oposición a la legalización la protagonizan las mujeres: en cierta vindicación de los postulados feministas más abiertamente opuestos a cualquier aceptación legal y/o institucional de la prostitución, las mujeres españolas siguen encontrando mayores dificultades que los hombres en regular una práctica tal vez vista como cosificadora y denigradora. La edad importa también, aunque no de manera lineal: el mayor rechazo a la legalización se encuentra tanto entre los más mayores como entre los más jóvenes. Otras variables socio-demográficas son también relevantes, como es el caso de la clase social (las personas de clase obrera no cualificada y las personas inactivas en el mercado laboral son menos proclives a defender la legalización) y la nacionalidad (siendo los ciudadanos de origen extranjero menos afines a la legalización). Finalmente, no sorprenderá descubrir una importante asociación entre las visiones morales y las actitudes hacia la prostitución: las personas más religiosas y las personas más intolerantes en sus actitudes hacia la permisividad sexual incrementan la probabilidad de oponerse a legalizar la prostitución.

A. EL PROBLEMA DE UNOS DATOS INSUFICIENTES

Tabla 1: Justificación de la Prostitución: datos de los años 80 y 90

Aprobación de conductas “socialmente indeseadas”*	Población general (1994)	Jóvenes<24 (1986)
El divorcio	5,82	
La homosexualidad	4,95	4,6
La eutanasia	4,77	5,4
La prostitución	3,94	3,9
El aborto	3,67	5
Mentir en su propio interés personal	3,29	3,9
La pena de muerte	3,27	
Evitar pagar el billete en algún transporte público	2,88	3,6
Emborracharse a propósito	2,62	
Engañar en el pago de impuestos, si se puede	2,6	4,1
Tener una aventura fuera del matrimonio (hombres y mujeres)	2,59	5,1
El suicidio	2,48	2,6
Relaciones sexuales entre menores de edad	2,46	

* Selección de categorías dentro de la pregunta 3 del estudio CIS 1518 (1986) y de la pregunta 4 del estudio CIS 2107 (1994); las datos reflejan la puntuación media para cada comportamiento, donde el valor 1 suponía no justificar nunca.

El CIS no le ha prestado una atención sistemática al fenómeno de la prostitución. Haciendo un pequeño ejercicio de arqueología en su base de datos (tabla 1), nos encontramos con que, las pocas veces que se menciona la prostitución antes de 2008, lo hace para inscribirla entre conductas “socialmente indeseadas”, o en conexión con problemas de “seguridad ciudadana”. Tan tarde como en 1994 se repite, con modificaciones, una pregunta estigmatizando la prostitución realizada en 1986 en una encuesta a jóvenes sobre las actitudes hacia el servicio militar. La pregunta, que no vuelve a hacerse más, invita a responder en una escala de 1 a 10 si determinadas conductas nunca son aceptables (1) o siempre lo son (10). En 1994, aproximadamente el 50% de los entrevistados le concedían a la prostitución una justificación de cuatro o menos en esa escala, un 40% una justificación de cinco o más y el 10% no contestaban. Con todo, lo interesante es observar la posición relativa de la prostitución, pues es

la única “conducta indeseada”, junto con la homosexualidad, cuya aprobación no decrece entre las dos encuestas (de hecho, aumenta marginalmente); es, además, una de las menos rechazadas, a pesar del enmarcado negativo.

El estudio sobre *Actitudes y prácticas sexuales*, sobre el que construimos nuestro análisis, es una encuesta telefónica a 1502 personas realizada por el CIS en enero de 2008. Es la única encuesta a la población general que contiene una medición sobre las actitudes hacia la legalización de la prostitución. De hecho, es la única encuesta moderna del CIS que mide algún tipo de actitud hacia la prostitución. La encuesta escoge una formulación muy desafortunada para la pregunta que nos interesa⁵. Se trata del grado de acuerdo con la siguiente afirmación: “La prostitución es inevitable y por tanto debería ser legalizada”. No hacer nunca preguntas dobles (prostitución es inevitable; prostitución debería ser rechazada) debería ser

una exigencia mínima de rigor metodológico, pues no sabemos si las personas se muestran de acuerdo con el primer enunciado, con el segundo o con ambos, y en qué modo esto les mueve a dar una respuesta. Por si fuera poco, el emparejamiento no es neutral, ya que el primer enunciado enmarca al segundo en un sentido favorable, ofreciéndole una razón para estar de acuerdo con él, una razón que, además, está conectada expresamente con un “por tanto”. Realmente hubiera sido deseable que el CIS hubiera incorporado indicadores más sencillos, como los propuestos por Valor-Segura et al (2011: 164), que incluyen preguntas directas del tipo: ¿cree usted que habría que prohibir la prostitución? ¿Estaría de acuerdo con penalizar al cliente de prostitución? Etc.

Sea como fuere, estos son los resultados: el 36,7% se mostraba “muy de acuerdo” y el 40,9% “bastante de acuerdo” con la legalización. Cerca del 80% de la población, por lo tanto, apoyaría esta política, frente a un 4% que estaba “ni de acuerdo ni en desacuerdo”, el 10,7% “bastante en desacuerdo” y el 4,8% que estaba “muy en desacuerdo” (el 3% no daba información, en lo sucesivo nos atendremos solo a quienes dieron una respuesta). Comentábamos antes la baja calidad de esta pregunta como instrumento de medición de la prostitución como práctica legal. Sin embargo, el indicador es perfectamente adecuado para analizar las diferencias entre grupos sociales (salvo que pensáramos que existen razones para que los grupos que nos interesan reaccionan de forma distinta a la trampa que puede encerrar la pregunta doble). Así, aunque el nivel de aprobación de la prostitución pueda estar distorsionado por la pregunta, sí, por ejemplo, las mujeres tienen mayor probabilidad de estar en desacuerdo que los hombres con la legalización, respondiendo a una misma pregunta, la medición de la diferencia es perfectamente adecuada. Por esta razón, y como anunciábamos arriba, vamos a concentrarnos en la estimación de este tipo de diferencias, con el fin de crear un perfil de las personas que se muestran favorables y desfavorables a la regulación de la prostitución.

B. LA POSICIÓN SOCIAL Y ACTITUDINAL HACIA LA PROSTITUCIÓN

Ya apuntábamos anteriormente la complejidad de entender por qué los ciudadanos piensan una u otra cosa en relación con la prostitución. Diferentes ideas sobre la sexualidad femenina, la igualdad entre los géneros, la fortaleza o debilidad de los códigos morales dominantes, así como sobre la ‘naturaleza’ masculina se interseccionan para animar a los ciudadanos a posturas más o menos favorables hacia la legalización de la prostitución; que esta práctica sea vista o no como una forma de violencia contra la mujer, e incluso las actitudes hacia las personas inmigrantes podrían influir también en gran medida. En el caso sueco, por ejemplo, la criminalización del consumo de prostitución – ampliamente aceptado por esta sociedad – encuentra un respaldo particularmente notable entre las mujeres ya convencidas de la asociación fundamental entre prostitución y violencia (Kuosmanen 2011); más aún, la consolidación de la ley puede estar llevando a muchas de estas mujeres a demandar una respuesta legal aún más severa. Similares resultados se han encontrado para el caso Noruego (Kotsadam y Jakobsson 2011).

Poco de esto podemos observar con nuestros datos; no obstante, sí podemos proponer un ejercicio más sencillo, a partir de las variables con las que disponemos. En este contexto, las características sociales y demográficas básicas parecen condicionar de una forma importante el grado de conformidad con la legalización de la prostitución en España. Como observamos en la tabla 2, la probabilidad de que una mujer se muestre de acuerdo con la legalización es 8,4 puntos porcentuales más pequeña que la de un hombre. Por su parte, la edad tiene un cierto efecto curvilíneo: los más jóvenes son los menos propensos a mostrarse de acuerdo con la regularización y el grado de acuerdo crece con la edad hasta mediada la cincuentena, aproximadamente, cuando el grado de aprobación desciende. Ambos efectos

son claramente discernibles en los datos, reduciendo así el riesgo de estar siendo engañados por errores estadísticos; en la jerga técnica, afirmaríamos que las diferencias entre hombres y mujeres son “estadísticamente significativas”, pues la probabilidad de que la diferencia entre los grupos se haya revelado por azar es muy

pequeña. La situación de convivencia no condiciona la respuesta de una forma tan convincente: quienes conviven con su pareja son más propensos a aceptar la regularización, pero la probabilidad de que la diferencia sea un error muestral, aunque es pequeña, no es despreciable ($p=0,07$).

Tabla 2. El acuerdo con la legalización de la prostitución según el sexo, la edad y la situación de convivencia de las personas entrevistadas.

La prostitución es inevitable y por tanto debería estar legalizada			
	Muy/bastante de acuerdo	Muy/bastante desacuerdo/ni uno ni otro	n
Hombre	81,9%	18,1%	728
Mujer	73,5%	26,5%	775
Total	77,6%	22,4%	1503
$X^2=53,3$ $p<0,001$			
<i>Edad</i>			
De 18 a 24	56,6%	43,4%	152
De 25 a 34	78,1%	21,9%	310
De 35 a 44	85,5%	14,5%	303
De 45 a 54	81,7%	18,3%	246
De 55 a 64	75,8%	24,2%	186
65 y más	77,8%	22,2%	306
Total	77,6%	22,4%	1503
$X^2=14,9$ $p<0,001$			
<i>Convivencia</i>			
No convive o no tiene pareja	73,1%	26,9%	495
Convive con su pareja	79,8%	20,2%	1008
Total	77,6%	22,4%	1503
$X^2=3,3$ $p=0,07$			
Fuente: elaboración propia a partir de los datos del estudio 2738 del CIS de enero de 2008.			

Hemos considerado también algunos indicadores de posición social objetiva que están correlacionados con el estilo de vida y las oportunidades de las personas. Se aprecia en la tabla 3 que el tamaño de la población, por ejemplo, tiene un cierto efecto en la aprobación de la prostitución. En las poblaciones grandes ésta

tiende a ser mayor que en las pequeñas y el efecto es globalmente significativo. Podríamos sospechar una explicación basada en la proximidad: los ciudadanos más expuestos a la prostitución en su entorno urbano quizás ven la legalización como una solución para retirar a estas mujeres de la vía urbana.

Tabla 3. El acuerdo con la prostitución según el tamaño de población de residencia de las personas entrevistadas

La prostitución es inevitable y por tanto debería estar legalizada			
Tamaño de la población	Muy/bastante de acuerdo	Muy/bastante desacuerdo/ni uno ni otro	n
Menos de 2.000	76,0%	24,0%	96
De 2.001 a 10.000	71,4%	28,6%	234
De 10.001 a 50.000	76,4%	23,6%	399
De 50.001 a 100.000	84,1%	15,9%	176
De 100.001 a 500.000	77,2%	22,8%	351
De 500.001 a 1 Millón	84,4%	15,6%	90
Más de 1 Millón	80,3%	19,7%	157
Total	77,6%	22,4%	1503
$\chi^2=13$ $p=0,04$			

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del estudio 2738 del CIS de enero de 2008.

Más interesante es comprobar que hay un efecto de clase social en relación con las actitudes hacia la legalización, en una dirección que, además, puede parecer inesperada. Hemos agrupado, en la tabla 4, a las personas entrevistadas, según su ocupación, en seis categorías de clase social. Hay que advertir que en esta encuesta no se hace la habitual pregunta abierta de ocupación que realiza el CIS (un problema más de este estudio); solamente se pregunta con unas pocas opciones de respuesta que aquí hemos reagrupado en el espíritu de las divisiones de clase ocupacional que son habituales en la literatura. El efecto inesperado es que los obreros manuales *no cualificados*, así como las personas inactivas, se muestran significativamente menos dispuestos a aprobar la regularización de la prostitución que el resto de

los ciudadanos⁶. Es notable que este efecto de la cualificación profesional no se refleje también en un efecto del nivel educativo. Como puede verse en la misma tabla, la educación no condiciona significativamente las respuestas, como sí lo hace la clase social. Este efecto de (relativo) rechazo “proletario” de la regularización (15 puntos menos que los directivos en la probabilidad de aprobación, por ejemplo) se encuentra confirmado por una pregunta de auto-posicionamiento de clase, lo que normalmente se denomina la clase social subjetiva. En resultados no mostrados (pues no son una medición objetiva de posición social) quienes se identifican a sí mismos como “de clase baja” tienen una probabilidad 20 puntos porcentuales menor de aprobar la regularización que quienes se identifican con la clase “media-alta” (60,9% frente a 80,6%).

Tabla 4. El acuerdo con la legalización de la prostitución según la clase social ocupacional y el nivel educativo de las personas entrevistadas

La prostitución es inevitable y por tanto debería estar legalizada			
Clase social ocupacional	Muy/bastante de acuerdo	Muy/bastante desacuerdo/ni uno ni otro	n
Propietarios (agricultura, comercio)	83,5%	16,5%	121
Directivos (gran y pequeña empresa, mandos superiores)	82,0%	18,0%	128

No manuales (mandos intermedios, administrativos, vendedores, representantes)	81,2%	18,8%	441
Manuales cualificado (manuales, capataces, especialistas)	81,3%	18,7%	380
Manuales no cualificado (subalterno, no especialista, jornalero)	66,9%	33,1%	148
Inactivos y no contestan	68,2%	31,8%	286
Total	77,6%	22,4%	1504
$X^2=34,6$ $p<0,001$			
Educación			
Sin estudios y primarios	72,8%	27,2%	239
Segundo grado primer ciclo	76,4%	23,6%	440
Segundo grado segundo ciclo	80,2%	19,8%	429
Tercer grado medio	78,6%	21,4%	210
Tercer grado universitario	79,6%	20,4%	181
Total	77,6%	22,4%	1499
$X^2=5,7$ $p=0,22$			

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del estudio 2738 del CIS de enero de 2008.

A esta regularidad empírica se suma otra que también es notable: los ciudadanos de origen no español tienen una probabilidad significativamente menor de indicar su acuerdo con la legalización de la prostitución que los ciudadanos de origen español (tabla 5). En ambos casos caben dos hipótesis explicativas. Una de ellas podría apuntar a una suerte de empatía de clase, o de grupo nacional. No en vano, todas las informaciones confirman la altísima presencia de mujeres extranjeras trabajando, forzosamente en muchos casos, como prosti-

tutas en España; quizás las personas extranjeras desarrollan mecanismos de rechazo basados en experiencias de injusticia compartidas. La segunda hipótesis es que ambas posiciones se vinculen con un menor liberalismo en cuestiones de costumbres que, como veremos, está fuertemente asociado a la actitud favorable a la legalización del trabajo sexual. De ser así, esto no conllevaría negar el efecto de clase, solo aclarar que dicho efecto se produce a través de un mayor conservadurismo en materia sexual, una actitud que es más general que la actitud hacia el sexo comercial.

Tabla 5: Acuerdo con la legalización de la prostitución según origen nacional español o no español

La prostitución es inevitable y por tanto debería estar legalizada			
<i>Extranjeros</i>	Muy/bastante de acuerdo	Muy/bastante desacuerdo/ni uno ni otro	N
Extranjero o doble nacionalidad	58,6%	41,4%	58
Sólo español	78,3%	21,7%	1445
	77,6%	22,4%	1503
$X^2=12,5$ $p<0,001$			

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del estudio 2738 del CIS de enero de 2008.

4. PROSTITUCIÓN, MAGISTERIO MORAL Y DEMANDA DE PROSTITUCIÓN

La prostitución es una cuestión moral cuya resolución entronca con visiones morales dominantes sobre la sexualidad, y las relaciones afectivas. En esta sección profundizamos en la comprensión de las opiniones favorables a la legalización de la prostitución a través de la construcción de un indicador de tolerancia sexual. Combinando la información proporcionada por preguntas sobre la identificación religiosa, la conformidad con la doctrina de la Iglesia en materia de sexualidad y, también, de un número de preguntas sobre actitudes hacia el sexo (de las que hemos seleccionado tres), comprobamos que existe una asociación entre las actitudes favorables a la legalización, el laicismo y las actitudes más abiertas hacia las costumbres sexuales. Desgraciadamente, la encuesta no pone a nuestra disposición algunas de las mediciones de opinión pública ha-

bituales en el CIS, como la ideología política y otras actitudes generales hacia la sociedad. Con todo, los datos actitudinales a nuestra disposición son elocuentes.

Como se aprecia en la tabla 6, la simple identificación de las personas como creyentes frente a las no creyentes o explícitamente ateas, reduce significativamente la probabilidad de estar de acuerdo con la legalización del trabajo sexual. Veíamos anteriormente que una similar asociación se establecía entre los estudiantes más religiosos y/o conservadores y su rechazo a la legalización. En la muestra, la reducción resulta de casi nueve puntos. Así mismo, las personas que están muy de acuerdo con la afirmación de que la Iglesia debe marcar los límites de la vida sexual tienen una probabilidad 20 puntos menor de favorecer la legalización de la prostitución que quienes están muy en desacuerdo con ello. Pese a que no tenemos un indicador de práctica religiosa para mejorar esta medición, los datos se muestran claros.

Tabla 6: Acuerdo con la prostitución según la definición religiosa y el acuerdo con el magisterio moral de la Iglesia de las personas entrevistadas

La prostitución es inevitable y por tanto debería estar legalizada			
<i>Autodefinición religiosa</i>	Muy/bastante de acuerdo	Muy/bastante desacuerdo/ni uno ni otro	n
No creyente o ateo	83,9%	16,1%	392
Católico u otra	75,3%	24,7%	1111
$\chi^2=12,3$ $p<0,001$	77,6%	22,4%	1503
<i>Los límites de lo que se puede hacer en las relaciones sexuales son los que marca la doctrina de la Iglesia</i>			
Muy de acuerdo	60,0%	40,0%	60
Bastante de acuerdo	70,6%	29,4%	153
Ni acuerdo ni desacuerdo	65,5%	34,5%	29
Bastante en desacuerdo	78,4%	21,6%	450
Muy en desacuerdo	80,9%	19,1%	784
Total	77,9%	22,1%	1476
$\chi^2=22,6$ $p<0,001$			

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del estudio 2738 del CIS de enero de 2008.

Hemos construido un índice de tolerancia en materia sexual que resume las respuestas a tres preguntas, a saber, el grado de acuerdo, en una escala de cinco puntos, con los siguientes enunciados:

- “Mientras no se haga daño a nadie, y se trate de adultos que consienten libremente, nadie tiene por qué decir qué es lo que se puede o no hacer en una relación sexual”;
- “Todo lo que pueda servir para mejorar las relaciones sexuales de los individuos es bueno”;
- “Algunas prácticas y comportamientos sexuales deberían estar legalmente prohibidos”.

Mediante análisis factorial se ha extraído el componente principal de las tres variables. La correlación de cada una de estas variables con el nuevo índice es, respectivamente, de 0,56 (1), de 0,55 (2) y de -0,20 (3). Esencialmente,

esto nos lleva a concluir que las tres preguntas son, en realidad, parte de una realidad común (concretamente este indicador que optamos por llamar “índice de tolerancia sexual”). Para comodidad de la exposición hemos recodificado el índice en cinco grupos (1-5), utilizando como puntos de corte los quintiles de la distribución del índice original. La puntuación más alta (puntuaciones positivas) corresponde a los menos tolerantes en materia sexual y la más baja (puntuaciones negativas) a los más tolerantes.

Los datos resumidos en la tabla 7 muestran que el grupo más tolerante tiene una probabilidad de estar de acuerdo con la legalización de la prostitución 20 puntos porcentuales mayor (87,7%) que el grupo menos tolerante (68%). De igual modo, la propensión del grupo menos tolerante en lo sexual a oponerse a la legalización es 2,6 veces mayor que la del grupo más tolerante.

Tabla 7: Acuerdo con la legalización de la prostitución según los valores del índice de tolerancia sexual de las personas entrevistadas

La prostitución es inevitable y por tanto debería estar legalizada			
Índice de tolerancia sexual	Muy/bastante de acuerdo	Muy/bastante desacuerdo/ni uno ni otro	n
1 (mayor tolerancia)	87,7%	12,3%	219
2	81,1%	18,9%	371
3	73,5%	26,5%	302
4	79,1%	20,9%	402
5 (menor tolerancia)	68,0%	32,0%	128
Total	78,8%	21,2%	1422
$X^2=25,6$ $p<0,001$			
El índice se elabora con los componentes principales de los ítem número 2, 9 y 10 de la pregunta 67.: “Mientras no se haga daño a nadie, y se trate de adultos que consienten libremente, nadie tiene por qué decir qué es lo que se puede o no hacer en una relación sexual”; “Todo lo que pueda servir para mejorar las relaciones sexuales de los individuos es bueno”; “Algunas prácticas y comportamientos sexuales deberían estar legalmente prohibidos”.			
Fuente: elaboración propia a partir de los datos del estudio 2738 del CIS de enero de 2008.			

Otras actitudes que podrían condicionar la opinión con respecto a la legalización de la prostitución no tienen ningún efecto. En par-

ticular, merece la pena destacar que una posible justificación “naturalista” de la prostitución parece ajena a la opinión pública española: la

frecuencia de actitudes favorables hacia la legalización es igual, en términos estadísticos, entre quienes creen que los hombres tienen mayor deseo sexual que las mujeres que entre quienes creen que es igual (o quienes creen que el deseo de las mujeres es mayor, una actitud más minoritaria)⁷. Este dato parece confirmar la sospecha, antes planteada, de las diferencias entre relación con el objeto. No es descabellado creer que la diferente consideración sobre el apetito y necesidades sexuales de hombres y mujeres afecte a las opiniones sobre la prostitución como práctica moralmente legítima; sin embargo, estas diferencias no encuentran plasmación en las opiniones sobre la legalización. En el mismo sentido, el nivel de actividad sexual no parece tener ninguna influencia importante en la actitud hacia la regulación de la prostitución, pues no hay diferencias significativas entre quienes tienen vida sexual muy activa, relativamente activa, más bien retraída o inexistente. Es cierto que las personas célibes son menos propensas que el resto a favorecer la legalización, pero la diferencia no es estadísticamente significativa.

De otro lado, y como era de esperar, el haber sido o no consumidor de prostitución sí condiciona la actitud hacia la regulación (tabla 8). Las cautelas lógicas han de ser anunciadas aquí, ya que es muy difícil, en realidad, valorar la demanda real de prostitución femenina; no hay duda de que las mediciones actuales ofrecen datos muy inferiores a la realidad de un negocio que, según varias estimaciones, descansa en el trabajo de unas 400.000 mujeres prostitutas. De acuerdo con los datos proporcionados por esta muestra de ciudadanos (que no es una encuesta indicada para medir fiablemente el consumo de prostitución, ni por su diseño ni por su tamaño), el 24,8% de los hombres y el 0,5% de las mujeres habrían pagado en alguna ocasión a cambio de tener sexo. Las personas entrevistadas que han consumido prostitución tienen una propensión significativamente mayor —trece puntos superior— a mostrarse de acuerdo con su inevitabilidad y su necesaria legalización. Casi todas las personas que han sido clientes de prostitución son hombres⁸.

Tabla 8: Acuerdo con la legalización de la prostitución según si se ha usado alguna vez ese servicio

La prostitución es inevitable y por tanto debería estar legalizada			
<i>Ha pagado alguna vez por mantener relaciones sexuales</i>	Muy/bastante de acuerdo	Muy/bastante desacuerdo/ni uno ni otro	n
No	76,5%	23,5%	1300
Sí	89,6%	10,4%	182
	78,1%	21,9%	1482
$\chi^2=15,8$ $p<0,001$			

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del estudio 2738 del CIS de enero de 2008.

Para finalizar, vamos a realizar un análisis multivariante (tabla 9). Este tipo de procedimientos vuelcan las diferentes variables explicativas que han podido ser examinadas de manera aislada en análisis bivariados sencillos (tablas 2 a 8), con el fin de identificar qué variables sobreviven con fuerza explicativa cuando son controladas por el efecto de otras variables potencialmente relevantes. Como se aprecia en

la tabla, se presentan de manera secuenciada tres modelos, que se diferencian en las variables explicativas que contienen: el primer modelo solo emplea indicadores sociodemográficos; el modelo 2 complementa al primero con la incorporación de la variable religiosa, además de nuestro indicador de tolerancia sexual; y el tercer modelo añade la pregunta que trata de medir el consumo de prostitución. La lectura

de estas tablas ha de centrarse realmente en dos aspectos: la significación de los coeficientes (se marcan en negrita aquellos que lo son), y el sentido de las relaciones (positivo o negativo). Los procedimientos de regresión con variables dicotómicas, como el presentado en la tabla 9, no permiten una interpretación directa e intuitiva de los coeficientes o de sus errores.

El análisis de regresión logística presentado en la tabla 9 confirma el perfil sociodemográfico de las personas que son favorables a la regularización: manteniendo lo demás constante, ser mujer, ser relativamente joven, o de edad avanzada (el cuadrado de la edad tiene un efecto significativo de signo opuesto al de la edad, lo que indica que a edades relativamente avanzadas el crecimiento de la actitud favorable se invierte), ser miembro de la clase obrera no cualificada o estar inactivo en el mercado laboral y ser de origen extranjero, todo ello reduce la probabilidad de apoyar la regularización. Cuando además se tienen en cuenta las actitudes religiosas y sobre la moral sexual (modelo 2), se comprueba que manteniendo constantes las características sociodemográficas de los individuos, la conformidad con la Iglesia y las actitudes intolerantes con respecto a la sexualidad incrementan de forma significativa la propensión a rechazar la regulación

de la prostitución. El modelo que completa las características demográficas con las actitudes es un modelo que determina considerablemente mejor los datos que el puramente sociodemográfico (el coeficiente de *McFadden* da una idea de ello). Resulta especialmente notable que el género sigue teniendo un papel explicativo en las actitudes hacia la prostitución incluso manteniendo constante la religiosidad, pues las mujeres son más religiosas que los hombres y el efecto de género podía deberse a esa característica. También es muy notable que los efectos de clase social persistan, aunque se debiliten, al tener en cuenta las actitudes morales, pues la clase obrera no cualificada tiene de hecho actitudes menos abiertas y más religiosas.

Si se completa el modelo explicativo con el consumo de prostitución (modelo 3), entonces el efecto del género desaparece. Es decir, manteniendo constante el haber consumido o no prostitución, la diferencia de actitudes hacia la prostitución entre hombres y mujeres deja de ser significativa, *ceteris paribus*. Naturalmente esto no significa que no exista un efecto del género, que creemos que está bien establecido, sino que dicho efecto se manifiesta a través de estilos de vida y pautas de conducta (las pocas mujeres incluidas en la muestra que sí han consumido prostitución, están a favor de legalizarla).

Tabla 9: La prostitución es inevitable y por tanto debería estar legalizada Análisis multivariante.

	Modelo 1			Modelo 2			Modelo 3		
	Coef	E.T.	p	Coef	E.T.	p	Coef	E.T.	p
MUJER	-0,368	0,143	0,01	-0,327	0,152	0,03	-0,193	0,161	0,23
EDAD	0,119	0,021	0,00	0,126	0,023	0,00	0,118	0,023	0,00
Edad cuadrado	-0,001	0,000	0,00	-0,001	0,000	0,00	-0,001	0,000	0,00
Directivos	-0,198	0,345	0,57	-0,276	0,369	0,45	-0,238	0,374	0,53
No manuales	-0,181	0,283	0,52	-0,227	0,302	0,45	-0,213	0,303	0,48
Manuales cualificado	-0,228	0,286	0,43	-0,251	0,307	0,41	-0,257	0,308	0,40
Manuales no cualificado	-0,803	0,311	0,01	-0,786	0,336	0,02	-0,721	0,340	0,03
Inactivos y nc	-0,581	0,289	0,04	-0,562	0,309	0,07	-0,516	0,310	<u>0,10</u>
Extranjero	-0,889	0,293	0,00	-0,718	0,310	0,02	-0,720	0,317	0,02

Menos de 2.000	-0,385	0,325	0,24	-0,310	0,342	0,36	-0,332	0,343	0,33
De 2.001 a 10.000	-0,548	0,258	0,03	-0,461	0,271	<u>0,09</u>	-0,489	0,273	<u>0,07</u>
De 10.001 a 50.000	-0,244	0,243	0,32	-0,081	0,256	0,75	-0,085	0,257	0,74
De 50.001 a 100.000	0,181	0,296	0,54	0,386	0,316	0,22	0,416	0,318	0,19
De 100.001 a 500.000	-0,217	0,247	0,38	-0,150	0,259	0,56	-0,115	0,260	0,66
De 500.001 a 1 Millón	0,21	0,363	0,56	0,415	0,390	0,29	0,352	0,391	0,37
Religioso				-0,588	0,176	0,00	-0,536	0,177	0,00
Índice tolerancia sexual				-0,294	0,066	0,00	-0,282	0,068	0,00
Ha pagado							0,755	0,291	0,01
Constante	-1,016	0,569	0,074	-0,284	0,611	0,216	-0,392	0,622	0,53
R ² de McFadden	5,9			15,6			19,1		
N	1502			1414			1398		

Coef: coeficientes de regresión, donde el signo indica si aumenta o disminuye el acuerdo con la legalización. E.T. error típico de los coeficientes estimados. P es la probabilidad de que se haya detectado el efecto por error bajo los supuestos normales del muestreo aleatorio. En negrita los casos tales que $p < 0,05$; subrayados aquellos tales que $0,05 < p < 0,1$.

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del estudio 2738 del CIS de enero de 2008.

CONCLUSIONES

Hace ya algunos años, y no sin cierta dosis de ironía, Maricel Chavarría apuntó a los procesos que pueden conducir a una legalización de la prostitución: la regulación contenta a todo el mundo (2007: 32). Ciertamente, felices con la medida serían empresarios, clientes y las llamadas prostitutas libres, pero también el Estado, el vecindario e, incluso, “aquellas mujeres que aún prefieren que su pareja tenga una prostituta a mano, pues de este modo siempre volverá al hogar”. La sociedad española, a pesar de las cautelas mencionadas a lo largo del trabajo, apoya también esta visión: todo parece apuntar a la existencia de un sólido apoyo a la legalización de la prostitución. Este apoyo no es, desde luego, uniforme, viéndose mermado en el caso de las mujeres, de algunos grupos de edad (jóvenes y mayores), de algunos sectores de clase social desfavorecidos y de los extranjeros. El apoyo está muy condicionado, además, por la religiosidad, la actitud tolerante hacia la sexualidad y la participación en el comercio sexual (otros rasgos del estilo de vida sexual y de pareja no resultan importantes). Nuestro análisis encuentra importantes continuidades

entre los datos ofrecidos por encuestas generalizables al conjunto de la población, y estudios anteriores parciales que abordaban también la pregunta de qué postura adoptan los españoles ante las diferentes opciones de política pública en este terreno.

Muchas son las preguntas que han de ser aún abordadas, y que dependen de mejores instrumentos de medida. Sería necesario un acercamiento más detallado para establecer posibles relaciones entre las actitudes hacia la legalización de la prostitución, y visiones dominantes sobre la sexualidad femenina, la persistencia del patriarcado, o la igualdad de género. Quizás una postura alejada de la prohibición y el castigo entronque con posturas liberales en relación con el control por parte de la mujer de su propio cuerpo. Tampoco sería descabellado proponer relaciones entre las ideas dominantes en relación con la violencia de género y las ideas asumidas en relación con la prostitución. Más aún, tal y como se ha discutido en este artículo, es necesario establecer distinciones entre las actitudes hacia la legalización de la prostitución y las actitudes hacia las mujeres (y hombres) que ejercen la prostitución. Obviamente, otra cuestión de la

máxima relevancia tiene que ver con las percepciones dominantes acerca del consumo de prostitución, cuestión que está cada vez más

asociada a una satisfactoria gestión pública de esta realidad.

NOTAS

1. Agradecemos los comentarios y sugerencias de los evaluadores anónimos.
2. La prostitución, naturalmente, no se restringe a la prostitución femenina; la existencia en España de un importante negocio en torno a la prostitución masculina está ya documentada (Salmerón et al, 2010); la prostitución, además, intersecciona con la identidad sexual. Los datos de encuesta, sin embargo, no permiten realmente distinguir entre estos tipos de prostitución y, por lo tanto, a partir de ahora nos ceñiremos al estudio de la modalidad más importante en términos numéricos.
3. Para una completa revisión, puede consultarse el informe de Brufao (2008: capítulo 4). Véase también el interesante trabajo de Villacampa y Torres (2013).
4. La referencia técnica a este estudio es: Estudio CIS #2738, de enero de 2008 sobre actitudes y prácticas sexuales. Algunos aspectos de esta encuesta han sido abordados en el libro de Ayuso y García (2014).
5. Pregunta 67 (sexto ítem de la pregunta); para una lectura rápida de la encuesta: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2720_2739/2738/e273800.html
6. La respuesta de los inactivos no es realmente sorprendente, pues concentra a muchos jóvenes, mujeres y personas mayores, que ya sabemos que son menos propensos a estar de más acuerdo con la legalización que el resto de la población.
7. La pregunta 54 del estudio Cis 2008 preguntaba sobre a quién le gusta más el sexo: el 52% respondió que a los hombres, el 40 % por igual a hombres y a mujeres, y únicamente el 6% a las mujeres.
8. No cabe duda que el mejor conocimiento de la demanda de prostitución es una asignatura pendiente en España. Resumiendo la literatura existente, parece que el cliente de prostitución responde a motivaciones muy diversas, que estas motivaciones varían notablemente en función de si se vive en un entorno rural o urbano, y, también, que puede estarse dando un resurgir del consumo de prostitución vinculado al desafío presentado a las masculinidades tradicionales. Este resurgir no puede ignorar la transformación de la demanda de prostitución, ligada a la incorporación masiva de mujeres extranjeras. Pueden consultarse los trabajos de Díez (2012) o López y Baringo (2007).

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- AYUSO, L. y GARCÍA, L. 2014, *Los españoles y la sexualidad en el siglo XXI*, Cis, Madrid.
- BARREIRO, B. 2000, *Democracia y conflicto moral: la política del aborto en España e Italia*, Ediciones Istmo, Madrid.
- BRUFAO, P. 2008, *Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición*, Fundación Alternativas, Madrid.
- CALVO, K. 2003, "Actitudes sociales y homosexualidad en España" en *Sexualidades: diversidad y control social*, eds. O. Guasch Andreu & O. Viñuales Meléndez, Bellaterra, Barcelona. pp. 299-320.
- CHAVARRÍA, M. 2007, "La prostitución en la era de los nuevos feminismos: una sociedad confundida", *Hermes: pensamendu eta historia aldizkaria = revista de pensamiento e historia*, nº 23, pp. 30-32.
- COMAS, D. 2013, *Opiniones y Actitudes de los Estudiantes Madrileños ante la Prostitución*, Fundación Atenea, Madrid. Accesible en: <http://fundacionatenea.org/http://fundacionatenea.org/wp-content/uploads/2013/10/OPINIONES-Y-ACTITUDES-ESTUDIANTES-MADRILE%C3%91OS-PROSTITUCI%C3%93N.pdf> [consultado por última vez el día 24 de Febrero de 2015].
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. 2007, Acuerdo de la Comisión Mixta de los derechos de la mujer y de la igualdad de oportunidades por el que se aprueba el informe de la Ponencia sobre la situación actual de la prostitución

- en nuestro país. BOCG; Serie A, nº 379, de 24 de Mayo. Accesible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CORT/BOCG/A/CG_A379.PDF [consultado por última vez el día 24 de Febrero de 2015].
- DÍEZ, E.J. 2012, “El papel de los hombres en la prostitución”, *Nuestra bandera: revista de debate político*, nº 232, pp. 39-54.
- ENGMAN, E. 2007, “Prostitución y tráfico de mujeres. Las actitudes en Suecia y las experiencias para combatirlo”, *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria= revista de pensamiento e historia*, vol. 23, pp. 4-8.
- European Parliament 2012, “Gender Inequalities in the European Union”, *Flash Eurobarometer*, vol. 341.
- FOWLER, F. y COSENZA, C. 2008, “Writing effective questions”, *International handbook of survey methodology*, vol. 8, pp. 136-159.
- GARCÍA Vicente, L.M., BARAHONA GOMARIZ, M.J., HERAS VALLE, V.d.I. & CORCHADO CASTILLO, A. 2010, “Los estudiantes universitarios ante el fenómeno de la prostitución”, *Trabajo social hoy*, nº 59, pp. 7-24.
- GIMENO, B. 2012, *La prostitución: aportaciones para un debate abierto*. Bellaterra, Barcelona.
- JULIANO, D. 2003, “Prostitución: el modelo de control sexual femenino a partir de sus límites” en *Sociología de la Sexualidad*, eds. R. Osborne Verdugo & O. Guasch Andreu, CIS, Madrid, pp. 178-197.
- KOTSADAM, A. y Jakobsson, N. 2011, “Do laws affect attitudes? An assessment of the Norwegian prostitution law using longitudinal data”, *International Review of Law and Economics*, vol. 31, nº 2, pp. 103-115.
- KUOSMANEN, J. 2011, “Attitudes and perceptions about legislation prohibiting the purchase of sexual services in Sweden”, *European Journal of Social Work*, vol. 14, nº 2, pp. 247-263.
- LÓPEZ, R. y BARINGO, D. 2007, “Ciudad y prostitución heterosexual en España: el punto de vista del “cliente” masculino”, *Documentación social*, nº 144, pp. 59-74.
- MIGUEL, A.d. 2014, “La prostitución de mujeres, una escuela de desigualdad humana”, *Dilemata*, nº 16, pp. 7-30.
- MONTERO, J.R. y CALVO, K. 2005, “Valores y religiosidad” en *España: sociedad y política en perspectiva comparada: un análisis de la primera ola de la Encuesta Social Europea*, Tirant lo Blanch, pp. 147-170.
- OSBORNE, R. 2003, “La organización de la sexualidad en Occidente: el papel de la institución en la prostitución” en *Sexualidades: diversidad y control social*, eds. O. Guasch Andreu y O. Viñuales Meléndez, Bellaterra, Barcelona, pp. 235-258.
- REY, F. 2006, “La prostitución ante el derecho: problemas y perspectivas”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 2, pp. 97-119.
- SALMERÓN, P., BALLESTER ARNAL, R., GIL, M.D., GIMÉNEZ GARCÍA, C. y GIL JULIÁ, B. 2010, “Trabajadores masculinos del sexo: datos sociodemográficos, historia sexual y realidad profesional”, *Fòrum de Recerca*, nº 15, pp. 383-396.
- SCHMITT, S., EUCHNER, E. Y PREIDEL, C. 2013, “Regulating prostitution and same-sex marriage in Italy and Spain: the interplay of political and societal veto players in two catholic societies”, *Journal of European Public Policy*, vol. 20, nº 3, pp. 425-441.
- SIMÓN, P. 2012, *Por qué legalizar la prostitución es mala idea. Politikón*. Accesible en: <http://politikon.es/2012/07/30/por-que-legalizar-la-prostitucion-es-mala-idea/> [[consultado por última vez el día 24 de Febrero de 2015].
- STYCHIN, C.F. 1995, *Law's desire: Sexuality and the limits of justice*, Psychology Press.
- TAMARIT, J.M. 2007, “Regular la prostitución: razones y retos”, *Hermes: pentsamendu eta historia aldizkaria = revista de pensamiento e historia*, nº 23, pp. 10-16.
- VALOR-SEGURA, I., EXPÓSITO, F. y MORALES, M.C.M. 2011, “Attitudes toward prostitution: is it an ideological issue?”, *The European journal of psychology applied to legal context*, vol. 3, nº 2, pp. 159-176.
- VILLACAMPA, C. y TORRES, N. 2013, “Políticas criminalizadoras de la prostitución en España: Efectos sobre las trabajadoras sexuales”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 15.

ESTUDIOS

Víctima del delito y Europa

Juan-Luis Gómez Colomer

Relato y justificación. En el corazón deliberativo de un jurado (a propósito de Twelve angry men)

José Manuel Cabra Apalategui

Metateoría jurídica analítica del siglo XXI: teorías monistas y pluralistas en el estudio del derecho

Nicolás López Pérez

VÍCTIMA DEL DELITO Y EUROPA VICTIM OF CRIME AND EUROPE

Juan-Luis Gómez Colomer

RESUMEN

Estudio particularizado de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/AI del Consejo, así como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la víctima del delito. La transposición de la Directiva se encuentra hoy en nuestro país en tramitación parlamentaria (Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito).

Va a obligar a cambios no deseados ni exigidos, puesto que en España la víctima, a diferencia de los demás países europeos, puede ser parte plena en el proceso penal (acusación particular), además de a otros necesarios que serán bienvenidos. No va a afectar sin embargo a lo más importante: Provocación de modificaciones en algunas actitudes prácticas de los poderes públicos en la investigación de ciertos delitos con víctimas vulnerables, una reconsideración del restringido valor probatorio de la declaración de la víctima cuando es testigo, y una mayor efectividad de las medidas de protección cuando la víctima está realmente en peligro.

PALABRAS CLAVE

Víctima del Delito, Unión Europea, Directiva, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Proceso Penal, Derechos Procesales

ABSTRACT

Particularized study of the Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, and of the case law of the European Court of Human Rights regarding victims of crime. The Spanish Parliament is currently discussing the transposition of this Directive (Draft Law of the Legal Statute of Victims of Crime).

It is going to produce unrequired changes, given that in Spain, unlike in the rest of European countries, the victim can become a party in the criminal procedure (private prosecutor), as well as other necessary adjustments. However, it will not affect what is most important: The modification of some attitudes of public authorities related to the investigation of crimes with vulnerable victims, the reconsideration of the limited evidentiary value of the statements of victims who are witnesses, and the effectiveness of protective measures when victims are in real danger.

KEYWORDS

Victims of Crime, European Union, Directive, European Court of Human Rights, Criminal Procedure, Procedural Rights

VÍCTIMA DEL DELITO Y EUROPA*

Juan-Luis Gómez Colomer**

Universidad Jaume I de Castellón

Sumario: 1. Introducción. 2. La protección de la víctima del delito en la Unión Europea: A. Las razones de la preocupación comunitaria por la víctima y su engage en la metodología de producción legal europea. B. Sobre la armonización de la legislación europea: Intentos producidos. C. Los avances de la Directiva 2012/29. 3. Los derechos de las víctimas en el nuevo diseño europeo. 4. Las aportaciones de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 5. Conclusión crítica para España. Notas

1. INTRODUCCIÓN

He dedicado los últimos cuatro años al estudio de la víctima del delito, tanto en mi país, como en Estados Unidos, en Alemania y en Italia. He estudiado también la legislación de la Unión Europea y las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El resultado de esta investigación es, de momento, una monografía¹ y cuatro artículos², sin contar el que está Vd. leyendo, ni los pasajes, apartados de libros o artículos en los que he tratado esta cuestión, ni las múltiples conferencias impartidas en todo el mundo sobre la materia.

Este escrito quiero dedicarlo a Europa y a su legislación y jurisprudencia, considerando la situación en la Unión Europea, con un breve apunte para el TEDH. Poco tratada por los procesalistas españoles, aunque afortunadamente cada vez hay más obras que tocan esta perspectiva, singularmente en este tema, su importancia es sin embargo decisiva, porque cuando Europa toma una decisión legislativa, ello nos afecta inmediatamente, traduciéndose en los casos más numerosos en los últimos

tiempos y por imperativo legal en una obligación de modificar nuestra legislación interna; lo que nos suele colocar en una encrucijada, porque no siempre se ha hecho bien.

En punto a la víctima se plantean numerosos problemas. Es particularmente remarkable, por poner el ejemplo más importante, la lucha de la víctima por el reconocimiento de sus derechos en determinados delitos en los que como persona resulta muy vulnerable (acoso sexual, agresión sexual, violación, acoso laboral, trato degradante, menoscabo grave de la integridad, actos hostiles y humillantes, vejaciones y maltrato psicológico, y violencia de género), lo que afecta especialmente desde el punto de vista procesal a la investigación y prueba de los mismos.

España todavía no ha cambiado su sistema de enjuiciamiento criminal, basado en el proceso penal francés acusatorio formal o mixto, al sistema adversarial de origen anglosajón, principalmente al que se considera hoy modelo, el proceso penal federal de los Estados Unidos de América. Lo ha intentado, pero en

* Artículo en homenaje al Prof. Dr. **Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi**, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla, con motivo de su jubilación. Por razones que no son del caso, pero ajenas a mi persona y voluntad, no pude entregar a tiempo esta contribución para su publicación en su libro-homenaje.

** Catedrático de Derecho Procesal

el momento de escribir estas páginas todavía no lo ha logrado.

La verdad es que si atendiéramos exclusivamente a la situación jurídico-procesal penal de la víctima del delito, la regulación actual no debería ser modificada demasiado profundamente (naturalmente siempre habría cosas que mejorar), o al menos no tan drásticamente como un cambio de sistema supondría. Más bien deberían modificarse algunas actitudes prácticas de los poderes públicos en la investigación de ciertos delitos con víctimas vulnerables, una reconsideración del valor probatorio de la declaración de la víctima cuando es testigo, y una mayor efectividad de las medidas de protección cuando la víctima está realmente en peligro. Con ello sería prácticamente suficiente.

Pues bien, todas estas cuestiones van a sufrir profundos cambios en España motivados directamente por la aprobación en la Unión Europea de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/AI del Consejo.

Esta norma obligará a cambios no deseados ni exigidos en España, además de a otros necesarios que serán bienvenidos. Y los cambios vendrán pronto en la forma de una nueva legislación que afectará exclusivamente a la víctima del delito, porque se encuentra en tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, que traspone la Directiva Europea que vamos a considerar en este artículo.

2. LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA DEL DELITO EN LA UNIÓN EUROPEA

La víctima del delito en cuanto institución jurídica de la Unión Europea engloba un

conjunto problemático de difícil encaje y no menos fácil solución en múltiples aspectos, problemática a la que no es ajena cualquier organización supranacional que desee una regulación única del proceso penal en su conjunto para los países miembros que la conforman, o al menos de aspectos claves del mismo, con fines armonizadores y homogeneizadores, en tanto la unificación normativa se produce.

A. LAS RAZONES DE LA PREOCUPACIÓN COMUNITARIA POR LA VÍCTIMA Y SU ENGARCE EN LA METODOLOGÍA DE PRODUCCIÓN LEGAL EUROPEA

La inquietud por la víctima del delito en la Europa comunitaria es sorprendentemente muy reciente. Ha existido preocupación cuando, en forma progresiva, se ha sido consciente por las autoridades que difícilmente se podía atender adecuadamente a la reparación del daño sufrido por la víctima a causa del hecho ilícito que es el delito, si no se le daba una oportunidad de poder expresar su opinión ante un tribunal, en forma más o menos amplia, más o menos generosa.

Esta idea ha ido calando desde hace unos pocos años, de manera tal que hoy, plenamente integrada en la legislación, se admite sin matices. Ha sucedido algo parecido a lo que ha sido la creciente importancia de la posición en el ordenamiento jurídico de la víctima en los Estados Unidos de América³.

El fundamento es plenamente asumible: Vulnera el principio del proceso debido (o sus variantes, el proceso equitativo o justo, o el derecho al proceso con todas las garantías) que la víctima no participe en el proceso en el que debe dilucidarse, además de la culpabilidad del autor del delito que ha sufrido, si tiene derecho también a obtener una reparación del daño, físico, psíquico o moral, que se le ha causado.

Esta evolución es estrictamente procesal civil, por tanto, en ningún caso estamos hablando de participación penal de la víctima en el

proceso penal, sino de participación civil de la víctima en el proceso penal, pues de lo que se trata es de obtener la reparación civil del daño causado. A nivel de la Unión Europea no se ha planteado todavía el primer tema.

Sin perjuicio de que existan normas que le afecten por aplicación indirecta, o muy puntualmente en forma directa, una consideración global de la víctima, en la que claramente se incluya una serie de normas que regulan lo que se denomina su estatuto jurídico, no se produce hasta el año 2001, es decir, hace menos de 15 años, cuando se aprueba la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal⁴.

Esa Decisión Marco estableció los derechos mínimos que pueden ejercer las víctimas de delitos en relación con los procesos penales. También contenía disposiciones por las que se garantizaba a las víctimas el derecho a ser oídas, la oportunidad de participar en los procesos (incluso si el delito se cometió en otro Estado miembro), así como su protección, indemnización y acceso a mediación y a cualquier otra información de interés.

Sus aspectos más relevantes hicieron referencia a los derechos constitucionales y ordinarios que se pretendía que tuviesen todas las víctimas en el marco legal de la Unión Europea⁵. Debo señalar los siguientes (conforme a los arts. 2 a 9):

- a) Derecho a la dignidad;
- b) Derecho a ser informada sobre sus derechos y la mejor manera de proteger sus intereses, así como sobre el desarrollo del proceso;
- c) Derecho de audiencia cuando se considere necesaria o relevante su intervención;
- d) Derecho a ofrecer medios de prueba;
- e) Derecho a declarar por videoconferencia en caso necesario (residencia en el extranjero por ejemplo);

- f) Derecho de asistencia a las víctimas de delitos, no sólo durante el desarrollo del proceso penal, sino incluso también antes o después del mismo, favoreciendo la creación de instituciones públicas y privadas de apoyo, asistencia y ayuda a las víctimas;
- g) Derechos de asistencia e indemnización de gastos si declaran como testigos (evitación de la segunda victimización);
- h) Derecho a que su familia sea también protegida;
- i) Derecho a la restitución y compensación indemnizatoria por los daños sufridos; y
- j) Consideración particular de las víctimas más vulnerables⁶.

También daba un impulso esta Decisión Marco a la mediación penal como forma autocompositiva, pidiendo a los Estados que tomaran en consideración el posible acuerdo entre ambas partes (art. 10)⁷.

Finalmente, apostaba por cambios en la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea para mejorar la defensa de los intereses de las víctimas en el proceso penal (art. 12).

Ha sido la primera norma importante relativa a la víctima aprobada por la Unión Europea. Pero la Decisión Marco fue un fracaso⁸. Ningún Estado europeo la transpuso como se debía hacer, España tampoco, y al final acabó siendo considerada como una recomendación⁹. Era más que previsible su pronta derogación y sustitución por una norma más directa y eficaz, lo que sucede a finales de 2012 (art. 30 Directiva 2012/29, a considerar inmediatamente).

Ese paso fue facilitado por el art. 82.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰, dentro del Capítulo IV del Título V, dedicado a Cooperación Judicial en Materia Penal¹¹, al disponer que:

“2. En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

Estas normas se referirán a:

- ...
- c. los derechos de las víctimas de los delitos.
- ...

Otras normas propiciaron igualmente que el tema de la víctima del delito avanzara decisivamente¹². Citemos en función de los temas regulados:

1º) La Resolución de 10 de junio de 2011 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales¹³ (el llamado “Plan de Trabajo de Budapest”), en la que el Consejo declaró que debían tomarse medidas a escala de la Unión para reforzar los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

2º) La Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer¹⁴, en la que se insta a los Estados miembros a que mejoren sus legislaciones y políticas nacionales destinadas a combatir todas las formas de violencia contra la mujer y emprendan acciones destinadas a combatir las causas de la violencia contra las mujeres, en particular mediante acciones de prevención, y se pide a la Unión que garantice el derecho de asistencia y ayuda a todas las víctimas de la violencia.

3º) La Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la Unión para combatir la violencia contra las mujeres¹⁵, en la que se proponía una estrategia para combatir en general la violencia contra las mujeres, y en particular la violencia doméstica y la mutilación genital femenina, como base para futuros instrumentos legisla-

tivos de Derecho penal de lucha contra la violencia de género, incluido un marco para combatir la violencia contra las mujeres (política, prevención, protección, persecución, previsión y asociación) seguido de un plan de acción de la Unión.

4º) La Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección¹⁶, establece un mecanismo para el reconocimiento mutuo entre los Estados miembros de las medidas de protección en materia penal.

5º) La Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas¹⁷.

6º) La Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil¹⁸.

Estas dos últimas abordan, entre otras, las necesidades específicas de las categorías particulares de víctimas de la trata de seres humanos, los abusos sexuales, la explotación sexual y la pornografía infantil.

7º) Y la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo¹⁹, reconoce que el terrorismo constituye una de las violaciones más graves de los principios en los que se basa la Unión, incluido el principio de la democracia, y confirma que constituye, entre otros, una amenaza para el libre ejercicio de los derechos humanos.

Debe citarse también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 18 de mayo de 2011, sobre “Refuerzo de los derechos de las víctimas en la Unión Europea”, porque hace hincapié en los aspectos de la protección existentes hasta la fecha que conviene reforzar y la

necesidad de un marco europeo de protección, como el diseñado con la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.

B. SOBRE LA ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA: INTENTOS PRODUCIDOS

Aunque no sería correcto, ni exacto, afirmar que la suerte de la víctima en el Derecho europeo es paralela a la suerte de un proceso penal europeo único, es decir, común a todos los Estados miembros de la Unión Europea, lo cierto es que la situación jurídica de la víctima sí participa de los fracasos habidos en lograr dicho proceso penal unificado.

Me explicaré: Europa debería haberse ocupado hace ya muchos años, con el magnífico instrumento que es el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, y con la larga tradición jurisprudencial que lo interpreta a cargo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que todos los países miembros de la Unión Europea forman parte del Consejo de Europa, de haber sentado al menos unas bases comunes del proceso penal europeo, haber sido aprobadas y estar aplicándose en todos los estados miembros. Esto habría sido especialmente útil, por ejemplo, si se hubiera armonizado la fase de investigación del crimen previa a la acusación y al juicio oral, porque garantizaría un juicio oral seguro en materia probatoria en cualquier país europeo. Pero sólo en el Tratado de Maastricht en 1992 empieza a atisbarse un deseo de armonización en materia penal, al crear como tercer pilar la cooperación judicial y policial en materia penal, que hoy ya no existe como tal (v. inmediatamente).

Sin embargo, está comprobado que hay una resistencia numantina a una armonización y homologación europea del proceso penal²⁰, por dos razones básicamente. La primera probablemente sea la negativa de los Estados más poderosos a renunciar a su soberanía en ma-

teria de legislación penal y, por ende, procesal penal, pero intentos serios los ha habido; la segunda, que el ámbito de los derechos fundamentales a los que afectaría esa armonización requiere de acuerdos previos que *a priori* y en puntos concretos se ven muy difíciles de lograr, por ejemplo, sobre el alcance del derecho a la libertad. Pero sin duda hay más razones, que ahora no podemos considerar²¹.

Por eso el avance es muy lento. No es sensato pensar en un proceso penal europeo como objetivo inmediato²². Hoy, y desde hace tiempo ya, se analiza el tema desde la perspectiva de instrumentos que no siempre son fáciles de entender, en el marco del llamado “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, creado en 1997 por el Tratado de Ámsterdam partiendo del antiguo tercer pilar de la Unión Europea²³, antes citado, y periódicamente desarrollado y ampliado. Sus bases fundamentales y principios rectores eran (y son): Mutua confianza, armonización jurídica de los sistemas legales y ordenamientos jurídicos de los países miembros, reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales con base en el principio de reciprocidad y una colaboración más estrecha y fructífera en temas de cooperación judicial y justicia transaccional, dan frutos, pero no es suficiente, aunque alguno de ellos haya sido muy importante²⁴.

No estoy pensando en acuerdos concretos, en forma de convenio internacional, decisión marco o directiva generalmente, sobre derechos fundamentales, constitución europea, competencia penal en determinadas materias, reconocimiento europeo de medidas cautelares internas, orden de detención europea, actos de cooperación jurisdiccional internacional en el seno de la Unión Europea, eficacia europea de bases de datos policiales, persecuciones transfronterizas, reconocimiento mutuo de medios de prueba y sus resultados prácticos, reconocimiento de sentencias, eficacia de condenas penales en otros estados o sobre otras materias similares. Esto es relativamente fácil, pues se trata de cuestiones muy prácticas y concretas

en donde es relativamente sencillo llegar a consensos, o al menos debería serlo²⁵.

No, me estoy refiriendo al *Corpus Iuris*²⁶. El *Corpus Iuris* es (fue en realidad) un proyecto de la Unión Europea para la protección penal y procesal penal de sus intereses financieros, pero que, de haber salido adelante, habría implicado mucho más que eso. Gestado en 1997, incluso antes, su texto de 1999 está hoy aparcado parece que definitivamente y en vía muerta. Constituyó el intento de armonización del proceso penal europeo más serio probablemente, aunque su objeto se limitara a la persecución del fraude y tutela del presupuesto de la Unión²⁷.

El texto recogía un articulado armónico y unitario, en donde se preveían los tipos penales básicos y las normas procedimentales mínimas atinentes a dicho fin, que se aplicarían en todos los países de la Unión Europea, cuyas normas internas serían complementarias.

Los aspectos clave de la regulación que ahora nos interesan afectaban a la creación de un Ministerio Público europeo y a la organización de la fase de investigación:

1º) El Ministerio Público Europeo: era la novedad esencial probablemente. El órgano acusador iba a ser en principio el Fiscal europeo, en régimen de monopolio y totalmente independiente. Habría estado al frente el Fiscal General Europeo y tenido bajo su mando a los Fiscales Europeos Delegados y a los Fiscales nacionales.

Las autoridades nacionales estaban obligadas a colaborar con la Fiscalía europea, que podía incluso delegar provisionalmente la ejecución de determinadas materias en ellas, lo cual afectaba especialmente a la Policía²⁸.

De entre sus funciones, que asumirían cualquiera de sus miembros, la más importante era la de ser el responsable de la investigación criminal dirigiendo la persecución penal²⁹.

2º) La fase de investigación: Se denominaba legalmente "fase preparatoria". Lo curioso era que el procedimiento en esta fase era eu-

ropeo, no nacional (a diferencia de la vista pública que tendría lugar ante un tribunal nacional), y era además secreto³⁰.

La puesta en marcha de la investigación se debía a denuncia, o comunicación equivalente, de la existencia de un hecho punible de los tipificados en el *Corpus Iuris*, formulada por una autoridad nacional (Policía, Fiscalía, Juez de Instrucción o una autoridad interna fiscal o de aduanas), por una autoridad europea, por un ciudadano, o por queja de la Comisión europea.

La regulación de los actos de investigación pretendía alcanzar un equilibrio entre los países de tradición inquisitiva, es decir, donde todavía instruye un Juez (entonces Benelux, Francia y España), y los de sistema acusatorio, en donde instruye un Fiscal (los demás): Por un lado, el Fiscal tendría atribuido el monopolio de la investigación, que conduciría en función de la solidez de las pruebas (modelo inquisitivo), y por otro un Juez controlaría la legalidad de esa investigación y el respeto a los derechos fundamentales de las medidas en ella acordadas (modelo acusatorio).

La técnica consistía en atribuir al Ministerio Público europeo ciertos poderes de investigación, a saber, dirección de la investigación, coordinación de la investigación y avocación de casos, todo ello con el fin de permitir hallar la verdad y meritar si el asunto debe ser llevado a juicio, debiendo recogerse tanto lo que beneficiase como lo que perjudicase al imputado.

Los actos que podía practicar el Fiscal, mezclándose actos de investigación y medidas cautelares, eran los siguientes: a) Interrogatorio del acusado; b) Recogida de documentos y datos informatizados; c) Solicitud al Juez de las Libertades para que nombre un perito; d) Solicitud al Juez para que autorice registros, embargos y escuchas telefónicas, así como su ejecución en caso positivo; e) Interrogatorio de testigos; f) Imputación de los cargos al acusado; y g) Solicitud al Juez de las Libertades de la orden de detención, o de puesta bajo control judicial (obsérvese que la detención era orde-

nada por el Fiscal europeo, pero controlada por el Juez de las Libertades).

Concluida la fase de investigación, el Fiscal europeo tenía posibilidad de ofrecer alternativas a la persecución penal: a) Traslado de las actuaciones a las autoridades nacionales, para que ellas continuasen el procedimiento, cuando los hechos no revistiesen especial gravedad; b) Archivo de las actuaciones, en el supuesto de que el acusado reconociese su culpabilidad, reparase el daño causado y restituyese los fondos irregularmente percibidos; y c) Autorización para que la autoridad nacional que hubiese solicitado la persecución pudiera negociar.

Pero este proyecto no fructificó. Lamentablemente, el Derecho Penal y Procesal Penal europeo real no es el proceso penal armonizado³¹, esto sigue siendo una utopía, sino los acuerdos concretos conveniados a que me refería hace un momento.

Si ello se hubiera logrado, es decir, si gozáramos ya de un proceso penal europeo, la situación de la víctima del delito no sería la que es hoy, más una preocupación extraprocesal que procesal, porque en Europa, que no en España, se sigue sin abordar el problema fundamental de si la víctima debe ser parte plena acusadora en el proceso penal, como ocurre en España, o no³².

Las normas relativas a la víctima del delito forman parte en Europa, pues y de momento, no de un código en el que se recoja el proceso penal europeo, sino de una regulación concreta y específica.

Tampoco podemos afirmar que ello haya sido un impedimento para continuar avanzando en la mejora de la posición jurídica de la víctima del delito en la Unión Europea. No lo ha sido, pero el desarrollo es distinto, de peor calidad y mucho más lento, como se verá a continuación.

C. LOS AVANCES DE LA DIRECTIVA 2012/29

Como es sabido, en Europa coexisten varios sistemas jurídicos distintos: El *Common*

Law (Inglaterra, Gales e Irlanda) y el *Civil Law* (Francia, Alemania, Italia, España, etc.) son los más conocidos, pero también hay que contar con el sistema jurídico nórdico (Finlandia, Suecia, Noruega y Dinamarca), el sistema jurídico socialista (Rusia y países satélites, en lo que quede tras la caída del muro de Berlín en 1999) y el sistema jurídico religioso (Vaticano, Turquía, con matices), con grandes variantes de un país a otro aunque se forme o se haya formado parte de la misma familia jurídica. Hay también sistemas mixtos (Escocia), y no olvidemos a la misma Unión Europea, que tiene su propio sistema jurídico.

Como la Unión Europea está formada por países que forman parte de esos sistemas (salvo el religioso), armonizar todos ellos es realmente complicado, de ahí que muchas veces la queja de ser escasa o poco comprometida una regulación concreta sea injusta, porque no se piensa verdaderamente en los enormes sacrificios y multitud de horas gastadas en negociaciones al límite para que finalmente un texto al menos pueda aprobarse.

Negociar un texto amplio, como un código procesal penal, es muy complicado, pero un texto concreto y preciso como el estatuto jurídico de la víctima no lo es tanto. La tarea más importante es proponer una norma en la que el sistema de *Common Law* y el sistema de *Civil Law* estén de acuerdo, al ser los dos más importantes.

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/AI del Consejo, es la última de esas propuestas armonizadoras respecto a instituciones concretas³³. En líneas generales se puede decir que representa un importante avance para todos aquellos países en los que la víctima no tiene reconocido el derecho a ser parte plena acusadora al lado del Ministerio Fiscal en el proceso penal³⁴. Pero tampoco lancemos las campanas

al vuelo, pues las diferencias entre las regulaciones europeas en tema de víctima del delito son a veces abismales.

La Directiva 2012 como su propio nombre indica establece las normas mínimas sobre los derechos de las víctimas de delitos, así como las medidas de apoyo y protección.

Presenta, pues, dos grandes contenidos: El establecimiento de unos derechos mínimos que deben ser reconocidos a favor a las víctimas de los delitos y unas medidas tuitivas de las mismas. Desde esta perspectiva, la Directiva revisa y complementa los principios establecidos en la Decisión Marco de 2001, a la que sustituye, de ahí que nos vayamos a centrar en el texto más nuevo.

Como reza el art. 1.1 “La finalidad de la presente Directiva es garantizar que las víctimas de delitos reciben información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en proceso penales”³⁵.

Dos son por tanto sus objetivos:

1º) Garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y

2º) Posibilitar su participación en procesos penales, asumiendo los Estados miembros determinadas obligaciones al respecto. Si la víctima es menor de edad, primará el interés del menor.

Respecto a este último aspecto, la participación en los procesos penales, se es consciente de que dicha posibilidad variará de un Estado a otro, atendiendo a la regulación nacional, es decir, si el Estado reconoce un estatuto de parte en el proceso penal (como ocurre en el caso español); si la víctima está sometida a la obligación legal o recomendación de participar activamente en el proceso penal, por ejemplo, testificando; o si tiene legalmente reconocida la posibilidad de participar de modo activo en el proceso penal y manifestar su deseo de hacerlo, cuando no tiene reconocido el estatus de parte del proceso³⁶.

La Directiva considera víctima (art. 2.1) a la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal; así como a los familiares de las personas cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona. Especial consideración presta este texto a las víctimas con necesidades especiales, que exigen un mayor esfuerzo de protección.

El primer bloque de derechos que se reconocen a las víctimas tiene como finalidad garantizar que las víctimas de un delito reciban información en su condición de tales, independientemente —como ya hemos indicado— de la participación concreta que puedan tener en el proceso en que se enjuicie el delito del que han sido víctimas (los arts. 3 a 7, reconocen, por ejemplo, el derecho a entender y ser entendido, a recibir información sobre su situación y posibilidades en el proceso penal o el derecho a recibir información sobre la causa).

En segundo lugar, se reconoce a las víctimas su derecho de acceso a los servicios de apoyo a las mismas, previstos en los distintos Estados miembros y que, si no dispusieran de él, deberán prever.

La última parte de la Directiva se dedica a la posible participación de la víctima en el proceso penal, siendo aquí donde es evidente que nuestro país tiene una situación de privilegio en tanto que reconoce a la víctima el papel de parte en el proceso penal; pudiendo tener en él, por tanto, la mayor participación que un ordenamiento puede prever, más allá de los mínimos previstos en este texto.

Si bien la Directiva supone un paso importante, como apunta VERVAELE no podemos tampoco pensar que esto suponga una equiparación entre partes y participantes, sino que queda aún mucho camino por hacer en el ámbito de la Unión³⁷; camino que en uno de los aspectos nuestro país hace mucho que se ancló

en posiciones adelantadas y mucho más ventajosas para la víctima.

Ésta es una norma de mínimos, de ahí que los Estados miembros puedan ampliar los derechos establecidos en la presente Directiva con el fin de proporcionar un nivel más elevado de protección³⁸, lo que resulta de particular interés para España, porque tiene base legal para la mejor y más completa regulación de la protección de la víctima del delito en el proceso penal. Y veremos en el apartado D) *infra* cómo se ha aprovechado el legislador español de esos “mínimos”.

Veamos sus detalles más importantes³⁹.

a) Concepto de víctima

Víctima es, con mayor precisión y según el art. 2 de la Directiva 2012/29, bien:

a) La persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal, o bien

b) Los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona⁴⁰.

Esta definición es importante porque ante todo debe saberse quién es la víctima de un delito para que puedan serle reconocidos los derechos consagrados por esta norma europea y pueda disfrutar de los mismos⁴¹. Y ese ante todo implica en primer lugar que sólo son víctimas para la Directiva, al igual que para la Decisión Marco antes vista, las personas físicas.

Pero no opta por un concepto amplio de víctima, sino estricto, pues sólo es víctima quien ha sufrido el daño o sus familiares si ha fallecido con ocasión de la comisión del hecho punible. La propuesta española va más allá, optando por un concepto amplio de víctima (la víctima indirecta, no sólo los familiares)

cuando ésta ha fallecido como consecuencia del delito⁴².

Obsérvese, y es un paso adelante muy claro, que el concepto de víctima no depende de la raza, del color, de la etnia o del origen social, ni de los rasgos genéticos, de la lengua, de la religión o de las creencias, de la opinión política o de otro tipo, ni de la pertenencia a una minoría nacional, de la propiedad, del nacimiento, de la discapacidad, de la edad, del sexo, de la expresión de género, de la identidad de género, de la orientación sexual, del estatus de residente o de la salud⁴³.

Es importante destacar igualmente que la víctima no importa en qué país europeo resida, lo importante es el daño que sufre. Por eso, cada Estado debe tomar medidas para que la norma se aplique a una víctima no nacional (art. 17 de la Directiva 2012/29)⁴⁴.

Una rápida identificación colabora decisivamente a que los primeros pasos procesales se den con seguridad y firmeza, en el sentido de determinar el hecho, su presunto autor y fijar quién es la víctima (su situación personal, sus necesidades inmediatas, edad, sexo, posible discapacidad y madurez), respetando plenamente su integridad física, psíquica y moral y protegiéndola inmediatamente a la intimidación y las represalias del autor y sus cómplices (y seguidores o admiradores). Favorece además que no contribuya a su victimización secundaria.

b) Víctimas especialmente vulnerables

La Directiva 2012/29 se preocupa en particular de las víctimas especialmente vulnerables (en sus arts. 23 y 24, entre otros), tema eludido por la Decisión Marco de 2001⁴⁵. Conforme a diferentes normas internacionales, considera víctimas especialmente vulnerables a:

a) Los menores de edad y niños, es decir, todas las personas menores de 18 años, salvo que en el país a aplicar se alcance la mayoría de edad antes.

Nos referimos en concreto al art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁶, y a los arts. 1 a 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño adoptada el 20 de noviembre de 1989⁴⁷.

b) Las personas con discapacidad.

Con fundamento también en el art. 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en la parte correspondiente en el art. 25 (derechos de las personas mayores), y en el art. 35 (derecho a la protección de la salud). Véase la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), de 13 de diciembre de 2006⁴⁸.

c) Las víctimas del terrorismo.

Se puede fundamentar en los arts. 1, 3 y 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (derechos a la vida, a la integridad de la persona y a la libertad y a la seguridad, respectivamente). Véanse, entre otros, el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, hecho en Nueva York el 1997⁴⁹; Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, Nueva York 1999⁵⁰; y el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005⁵¹.

d) Las víctimas por razón de su sexo, identidad o expresión de género, o víctimas de un sexo en particular de modo desproporcionado (violencia por motivos de género).

Con base igualmente en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Véase, entre otras normas internacionales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁵², y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia do-

méstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011⁵³.

Pero en realidad no hay una clasificación completa de las víctimas vulnerables, ni mucho menos de las víctimas especialmente vulnerables, porque cada país o región geográfica tiene sus peculiaridades⁵⁴. Por ejemplo, los países que tienen entre sus nacionales a indígenas los suelen considerar víctimas vulnerables o incluso especialmente vulnerables, los que no los tienen, no.

Estas víctimas son evaluadas conforme al procedimiento establecido en el art. 22 de la Directiva 2012/29, a cargo de servicios de apoyo a las víctimas, que pueden ser gubernamentales o no gubernamentales de acuerdo con el art. 8 de la Directiva 2012/29. La evaluación es a cargo de profesionales⁵⁵, con carácter individual y se basa en la característica personal de la víctima, en el tipo o naturaleza del delito y en las circunstancias del delito, teniendo en cuenta criterios de relación entre víctimas y autores. Los deseos de las víctimas serán tenidos siempre en cuenta⁵⁶.

Si la víctima es calificada como especialmente vulnerable, tiene las protecciones específicas fijadas en los arts. 23 y 24 de la Directiva 2012/29, que afectan a la forma de tomarle declaración, a evitar el contacto con el autor del delito y a la posibilidad de audiencias no públicas. Las víctimas menores de edad reciben una protección especial⁵⁷.

Según la propia Directiva 2012/29, la violencia por motivos de género se entiende como una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima y comprende, sin limitarse a ellas, la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual (incluida la violación, la agresión sexual y el acoso sexual), la trata de personas, la esclavitud y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina y los denominados "delitos relacionados con el honor"⁵⁸.

Se trata además, en caso de víctimas de trata de seres humanos, terrorismo, delincuen-

cia organizada, violencia en el marco de las relaciones personales, violencia o explotación sexual, violencia de género, delitos por motivos de odio, las víctimas con discapacidad y los menores víctimas de delito, de víctimas que tienden a sufrir una elevada tasa de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias⁵⁹.

c) La reparación del daño e indemnización de perjuicios

La reparación del daño sufrido por la víctima es la cuestión central, porque sin ello la víctima queda realmente estigmatizada y abandonada a su suerte. La Directiva 2012/29 se preocupa de ello en extenso, básicamente estableciendo la obligación de indemnizar el daño y articulando la llamada Justicia reparadora, que aceptan sin ambages la mediación penal⁶⁰. En concreto, regula estos tres aspectos económicos de sumo interés:

- a) Derecho a la restitución de los bienes que les hayan sido incautados en el curso de la investigación penal, salvo en caso de necesidad impuesto por el proceso penal. Es un tema a desarrollar nacionalmente (art. 15 de la Directiva 2012/29)⁶¹. Un ejemplo, citado por la propia Directiva sería una disputa sobre la propiedad del bien⁶².
- b) Derecho al reembolso de gastos causados con motivo de su participación activa en el proceso penal, si el sistema jurídico del país europeo lo permite. Es un tema a desarrollar también nacionalmente (art. 14 de la Directiva 2012/29)⁶³.
- c) Derecho a una decisión sobre la indemnización de perjuicios por parte del autor del delito, si el Estado lo permite en el propio proceso penal (art. 16 de la Directiva 2012/29)⁶⁴.

La reparación del daño e indemnización de perjuicios, así como la restitución del bien

aquí tratados, tienen un cauce específico en el que lograrse, la mediación penal y demás instituciones de Justicia reparadora, previstas específicamente en el art. 12 de la Directiva 2012/29⁶⁵.

La Justicia reparadora puede ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias (art. 12.1). Por tanto, ante lo delicado del tema, deben establecerse como requisitos para que sea viable esta solución alternativa, que es confidencial: La naturaleza y gravedad del delito, el grado de daño causado, la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de una víctima, los desequilibrios de poder y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima, que podrían limitar o reducir su capacidad para realizar una elección con conocimiento de causa o podrían ocasionarle un perjuicio⁶⁶.

De acuerdo con el art. 12.2 los Estados europeos están obligados a instaurar estos servicios de justicia reparadora si no los poseen ya, y en todo caso ajustados a los criterios de la Directiva.

Téngase en cuenta el Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, firmado en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983⁶⁷, y la Directiva 2004/80/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre Indemnización a las Víctimas de Delito⁶⁸.

3. LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL NUEVO DISEÑO EUROPEO

La Directiva 2012/29 reconoce básicamente cuatro derechos generales de las víctimas del delito, que se descomponen a su vez en varios aspectos concretos. Hay que distinguir a su vez entre los derechos de las víctimas que deciden no participar en el proceso penal y los derechos de las víctimas que, además, deciden participar

en el proceso penal en la forma que cada Estado haya previsto⁶⁹.

Los derechos comienzan a ser efectivos cuando se presente una denuncia ante la autoridad competente, por ser el momento en el que se entra en el ámbito del proceso penal⁷⁰. De dicha denuncia se debe recibir copia con una serie de datos que la hagan fácilmente identificable (art. 5 de la Directiva 2012/29)⁷¹.

Es novedoso que, sin perjuicio de las normas sobre prescripción, la demora en la denuncia de un delito por miedo a represalias, humillación o estigmatización no deba dar lugar a que se deniegue a la víctima la declaración por escrito de la denuncia⁷².

La Directiva se apoya en un fundamento constitucional europeo a la hora de desarrollar esos derechos, pues respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000⁷³. En particular, aspira a promover principios tan universales como el derecho a la dignidad⁷⁴, a la vida, a la integridad física y mental, a la libertad y la seguridad, el respeto a la vida privada y familiar, el derecho a la propiedad, el principio de no discriminación, el principio de igualdad entre hombres y mujeres, los derechos del menor, de los mayores y de las personas con discapacidad, así como el derecho a un juez imparcial⁷⁵.

Entrando ya en los cuatro derechos principales reconocidos por la Directiva 2012/29 a la víctima, a saber, información, apoyo, participación y protección, podemos distinguir:

1. Derecho a la información:

Este derecho se recoge en los arts. 3 a 7 y se desdobra en los siguientes derechos a su vez⁷⁶:

- a) Derecho a entender y ser entendido (art. 3).
- b) Derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente (art. 4).

- c) Derechos de información cuando la víctima interpone una denuncia (art. 5).
- d) Derecho a recibir información sobre su causa (art. 6).
- e) Derecho a traducción e interpretación (art. 7).

Algunas cuestiones generales sobre el derecho a la información de la víctima:

1º) La información que recibe la víctima, si lo desea, y desde el primer contacto con la autoridad competente es la contenida en el art. 4 de la Directiva 2012/29. Una información completa y detallada sobre sus derechos, apoyos, y manera de ejercerlos y solicitarlos.

2º) Tratándose de su causa, el art. 6 de la Directiva 2012/29 fija informaciones específicas, destacando la comunicación de la decisión de no iniciar el proceso, y la comunicación de la decisión de la hora y lugar del juicio, así como la acusación presentada. También se les notifica el estado de la causa, siempre que sea posible, y la sentencia firme. También debe notificársele la puesta en libertad de su agresor o su fuga.

En ambos casos, se trata de derechos de las víctimas que no son ni pueden ser parte en el proceso penal, o que todavía no han decidido ser parte en el proceso penal, en aquellos países en los que como España ello es posible. En los países en los que no puedan ser parte plena penal, que son prácticamente todos los demás miembros de la Unión Europea, se trata de sus derechos básicos desde la consideración legal de víctima hasta su completa reparación.

La información a la víctima debe enviarse a la última dirección conocida, facilitada a las autoridades competentes por ella. En supuestos excepcionales, se admite la información en prensa, en un sitio *web* oficial o en cualquier canal de comunicación similar⁷⁷.

Se debe producir en lenguaje sencillo y accesible, oralmente o por escrito, pues es una concreción del derecho de la víctima a en-

tender y ser entendida (art. 3 de la Directiva 2012/29).

3º) Los Estados miembros no están obligados a proporcionar información cuando la divulgación de la misma pueda afectar a la correcta tramitación de una causa, o ir en detrimento de una causa o de una persona determinadas, o por razones de seguridad⁷⁸.

4º) Las víctimas deben poder explicar las circunstancias del delito y aportar pruebas de forma comprensible para las autoridades competentes. Es igualmente importante garantizar que se trata a la víctima con respeto y que pueda ejercer sus derechos, lo que implica en caso de ser necesario un intérprete y servicios de traducción gratuitos, conforme a los arts. 5.3 y 7 de la Directiva 2012/29⁷⁹.

2. Derecho al apoyo:

Tiene, a su vez, dos manifestaciones según los arts. 8 y 9⁸⁰:

- a) Derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas (art. 8).
- b) Medidas de apoyo prestadas por los servicios de apoyo (art. 9).

El derecho de apoyo se traduce inmediatamente para la víctima, que no es preciso que haya denunciado el delito, en un asesoramiento y atención prestado por profesionales especializados (no juristas, generalmente psicólogos), que pueden estar organizados públicamente (en España por ejemplo, un servicio del Tribunal, o de la Comunidad Autónoma) o no (una ONG), cuya función principal es ayudarle a superar el trauma psicológico que un delito grave o muy grave puede causarles, sobre todo si ha herido profundamente su dignidad, su intimidad o su integridad. Su posibilidad está siempre abierta, ya que la autoridad competente debe facilitarlos. Tiene carácter confidencial y es gratuito.

Tratándose de víctimas especialmente vulnerables, estos servicios de apoyo deben ser fundamentales por las medidas de protección especiales que judicialmente haya que tomar para su protección, ya que o bien deben elabo-

rar el informe de evaluación individual previsto en los arts. 22 y 23 de la Directiva 2012/29, o bien deben formar parte del equipo que lo haga, aunque no lo dice expresamente la Directiva.

3. Derecho a participar en el proceso penal:

Está compuesto de acuerdo con los arts. 10 a 17 por los siguientes derechos⁸¹:

- a) Derecho a ser oído (art. 10).
- b) Derechos en caso de que se adopte una decisión de no continuar el procedimiento (art. 11).
- c) Derecho a garantías en el contexto de los servicios de Justicia reparadora (art. 12).
- d) Derecho a justicia gratuita (art. 13).
- e) Derecho al reembolso de gastos (art. 14).
- f) Derecho a la restitución de bienes (art. 15).
- g) Derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal (art. 16).
- h) Derechos si la víctima reside en otro estado miembro (art. 17).

Obviamente, todos esos derechos tienen sentido si la víctima no puede ser parte plena acusadora penal, con los mismos derechos que el Ministerio Público. Porque si puede serlo, como ocurre por ejemplo en España, es evidente que goza ya de los mismos.

Con carácter muy general puede decirse que destaca su derecho de defensa no siendo parte, consistente en la posibilidad de ser oída, que implica no sólo la facultad de presentar escritos ante el Tribunal, sino también pruebas, conforme a lo que una regulación nacional establezca (art. 10 de la Directiva 2012/29). También tiene derecho a que se revise una decisión del Fiscal o del Juez que impida la continuación del procedimiento (art. 11 de la Directiva 2012/29).

Específicamente sobre su derecho a probar, debe consultarse por su importancia la Sentencia TJUE en el caso *Katz contra István Roland Sós*⁸², que en sus apartados 48 a 50 dispuso:

“48 Procede añadir que la Decisión marco debe interpretarse de modo que se respeten los derechos fundamentales, de entre los que es preciso destacar, en particular, el derecho a un proceso equitativo, tal y como se recoge en el artículo 6 del CEDH (véase, en particular, la sentencia de 16 de junio de 2005, Pupino, C-105/03, Rec. p. I-5285, apartado 59).

49 Por consiguiente, corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar concretamente que la práctica de la prueba en el procedimiento penal, considerada en su conjunto, no menoscabe el carácter justo del procedimiento en el sentido del artículo 6 del CEDH, tal y como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véanse, en particular, las sentencias de 10 de abril de 2003, Steffensen, C-276/01, Rec. p. I-3735, apartado 76, y Pupino, antes citada, apartado 60).

50 En estas circunstancias, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 2 y 3 de la Decisión marco deben interpretarse en el sentido de que no obligan a un órgano jurisdiccional nacional a autorizar a la víctima de un delito a declarar como testigo en un procedimiento penal con acusación particular sustitutoria como el procedimiento principal. No obstante, si no dispone de esa posibilidad, ha de poder autorizarse a la víctima a realizar una declaración que pueda ser tenida en cuenta como elemento de prueba.”

Pero curiosamente no se dice en forma expresa que tenga derecho a abogado, aunque con base en el art. 19, c) se podría afirmar lo contrario. Solamente tienen derecho a la defensa técnica si el Estado prevé que la víctima tenga el estatuto de parte en el proceso penal (España por ejemplo). No es claro si el art. 13 de la Directiva garantiza en todo caso que este abogado será gratuito para la víctima, porque las condiciones tienen que regularse nacionalmente. Sería injusto que una víctima rica, en los términos de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita española de 1996, tuviera ello no obstante derecho al abogado y, en su caso también, al procurador de oficio por gozar automáticamente del beneficio de asistencia jurídica gratuita. La Directiva parece inclinarse por

esta postura, al afirmar en sus considerandos que la víctima en absoluto debe costear los honorarios de su abogado⁸³.

4. Derecho a la protección:

Implica a su vez los siguientes derechos (arts. 18 a 24)⁸⁴:

- a) Derecho a la protección (art. 18).
- b) Derecho a evitar el contacto entre víctima e infractor (art. 19).
- c) Derecho a la protección de las víctimas durante las investigaciones penales (art. 20).
- d) Derecho a la protección de la intimidad (art. 21).
- e) Derecho a ser evaluada individualmente a fin de determinar sus necesidades especiales de protección (art. 22).
- f) Derecho a la protección de las víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal (art. 23).
- g) Derecho a la protección durante el proceso penal si la víctima es menor de edad (art. 24).

La protección de la víctima es uno de los derechos clave, de acuerdo con el art. 18 de la Directiva 2012/29, porque el riesgo de victimización secundaria o reiterada, de intimidación o de represalias por el infractor o como resultado de la participación en un proceso penal, tan real como dañino, debe limitarse llevando a cabo actuaciones de forma coordinada y con respeto, permitiendo a las víctimas ganar confianza en las autoridades. En este sentido⁸⁵:

1º) Se debe facilitar pero también limitar el número de interacciones innecesarias que la víctima haya de mantener con las autoridades competentes, recurriendo, por ejemplo, a grabar en vídeo las declaraciones y deposiciones testimoniales que realicen, y permitiendo su uso en los procesos judiciales (art. 18 de la Directiva 2012/29). La sentencia en el caso *Pupino* del TJUE puede ayudar mucho en la interpretación de estas medidas⁸⁶.

2º) Se debe poner a disposición de los profesionales del Derecho la más amplia gama de medidas posible con objeto de evitar angustia a la víctima en el transcurso del proceso judicial, especialmente como resultado del contacto visual con el delincuente, su familia, sus colaboradores o el público en general. Las dependencias deben contar con instalaciones como entradas y salas de espera separadas para las víctimas, con el fin de evitar siempre el contacto entre el autor del delito y la víctima o su familia (art. 19 de la Directiva 2012/29).

3º) Además, los Estados miembros deberán, en la medida de lo posible, planificar los procesos penales evitando durante el desarrollo de las investigaciones penales dilaciones injustificadas, haciendo que declare la víctima las menos veces posibles, que puedan ir acompañadas por abogado y su representante legal, o que se hagan los mínimos reconocimientos médicos (art. 20 de la Directiva 2012/29).

De acuerdo con el art. 21 de la Directiva 2012/29, proteger la intimidad de la víctima puede ser un medio importante de evitar la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, y puede lograrse mediante una serie de medidas como la prohibición o la limitación de la difusión de información relativa a la identidad y el paradero de la víctima (importante en menores). Las medidas que puedan adoptarse para proteger la intimidad y la imagen de las víctimas y sus familiares deberán ser siempre coherentes con los derechos a un juez imparcial y a la libertad de expresión, tal como los reconocen los artículos 6 y 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁸⁷.

Estas medidas obligan a todos los Estados de la Unión Europea, de ahí la necesidad de cooperación y de coordinación de los servicios entre todos ellos (art. 26 de la Directiva 2012/29). Los estados deberán proporcionar inmediatamente estadísticas a la Comisión Europea (art. 28 de la Directiva 2012/29), y ésta emitir un informe para el Parlamento Europeo

y el Consejo en los términos del art. 29 de la Directiva 2012/29⁸⁸.

Durante los procesos penales, algunas víctimas están especialmente expuestas al riesgo de victimización secundaria o reiterada, de intimidación o de represalias por parte del infractor. Estos riesgos derivan en general de las características personales de la víctima, o del tipo, la naturaleza o las circunstancias del delito. Solo mediante evaluaciones individuales, efectuadas lo antes posible, se podrá determinar con eficacia este riesgo, en los términos indicados *supra*⁸⁹.

Debemos recoger por su importancia la Sentencia TJCE de 16 de junio de 2005 (caso *Pupino v. Italia*)⁹⁰, en donde en un tema de prueba respecto a víctima vulnerable, decide que la declaración de un menor víctima de malos tratos debe realizarse con plena protección para el declarante aun a costa de limitar determinados derechos fundamentales del acusado:

“56 En estas circunstancias, la consecución de los objetivos perseguidos por las disposiciones anteriormente citadas de la Decisión marco exige que un órgano jurisdiccional nacional tenga la posibilidad de utilizar, para las víctimas especialmente vulnerables, un procedimiento especial, como el incidente de práctica anticipada de la prueba previsto en el Derecho de un Estado miembro y las formas particulares de declaración asimismo previstas, cuando dicho procedimiento responda mejor a la situación de tales víctimas y se imponga para evitar la pérdida de los elementos de prueba, reducir al mínimo la repetición de los interrogatorios y evitar las consecuencias perjudiciales, para las referidas víctimas, de prestar declaración en audiencia pública.

57 A este respecto, cabe puntualizar que, según el artículo 8, apartado 4, de la Decisión marco, las condiciones en que se preste la declaración deben ser compatibles, en cualquier caso, con los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro de que se trate.

58 Por otra parte, en virtud del artículo 6 UE, apartado 2, la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, ‘Convenio’), y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho.

59 Por tanto, la Decisión marco debe interpretarse de modo que se respeten los derechos fundamentales, de entre los que es preciso destacar, en particular, el derecho a un proceso equitativo, tal y como se recoge en el artículo 6 del Convenio y se interpreta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

60 Suponiendo que el recurso al incidente de práctica anticipada de la prueba y la audición según las formas particulares previstas por el Derecho italiano sean posibles en el caso de autos, habida cuenta de la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional, corresponde al órgano jurisdiccional remitente cerciorarse de que la aplicación de dichas medidas no pueda hacer que el proceso penal contra la Sra. Pupino, considerado en su conjunto, no sea equitativo en el sentido del artículo 6 del Convenio, tal y como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [véanse, en particular, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de diciembre de 2001, P.S. c. Alemania; de 2 de julio de 2002, S.N. c. Suecia (*Reports of Judgments and Decisions* 2002-V); de 13 de febrero de 2004, Rachdad c. Francia, y resolución de 20 de enero de 2005, Accardi y otros c. Italia, demanda nº 30598/02].

61 A la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión marco deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que, como en el asunto principal, alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta. El órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión marco”.

4. LAS APORTACIONES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El tema de la víctima ha sido también objeto de preocupación por el tribunal supranacional que más nos afecta a los españoles como

ciudadanos europeos y demócratas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La preocupación no proviene sólo al hacerse eco en estas instancias de lo que viene ocurriendo en las jurisdiccionales nacionales con relación a la víctima (las principales han sido aquí estudiadas) desde los años 70 hasta la actualidad, sino también de decisiones jurisprudenciales que han mejorado notable, aunque lentamente, su estatuto jurídico.

Tribunales supranacionales sin embargo hay muchos. Sólo me referiré al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, por tanto, al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y su jurisprudencia, pero hay otras instancias internacionales que no conviene olvidar, como la Corte Penal Internacional⁹¹, o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (basada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969)⁹².

Pues bien, el CEDH no reconoce directamente ningún derecho de la víctima relacionado con el proceso penal. Es más, ni siquiera la nombra. Pero no cabe ninguna duda que su intervención y participación en el proceso penal tienen mucho que ver con el derecho a un proceso equitativo proclamado en su art. 6, porque si queda excluida absolutamente del proceso su legítimo derecho a la reparación puede quedar legalmente impedido, tal y como afirmábamos igualmente con relación al tema en la Unión Europea⁹³.

Ello ha servido para que determinadas decisiones importantes reconocieran la aplicación del art. 6.1 del CEDH a la víctima como parte civil en el proceso penal, articulando una estructura propia para que la víctima tenga cabida en el proceso penal de los estados miembros del Consejo de Europa⁹⁴.

Esa construcción dogmática, de naturaleza jurisprudencial, se basa, entre otras, en las siguientes sentencias:

1º) La sentencia *S.N. contra Suecia* de 2002⁹⁵. En ella se protegen determinados

derechos de la víctima específicamente con relación a una infracción del principio de contradicción en un interrogatorio testifical, si no se pone en peligro el derecho del imputado o acusado a un proceso justo (equitativo). De esta forma, la víctima entra en juego pudiendo cambiar la tradicional relación entre acusador y acusado⁹⁶:

“44 El Tribunal reitera que la admisibilidad de la prueba está regulada por las normas de la legislación interna, y que, como norma, son los tribunales nacionales quienes deben valorar las pruebas presentadas ante ellos. La tarea de los órganos del Convenio es la de comprobar si los procedimientos en su totalidad, incluyendo la manera en la que se recaban las pruebas, son equitativos (ibíd, p. 10, ap. 26). Toda prueba debe normalmente ser presentada en presencia del acusado en una audiencia pública para poder tener una discusión basada en el principio de la contradicción. Sin embargo, el uso como pruebas de declaraciones obtenidas en la fase de la investigación de la policía y de la investigación judicial no es en sí misma incompatible con los apartados 1 y 3.d del artículo 6, siempre que se respeten los derechos de la defensa. Como norma, esos derechos requieren que el demandado tenga una oportunidad adecuada y correcta de impugnar e interrogar a un testigo en su contra, cuando hace sus declaraciones o bien en una fase posterior del procedimiento (véase Sentencia Saidi contra Francia de 20 septiembre 1993 [TEDH 1993, 38], serie A n.º 261-C, p. 56, ap. 43, y A. M. contra Italia [TEDH 1999, 66] n.º 37019/1997, ap. 25, TEDH 1999-IX). El Tribunal llama también la atención sobre el hecho de que el artículo 6 no concede al acusado un derecho ilimitado a que se le garantice la presencia de testigos ante el Tribunal. Normalmente son los tribunales nacionales los que deciden si es necesario o conveniente escuchar a un testigo (véase, entre otras, Sentencia Bricmont contra Bélgica de 7 julio 1989 [TEDH 1989, 14], serie A n.º 158, p. 31, ap. 89).

...

47 El Tribunal ha tenido en cuenta las especiales características de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales. Dichos procedimientos se conciben a menudo como una experiencia difícil para la víctima, en particular cuando ésta tiene que enfrentarse al demandante. Estas características son incluso más destacadas en un caso referente a un menor. Para valorar si en dichos procedimientos el acusado tiene o no un juicio justo, se debe tener en cuenta el derecho al

respeto de la vida privada y familiar de la víctima. Por lo tanto, el Tribunal acepta que en los procedimientos penales relativos a abusos sexuales, se deban tomar ciertas medidas para proteger a la víctima, siempre que dichas medidas puedan ser compatibles con un adecuado ejercicio de los derechos de la defensa (véase Sentencia Baegen contra Países Bajos de 27 octubre 1995 [TEDH 1995, 43], serie a n.º 327-B, opinión de la Comisión, p. 44, ap. 77). Al garantizar los derechos de la defensa, las autoridades judiciales pueden tener que tomar medidas para contrarrestar las dificultades con que se encuentre la defensa (véase Sentencia Doorson contra Holanda de 26 marzo 1996 [TEDH 1996, 20], Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-II, p. 471, ap. 72 y P. S. contra Alemania, n.º 33900/1996, ap. 23, 20 diciembre 2001 [TEDH 2001, 881]).”

También pueden consultarse la sentencia de 27 de octubre de 1995 (Caso Baegen contra Países Bajos⁹⁷), y la Decisión de inadmisibilidad de la demanda de la Sección 3ª del TEDH, Asunto GONZÁLEZ NÁJERA contra ESPAÑA (Demanda n.º 61047/13), de 11 febrero 2014⁹⁸, que trae causa de la S TC 57/2013, de 11 de marzo de 2013 (caso González Nájera).

2º) Y La sentencia *Pérez v. Francia* de 2004⁹⁹, en donde se decidió, cambiando la jurisprudencia del propio TEDH, que la víctima sí tenía un derecho a ser parte civil en el proceso para tutelar mejor sus intereses reparadores basado en el art. 6.1 CEDH.

“54 El Tribunal considera que su jurisprudencia es susceptible de comportar algunos inconvenientes, concretamente en términos de seguridad jurídica para las partes, por lo que ha considerado deber determinar, tras la Sentencia Tomasi, por un lado, si existía un ‘litigio’ sobre un ‘derecho de carácter civil’ que se pueda considerar, al menos de forma defendible, reconocido en derecho interno y, por otro lado, si el resultado del procedimiento era directamente determinante para dicho derecho.

55 La jurisprudencia actual y, en consecuencia, los criterios tradicionalmente admitidos tras la Sentencia Tomasi, hacen a veces demasiado compleja la cuestión de la aplicabilidad del artículo 6 a las constituciones de parte civil en derecho francés. En todo caso, dicho examen puede resultar peligroso en presencia de un caso todavía pendiente ante los tribunales internos, incluso de

un caso finalizado en el plano penal. En efecto, el Tribunal no puede sustituir a los tribunales internos en la apreciación de los elementos sometidos por el demandante en apoyo de su denuncia, con el riesgo de los errores que ello comporta, ni prejuzgar las posibilidades de éxito de recursos posteriores, suponiendo por otro lado que semejante división de varios procedimientos todos ellos destinados a la indemnización de un mismo perjuicio no sea artificial.

56 El Tribunal desea pues poner fin a la incertidumbre que rodea la cuestión de la aplicabilidad del artículo 6.1 del Convenio a las denuncias con constitución de parte civil, tanto más cuando existe un sistema similar en cierto número de otras Altas Partes contratantes en el Convenio”.

El cambio o nuevo enfoque, consistió (apartados 70 a 72 de la sentencia) en:

“iii Nuevo enfoque

....

70 El Tribunal considera que, en tal caso, la aplicabilidad del artículo 6 alcanza sus límites. Recuerda que el Convenio no garantiza ni el derecho, reivindicado por la demandante, a la ‘venganza privada’, ni la ‘actio popularis’. De esta forma, el derecho a hacer procesar o condenar penalmente a terceras personas no puede admitirse en sí mismo: debe imperativamente correr parejo con el ejercicio por la víctima de su derecho a entablar la acción, civil por naturaleza, que ofrece el derecho interno, y solamente con vistas a la obtención de una indemnización simbólica o a la protección de un derecho de carácter civil, al igual por ejemplo que el derecho a gozar de una ‘buena reputación’ (Sentencias Golder contra Reino Unido de 21 febrero 1975, p. 13, ap. 27; Helmers, anteriormente citada, p. 14, ap. 27; Tolstoy Miloslavsky contra Reino Unido Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Pérez contra Francia. Sentencia de 12 febrero 2004, p. 78, ap. 58). En todo caso, la renuncia a este derecho debe establecerse, llegado el caso, de forma inequívoca (ver, ‘mutatis mutandis’, Sentencia Colozza y Rubinat contra Italia de 12 febrero 1985, p. 14-15, ap. 28; Meftah y otros contra Francia, ap. 46).

71 En conclusión, el Tribunal decide que una denuncia con constitución de parte civil entra en el campo de aplicación del artículo 6.1 del Convenio, salvo en las hipótesis evocadas en el párrafo anterior.

72 Dicho enfoque coincide con la necesidad de preservar los derechos de las víctimas y el lugar que les corresponde en el marco de los procesos

penales. Aunque los imperativos inherentes a la noción de ‘proceso equitativo’ no sean necesariamente los mismos en los litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil que en los asuntos referentes a acusaciones en materia penal, tal y como atestigua la ausencia, para los primeros, de cláusulas detalladas similares a los apartados 2 y 3 del artículo 6 (Sentencia *Dombo Beheer B.V. contra Países Bajos* de 27 octubre 1993, p. 19, ap. 32), de ello no resulta que el Tribunal deba desinteresarse de la suerte de las víctimas y aminorar sus derechos. En todo caso, el Código de Enjuiciamiento criminal, en un artículo preliminar que resulta de la Ley nº 2000-516 de 15 junio 2000, consagra expresamente ciertos principios fundamentales del proceso penal, en nombre de los cuales se tiene en cuenta ‘el equilibrio de los derechos de las partes’ y la ‘garantía de los derechos de las víctimas’ (apartado 19 *Supra*). Por último, el Tribunal remite, a título indicativo, al texto de las recomendaciones R (83) 7, R (85) 11 y R (87) 21 del Comité de Ministros (apartados 26-28 *supra*), las cuales hacen resaltar claramente los derechos susceptibles de ser reivindicados por las víctimas en el marco del derecho penal y del proceso penal.”

Evidentemente hay más jurisprudencia, pero a nuestros efectos, baste con decir finalmente que en ningún caso tiene la víctima un derecho basado en el CEDH a ser parte en el proceso penal¹⁰⁰, ni existe jurídicamente articulado ni por el CEDH ni por la jurisprudencia europea un estatuto de la víctima¹⁰¹.

Esto permite inferir que para el TEDH, en el momento actual, no existe preocupación alguna respecto a si la víctima puede ser parte penal en el proceso penal, ni mucho menos está pensando en elaborar jurisprudencialmente un estatuto jurídico de la víctima. En cierta manera, o no se ha implicado mucho o no quiere implicarse en absoluto, resolviendo temas puntuales sin establecer pautas generales que permitan atisbar un esbozo de estatuto jurídico de la víctima en el ámbito de europeo de los derechos humanos.

En realidad, lo que le preocupa es establecer únicamente que los temas de la víctima caben, en principio, bajo el art. 6.1 CEDH y, especialmente, que la práctica de determinadas pruebas debe reorientarse hacia su protección

aunque impliquen merma de algún derecho constitucional del acusado.

5. CONCLUSIÓN CRÍTICA PARA ESPAÑA

Nuestra posición jurídica con relación a la víctima es más consistente, más elaborada y de mayor calidad que en Estados Unidos, en Alemania, en Italia, en la Unión Europea, y en los (demás) países del Consejo de Europa, por el peso de nuestra historia, de nuestra tradición y de nuestro modelo en el que quien sufre el delito tiene derecho a perseguirlo criminalmente para una mejor defensa de los derechos de la Sociedad, de los derechos propios y de sus intereses legítimos.

La Directiva Europea 2012/29 va a tener una gran trascendencia respecto a los derechos de la víctima que no es parte en el proceso penal, es decir, en todos los países de la Unión Europea menos España (y en parte también en Bélgica), lo que va a implicar cambios importantes como decíamos, estructurando los derechos de la víctima en cinco grandes apartados: Información, ayuda, participación, protección y reparación, y organizando la asistencia en oficinas públicas y privadas que coadyuven a paliar el shock inicial cuanto antes.

La jurisprudencia de los Tribunales de Justicia de la Unión Europea van a recibir con ello un nuevo impulso para profundizar en el Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, y sin duda alguna, indirectamente, a través de las legislaciones nacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos acabará entrando también definitivamente en el tema, construyendo desde el punto de vista constitucional una estructura normativa garantista propia de la víctima del delito.

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protec-

ción de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/AI del Consejo, va a ser transpuesta en España mediante una Ley ordinaria, llamada Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, que en el momento de escribir estas líneas ha iniciado su tramitación parlamentaria.

Como texto articulado, el actual Proyecto de Ley parte de un Anteproyecto, fechado el 24 de octubre de 2013, que fue dado a conocer oficialmente por el Ministerio de Justicia español al ser colgado en su página *web*¹⁰². Ante todo, he de decir que en el trámite prelegislativo, entre la segunda y tercera versión (ésta, de 1 de agosto de 2014), la futura ley ha perdido el carácter inicialmente orgánico, pues ya no es una Ley Orgánica, sino una ley ordinaria.

Pues bien, el Anteproyecto de 2013 contenía una Exposición de Motivos, 35 artículos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria general, y ocho disposiciones finales. Estaba previsto que entrase en vigor a los seis meses de su publicación oficial, salvo las modificaciones de la LECRIM, que lo harían al mes. Llegó a ser conocido por el Consejo de Ministros con fecha 25 de octubre de 2013, pero no fue aprobado entonces porque fue presentado únicamente para informe del mismo.

Este Anteproyecto fue difundido, y emitieron el correspondiente informe, ente diversos sectores jurídicos (además de los citados, Consejo General de Procuradores y Consejo General de la Abogacía española), sociales, agrupaciones de víctimas, etc., así como varios ministerios, todas las comunidades autónomas, y asociaciones de víctimas afectadas, aunque no todas participaron¹⁰³.

De todos ellos, y como es lógico, destacaremos por su importancia al ser muy tenidos en cuenta en este apartado, que fue informado:

a) Primero, por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, mediante escrito de fecha 14 de noviembre de 2013. Un buen informe, como los que suele hacer siempre la Fiscalía General del Estado, de 53 páginas, que

ha tenido menos influencia de la que debería haber tenido¹⁰⁴.

b) Y unas semanas después, por el Consejo General del Poder Judicial, el día 31 de enero de 2014. Un largo informe de 92 páginas¹⁰⁵ (no aprobado por unanimidad sino por 14 votos, ya que hubo un voto discrepante firmado por 7 Vocales¹⁰⁶, de 13 páginas), que ha implicado cambios de importancia respecto a la primera versión. Se trata no obstante de un texto escrito deprisa, quizás motivada por coincidir con la renovación de este órgano constitucional y estar fuera de plazo, con reiteraciones innecesarias y algunas frases muy difíciles de entender.

Tras el informe emitido por el Fiscalía General del Estado y por el Consejo General del Poder Judicial, han existido dos versiones más del Anteproyecto, antes de su publicación oficial en el Boletín Oficial de las Cortes como proyecto de ley, hasta la fecha:

1ª) La versión (la segunda) del Anteproyecto de 26 de marzo de 2014, en el que se acogieron algunas de las propuestas de reforma emitidas en aquellos documentos¹⁰⁷.

Fue presentada a dictamen del Consejo de Estado, acompañada de una Memoria de Análisis de Impacto Normativo¹⁰⁸ y otros muchos documentos más, dictamen que se emitió por unanimidad el día 29 de mayo de 2014, teniendo en cuenta todos los informes anteriores. Es mucho más breve pero profundo y claro¹⁰⁹, lo que sorprende dada su composición frente a la que se supone más atingente del Consejo General del Poder Judicial, con la ventaja claro de tener ante sí ya todas las opiniones formuladas por los demás sectores consultados, obligatoria o voluntariamente, lo que le ha permitido ser más ordenado y directo. Ha tenido influencia importante en diversos puntos; y

2ª) La versión (tercera) del Anteproyecto presentada al Consejo de Ministros el día 1 de agosto de 2014 para su aprobación, teniendo en cuenta el informe del Consejo de Estado (y los demás antecedentes), lo que así sucedió, convirtiéndose en proyecto de ley ordinaria, remitido el día 2 de agosto a Las Cortes.

Interesa saber ahora que tanto el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, de fecha 14 de noviembre de 2013, como el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, de fecha 31 de enero de 2014, y el Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito emitido por el Consejo de Estado, de fecha 29 de mayo de 2014, son favorables a la propuesta gubernamental en lo esencial, con diversos matices.

El texto del Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima se publicó oficialmente, una vez calificado, en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados con fecha 5 de septiembre de 2014¹¹⁰. Contiene una Exposición de Motivos, 35 artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria general, y siete disposiciones finales. Está previsto que entre en vigor a los seis meses de su publicación oficial en el BOE.

La diferencia formal fundamental con los dos Anteproyectos, aparte de no tratarse ya de una ley orgánica, es que en el último salen del texto originario diversas disposiciones que modificaban la LECRIM, que no tenían que ver directamente con la víctima¹¹¹. Esas normas constituirán en su día una Ley Orgánica distinta¹¹², por eso las normas referentes a la víctima ya no se recogen en una ley orgánica.

Llamo la atención, para finalizar, sobre un dato importante: El Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito español va mucho más allá de la trasposición de la Directiva citada, que se contiene no sólo en su articulado, sino también en las modificaciones que en el mismo se ordenan de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal (mediante sus disposiciones finales segunda y tercera básicamente), porque se pretende dar una respuesta lo más amplia posible a las víctimas, excediendo del ámbito estrictamente jurídico al social.

NOTAS

1. Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona 2014, *passim*.
2. Véanse GÓMEZ COLOMER, J.L., *La protección civil de la víctima del crimen en el sistema adversarial norteamericano: Viejos anacronismos, nuevas tendencias*, en Libro Homenaje a Luis Paulino Mora Mora, Costa Rica, en prensa; GÓMEZ COLOMER, J.L., *La reparación de la víctima del crimen en el sistema adversarial norteamericano*, Revista Justicia 2014, en prensa; GÓMEZ COLOMER, J.L., *Los aspectos esenciales del proyectado Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal 2015, en prensa; y GÓMEZ COLOMER, J.L., *Los (futuros) nuevos derechos de la víctima en el proceso penal español*, en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Coord.), “El proceso penal en la encrucijada. Libro homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer”, Ed. Universitat Jaume I, Castellón 2015, en prensa.
3. Vide GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, cit., pp. 35 y ss.
4. DO L 82, de 22 de marzo de 2001. Sus antecedentes inmediatos son: a) El Tratado de Ámsterdam de 1997: Se considera el primer precedente, porque al articular el renovado espacio de libertad, seguridad y justicia, se pensó que debía garantizar, entre otros aspectos relevantes, el acceso de todos los ciudadanos a la justicia en condiciones de igualdad; b) Como concreción de ello, el Plan de Acción de Viena del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, de 3 de diciembre de 1998 (http://europa.eu/legislation_summaries/other/l33080_es.htm), fijó, entre otros detalles, un plazo de cinco años para garantizar y facilitar la tutela de quienes fueran víctimas de una infracción penal en un país de la UE distinto del de residencia; c) La Comunicación de la Comisión sobre los derechos de las víctimas de delitos, fechada el día 14 de julio de 1999 (http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/l33091_es.htm); y d) Una conclusión del Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999), que solicitó la elaboración de unas normas mínimas relativas a la protección de las víctimas de los delitos, a una mejor regulación de su derecho de acceso a la justicia y de su derecho a una indemnización por el daño que el delito le ha infligido (http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/ec/ec/00200-r1.es9.htm).
5. Una visión general en VIDAL FERNÁNDEZ, B., *El estatuto de la víctima en el proceso penal en la Unión Europea*, en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), “El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales”, Ed. Lex Nova y Universidad de Valladolid, Valladolid 2008, pp. 207 y ss.
6. Concretamente sobre este punto, v. DE HOYOS SANCHO, M., *El tratamiento procesal de las víctimas especialmente vulnerables en los últimos instrumentos normativos aprobados en la Unión Europea*; ARMENTA DEU, T., *Código de buenas prácticas para la protección de las víctimas vulnerables en Europea*; MARTÍN DIZ, F., *Mediación penal y víctimas especialmente vulnerables: Problemas y dificultades*; los tres en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), “Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 49 y ss., 309 ss. y 503 y ss., respectivamente.
7. La mediación penal, a incardinar en los diferentes subsistemas de Justicia penal existentes distintos al clásico de enjuiciamiento por un Juez, largo tiempo inadmisibles por vulnerar los principios de legalidad penal y de jurisdiccionalidad en una interpretación estricta de los mismos, se está convirtiendo en un instrumento cada vez más útil para lograr la reparación de la víctima en ciertos casos, v. BARONA VILAR, S., *Mediación penal como instrumento restaurativo de las víctimas: ¿En todo caso y para todas las víctimas?*, en DE HOYOS SANCHO, M., “Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 457 y ss.
8. Lo reconoce expresamente la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito de 2014, al que me referiré al final de este artículo, en su apartado II, párrafo II, refiriéndose a un Informe de la Comisión Europea de 20 de abril de 2009, de conformidad con el artículo 18 de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal [COM(2009) 166 final – no publicado en el Diario Oficial, pero que se puede consultar en resumen en: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/jl0027_es.htm], en el que se dice literalmente que: “El presente Informe tiene en cuenta la aplicación de la Decisión marco a 15 de febrero de 2008 en 24 (de los 27) Estados miembros. La Comisión considera que dicha aplicación no ha sido satisfactoria. Ningún Estado miembro transpuso

la Decisión marco en un único acto legislativo nacional; por el contrario, todos se basaron en disposiciones existentes o recientemente adoptadas. De hecho, los Estados miembros aplicaron determinadas posiciones a través de códigos no vinculantes, cartas y recomendaciones sin ninguna base legal. Tan sólo unos pocos Estados miembros aprobaron nueva legislación que abarca uno o más artículos.

En consecuencia, la Comisión invita a los Estados Miembros a facilitar más información en relación con la aplicación, y a promulgar y presentar la legislación nacional pertinente que estén preparando.”

9. Al lado de otras sobre el tema, véanse la Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal; y la Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización. Un resumen de la primera puede verse en CONDE, M.J., *Los derechos humanos de la víctima*, Revista Eguzilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Nº 6, 1992, pp. 126 a 129.

10. Que con el Tratado de la Unión Europea (TUE - Maastricht 1992) fundamenta la Unión Europea, según declaración expresa de su art. 1.2. El Tratado de Lisboa de 2007 modificó los dos Tratados fundamentales, el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE - Roma 1957), pasando este último a denominarse “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (TFUE).

11. Versión consolidada en <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>.

12. Véase TAMARIT SUMALLA, J.M., *La política europea sobre las víctimas de delitos*, en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), “Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea”, cit., pp. 31 y ss.

13. DO C 187, de 28 de junio de 2011.

14. DO C 285 E, de 21 de octubre de 2010.

15. DO C 296 E, de 2 de octubre de 2012.

16. DO L 338, de 21 de diciembre de 2011. Véanse BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *La orden europea de protección: Analogías y diferencias con la orden de protección del proceso penal español*, en MARTÍN OSTOS, J.S. (Coord.), “El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi”, Ed. Atelier, Barcelona 2013, pp. 107 y ss.; y, en la misma obra, DÍAZ PITA, P., *La orden europea de protección (Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011): Su adopción en el ámbito de la violencia doméstica y de género en el marco del Derecho Procesal Penal español*, pp. 205 y s.

17. DO L 101, de 15 de abril de 2011.

18. DO L 335, de 17 de diciembre de 2011.

19. DO L 164, de 22 de junio de 2002.

20. Tampoco tenemos un proceso civil europeo, pero aquí es teóricamente más fácil dado el sistema de economía de mercado que rige en la Unión Europea. Véanse, por ejemplo, *Civil Justice European Commission* en: http://ec.europa.eu/justice/civil/index_en.htm, y *Judicial Cooperation in Civil Matters* en: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/index_en.htm. La bibliografía es amplísima, v., por ejemplo y por todos, DE LA OLIVA SANTOS, A. (Dir.) / GASCÓN INCHAUSTI, F. / CALDERÓN CUADRADO, P. / SENÉS MOTILLA, C. / VEGAS TORRES, J. (Coord.), *Derecho Procesal Civil Europeo*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2011, 3 volúmenes.

21. Véanse ARMENTA DEU, T., *Europeización del proceso penal y derechos fundamentales: Guía y condicionante*, en MARTÍN OSTOS, J.S. (Coord.), “El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi”, cit., pp. 67 y ss.; CALDERÓN CUADRADO, P., *¿Hacia una europeización del proceso?*, en MARTÍN OSTOS, J.S. (Coord.), “El Derecho Procesal...”, cit., pp. 125 y ss.

22. De hecho, hoy me parece imposible atendidos los argumentos que, salvadas todas las distancias, expreso en GÓMEZ COLOMER, J.L., *¿Es posible aspirar a un proceso penal universal?*, en VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. /

VARGAS LOZANO, R. (Compil.), “Presente y futuro de la Justicia Penal Internacional”, Ed. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá 2012, pp. 171 y ss.

23. Arts. 67 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Véase JIMENO BULNES, M., *El modelo de espacio judicial europeo en materia penal antes y después de Lisboa: ¿Justicia versus seguridad o seguridad versus Justicia?*, en MARTÍN OSTOS, J.S. (Coord.), “El Derecho Procesal...”, cit., pp. 311 y ss.

24. Véanse DE HOYOS SANCHO, M., *Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales*, en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), “El proceso penal en la Unión Europea. Garantías esenciales”, cit., pp. 43 y ss.; IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *Derechos fundamentales y Derecho comunitario*, en CALDERÓN CUADRADO, P. / IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (Coord.), *El espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Avances y Derechos Fundamentales en materia procesal*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2009, pp. 23 y ss.; y JIMENO BULNES, M., *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor 2011, pp. 25 y ss.

25. Véase ampliamente el libro de JIMENO BULNES, M. (Coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: Instrumento procesales*, Ed. Universidad de Burgos y Ed. Bosch, Barcelona 2007, passim, esp. pp. 257 y ss. También de la misma autora JIMENO BULNES, M., *Las implicaciones del Tratado de Lisboa en la cooperación judicial europea en materia penal*, en ARANGÜENA FANEGO, C. (Dir.), “Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: Últimos avances en cooperación judicial penal”, Ed. Lex Nova, Valladolid 2010, pp. 30 y ss.

26. Hemos consultado la versión francesa e inglesa en DELMAS-MARTY, M. (Direction), *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne - Corpus Juris introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*, Ed. Direction Générale du Contrôle Financier - Economica, París 1997; la versión alemana, v. DELMAS-MARTY, M. (Hrsg.), *Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen...*, cit., pp. 13 y ss.; la versión italiana, v. *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Iuris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, con prólogo de Giovanni GRASSO, Ed. Giuffrè, Milano 1997; y la versión española, v. *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus Iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, con estudio preliminar de Enrique BACIGALUPO ZAPATER, Ed. Colex, Madrid 1998. Véanse también BACIGALUPO ZAPATER, E., *Evolución de los modelos legislativos europeos para la protección de las finanzas públicas y comunitarias*, en “Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la Memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal”, Edersa, Madrid 1993, pp. 113 y ss.; SIEBER, U., *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht - Einführung zum Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU -*, en DELMAS-MARTY, M. (Hrsg.), „Corpus Iuris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union“, col. Ius Criminale, vol. 7, Ed. Carl Heymans, Köln-Berlin-Bonn-München 1998, pp. 1 a 10; y TIEDEMANN, K., *Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft*, Neue Juristische Wochenschrift 1990, pp. 2226 y ss.

27. Vide GÓMEZ COLOMER, J.L., *La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto Corpus Iuris)*, Revista (española) de Derecho Penal y Criminología 2000, nº 6, pp. 139 y ss.

28. Pero, obsérvense las dificultades de unificación sólo entonces en 15 países europeos, que fuese una figura totalmente independiente iba a plantear problemas de constitucionalidad en algunos países, como por ejemplo España, en donde la Fiscalía está en relación jerárquica dependiente del Gobierno (Ministerio de Justicia) desde un punto de vista orgánico.

29. Lo cual habría planteado también problemas en aquellos países (como en España) en los que instruye un Juez: Arts. 117.3 CE y 306 y concordantes LECRIM.

30. Lo que también habría planteado problemas de ajuste a la doctrina constitucional en algún país europeo, como España, en donde el principio de contradicción se defiende de manera incluso hipergarantista.

31. Sobre la unificación, armonización y homogeneización del proceso penal en el ámbito de los países de la Unión Europea, véanse: Varios Autores, *Hacia la unificación del Derecho Penal*, Ed. INACIPE y Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, México 2006; AMBOS, K., *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, europäisches Strafrecht, Rechtshilfe; ein Studienbuch* (3ª ed.), Ed. Beck, München 2011, pp. 307 y ss., y 419 y ss.; AMBOS, K. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften - Band 14, Ed. Universität Göttingen, Göttingen 2011, esp. pp. 18 y ss.; HECKER, B., *Europäisches Strafrecht* (3ª ed.), Ed. Springer, Berlin 2010, pp. 15 y ss., y 419 y ss.; SATZGER, H., *Internationales und Europäisches Strafrecht: Strafanwendungsrecht - Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht - Völkerstrafrecht* (5ª ed.), Ed. Nomos, Baden-

Baden 2011, pp. 87 y ss. y 157 y ss.; SCHÜNEMANN, B. (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege - A Programme for European Criminal Justice*, Ed. Heymanns, Köln 2006, pp. 93 y ss.; SCHÜNEMANN, B. (Hrsg.) / MILITELLO, V. (ed. italiana), *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, en Quaderni di Diritto Penale Comparato, Internazionale ed Europeo, nº 2, Ed. Giuffrè, Milano 2007, pp. 33 y ss., y 113 y ss.; SCHÜNEMANN, B., *Alternativentwurf europäische Strafverfolgung*, Ed. Carl Heymanns, Köln 2004; TIEDEMANN, K., *Der Strafschutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft*, Neue Juristische Wochenschrift 1990, pp. 2226 y ss.; Idem, *Die Europäisierung des Strafrechts*, en KREUZER, K.F. / SCHEUING, D.H. / SIEBER, U. (editores), „Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union“, Ed. Nomos, Baden-Baden 1997, pp. 133 y ss.; Idem, *Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo*, Revista Penal 1999, nº 3, pp. 76 y ss.; Idem, *L'européizzazione del Diritto Penale*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 1998, fasc. 1, pp. 3 y ss.; Idem, *Re-Europäisierung des Strafrechts versus Nationalismus der (deutschen) Strafrechtslehre*, Goldammer's Archiv 1998, pp. 107 y ss.; Idem, *Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Generalbericht*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1998, nº 110, cuaderno 2, pp. 497 y ss. La propia investigación sobre los procesos penales de determinados países europeos, dirigida por DELMAS-MARTY, M., *Procesos penales de Europa* (trad. Morenilla Allard), Edijus, Zaragoza 2000, pp. 31 y ss., demuestra fehacientemente las dificultades, hoy parece que insalvables, de una pretendida unificación del enjuiciamiento criminal en Europa. Véase también el Prólogo a ese libro, escrito por GIMENO SENDRA, J.V., p. 20. Complementariamente pueden verse igualmente MACIÁ GÓMEZ, R. (Director), *Sistemas de proceso penal en Europa*, Ed. Cedecs, Barcelona 1998, pp. 13 y ss.; y PRADEL, J., *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes: Rapports de synthèse des colloques de l'ISIS*, Ed. Érès y Association Internationale de Droit Pénal, Toulouse 1998, pp. 135 y ss.

Cito las ediciones y años que he consultado aunque existan otras posteriores, al no haber cambiado lo escrito por sus autores y ser la citada la edición estudiada.

32. Si bien la necesidad de armonizar las normas relativas a la víctima se entiende como algo imprescindible, v. DE HOYOS SANCHO, M., *La armonización del Estatuto de las Víctimas en la Unión Europea*, en MIR PUIG, S. / CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) / GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), “Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo”, Ed. Marcial Pons, Madrid 2012, pp. 409 a 412.

33. DO L 315 de 14 de noviembre de 2012.

34. Debe ser traspuesta en España antes del 16 de noviembre de 2015 (art. 27 de la Directiva 2012/29).

35. Este precepto se ha transcrito en forma distinta en los arts. 1 y 3 del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit.

36. Véanse OROMÍ I VALL-LLOVERA, S., *Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE*, Revista General de Derecho Procesal 2013, nº 30, pp. 1 y ss.; DE HOYOS SANCHO, M., *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, cit., p. 11; y DE HOYOS SANCHO, M., *Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al Ordenamiento español*, Revista General de Derecho Procesal 2014, nº 34, pp. 1 y ss.

37. VERVAELE, J., *El espacio de libertad, seguridad y justicia: ¿Hacia una protección equivalente de las partes/participantes en el proceso penal?*, en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), “Garantías y derechos de las víctimas...”, cit., pp. 27 y ss. En sentido similar y en la misma obra, DE HOYOS SANCHO, M., *El tratamiento procesal de las víctimas especialmente vulnerables en los últimos instrumentos normativos aprobados en la Unión Europea*, cit., pp. 69 a 73.

38. Así se afirma en el Considerando (11) de la Directiva 2012/29.

39. Véanse con carácter general, CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., *Un nuevo impulso a las garantías procesales de las víctimas en la Unión Europea (La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre)*, en MARTÍN OSTOS, J.S. (Coord.), “El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi”, cit., pp. 175 y ss.; y BLÁZQUEZ PEINADO, M.L., *La Directiva 2012/29/UE. ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?*, Revista de Derecho Comunitario Europeo 2013, nº 46, pp. 897 y ss.

40. La Directiva 2012/29 mejora la definición de víctima de la Decisión Marco, pues su art. 1, a) definía como víctima sólo a la persona física que hubiera sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales

o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro, olvidándose de los familiares.

41. Este precepto se ha transcrito, mejorándolo al distinguir entre víctimas directas e indirectas, en el art. 2 del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit.

42. *Vide* GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, cit., pp. 306 a 309.

43. Y así se reconoce expresamente en el Considerando (9) de la Directiva 2012/29.

44. Considerando (10) de la Directiva 2012/29. El art. 17 del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit., va a trasponer esta norma, en parte.

45. Las víctimas especialmente vulnerables se regularán especialmente en los arts. 25 y 26 del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit.

46. DOCE C 364, de 18 de diciembre de 2000. Se puede consultar también en ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Código de Derecho Penal Europeo e Internacional*, Ed. Ministerio de Justicia y Universidad de Castilla-La Mancha, Madrid 2008, pp. 57 y ss.

47. Instrumento de Ratificación por España BOE de 31 de diciembre de 1990.

48. Instrumento de Ratificación por España BOE de 21 de abril de 2008.

49. Asamblea de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/52/164 de 15 de diciembre de 1997. Instrumento de Ratificación BOE de 12 de junio de 2001.

50. Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999. Instrumento de Ratificación BOE de 23 de mayo de 2002.

51. Instrumento de Ratificación BOE de 26 de Junio de 2010.

52. Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Instrumento de Ratificación BOE de 21 de marzo de 1984.

53. Su Instrumento de Ratificación es recentísimo: BOE de 6 de junio de 2014.

54. Véase DELGADO MARTÍN, J., *La tutela judicial de las personas vulnerables*, en ARANGÜENA FANEGO, C., "Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea", Ed. Lex Nova, Valladolid 2007, pp. 280 y 281.

55. De acuerdo con lo fijado en los arts. 25 y 26 de la Directiva 2012/26, que se transpondrán en los arts. 23 y 24 del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit.

56. *Vide* GÓMEZ COLOMER, J.L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, cit., pp. 368 a 371.

57. Estos preceptos se han transcrito en los arts. 25 y 26 del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit.

58. Considerando (17).

59. Considerando (57).

60. Prohibida hasta ahora en España, salvo en menores (art. 19 Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores). Una futura nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal debería regularla, como ya intentó el Proyecto del Partido Socialista de 2011. Véanse BARONA VILAR, S., *Influencia de la Unión Europea e instancias supranacionales en la tutela penal de la víctima, en la justicia restaurativa y la mediación penal*, en MARTÍN OSTOS, J.S. (Coord.), "El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi", cit., pp. 83 y ss.; y, en la misma obra, MARTÍN RÍOS, P., *La exclusión de la mediación como manifestación de las no-drop polices en violencia de género*, pp. 363 y ss.

61. Y así lo va a ser por el art. 18 del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit.

62. Considerando (48).
63. Y así lo va a ser también por el art. 14 del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit.
64. Este precepto no se va a transponer literalmente, sino que se deducirá de varias normas, especialmente del art. 5.1, e) del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit.
65. Véase la Sentencia TJUE (Sala Cuarta) de los casos acumulados C-483/09 y C-1/10 *Magatte Gueye y Valentín Salmerón Sánchez*, de 15 de septiembre de 2011. Este precepto se ha transcrito en el art. 15 del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit.
66. Considerando (46).
67. BOE de 29 de diciembre de 2001.
68. DO L 261/15, de 6 de agosto de 2004. Un comentario específico en GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., *Marco jurídico y nuevos instrumentos para un Sistema Europeo de Indemnización a las víctimas de delitos*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia 2005, nºs. 1980-81, pp. 7 y ss.
69. Véanse PEREIRA I PUIGVERT, S., *Normas mínimas para las víctimas de delitos: Análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo*, Revista General de Derecho Europeo 2013, nº 30; y PÉREZ RIVAS, N., *Los derechos de las víctimas en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE*, Boletín CeDe UsC, febrero 2014.
70. Considerando (22).
71. Este precepto se ha transcrito en el art. 6, a) del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit.
72. Considerando (24).
73. DO C 364. Se puede consultar en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.
74. Véase GÁRATE ZUBIZARRETA, M.I., *Artículo 1: La dignidad, ¿concepto trasnochado?*, en ORDEÑANA GÉZURAGA, I. (Dir.), "La Declaración Universal de los Derechos Humanos: Ayer, hoy y mañana", Ed. Gobierno Vasco y Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2012, pp. 37 y ss.
75. Considerando (66).
76. Preceptos que van a ser traspuestos en los arts. 4, 5, 6, 7 y 9 del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit.
77. Considerando (27).
78. Considerando (28).
79. Considerando (34).
80. Preceptos que van a ser traspuestos en los arts. 10 y 27 a 29 del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit.
81. Estos preceptos se han transcrito en los arts. 12, 14, 15, 16, 17 y 18 del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit.
82. Sentencia TJUE (Sala Tercera) C-404/07 TJUE, de 9 de octubre de 2008, apartados 48 y 50. Se puede consultar en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62007CJ0404&from=ES#Footnote*.
83. Considerando (47).
84. Estos preceptos se han transcrito en los arts. 19, 20, 21, 22, 23 y 26 del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit.
85. Considerando (53). Véanse ARANGÜENA FANEGO, C., *La protección transnacional de las víctimas por medio de la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares no privativas de libertad aplicadas entre los estados*

miembros de la Unión Europea, en Rafael CABRERA MERCADO (Coord.), “Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de la violencia de género”, Ed. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid 2011, pp. 79 y ss.; MOLINA MANSILLA, M.C., *El derecho a la información de los detenidos y acusados versus el derecho de información de la víctima en procesos penales: análisis de las directivas 2012/13/UE, de 22 de mayo y 2012/29/UE, de 25 de octubre*, La ley penal - Revista de derecho penal, procesal y penitenciario 2013, nº 103, 2013, p. 7; y PEYRÓ LLOPIS, A., *La protección de las víctimas en la Unión Europea: La orden europea de protección*, Revista de Derecho Europea 2013, nº 46, pp. 9 y ss.

86. Sentencia C-105/03 TJUE, de 16 de junio de 2005, a comentar inmediatamente.

87. Considerando (54).

88. Este precepto se ha transcrito en el art. 33 del Proyecto de Ley del Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, cit.

89. Considerando (55).

90. RA TJCE 205\ 184. La versión oficial española se pueden consultar en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jspx?text=&docid=59363&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=240353>.

91. Vide por ejemplo OLÁSULO ALONSO, H., *La posición procesal de las víctimas en el proceso de activación ante la Corte Penal Internacional*, La Ley, Nº 4, 2005, pp. 1811 y ss.; y GUERRERO PALOMARES, S., *La defensa procesal de las víctimas ante la Corte Penal Internacional*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2014, esp. pp. 111 y ss.

92. Me remito a OLÁSULO ALONSO, H. / GALAÍN PALERMO, P., *La influencia en la Corte Penal Internacional de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso, participación y reparación de víctimas*, en “Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional”, Ed. Universidad Gotinga y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo 2010, pp. 379 y ss.

93. Sobre el complejo art. 6 CEDH, véanse extensamente ESPARZA LEIBAR, I. / ETXEBERRÍA GURIDI, J.F., *Comentarios al artículo 6. Derecho a un proceso equitativo*, en LASAGABASTER HERRARTE, I., “Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático” (2ª ed.), Ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona 2009, pp. 172 y ss.

94. Vide en general VERVAELE, J., *El espacio de libertad, seguridad y justicia: ¿Hacia una protección equivalente de las partes/participantes en el proceso penal*, en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), “Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 15 y ss.

95. Sentencia TEDH de 2 de julio de 2002 (RJA TEDH\2002\43).

96. Por eso se habla en el ámbito europeo de triangulización del proceso, v. VERVAELE, J., *El espacio de libertad, seguridad y justicia...*, cit., p. 22.

97. Recogida en RJA TEDH\1995\43.

98. Que se puede consultar en RJA TEDH\2014\8.

99. Sentencia TEDH de 12 de febrero de 2004, apartados 54 a 56. Se puede consultar en español en <http://www.elblogdeacal.com/wp-content/uploads/2012/03/STEDH-12-06-04-Caso-Perez-c.-Francia1.pdf>.

100. STEDH de 29 de octubre de 1991 (caso *Helmets v. Suecia*), apartado 29.

101. STEDH de 21 de julio de 2011 (caso *Minarets Cases v. Suiza*), en <http://eclj.org/Releases/Read.aspx?GUID=7ef3da33-5927-4944-b5b4-b1f5b7f60141&rs=eur>.

102. No lo manejaremos en este estudio, pero puede consultarse en: [file:///C:/Users/usuario/Downloads/APLO_ESTATUTO_V%20C3%8DCTIMA_-_CM_25-10-2013.PDF%20\(6\).PDF](file:///C:/Users/usuario/Downloads/APLO_ESTATUTO_V%20C3%8DCTIMA_-_CM_25-10-2013.PDF%20(6).PDF).

103. La inmensa mayoría no son accesibles en Internet, por lo que únicamente sabemos de ellos y de parte de su contenido por el Dictamen del Consejo de Estado sobre el AntPLEVict (pp. 7 a 11).

104. Dicho informe se puede consultar en: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Informe%20Victima%20del%20Delito.pdf>.

105. Puede consultarse en: http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_del_Estatuto_de_las_Victimas_del_delito.

106. Se puede consultar este voto particular discrepante en: [file:///C:/Users/usuario/Downloads/20140205%20Inf.%20Antepr.%20LO%20Victimas%20del%20delito.%20Voto%20part.%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/20140205%20Inf.%20Antepr.%20LO%20Victimas%20del%20delito.%20Voto%20part.%20(1).pdf).

107. Tampoco lo manejaremos aquí, pero puede consultarse en: [file:///C:/Users/usuario/Downloads/Texto_enviado_al_Consejo_de_Estado%20\(2\).PDF](file:///C:/Users/usuario/Downloads/Texto_enviado_al_Consejo_de_Estado%20(2).PDF).

108. La MAIN del AntPLEVict no es accesible en Internet, pero lo esencial se recoge en el *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., p. 5 a 7. El Consejo de Estado como veremos critica con firmeza el impacto presupuestario previsto por el Gobierno, pues considera el monto dedicado a la implementación de la ley, algo más de dos millones cien mil euros, absolutamente insuficiente.

109. Puede consultarse en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-360>.

110. Consúltese en: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A Proyectos de Ley, Nº 115-1, identificación 121/000115.

111. Separación aconsejada tanto por el Consejo Fiscal, como por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo de Estado, por orden de fecha de emisión de sus informes. Véanse *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, de fecha 14 de noviembre de 2013, p. 3; *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito* elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, de fecha 31 de enero de 2014, pp. 10 y ss.; y *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, de fecha 29 de mayo de 2014, pp. 13 y 14.

112. Se tramita actualmente por tanto en forma separada como Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Consúltese en: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A Proyectos de Ley, Nº 114-1, identificación 121/000114.

Fecha de recepción: 28 de noviembre de 2014

Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2015

RELATO Y JUSTIFICACIÓN. EN EL CORAZÓN DELIBERATIVO DE UN JURADO (A
PROPÓSITO DE *TWELVE ANGRY MEN*)
STORY AND JUSTIFICATION. AT THE DELIBERATIVE HEART OF A JURY (REGARDING
TWELVE ANGRY MEN)

José Manuel Cabra Apalategui

RESUMEN

Twelve angry men, de Sidney Lumet, pasa por ser una de las obra maestras de la cinematografía jurídica. Con una extraordinaria austeridad de medios materiales y narrativos, la cinta resulta enormemente sugerente desde diversos puntos de vista (psicológico, jurídico, crítico). Este trabajo se centra en la dimensión argumentativa de la deliberación del jurado, resaltando dos cuestiones: primero, la deconstrucción del relato de la acusación, tanto desde una perspectiva epistemológica, como en sus aspectos narrativos; segundo, la relación del contexto de descubrimiento y el contexto de justificación en la argumentación jurídica.

PALABRAS CLAVE

Argumentación jurídica, Contexto de descubrimiento / Contexto de justificación, Racionalidad, Teoría narrativista del derecho.

ABSTRACT

Sidney Lumet's *Twelve angry men* is considered a master works of legal cinematography. Despite its outstanding austerity of material and narrative means, the film is enormously intriguing from different points of view (psychological, legal, critical). This paper focuses on the argumentative aspect of the trial deliberation, underlining two issues: first, the deconstruction of the prosecution's story from an epistemic perspective, as well as in its narrative dimension; second, the relation between the context of discovery an the context of justificación in legal argumentation.

KEY WORDS

Legal argumentation, Context of discovery / Context of justification, Rationality, Narrativist theory of law.

RELATO Y JUSTIFICACIÓN. EN EL CORAZÓN DELIBERATIVO DE UN JURADO (A PROPÓSITO DE *TWELVE ANGRY MEN*)

José Manuel Cabra Apalategui

Universidad de Málaga

Sumario: 1. Introducción. 2. Puntos de partida. 3. *Second round* (una segunda oportunidad para la defensa). 4. Presunción de inocencia y asimetría narrativa. 5. Descubrimiento, justificación. 6. Deliberación. 7. (En) FIN. Una doble lectura.

1. INTRODUCCIÓN

Basada en la obra homónima de Reginald Rose, la película de Sidney Lumet *Twelve angry men* pasa por ser una de las obra maestras de la cinematografía jurídica. Con una extraordinaria austeridad de medios materiales y narrativos —apenas el desarrollo del proceso deliberativo entre los doce miembros de un jurado en una pequeña sala— la cinta resulta enormemente sugerente desde diversos puntos de vista, que van desde la valoración crítica de instituciones jurídicas como el jurado o el derecho a la defensa (en especial, en relación con la asistencia letrada de oficio), la pena capital, el papel de los prejuicios, los estados de ánimo o la persuasión del orador en la formación y evolución de nuestras creencias y de nuestros juicios, hasta la dinámica de formación de los

consensos. Acaso esto explique el hecho de que la traducción española (*Doce hombres sin piedad*) y la hispanoamericana (*Doce hombres en pugna*) difieran sensiblemente, resaltando cada una de ellas una lectura posible de la cinta¹.

La superposición de niveles de discurso —lógico, psicológico, jurídico, crítico— que tiene lugar en la deliberación de un jurado (en realidad, en cualquier deliberación) pone bajo el foco la complejidad de las prácticas argumentativas que forman parte del funcionamiento normal de algunas instituciones sociales, políticas y jurídicas. No pretendo con esta discreta aportación dar cuenta sistemática y exhaustivamente, ni siquiera de forma aproximada, de dicha complejidad. Comoquiera que la acción retrata a un grupo de hombres discutiendo acerca de la ocurrencia de unos hechos, los comentarios que siguen apuntarán en

una doble dirección hacia aspectos que pueden resultar —de hecho, lo son— relevantes desde una aproximación argumentativa al derecho. Primero, la reconstrucción de los hechos o, mejor dicho, la deconstrucción de una versión de los hechos. La asimétrica distribución de la carga de la prueba que resulta del principio de presunción de inocencia provoca diferentes exigencias de motivación y consistencia (coherencia, verosimilitud) para las versiones de la acusación y de la defensa o, como es el caso, del juzgador, siendo así que la alternativa al relato de la acusación puede no adoptar la forma de una versión contradictoria de los hechos (*otro relato* de los hechos, el relato de *otros hechos*), sino su vaciamiento, o sea, una (aparente) ausencia de relato acerca de los hechos. La segunda batería de comentarios estará orientada a la distinción entre *descubrimiento* y *justificación* (de la que el guion hace un uso magistral), y más concretamente, al papel mediador de la deliberación racional en la modificación de las convicciones iniciales de los miembros del jurado o, por decirlo en términos de la teoría de la argumentación jurídica, de la comunicabilidad del contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las decisiones.

2. PUNTOS DE PARTIDA

El argumento es bien sencillo: un jurado compuesto por doce hombres debe deliberar acerca de la culpabilidad de un muchacho (al que se refieren como “el chico”) de un barrio marginal acusado de asesinar a su padre. El veredicto de culpabilidad significa la pena de muerte para el acusado, por lo que la decisión debe ser tomada por unanimidad. En una primera votación, once de los doce jurados consideran culpable al acusado ante el peso de las pruebas presentadas durante la vista. En principio, dejan poco lugar a dudas; solo uno de los doce miembros del jurado expresa sus reservas acerca de la verosimilitud de la versión (hipótesis) de los hechos formulada por el fis-

cal². Comienza una deliberación que acabará arrastrando a todos los miembros del jurado a cuestionar la hipótesis acusatoria. La presencia de una duda razonable únicamente admite un veredicto de no culpabilidad³.

El estado de la cuestión desde el que parte la deliberación presenta una doble vertiente. En primer lugar, el objeto de la discusión es una cuestión exclusivamente empírica: determinar si unos hechos ocurrieron o no, o sea, si el chico asesinó a su padre. No se plantea problema interpretativo alguno, pues la norma aplicable está muy clara, tanto en su supuesto de hecho, como en la consecuencia jurídica: el asesinato está castigado con la pena de muerte. Tampoco es un problema de calificación jurídica, esto es, si los hechos pueden subsumirse en el supuesto de hecho de la norma. La descripción de los hechos de la que se parte en la deliberación contiene las condiciones necesarias y suficientes para que se dé la consecuencia jurídica. El problema es, por tanto, meramente de prueba. Expresándolo en términos de teoría de la argumentación: el objeto de la discusión es la justificación externa⁴ de la premisa fáctica de un razonamiento jurídico que bien podría plantearse como un simple silogismo.

En tanto que cuestión empírica, es un problema epistémico en el que no intervienen juicios de valor en su dilucidación (más allá de “aceptar” como suficiente un determinado material probatorio); se trata únicamente de establecer si unos hechos ocurrieron o no o, mejor dicho, de establecer si la descripción de unos hechos es verdadera o la probabilidad de que lo sea. Sin embargo, las consecuencias prácticas de admitir o rechazar la hipótesis de la acusación condiciona la actitud racional de algunos de los miembros del jurado, que muestran diversos grados de resistencia a la evidencia empírica si esta es contraria a sus convicciones iniciales, no solo acerca de los hechos, sino, sobre todo —y este es el punto esencial— acerca del veredicto final, esto es, cómo deba “resolverse” el caso (considerando, por cierto, que algunos de los miembros del jurado parecen no contemplar la absolución por falta de pruebas como una re-

solución del caso propiamente dicha). Se hace evidente que la anticipación de las consecuencias prácticas de aceptar o no la descripción de los hechos predispone en la evaluación los datos empíricos sobre los que habrá que evacuar, a falta de una prueba definitiva y concluyente, un juicio de verosimilitud. Este juicio se alejará de la neutralidad, y probablemente de la verdad, a que aspira el conocimiento científico tanto más cuanto mayor sea la predisposición (por lo general, no consciente) hacia una resolución del caso (pre)determinada por las consecuencias jurídicas que de ella derivan. Se produce entonces una confusión de criterios de validez o, más bien, se suma a los criterios de veracidad o verosimilitud, de manera subrepticia, un criterio (o más bien, un sesgo) consecuencialista que nada tiene que ver con la verdad y que compromete la evaluación imparcial de los datos empíricos⁵.

La segunda cuestión de inicio es que en la deliberación del jurado no se trata de averiguar qué ocurrió, y ni siquiera de proporcionar una descripción de los hechos, sino de evaluar la aceptabilidad o plausibilidad de la versión condenatoria. En otras palabras, el asunto no es volver a dilucidar cuál de las dos versiones contendientes, la de la defensa o la de la acusación, se erige en definitiva, alcanzando el estatuto de verdad judicial (Calvo 1998b: 21), sino poner a prueba aquella que parece haber alcanzado esta condición. En el momento procesal en que el espectador accede al proceso ya ha tenido lugar la pugna entre las versiones del fiscal y el abogado defensor, de la que el primero ha salido claro vencedor, como atestigua la abrumadora mayoría que considera culpable al acusado: once votos de doce posibles.

3. SECOND ROUND (UNA SEGUNDA OPORTUNIDAD PARA LA DEFENSA)

La deliberación de los miembros del jurado, abierta por el único voto disidente (en adelante, *jurado n.º 8*), es dirigida —primero

por la duda y luego por una creciente sospecha— hacia la refutación de la versión condenatoria del fiscal, compartida inicialmente por la mayoría de miembros del jurado. La lucha desigual que ha tenido lugar durante el juicio vuelve a equilibrarse en el transcurso de una deliberación que suple las deficiencias de la defensa (lo que, por otro lado, manifiesta una nada velada crítica social a la desigualdad de medios en el acceso a la justicia).

En este apartado, daré cuenta de la deconstrucción de la versión del fiscal que lleva a cabo el jurado n.º 8. Para ello haré uso —acaso algo rudimentario— del instrumental conceptual desarrollado por la teoría narrativista del derecho⁶.

Hasta este punto, me he referido a los hechos a través de su *descripción*, una proposición cuya única virtualidad es ser verdadera o falsa. Pues bien, no es solo que la constatación de hechos pasados no está a nuestro alcance (Calvo 1998b: 10-11), sino que esta deja al margen toda cuestión de sentido. Más allá de la mera constatación, el sentido o la interpretación de los hechos únicamente se nos aparece con su disposición discursiva en un *relato* cuyo objetivo es el de *afirmar la ocurrencia de unos hechos*⁷. Siguiendo a Umberto Eco, es posible diferenciar dos trayectorias por las que discurre la narratividad de este relato: una narratividad simple o *fábula* (qué ocurrió), y una narratividad compleja o *trama* (por qué, para qué ocurrió), de tal modo que ambas “se abordan y uncen en una sucesión de relevos (...) hasta elaborar una *historia* del suceso acontecido cuya razón de verdad es siempre, como verdad narrativa, como verdad fictiva, una promesa de sentido: la razonable verosimilitud de su ocurrencia” (Calvo 2002: 96). El resquebrajamiento de la versión —del relato— de la acusación comienza por la ausencia de un móvil o, si se quiere, la debilidad de la trama: ¿por qué habría de matar el chico a su padre? La respuesta de que este le había golpeado tras una discusión y que un vecino le oyó amenazar al padre “voy a matarte”, que tan persuasivamente había funcionado en el relato condenatorio, no resulta

convinciente para el jurado n.º 8: el chico ha crecido en un ambiente violento y no parece que una agresión —otra más— aunque venga de su padre, pueda afectarle de tal modo que le impulse a cometer un asesinato. Por otra parte, una amenaza de ese tipo, hecha en un estado de ofuscación, no suele formularse con la intención firme de llevarla a cabo. En este punto no se discuten los hechos, sino su interpretación o su sentido: lo que en el relato acusatorio aparece como estímulo suficiente para explicar la acción del chico se presenta ahora poco menos que como un hecho doméstico y cotidiano, manifiestamente insuficiente para explicar la reacción homicida del chico.

Cuestionado el móvil, la mirada escrutadora del escéptico se dirige entonces hacia la fábula, hacia unos hechos cuya trabazón de sentido ha perdido su principal referencia o está a punto de perderla. La narratividad simple de la fábula tiene un carácter más informativo que persuasivo y, a efectos justificatorios, su “razón narrativa es claramente expositiva”, quedando estructurada según el modelo de interrogatorio tópico (quién, qué, dónde, cuándo, con qué medios) (Calvo 2002: 97). El relato acusatorio proporciona debida respuesta a todos estos interrogantes; de hecho, gran parte de su fuerza persuasiva reside en esa aparente exhaustividad, que se revela, finalmente, más como un ejercicio de abrumadora acumulación que como una reconstrucción coherente y verosímil de los hechos. Como veremos, antes que un relato sólido y consistente, es un relato completo, una fábula cerrada (en falso).

La deliberación del jurado pone de manifiesto la debilidad de la base indiciaria y probatoria del relato de la acusación; pero, entiéndase bien, el alcance de esta refutación: no se cuestiona directamente el relato acusatorio, puesto que no se proporciona un relato alternativo plausible o verosímil incompatible con aquel. Hay, en efecto, una coartada: el muchacho, aunque con alguna imprecisión, sostuvo en el juicio que, a la hora de cometerse el crimen, él estaba en el cine; pero los esfuerzos argumentativos del jurado n.º 8 apenas

van dirigidos a reforzar el relato alternativo (si acaso, en algún momento, se muestra que las imprecisiones de la coartada del muchacho tienen un explicación razonable), sino a mostrar la debilidad de los indicios y elementos probatorios que sustentan el relato de la acusación.

Un arma extravagante —la navaja— que resulta no serlo tanto (medio); una forma inhabitual de usarla (qué, cómo); y dos testigos cuyos testimonios no son ciertos (quién, dónde, cuándo). Una por una, las evidencias que sustentan el relato de la acusación van cayendo hasta perder esta toda apariencia de verdad (o, como mucho, quedar equiparado con un potencial relato contendiente).

La refutación comienza con un golpe de efecto. Durante el juicio se ha sostenido que la navaja con la que se cometió el crimen es un ejemplar casi único que el chico había adquirido en una casa de empeños. Sin embargo, el jurado n.º 8 muestra una navaja muy similar, adquirida la noche antes en una tienda del barrio. La aparición de esta nueva evidencia debilita la hipótesis que asocia el arma con el acusado; cualquiera podría tener una navaja de las mismas características y su posesión resulta ser —ahora— un indicio muy pobre. En definitiva, el grado de probabilidad de la hipótesis es mucho menor⁸.

Por otra parte, está la forma de usar el arma, algo a lo que, al parecer, no se había concedido especial importancia durante la vista. Uno de los miembros del jurado ha crecido, como el acusado, en un barrio violento en el que las peleas de navajas automáticas son habituales y conoce muy bien cómo se usan. La herida que causó la muerte a la víctima presentaba una trayectoria descendente, mientras que la forma típica de empuñar ese tipo peculiar de navaja provoca heridas de trayectoria ascendente. Muy probablemente, quien mató al padre no estaba familiarizado con el uso de navajas automáticas; y el chico sí lo estaba. Se trata, naturalmente de una generalización con base empírica, de la que no se puede inferir de un modo concluyente ninguna conclusión

acerca de los hechos particulares (Ferrer 2007: 106); sin embargo, constituye un indicio contrario a la hipótesis de la acusación. O dicho en otros términos, el dato tiene un mal encaje en su relato.

Con la refutación de los testimonios —relatos, al fin y al cabo— de los dos testigos, “el viejo” y “la mujer (del otro lado de la calle)”, tiene lugar el colapso del relato de la acusación. Los testimonios de esas dos personas son las únicas pruebas de cargo con que cuenta el relato del fiscal; el resto del material probatorio tiene naturaleza indiciaria (la amenaza, el arma). Aunque ninguno de los testigos tuviera intención de mentir, ambos testimonios son objetivamente falsos, como consigue demostrar el jurado n.º 8 con la ayuda del jurado de mayor edad —*el anciano*— en dos escenas memorables.

El testimonio del viejo es cuestionado en dos aspectos: uno, que pudiera oír, primero, la amenaza —“voy a matarte”— a través de la ventana abierta y, un segundo más tarde, el cuerpo desplomándose en el suelo; y dos, que pudiera llegar a la puerta de su casa, asomarse, y ver al muchacho escapar escaleras abajo. Si el testimonio de “la mujer” es cierto, el asesino agredió a su víctima mientras los dos últimos vagones de un tren elevado pasaban por delante de la ventana de la casa donde se cometió el crimen; difícilmente puede oírse nada de lo que ocurre en el piso de arriba mientras un tren está pasando a escasos metros de la ventana (este dato no es tenido en cuenta por los miembros del jurado hasta que el jurado n.º 8, que ha vivido cerca de un tren elevado, llama la atención sobre el mismo, mientras otro de los miembros del jurado, que ha estado realizando unos trabajos en una vivienda similar, confirma que el ruido que hace el tren al pasar es ensordecedor). La segunda acción, esto es, que se asomara a la puerta y viera al muchacho correr escaleras abajo, es desmentida por medios empíricos, cuando el jurado n.º 8, en una elemental reconstrucción de la acción, se hace cronometrar el tiempo empleado en recorrer la distancia que separa la cama y la puerta

de la casa. La medición no deja lugar a dudas: los tiempos del relato del viejo no pueden ser ciertos. Las cosas debieron de haber ocurrido de otro modo, aventura el jurado n.º 8. Él mismo sugiere una versión distinta de los hechos: “El viejo escuchó la pelea entre el chico y su padre horas antes, más tarde escuchó (o sintió) el desplome del cuerpo en el suelo y oyó gritar a la mujer del otro lado de la calle, que había visto cómo se cometía el crimen, se acercó a la puerta, vio a alguien bajar las escaleras y dio por sentado que se trataba del chico”. De haber ocurrido así las cosas y no como se establece en el testimonio, la estructuración narrativa de los sucesos en el relato del viejo no respetaría los lapsos temporales de la ocurrencia de los hechos, presentando como acciones sucesivas, entre las que existe una conexión causal, acciones independientes cuya ocurrencia está separada en el tiempo. ¿Mintió el viejo? Nadie lo cree así. Una explicación más convincente la encontramos en la propia dinámica de la construcción del relato o *consistencia narrativa*. Calvo González ha definido la consistencia narrativa como la “disposición lineal —de un principio hacia un final— y causal —de un antecedente a un consecuente, o a la inversa— [de los hechos]”, esto es, la “disposición organizativa de la historia sustentada en la prolongación en continuidad y en la vigencia de la causalidad del suceso durante el decurso del relato”. En definitiva —señala— “la consistencia narrativa se sujeta a la exposición secuencial y a la lógica del encadenamiento” (Calvo 2008: 383). Pues bien, el viejo, probablemente de forma inconsciente, sigue estas premisas, encadenando en su relato dos hechos separados en el tiempo⁹, pudiendo así afirmar su ocurrencia.

Por último, el testimonio de la mujer pierde toda verosimilitud cuando el anciano hace notar al resto de miembros del jurado que esta presentaba dos pequeñas marcas en la nariz que denotaban, inequívocamente, el uso habitual de gafas. Uno de los propios miembros del jurado, que también las usaba, confirma que nadie las lleva puestas en la cama cuando va a dormir. De nuevo, se trata de una genera-

lización con base empírica. Ciertamente, no resulta concluyente en relación con los hechos particulares cuya ocurrencia se pretende demostrar —es posible que la mujer llevara las gafas puestas en la cama en ese momento; o que pudiera ver al chico incluso sin gafas (porque, por ejemplo, fueran gafas de lectura)— pero la probabilidad de que sea cierta es alta.

Hasta aquí la deconstrucción del relato del fiscal. Como he sugerido antes, su fuerza persuasiva descansa más en la acumulación de material indiciario y probatorio, y en la falsa impresión de narración acabada, que en su verosimilitud una vez se han considerado por separado las piezas del relato. A medida que en el transcurso de la deliberación van desvelándose las inconsistencias de los testimonios o la debilidad de los indicios, las sucesivas votaciones del jurado empiezan a reflejar las dudas crecientes de sus miembros, que acaban, finalmente, renunciando a declarar la culpabilidad del acusado.

4. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y ASIMETRÍA NARRATIVA

Es bien sabido que la operatividad procesal de la presunción de inocencia se articula principalmente en la distribución de las cargas de la prueba¹⁰. Pero esto no es todo; en la motivación del juicio de hecho, la presunción de inocencia se traduce en lo que podemos denominar como *asimetría narrativa*. La exigencia de verosimilitud en el proceso penal es condición necesaria únicamente respecto del relato de la acusación, de manera que la contradicción de este por parte de la defensa puede consistir bien en *otro relato* de los hechos, bien en el relato de *otros hechos*, pero también puede limitarse a poner en duda la veracidad de la versión acusatoria, sin ofrecer un relato divergente.

Acaso el par “culpable/inocente” (que es como suelen traducirse, y como de hecho se traducen en la película, los veredictos de *guilty/*

not guilty), que da perfecta cuenta de la presunción legal, no alcanza a expresar esta asimetría narrativa, toda vez que la inocencia parece exigir por parte de la defensa un relato exculpatorio, una coartada, sujeta a las mismas exigencias de verosimilitud que el relato de la acusación. En cambio, la fórmula “culpable/no culpable” define con precisión el veredicto final como un juicio de verosimilitud sobre el relato de la acusación, cuyo sentido positivo está sujeto a las máximas exigencias probatorias (confirmación), mientras que el juicio negativo puede concluirse por la negación del relato acusatorio o, simplemente, por la duda razonable. En otras palabras, el relato de la defensa no siempre adopta la forma de la *refutación*, esto es, un relato igualmente verosímil e incompatible con el relato de la acusación.

Ahora bien, la negación del relato acusatorio es siempre *impugnación*¹¹. El juicio negativo de verosimilitud no supone la ausencia de toda afirmación sobre la ocurrencia de los hechos (aunque ello bastase para alcanzar la desestimación o, en su caso, la absolución), sino que dicha afirmación queda, por así decirlo, en suspenso. El cuestionamiento del relato acusatorio *sugiere* necesariamente, aunque no precisa afirmar la existencia de —y aún menos construir— un relato alternativo a aquel, del cual la impugnación solo *muestra* el negativo: lo que resulta dudoso o lo que no encaja en él y no forma parte de él; un relato alternativo que —y de ahí la asimetría narrativa— permanece *latente*, pero que, a su vez, sin haber sido narrado aún, es susceptible de justificar la premisa fáctica que conduce a la inadmisión, a la absolución, etc.

La deconstrucción del relato de la acusación que lleva a cabo el jurado n.º 8 (no sin la firme resistencia de parte de los otros miembros del jurado) se plantea siempre como *impugnación* y no como *refutación* del relato acusatorio¹²; los argumentos del jurado n.º 8 no apuntan a la construcción de un relato alternativo que desmienta el relato del fiscal o a dar por bueno el relato del chico (del que, no obstante, se toman en consideración dos datos

relevantes: primero, cabría preguntarse, como hace uno de los miembros del jurado, por qué habría de volver a la escena del crimen horas más tarde; y, segundo: las circunstancias de su detención podrían explicar cómo es posible que no recordara ciertos datos de la película que acababa de ver), sino que están dirigidos a cuestionar la verosimilitud del relato de la acusación, a poner de manifiesto la debilidad de los indicios y pruebas en los que se sustenta.

5. DESCUBRIMIENTO, JUSTIFICACIÓN

Hasta el momento, estos comentarios han tenido por objeto la hipótesis —el relato— de la acusación acerca de la ocurrencia de los hechos y las razones para su cuestionamiento. En el curso del proceso deliberativo, y a medida que el relato acusatorio va perdiendo consistencia, las convicciones iniciales de los miembros del jurado —a excepción, claro está, del jurado n.º 8— cambian. Es en esa confrontación de las distintas valoraciones de los elementos probatorios donde se manifiesta la segunda cuestión que trataré aquí: la relación o comunicabilidad entre los llamados contexto de descubrimiento y contexto de justificación.

Como es sabido, la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación proviene del campo de la filosofía de la ciencia¹³. Richard Wasserstrom (1961: 25) la introdujo en la teoría del derecho con el fin de mostrar lo infundado de las críticas de los realistas a la lógica jurídica y al modelo del silogismo judicial¹⁴. El hecho de que la toma de decisiones no responda al esquema de una inferencia lógica, es decir, que una decisión no sea en realidad la conclusión de las premisas de un razonamiento, sino más bien una intuición o una corazonada posteriormente “racionalizadas” o que estén condicionadas, entre otras cosas, por las circunstancias sociales o la personalidad de quien las toma¹⁵, no es una objeción contra el modelo deductivo de justifi-

cación jurídica, ni, en términos más generales, contra la categoría misma de lo normativo. Es muy probable que el proceso psicológico de decisión no sea inferencial, al menos en sus primeros estadios (y acaso sea esto lo que los realistas quisieron señalar); y es muy probable que las circunstancias mencionadas, así como otras que están siendo estudiadas por la ciencia moderna, determinen, efectivamente, la decisión en un sentido o en otro, pero la calidad de la misma no depende de ninguno de esos factores. Su consideración permitirá, efectivamente, ofrecer una *explicación* (causal o teleológica) más adecuada del proceso de decisión, pero no emitir un juicio acerca de la corrección o *justificación* de dicha decisión. Lo único que permite concluir que una decisión está justificada son las razones que la hacen plausible desde un punto de vista práctico (normativo); resulta irrelevante si el razonamiento justificatorio es una reconstrucción a posteriori o, incluso, un intento de encubrir y ocultar los verdaderos motivos de la decisión.

La mayoría de los teóricos de la argumentación jurídica ha asumido la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación¹⁶ para limitar el campo de estudio de las teorías de la argumentación a los aspectos justificativos del razonamiento jurídico (excluyendo, por tanto, cuestiones de tipo psicológico y sociológico). La dicotomía de maras, sin embargo, también ha sido objeto de críticas que aconsejan su abandono, y de matizaciones encaminadas a salvar lo que de aprovechable haya en ella¹⁷.

Manuel Atienza apunta en una dirección prometedora cuando señala que la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las decisiones solo puede mantenerse con claridad si nos situamos en el plano *formal* de la argumentación, pero no cuando nos desplazamos a los planos *material* y *pragmático*. La concepción formal de la argumentación se refiere a la relación de las premisas y la conclusión de un razonamiento, esto es, a su estructura lógica; en este plano no se pretende describir cómo de hecho

se argumenta, sino controlar la calidad de un razonamiento, mediante la reconstrucción de su esquema lógico o formal, algo que puede hacerse “haciendo abstracción del contexto de descubrimiento (de cómo se llegó a la decisión)” (Atienza 2006: 104). En cambio, para la concepción material, argumentar presupone la aceptación de la verdad o la corrección de las premisas, de forma que el proceso de formulación y aceptación de las hipótesis o de las decisiones “puede suponer una combinación de descubrimiento y de justificación” (Atienza 2006: 104). Por último, desde el punto de vista de la concepción pragmática de la argumentación, esto es, la argumentación entendida como persuasión, la distinción carece de sentido en la medida en que “el descubrimiento (y la aceptación) de puntos comunes entre el proponente y el oponente, el defensor y el contradictor de una tesis, es lo que hace posible la argumentación y lo que proporciona a la misma, en último término, los criterios de justificación: justificar no puede significar aquí algo distinto a aceptar (aceptado de hecho o que debería ser aceptado)” (Atienza 2006: 104-105). En definitiva, el hecho de la aceptación en términos reflexivos, ya sean monológicos (concepción material) o dialógicos (concepción pragmática), determina la continuidad de ambos contextos.

En una línea parecida, el propio Wasserstrom advertía que en las prácticas reales de toma de decisiones el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación se encuentran estrechamente relacionados. El que pueda distinguirse entre dos contextos (o dos procesos, que es la expresión utilizada por Wasserstrom) no significa que sean realizados separadamente por dos personas distintas, antes al contrario. Pues bien, se presume por principio, aunque no siempre ocurra así, que quien adelanta una conclusión o decide seguir un curso de acción tiene razones para ello, o sea, ha contrastado su decisión con algún criterio de justificación¹⁸. En esto consiste *conducirse racionalmente*, concluye Wasserstrom (1961: 27).

Ambas observaciones ponen de manifiesto que la distinción entre ambos contextos es plausible y, asimismo, relevante en un sentido externo, pero no lo es tanto desde la perspectiva del participante, para quien las razones explicativas (de por qué ha decidido o actuado en un sentido determinado) están subordinadas a las razones justificativas (de por qué debe decidir o actuar en un sentido determinado)¹⁹. Naturalmente, siempre habrá quien no plantee siquiera una pretensión justificatoria de verdad o de corrección alguna²⁰; o quien lo haga estratégicamente, construyendo una justificación que no se corresponde con la verdadera motivación. En ningún caso constituyen una objeción seria a la apreciación anterior: el primero no llega muy lejos sin verse obligado a contrastar sus afirmaciones con algún criterio de justificación; por su parte, la actitud del cínico confirma, precisamente, la ineludibilidad de la justificación. En realidad, esta falta de sinceridad del cínico no es un problema si se comparte lo que Elster ha denominado como la *fuerza civilizadora de la hipocresía*, esto es, la tendencia a alcanzar soluciones equitativas cuando el autointerés es sustituido por la argumentación imparcial (Elster 1995). Es más, no se trata de un argumento normativo, sino que, como ha señalado Igartua, la preeminencia de la perspectiva justificatoria presupone cierto *optimismo racionalista* frente al descreimiento del escéptico: independientemente de cuáles sean los motivos reales de una decisión, no cualquier decisión puede ser justificada²¹. En fin, más que de la disolución de la distinción entre los contextos de descubrimiento y justificación, cabría hablar, al menos desde la perspectiva del participante, de fluidez y comunicabilidad entre ambos.

6. DELIBERACIÓN

Con la deliberación, el jurado se sitúa en el contexto de justificación. Más específicamente, puede verse como un test de verosimilitud a

que es sometido el relato de la acusación. A lo largo de la deliberación no solo quedará puesto en evidencia su pobre sustento probatorio, sino que se irán desvelando los motivos que han llevado a unos y otros a darla por buena.

Un análisis detallado de cada una de las actitudes de los miembros del jurado arrojaría, con toda probabilidad, una clasificación más amplia y prolija; aquí me limitaré a distinguir tres tipos fundamentales, cada uno de los cuales describe un grado distinto de comunicabilidad entre los contextos de descubrimiento y justificación.

En primer lugar, sorprende la debilidad de las explicaciones de algunos de los miembros del jurado cuando el jurado n.º 8 les pide que expongan por qué están convencidos de que el acusado cometió el crimen; apenas pueden articular un discurso que justifique su veredicto. Por el comentario de alguno de ellos sabemos que la puesta en escena del fiscal ha sido muy convincente (como hemos observado con anterioridad, su relato es aparentemente muy completo); no es extraño que haya persuadido a muchos de los miembros del jurado. Al mismo tiempo, estas personas son las que se muestran más permeables a los argumentos del jurado n.º 8. Cabría calificar a este tipo como *racional*. La fluidez entre el contexto de descubrimiento y el de justificación es absoluta en estos casos: ninguno de ellos está dispuesto a mantener su decisión originaria si tiene razones para dudar de la versión del fiscal. Que la modificación de su veredicto responda realmente a la convicción racional o a la persuasión retórica —el jurado n.º 8 resulta ser también un gran orador— es algo que queda abierto, pero lo cierto es que estas personas realizan algunas tentativas para justificar su nueva postura (por ejemplo, cuando uno de ellos —el emigrante europeo— cuestiona que tuviera sentido que, de haber asesinado a su padre, el chico volviera a su casa tres horas después de haber cometido el crimen). Tampoco hay que olvidar que los primeros en cambiar de opinión lo hacen para pasar a la minoría y con la frontal y explícita oposición de la mayoría del grupo. En fin,

cabría hablar aquí, con todas las matizaciones que se quieran, de una actitud racional.

Un segundo tipo en esta clasificación es aquel completamente condicionado por el *prejuicio*; aquel que se resiste a modificar su decisión, aun cuando va quedando en minoría a media que avanza la deconstrucción del relato de la acusación. Durante la deliberación surgen, al menos, tres formas de prejuicio entre los miembros del jurado: el clasismo recalcitrante (social), el resentimiento (emotivo), y la soberbia del profesional pagado de sí mismo (subjetivo). Para el clasista, el origen social del chico es suficiente para no dudar de su autría; sus argumentos destilan tal fanatismo que el resto del jurado le acaba haciendo el vacío. Por su parte, al resentido —que arrastra una drama familiar con un hijo al que no ve desde hace años— le mueven las pasiones, como evidencia su discurso agresivo y vehemente. Identifica en el acusado la personificación del enemigo que debe pagar por quien es, sin atender a criterios de responsabilidad subjetiva; en su actitud predomina la actitud de venganza, más que cierta predisposición a admitir como altamente probable la hipótesis de que un hijo pueda causarle mal a un padre. En la última forma de prejuicio, la soberbia, no influyen las circunstancias particulares del caso, sino las del propio sujeto: son su altivez y una alta opinión de sí mismo las que impiden modificar la decisión y el veredicto; ello supondría reconocer el error. A diferencia de las otras dos formas de prejuicio, las circunstancias particulares no cursan como trastorno, y sí hacen patente el intento por mantener con argumentos la decisión hasta el último minuto. El encastillamiento propio del prejuicio, en cualquiera de sus manifestaciones, cortocircuita la actitud crítica e impide la comunicabilidad entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, esto es, le impide admitir que las razones explicativas no tienen, en el caso en cuestión, fuerza justificatoria.

El tercer tipo, que podríamos denominar como *indolente*, no se ve preocupado por el problema. Está magistralmente representado

—aunque no es el único— por el maleducado que está continuamente pendiente del reloj porque tiene entradas para el partido de béisbol esa misma tarde. Es obvio que no desea estar allí (lo cual puede verse como una crítica contra determinadas regulaciones de la institución del jurado) y que le resulta indiferente cuál sea el resultado de la deliberación. Su decisión está condicionada por el autointerés, que se traduce en una enorme frivolidad, tratándose de un caso de pena capital. De hecho, el personaje en cuestión cambia su decisión solo para apoyar la nueva mayoría y acelerar el fin del proceso, pero no acierta, ni tampoco aspira, a ofrecer razones que justifiquen la misma, lo cual acaba indignando al resto. Su comportamiento es racional en un sentido teleológico o instrumental, pero no está justificado conforme a ningún principio normativo.

Lo que esta clasificación expone es cómo la actitud de las personas influye en la fluidez entre los contextos de descubrimiento y justificación, lo cual se manifiesta en los distintos grados de resistencia a la modificación de las propias decisiones ante la aparición de nueva información relevante. El hecho de que podamos afirmar que hay actitudes que no permiten esa comunicabilidad entre el contexto de descubrimiento y el de justificación, esto es, entre la toma de una decisión y su contrastación conforme a un criterio racional de validez, no solo no constituye un argumento en contra de la distinción, sino que muestra su virtualidad explicativa y crítica.

7. (EN) FIN. UNA DOBLE LECTURA

El primer plano de la película reproduce en contrapicado (de abajo a arriba) el frontispicio del edificio de un juzgado con enormes columnas de piedra. En el segundo, la cámara se adentra —esta vez en picado (de arriba a abajo)— en el edificio para descender desde el cielo de las ideas al mundo real de los hombres.

El juego simbólico que anticipan estos primeros planos, ascendente y descendente, encuentra su cierre en las dos últimas escenas: aquella en la que el jurado n.º 8, al abandonar la sala donde ha tenido lugar la deliberación, echa un vistazo a la mesa llena de papeles con dibujos, croquis, ceniceros atestados de cigarrillos, una fotografía familiar rota o la navaja a la que ya me he referido con anterioridad: quedan sobre la mesa los restos de una batalla que ha consistido en algo más que decidir acerca de la ocurrencia de unos hechos; y aquella otra escena en la que al abandonar el edificio el anciano y el jurado n.º 8 se intercambian los nombres. Tras una brevísima vacilación, como conteniendo el impulso de intimar con el jurado n.º 8, el viejo continúa su camino y se separan para siempre como los dos extraños que son.

Tal parece ser la situación: de un lado, la distancia que separa a la justicia de los hombres de la realización del ideal platónico; de otro lado, los esfuerzos de esos mismos hombres (o de algunos de ellos) por alcanzarlo, por emanciparse de las pasiones, prejuicios y todo aquello que lo entorpece. Finalmente, las servidumbres —sus signos— quedan atrás, sobre la mesa: se ha impuesto la razón²²; solo los argumentos racionales (abstractos) cuentan en la decisión de estos hombres, que lo ignoraban todo los unos de los otros, hasta sus nombres²³.

Sería engañoso, sin embargo, terminar con una lectura simplificada —un final feliz— de esta historia que no se deja reducir tan fácilmente. *Twelve angry men* admite, desde la perspectiva argumentativa que aquí se ha adoptado, otra lectura menos amable. Al optimismo racionalista que subyace a las teorías de la argumentación jurídica cabe oponer una interpretación mucho más escéptica, que entroncaría con algunas de las tesis del realismo jurídico. En efecto, en la deliberación ha aflorado, si no la verdad, sí una justificación suficiente del veredicto de no culpabilidad, para el que basta la existencia de una duda razonable. Pero, probablemente, la deliberación no habría tenido lugar de no ser por una o dos personas; o, quizá, habría seguido otros derroteros de ser

otros los miembros del jurado. La dependencia de las capacidades epistémicas y las actitudes racionales de las personas en los procesos de

decisión de los órganos colegiados imprimen a sus resultados un carácter no solo falible, sino también contingente.

NOTAS

1. Debo esta observación al Prof. J. Calvo González.
2. Sobre el juicio de verosimilitud, véase Calvo González (2007).
3. Tanto las reglas que regulan la prueba (normas procesales, normas sobre los medios de prueba y normas sobre la valoración de la prueba), como los diferentes estándares de prueba que establecen criterios para considerar probada una hipótesis acerca de la ocurrencia de los hechos están fijados por normas positivas o una práctica judicial consolidada; que la “duda razonable” suponga un veredicto de no culpabilidad es una cuestión de política legislativa. Sobre las reglas que regulan la prueba y los estándares de prueba, Ferrer (2002: 41 y ss.) y Ferrer (2007: 139 y ss.), respectivamente.
4. Como es sabido, la distinción entre justificación interna y externa fue formulada originariamente por Wróblewski (1971; 1974). Posteriormente, casi todos los teóricos de la argumentación han asumido la distinción; así Aarnio (1987: 168) Alexy (1997: 214; 1995a: 17-18); Peczenick (1989: 117) y Atienza (1997: 45-46); asimismo, MacCormick distingue entre “justificación deductiva” o “de primer orden” y “justificación de segundo orden” (1994: 67-68 y 101); por último, Buchwald distingue entre “Kernbegründung” (núcleo) y “Mantelbegründung” (cubierta) (1990: 277). Véanse también las precisiones que respecto a esta distinción ha formulado Redondo (1996: 218).
5. La consideración de las consecuencias prácticas por los miembros del jurado tiene aquí un evidente sentido heurístico que emparenta directamente con la idea de sesgo cognitivo. La observación tiene, por tanto, carácter explicativo. Por lo general, los teóricos de la argumentación jurídica han abordado el argumento consecuencialista o pragmático desde un punto de vista justificativo, si bien lo han hecho desde distintas perspectivas: descriptiva (Perelman 1989: 409 y ss.), normativa (MacCormick 1994: Cap. VI; 2005: Cap. VI) o analítico-normativa (Wróblewski 1984; Feteris 2005). Menciona, no obstante, la dimensión heurística del argumento consecuencialista Wróblewski (1984, p. 150); sobre los sesgos cognitivos, puede consultarse el trabajo fundacional de Tversky y Kahneman (1974). Para una buena síntesis comparativa de los planteamientos de MacCormick, Wróblewski y Feteris sobre la argumentación consecuencialista, vid. Carbonell (2011).
6. No es mi propósito dilucidar si la aproximación *narrativista* al problema de la prueba y sus implicaciones constituyen una alternativa a otro tipo de enfoques que podríamos caracterizar como *epistemológicos* —y cuál de ellas resulta preferible o más fructífera— o si, en realidad, son proyectos, si no complementarios, sí compatibles. En todo caso, en la perspectiva *narrativista* el elemento heurístico es preponderante, colocando en el centro del problema probatorio el juicio de verosimilitud sustentado en criterios de consistencia y coherencia narrativa (sobre coherencia narrativa, vid. MacCormick 1994 y 2005). En cambio, la perspectiva epistemológica no renuncia a la noción de verdad como correspondencia en el análisis de la prueba judicial (vid. Ferrer 2002).
7. Vid. Calvo González (1998a). El relato opera asimismo como un expediente de reducción de la complejidad: “El relato de los hechos, pues, como notificación de los hechos que importan; esto es, *facilitación* y *simplificación* de los hechos mediante *estructuración narrativa de los sucesos que importan*. Quiere decirse que el relato se alejará del propósito representativo del suceso (mayor o menor mimetismo), sacrificando también muy seguramente la pretensión de ofrecer “una historia bellamente contada” frente a procurar “una buena historia”, y todo a fin de cumplir con un objetivo primordialmente predicativo: afirmar un acontecer. Contar los hechos no será ofrecer su representación. Contar los hechos será narrar en relato la *afirmación de su ocurrencia*” (Calvo 2008: 382).
8. Sobre las concepciones de la probabilidad en relación con la prueba, vid. Ferrer (2007: 93).
9. El encadenamiento de acciones separadas en el tiempo no es la única alteración que trae causa de la consistencia narrativa. En este sentido, ha escrito J. Calvo: “La exposición secuencial en la *estructuración narrativa de los sucesos que importan* se vincula fundamentalmente al patrón temporal; el tiempo avanza (o retrocede) según fueron sucediendo los hechos (de un antes a un después, o al contrario). Su lógica es ordinal. La lógica conexiva del encadenamiento

puede sin embargo ser también cardinal; es decir, no ha de seguir siempre un *ordo naturalis*, sino que le es posible decidir cualquier otro orden (*ordo artificialis*), montando (*ars inventa disponendi*) la estructura narrativa causal de los sucesos como *mejor venga a cuento* para narrar en relato la *afirmación de su ocurrencia*. En todo caso, cuando el orden de la exposición secuencial y el orden de la lógica conexiva del encadenamiento no sean coincidentes la consistencia narrativa deberá trasladar el orden temporal de la consecución al orden lógico de la consecuencia” (Calvo 2008: 383).

10. Aunque no es el único criterio para determinar dichas cargas.

11. “En efecto, el *litigio en la quaestio facti es en realidad la controversia de “afirmaciones” sobre los hechos*. Pero, ¿quiere decir esto, acaso, que no hay *negaciones* en la contestación al desafia de la demanda, o en la disconformidad de la defensa respecto de la hipótesis fáctica de la acusación? Pues bien, eso es exactamente lo que quiere decirse.

Existiendo más de una versión sobre la ocurrencia histórica acerca de algún determinado suceso, lo que hallaremos será siempre, antes que negación, una impugnación, la que para ser tal no exige negar la adversa, o bien será directamente una afirmación incompatible respecto de aquella; le bastará con objetarla, pues su finalidad es enfrentarla y reñirla, o también estorbarla (mediante excepciones dilatorias) o repelarla (mediante excepciones perentorias), siendo precisamente esa situación la que origina el estado de controversia y adversariedad, de contradicción” (Calvo 2008: 368).

12. Únicamente puede hablarse de refutación en sentido estricto en relación con el testimonio del viejo, en el sentido de que no solo se muestra implausible, sino falso.

13. Aunque esta distinción suele atribuirse a Hans Reichenbach, el historiador de la ciencia John Losee adjudica la paternidad a John Herschel (1792-1871), quien en su *Preliminary Discourse on Natural Philosophy* (1830), ya sostenía la irrelevancia del procedimiento usado para formular una teoría en relación a su aceptabilidad (Losee 1991: 123).

14. Algo muy similar sucede con los llamados precursores de la teoría de la argumentación jurídica; me he ocupado de esta cuestión en Cabra Apalategui (2011). Vid. también el trabajo de García Amado (2000: 104).

15. Vid. en este sentido los clásicos textos de Frank (1930) o Hutcheson (1929).

16. Vid. Aarnio (1987); Alexy (1997; 1995b: 78); Atienza (1997: 22-26); Feteris (1999: 10); Gianformaggio (1987: 92); McCormick (1994: 14-15); Peczenik (1989: 44).

17. Para empezar, se ha subrayado la diferencia existente entre *descubrir* una ley científica y *decidir* la realización de una acción; el primero es un acto de conocimiento (que puede requerir tomar ciertas decisiones), mientras el segundo es una acción, un acto de voluntad (que puede requerir ciertos conocimientos acerca de cómo es el mundo) (Atienza, 2006: 103). La crítica más destructiva lanzada desde la teoría jurídica es la de Tecla Mazzarese (1996: cap. 3), respondida prolija y detalladamente por Juan Igartua Salaverría (2003: 73).

18. Este criterio de justificación puede ser de tipo normativo o de tipo consecuencialista. Precisamente, las consideraciones acerca de cuán fundamentadas están nuestras predicciones, la propia conciencia de las limitaciones epistémicas que condicionan este tipo de consideraciones o aquellas relativas a los efectos directos e indirectos de nuestras acciones y decisiones, o, simplemente, la valoración que hagamos de esas consecuencias, determinan la decisión final, si quien decide se conduce racionalmente (sobre el argumento consecuencialista en la teoría jurídica, ver nota 5).

19. Esta afirmación no resulta, ni mucho menos, pacífica; vid. Redondo (1996: 65).

20. Uno de los casos paradigmáticos es el del charlatán (Frankfurt: 2005).

21. “Solo en un contexto de abierta desconfianza hacia un razonamiento (el judicial), capaz de fundamentar con la misma solvencia (ninguna, a la postre) tanto una decisión como su contraria, se hace urgente e indispensable la “sinceridad” del decisor (o sea, siquiera que éste sea honesto y revele los móviles que le han inducido a determinarse por tal decisión) para compensar de algún modo la irreductible fragilidad de la argumentación. Aquí, en cambio, se defiende la tesis de que no todos los argumentos (invocables para justificar tanto la interpretación de una disposición legislativa como la valoración de unas pruebas) tienen el mismo valor, sino que unos son preferibles a otros en virtud de un cierto número de criterios que —aunque, a lo peor, no son del todo “objetivos”— son intersubjetivos por lo menos o aspiran a serlo” (Igartua 2003: 91).

22. Los principios de independencia e imparcialidad son expresión de la aspiración a una aplicación racional del derecho; sobre estos conceptos, vid. Aguiló Regla (2003).

23. De hecho, toda referencia a los nombres propios es omitida a lo largo de la película, todos los personajes, incluso el acusado o los testigos, conservan el anonimato.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- AARNIO, AULIS (1987). *Lo racional como razonable*. (E. Garzón Valdés, trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- AGUILÓ REGLA, Josep (2003). “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. *Jueces para la democracia* (46), pp. 47-55.
- ALEXY, ROBERT (1995a). “Die Logische Analyse juristischer Entscheidungen”. En Id. *Recht, Vernunft, Diskurs* (págs.13-51). Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- (1995b). “Juristische Interpretation”. En Id. *Recht, Vernunft, Diskurs* (pp. 71-93). Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- (1997). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. M. Atienza e I. Espejo). Madrid: CEC.
- ATIENZA, Manuel (1997). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Buchwald, Delf (1990). *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung. Zur Theorie der juristischen Vernunft*. Baden-Baden: Nomos.
- CABRA APALATEGUI, José Manuel (2011). “Antiformalismo y argumentación jurídica”. *Derechos y Libertades* (24), pp. 67-91.
- CALVO GONZÁLEZ, José (1998a). *El discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*. (2ª ed.). Madrid: Tecnos.
- (1998b). “La verdad de la verdad judicial (Construcción y régimen narrativo)”. En Calvo González, J. (Coord.). *Verdad [Narración] Justicia* (pp. 7-38). Servicio de publicaciones de la Universidad de Málaga.
- (2002). “Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio”. En Virgilio Zapatero (ed.) *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*. (vol. II, pp. 93-102). Universidad de Alcalá de Henares.
- (2007). “Verdades difíciles. Control judicial de hechos y juicio de verosimilitud”. En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (15), pp. 1-22 [Publicado también en V.V.A.A (2008). “Teoría y metodología del Derecho” (pp. 223-261). En *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*. (T. II). Madrid: Dykinson].
- (2008). “La controversia fáctica. Contribución al estudio de la *quaestio facti* desde una perspectiva narrativista del Derecho”. En Calvo González, J. (Coord.). *Implicación, Derecho, Literatura: Contribuciones a una Teoría literaria del Derecho* (pp. 363-389). Granada: Comares.
- CARBONELL, FLAVIA (2011). “Reasoning by Consequences: Applying different Argumentation Structures to the Analysis of Sequentialist Reasoning in Judicial Decision”, *Cogency*, vol. 3, n.º. 2, pp. 81-104.
- ELSTER, JON (1995). “Strategic uses of arguments”. En Arrow, K. et al. (eds.), *Barriers to conflict resolution* (pp. 236-257). New York: Norton.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2002). *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- FETERIS, EVELINE, T. (1999). *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer.
- (2005). “The Rational Reconstruction of Argumentation Referring to Consequences and Purposes in the Application of Legal Rules: A Pragma-Dialectical Perspective”, *Argumentation* (19), pp. 459-470.
- FRANK, JEROME (1930). *Law and the Modern Mind*. New York: Brentano’s.
- Frankfurt, H. (2005). *On Bullshit*. Princeton: Princeton University Press.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2000). “La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias”. *Revista de Ciencias Sociales* (45), pp. 103-129.
- GIANFORMAGGIO, Letizia (1987). “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”. *Doxa* (4), pp. 87-108.

- HUTCHESON, Joseph C. Jr. (1929). "The Judgement Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decision". *Conell Law Quarterly* (14), pp. 274-288.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (2003). *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LOSEE, John (1991). *Introducción histórica a la filosofía de la ciencia*. (A. Montesinos, trad.). Madrid: Alianza.
- MACCORMICK, Neil (1994). *Legal Reasoning and Legal Theory*. (2ª ed. *with revised foreword*). Oxford: OUP.
- (2005). *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: OUP.
- MAZZARESE, Tecla (1996). *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*. Torino: Giapichelli.
- PECZENICK, Aleksander (1989). *On Law and Reason*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer.
- Perelman, Chaïm / Olbrechts-Tyteca, Lucie (1989). *Tratado de la argumentación: la nueva retórica* (trad. J. Sevilla Muñoz). Madrid: Gredos.
- REDONDO, M. Cristina (1996). *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- TVERSKY, A / KAHNEMAN, D. (1974). "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases", *Science*, vol. 185, No. 4157, pp. 1124-1131.
- WASSERSTROM, Richard A. (1961). *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1971). "Legal Decision and its Justification". En Hubien, H. (ed.) *Legal Reasoning. Proceedings of the World Congress for Legal and Social Philosophy*. Bruselas: Bruylant, pp. 409-420.
- (1974). "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision". *Rechtstheorie* (5), pp. 33-46.
- (1984). "Justification Through Principles and Justification Through Consequences". En Faralli, C. / Pattaro, E. (eds.) *Reason in Law*. Milano: Giuffrè, pp. 129-161.

METATEORÍA JURÍDICA ANALÍTICA DEL SIGLO XXI: TEORÍAS MONISTAS Y
PLURALISTAS EN EL ESTUDIO DEL DERECHO
LEGAL ANALYTICAL THEORY OF THE XXI CENTURY: MONISM AND PLURALISM TO
THE STUDY OF LAW

Nicolás López Pérez

RESUMEN

Esta investigación ofrecerá una comprensión metateórica del problema que radica en la filosofía analítica del derecho del siglo XXI acerca de la elección de una teoría que dé cuenta de la práctica jurídica, planteando que hay dos bloques discursivos: por una parte, las teorías que representan el monismo y por otra, las que adscriben al pluralismo. La finalidad del estudio es concluir que es preferible inclinarse por una teoría de carácter pluralista. Para dicho propósito, el análisis soportará tres niveles de discusión. El primero, desde la exposición de la metodología de trabajo, la triple distinción, que, a la postre decanta en la división intelectual entre monismo y pluralismo. El segundo, en la sección III procederá a examinar las teorías más relevantes del siglo XX en la tradición analítica de la filosofía del derecho en el nivel de discusión precedente. El tercero, en la sección IV, evaluará el problema del valor o mérito epistémico de las teorías sobre el derecho, relacionándolo con la posibilidad de establecer una concepción argumentativa que enriquezca el entendimiento de los debates metafilosóficos actuales.

PALABRAS CLAVES

Teoría, Pluralismo, Monismo, Tradición analítica, Naturaleza del Derecho

ABSTRACT

This research will offer a metatheoretical understanding of the problem inside analytical legal philosophy of the twentieth-one century about the choice of a theory which gives account of the legal practice, purposing two discursive blocks: in one hand the theories which represent the monism, in the other which ascribe to pluralism. The aim of this plan is to conclude that is preferable choice a pluralist theory. For that purpose the analysis will support three discussion levels. First exposing triple distinction methodology of this research, this is directed to the intellectual division between monism and pluralism. Second in section III will examine the most relevant theories of the twentieth century analytical tradition of philosophy of law in the latter discussion level. Third in section IV will evaluate the problem of epistemic value or merits of theories about law, related with the possibility of stablish an argumentative conception that enriches the understanding of nowadays metaphilosophical debates.

KEYWORDS

Theory, Pluralism, Monism, Analytic tradition, Nature of Law

METATEORÍA JURÍDICA ANALÍTICA DEL SIGLO XXI: Teorías monistas y pluralistas en el estudio del Derecho

Nicolás López Pérez*
Universidad de Chile

Sumario: 1. Introducción. 2. Metodología de este trabajo. 3. Monistas y pluralistas en la reflexión teórico-analítica del derecho del siglo XX. A. Kelsen y la propuesta normativista. B. Ross y el realismo jurídico. C. El derecho como un producto humano: H. L. A. Hart y una teoría jurídica pluralista. 4. Valores epistémicos y teorías monistas y pluralistas: para una concepción argumentativa de la teoría analítica jurídica del siglo XXI. 5. Conclusiones. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

Jules Coleman y Ori Simchen en el análisis de la palabra “Derecho” (*Law*), y evitando el desenfoque clásico respecto de otros términos no jurídicos, arguyen que ésta puede referir en el *stricto sensu* legal: al estatus de “derecho” o “no derecho” de un sistema de normas, el estatus individual de cada norma y la determinación de si una norma particular es miembro de un cierto sistema jurídico. Sobre esta base, distinguen ocho preguntas que sirven como “actuales debates en la filosofía del derecho”, a saber: ¿Qué es derecho? ¿Qué es una ley? ¿Qué es el derecho? ¿Qué es la naturaleza del derecho? ¿Qué es el significado de una ley? ¿Qué es el significado del concepto de derecho? ¿Qué es el significado de “derecho”?¹.

En la filosofía jurídica analítica el estudio del concepto de derecho es renegado, desde

The Concept of Law, al de la naturaleza del derecho, o sea, de qué es lo que se tiene que ser x para ser derecho o bien, lo que debe tener para serlo.

Ahora bien, ¿por qué preocuparnos por la filosofía del derecho? ¿De qué nos servirá tener respuestas a las interrogantes anteriores? A lo largo de la historia de la misma, se ha sostenido su “irrelevancia”, puesto que los abogados son personas pragmáticas tanto por temperamento como por necesidad. En el sistema chileno, si bien la doctrina y la jurisprudencia no son fuentes del derecho, su función —en tanto, dogmática— es incuantificablemente útil para la práctica jurídica: jueces consideran en sus razonamientos la pluma de los eruditos, abogados en sus defensas o ataques, los fiscales en la confección de una acusación, el legislador en su rol de conectar al derecho con la sociedad. La lista sigue; para ello cabe inquirir en

* Departamento de Ciencias del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Comentarios a nicolopez@ug.uchile.cl

¿qué tan “filósofos” son los dogmáticos? Sin embargo y en esta ocasión, pasando por alto la interrogante, sugiero que la respuesta de cuál es el derecho en un *caso concreto* dependerá crucialmente de la respuesta a qué es el derecho *en general*. Scott J. Shapiro expresa que los teóricos jurídicos se abocan a estas cuestiones con el fin de permitir más fluidez y claridad a la práctica². Sencillamente, debe existir conocimiento sobre qué hechos determinan en última instancia la existencia y el contenido de los sistemas jurídicos, con lo cual se sabe qué es derecho y qué no es.

El trabajo del filósofo del derecho es el identificar el método apropiado para determinar el contenido del derecho; el abogado coloca en práctica ese método. Esto no implica necesariamente que los profesionales del derecho necesitarán normalmente a los filósofos, pero sí tener en cuenta interrogantes elementales de cara a saber en qué terreno se está operando. El derecho es mucho más de lo que un texto señala, la comprensión del positivismo jurídico si bien es la que lidera la reflexión, en la práctica parece desplazada a un rincón de culto, pero no de sacralización. Su estudio filosófico aún a esfuerzos para hacer de éste un mundo más humano.

Como en todo campo epistémico, el objeto de estudio puede ser clasificado de diferentes maneras, que importará para los métodos y propósitos que tendrá la investigación. Este trabajo sostiene que el derecho, como un asunto sujeto a reflexión, puede ser explicado como: a) un sistema lógico de caracteres o de conceptos abstractos que tiene una estructura ideal y que también goza de un bajísimo grado de falibilidad en su funcionamiento; b) una maquinaria de enunciados lingüístico-normativos que dependen de la práctica de los operadores jurídicos, aquella que es susceptible de predicción para entregar resultados apodícticos; c) o una serie de convenciones que se basa en criterios prácticos de relaciones humanas que van mutando con el paso del tiempo.

La sección II abordará estas posibilidades de reflexionar el derecho a la luz de la herramienta metafilosófica de la triple distinción, la que diferenciará los ámbitos de enfoques y estudios sobre la naturaleza del derecho. La introducción de lo anterior involucrará la dicotomía entre monismo y pluralismo asociado a las elucubraciones teóricas sobre lo jurídico. La pertenencia de ellas dependerá de la manera como examinen al derecho. La sección III se encargará del análisis de tres de las teorías que definieron a la filosofía jurídica analítica del siglo XX, a saber: la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, la aproximación iusrealista de Alf Ross y la elucidación del concepto de derecho por H. L. A. Hart. Todo con la finalidad de dar forma a la propuesta metateórica de II y ver, en la sección IV, cómo se ordena el mapa epistémico de cara a la filosofía jurídica analítica del siglo XXI para evaluar el problema del valor o mérito epistémico de las teorías sobre el derecho. Vale decir, el cómo resolver la interrogante referida a la elección de una teoría que dé cuenta de la práctica jurídica involucrada en el análisis del filósofo, de la manera que sea más fructífera y adecuada para su ejercicio. Esto será relacionado con la posibilidad de establecer una concepción argumentativa que enriquezca el entendimiento de los debates metafilosóficos actuales en la materia, en donde propongo que son las teorías pluralistas las que “hacen progresar o avanzar” los estudios sobre la naturaleza del derecho mucho más que las monistas.

2. METODOLOGÍA DE ESTE TRABAJO

Una teoría, para efectos de esta investigación, será vista como una construcción intelectual que intenta establecer relaciones, explicaciones y definiciones sobre un conjunto de acontecimientos u observaciones³. Si subimos un nivel de abstracción de la realidad, hacia la teorización de una teoría, el refugio de una metateoría se hace presente.

Antes de ir al análisis de teorías, concretamente, una reflexión sobre la forma en que pueden ser englobadas. La triple distinción, propone que los asuntos epistémicos o sobre los cuales se puede conocer, pueden ser de tres clases: formales, empíricos y filosóficos (también llamadas humanos)⁴.

Los asuntos formales son aquellos que admiten una sola respuesta correcta obtenida a través de la utilización de un procedimiento preestablecido para dicho efecto: por ejemplo, en las sumatorias matemáticas. Los empíricos refieren a la admisión de una sola respuesta correcta arrojada por la experiencia o de cómo se puede verificar un fenómeno en cuestión; por ejemplo, está lloviendo en Madrid. Las interrogantes epistémicas que son situadas en estas dos clases poseen una respuesta correcta y única que requiere del cumplimiento de un algoritmo que todo el tiempo debe entregar la misma solución y no otra, ya que ella sería errada.

Los asuntos filosóficos (o humanos), en principio no tienen una respuesta correcta única, puesto que mantienen un rango abierto pero acotado de una multiplicidad de soluciones igualmente válidas y que no tienen pretensión de verdad absoluta. El requisito para pertenecer al margen es el mantenimiento de un trato igualitario y respetuoso entre ellas, siempre orientadas a la promoción de los valores de la naturaleza humana. Esto significa que se excluiría por ejemplo, una propuesta de derecho tras argumentos de coerción destructiva con sanciones que lesionan bienes jurídicos como la vida. Además, interrogantes en la historia, la ética, forman parte de esta clase⁵.

El derecho desde la modernidad, puede ser presentado en cualquiera de estas visiones. Así, la historia de la filosofía analítica del derecho del siglo XX despliega un abanico con los distintos modelos filosóficos que teorizan lo jurídico, o sea, que intentan responder a su naturaleza. Este trabajo hará énfasis en los ofrecidos por Hans Kelsen, Alf Ross y H. L. A. Hart, sobre la base que se proyectan en el siglo

XXI en los debates filosóficos que sostienen los herederos de estas concepciones.

El derecho, pensándolo como objeto de estudio, debe tener delimitado el concepto de lo que es o lo que se cree que es. Un concepto *per se* puede ser considerado como otorgar una noción general del objeto. El proceso de referenciación de un concepto puede admitir los siguientes objetivos: (i) buscar y explicar los usos lingüísticos; (ii) descubrir el significado de un concepto que subyace de nuestras prácticas institucionales; (iii) formular un criterio o estándar normativo el cual debe satisfacer la noción para que pueda ser aplicada. Detrás de cualquiera de estos parámetros, se oculta la forma en que concibamos el efecto 'sistemizador' que pretenda esa noción general.

La idea de ofrecer uno o varios conceptos implica dos cosas adicionales: cómo se concibe al mundo y qué ocurre con la significación que entregan las palabras por las cuales son exteriorizados y sus correlatos individuales, a ello se suma la naturaleza de las cosas a las que se aplican. El conocimiento completo del concepto consiste en el conocimiento y comprensión de todas las aristas discursivas del mismo⁶. Luego estas últimas son patrones generales que debe contener toda formulación para referir un objeto. El análisis de los conceptos queda, por tanto, constreñido a lo que es la unidad en sí y no cómo es posible elucubrarla. Luego, los conceptos requieren de condiciones mínimas para su dominio y también, para poseerlos. Con ello, el individuo se apropia del relato y lo hace propio. Los conceptos pueden componerse de cuatro partes, a saber: (a) los rasgos fundamentales de la cosa de la cual es un concepto; (b) la explicación de la comprensión involucrada en el completo dominio de un concepto; (c) la explicación de las condiciones para la posesión mínima de un concepto; (d) las capacidades requeridas para la posesión mínima de un concepto⁷. No entraré en profundizar lo anterior, solo expresaré que los conceptos, reducen el grado de complejidad en la comprensión del mundo, pues a través de su función descriptiva constituyen sistemas que

a la vez determinan estructuras que permiten darle sentido al lenguaje que usamos en distintos contextos, sea cotidiano, técnico u otro que pueda pensarse.

Los conceptos además de gestar a los sistemas, también establecen sus límites y otorgan coherencia a sus estructuras internas⁸. Sobre esto, distinguen entre lo que hay en el sistema y lo que implica para un contexto este sistema. La red mental tanto individual como colectiva que acarrea un concepto permite la auto-organización de un sistema⁹.

Hasta dónde llega el marco de aplicación o de composición de un concepto es que puede ser adscrito o sindicado como el responsable de crear un sistema.

En el caso del derecho, su concepto entraña indefectiblemente la conjunción de reglas, en la que, según gran parte de los teóricos analíticos se encuentra presente la idea de coacción¹⁰. Sin embargo, y pese a que pueden existir rasgos compartidos en la reflexión, importa el sistema que teóricamente construye el concepto que se procede a utilizar. Con ello, la madeja de términos que componen la estructura del pensamiento de un autor va a poder ser resumida en un algoritmo. Y aquél, es posible de ser clasificado dentro de la expuesta triple distinción.

Que el algoritmo decante en una fórmula lógica o en una pila de hipótesis verificables, implicará que el discurso tenga pretensiones de corrección ante anomalías dentro de la estructura que compone al sistema. Estableciendo parámetros y respuestas únicas (correctas) que en definitiva, llevarán al conocimiento. El asumir como respuesta correcta al enfoque, esta es la obligación epistémica que tiene aparejado el que un concepto se aborde como un asunto formal o empírico. La desventaja de este análisis es que extermina posibilidades de una concepción argumentativa de maneras de hablar de un objeto de estudio. Sin perjuicio de lo anterior, si el enfoque formal o empírico es *el más* apropiado para dar cuenta del objeto de

estudio, acéptese. Pero la maleabilidad de las creaciones teóricas exige la discusión.

Que el asunto sea filosófico parece ser más engorroso y cierto que en los casos anteriores, pues no se establece un margen de criterios que lleven a la misma solución. Esto dice relación con que quien postula que la naturaleza de una cosa es *necesariamente x*, parece pertenecer a otra clase de asuntos. En el estudio filosófico —en oposición a formal y empírico— de un objeto, la clave es la admisibilidad de otras reflexiones en torno al mismo con márgenes de respeto y productividad para el conocimiento de la naturaleza humana¹¹. En el caso del derecho, conocer los conceptos de otras culturas o la práctica, o más allá, tener desacuerdos en la misma comunidad, es parte de la flexibilidad que tiene el concepto y estudio del mismo, poco plausible —desde esta perspectiva— en el plano de asuntos formales o empíricos.

A fin de ordenar el argumento de este trabajo, agruparé en dos grupos a los asuntos que traza la triple distinción. Por un lado, estarán las inquietudes formales y empíricas bajo la rúbrica de “monismo”. Por otro, los quehaceres filosóficos en el entendido de “pluralismo”.

Ahora bien, cuando utilizo el término de “monismo” refiero a la unidireccionalidad del planteamiento de un autor sobre el objeto de estudio. Donde sí es visto como un asunto formal o empírico existe un trabajo solo sobre el postulado particular y no hay una extensión hacia otros campos epistémicos, con lo que se elimina el diálogo y propone una corrección frente a otros entendimientos. No obstante, es posible que se llegue a un intercambio de ideas con una tesis monista, pero solo se limitará a que ésta exprese su superioridad epistémica. Mientras que cuando utilizo la tipología de “pluralismo” expreso que hay una multiplicidad de redes que son admisibles por el postulado de un autor respecto del objeto de estudio. Por tanto, pueden existir varias respuestas a las interrogantes que surjan en el transcurso del análisis y de igual manera, ser todas beneficiosas para propósitos de lograr el conocimiento

to¹². Se permite un diálogo con otras posturas, inclusive éste le permite a cualquier tesis fortalecer su bagaje. Y con ello lograr un valor epistémico mayor para efectos de dar cuenta de la realidad, claro que no hay una imposición de una postura por sobre otra. Entonces no existe esta obligación de asumir como respuesta correcta a un enfoque en particular. Sin embargo, genera el problema de elegir una teoría, en el entendido de un rango abierto pero acotado de las mismas que permita explicar la realidad de una manera más idónea y concordada con las pretensiones del teórico¹³.

Recapitulando, la triple distinción se funde en la dicotomía entre monismo y pluralismo. Ahora bien, para reconocer a una teoría como monista o pluralista, podemos usar criterios como:

- La admisión de un número x de soluciones al problema inicial del estudio. Monistas, en general, uno. Pluralistas, indeterminado o n .
- Test de proporcionalidad en el valor epistémico de los resultados del análisis. Monistas no procederán a la diferencia, siempre sus teorías son *necesariamente* superiores. Pluralistas evalúan criterios de idoneidad, describibilidad y neutralidad.
- Existe o no la posibilidad de diálogo entre las diferentes posturas. Monistas, en principio, no, tienen obligación epistémica de asumir certeza. Pluralistas, sí.

3. MONISTAS Y PLURALISTAS EN LA REFLEXIÓN TEÓRICO-ANALÍTICA DEL DERECHO DEL SIGLO XX

Las teorías monistas, según lo que se vio en la sección precedente, colocan a su objeto de estudio como un asunto formal o un asunto

empírico. Los teóricos analíticos del derecho que incluyo en esta categoría son: Hans Kelsen con su teoría pura y Alf Ross que representa un realismo jurídico científico.

Las teorías pluralistas, por su parte concepción al derecho en tanto objeto de análisis como un asunto filosófico (o humano) del cual hay más de una respuesta correcta a la hora de indagar sobre su naturaleza. Sobre una teoría de esta índole, argumentaré con *The Concept of Law* de H. L. A. Hart.

En esta sección, aplicaré los criterios señalados al final de la sección precedente a los tres postulados mencionados a fin de generar un baremo válido que sea posible emplear para el análisis y clasificación de las posturas presentes en los tres primeros lustros del siglo XXI.

A. KELSEN Y LA PROPUESTA NORMATIVISTA

La *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen estudia al derecho “con prescindencia de otros elementos”¹⁴. La tesis se diluye en “una teoría sobre el derecho positivo en general y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una *doctrina general sobre el derecho*, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales (...) En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. *Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea*; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. *Es ciencia jurídica*”¹⁵; no, en cambio, política jurídica”¹⁶.

La tesis de Kelsen para decir qué es el derecho, *necesariamente* excluye del análisis lo que no tenga que ver con su naturaleza. Asimismo, busca una unidad de método al instante de dar el concepto de derecho. Lo que sea derecho va a depender de la acción, de lo fáctico y de lo que ocurra en el mundo. Con esto, Kelsen aplica el principio de verificación, la tesis reductiva, la observación, que permiten inferir el tratamiento del derecho como un asunto formal¹⁷.

El concepto de derecho en la teoría pura está asociado a la sanción ante el cumplimiento de lo que expone el enunciado deóntico de la norma, ello supone que si no es lo anterior, no puede ser derecho¹⁸. Ídem si se quiere hablar de sistema jurídico, no lo es, si no tiene una *Gründnorm* en la cúspide que lo valide. Aquí está la respuesta de lo que es el derecho y cómo es, no admite otras soluciones, *necesariamente* el derecho se identifica con la coacción y normas que se condicen con sanciones basadas en supuestos de hecho de “infracción”. Por tanto, puede ser utilizado para expresar cualquier cosa que cumpla con esos requisitos, he ahí su poder descriptivo y, sin duda, prescriptivo. La teoría pura, finalmente, busca normar las conductas, valerse del determinismo que la ciencia le provee a la libertad del individuo¹⁹. Lo que se aparte del margen que establece la teoría pura, no es derecho ni tampoco teoría del mismo. Por lo tanto, una conceptualización distinta de lo que Kelsen plantea dudosamente podría ser del orden jurídico, sí con mayor razón expresa que solo hay normas primarias, “las genuinas” y las secundarias de haberlas en el sistema, no serían jurídicas *stricto sensu*.

B. ROSS Y EL REALISMO JURÍDICO

Alf Ross en su *Om ret og retfærdighed* de 1953 (en español, “Sobre el derecho y la justicia”) presentó una idea de lo jurídico a partir del concepto de “derecho *vigente*”. Para entender a este, propuso de forma analógica cómo el derecho se parece y se muestra como una partida de ajedrez donde dos personas juegan y una observa²⁰. Por un lado, si el *observador* no sabe nada del juego, no entenderá lo que está pasando. Por otro, si conoce las reglas del juego, pero no la teoría (o bien, poco), cambia el cariz de esta observación, puesto que sólo podrá predecir comportamientos y/o movimientos. Ahora bien, para una *comprensión* cabal de la partida, se requiere conocer la teoría, esto es: (i) El movimiento de las piezas no es considerado como un simple cambio de posición de objetos en el espacio, son movidas en un

juego. Estas no se encuentran en una relación causal, la *conexión* que proviene es por medio de las reglas y la teoría del ajedrez (de *significado*); (ii) Las acciones que constituyen el juego solo pueden ser llevadas a cabo cuando se juega en forma alternada con una segunda persona. Esto es, la coparticipación (*fellowship*), igual interpretación ambos jugadores, cosa que tenga coherencia la partida²¹.

Todo esto hace que se tome al juego como un modelo simple de lo que él llama *fenómeno social*. En el esquema, se distinguen dos clases de reglas: las primarias (directivas) y que en ajedrez determinan la ubicación de las piezas y las movidas, no a las reglas de la teoría del juego. Estas últimas son enunciados hipotético-teóricos, puesto que presuponen a las primarias e indican las consecuencias de las movidas, las estrategias (condicionan la casuística). Las primeras son vividas como socialmente obligatorias por cada jugador (ligado a un método de acción más una trasgresión a las reglas provocará reacción de protesta al otro lado). Respecto de las reglas de la teoría del ajedrez, una movida torpe no provoca protesta, sí sorpresa.

Para saber qué directivas rigen el juego del ajedrez es necesaria la observación externa (acciones y regularidades) lo que no distingue las prácticas vigentes ni menos entre regularidades condicionadas por la teoría del juego. Para disuadir entre estas se requiere de reglas que los jugadores viven como *socialmente obligatorias*²². Ahora bien, una regla es vigente si los jugadores le dan adhesión efectiva, porque están —y se sienten— socialmente obligados por las directivas contenidas en ella. La vigencia, posee dos elementos: la efectividad real de la regla (observación externa) y la manera en la cual la regla es vivida como motivadora, esto es como socialmente obligatoria (interna).

Por lo tanto, las reglas requieren de experiencia (patrones de conducta) y de un contenido abstracto de esas reglas (normas del ajedrez). Esto posibilita la interpretación/comprensión fenómenos ajedrez, hace un todo coherente de significado.

La partida de ajedrez se materializa solo cuando son puestos en relación con las normas del ajedrez y viceversa. El derecho consiste, según Ross, en fenómenos jurídicos y normas jurídicas en una correlación mutua²³. Con el derecho vigente se interpretan las acciones como fenómenos jurídicos que le dan al “todo” coherencia.

La vigencia de una regla de derecho es algo fáctico (observado) y que tiene asidero en la validez metafísica en el ser de las cosas²⁴. Ciertamente, la lógica discursiva del derecho depende de la experiencia, lo que pueda darse en la realidad. Luego, el análisis de Ross posiciona a la pregunta de qué es el derecho en el campo de los asuntos empíricos con una sola respuesta: la predictibilidad del modelo se manifiesta con la labor de los jueces y los operadores jurídicos²⁵. Necesariamente toda práctica del derecho en el respecto de los realistas puede llegar a ser predicha. Y lo que sea o cómo sea el derecho epistémicamente ya tiene un valor. La coherencia de la tesis realista de Ross, en base a un binomio estímulo-respuesta, establece la obligación epistémica de la correcta solución. Tengamos claro que el análisis no se extiende a otras posturas como las de otros realistas escandinavos o los norteamericanos.

C. EL DERECHO COMO UN PRODUCTO HUMANO: H. L. A. HART Y UNA TEORÍA JURÍDICA PLURALISTA

Hart en *The Concept of Law* sugiere prestar atención a las sutilezas de nuestras formas de hablar. Luego, lo jurídico se basa en la comprensión de los conceptos con que cotidianamente se desenvuelve, esto implica “no dar un concepto de derecho”²⁶, sí otorgar herramientas para el estudio de ellos. El fenómeno jurídico para Hart, se construye a partir de usos y las prácticas lingüísticas. Una cuestión inédita hasta entonces, pues con los argumentos de los monistas, el derecho en su andar parecía asomarse como una ciencia predictiva.

Quienes se abocan a dar con seguridad un concepto de derecho es que fijan su análisis en tanto preguntar por su naturaleza o a definirlo con una unidad semántica, lo hacen desde distintos métodos y tal como se expresó anteriormente, la coexistencia de esta diversidad es que enriquece a la tradición e intentan construir una teoría con pretensión de generalidad. Desde Hart en adelante, la filosofía analítica del derecho tiene un giro, uno hermenéutico²⁷ en la explicación de su objeto de estudio, vale decir, que el derecho es un producto humano que se manifiesta a través del lenguaje y que su análisis depende de la estructura de éste. En ese sentido, la tendencia de sociología descriptiva y teoría jurídica analítica²⁸ de *The Concept of Law* es relevante tanto para la re-construcción del pensamiento de Hart como también, de cara a sus causahabientes en la literatura erudita.

Acerca de la pregunta “¿qué es el derecho?”, Hart no reconoce una *sola* respuesta correcta y válida. Eso permite que entendamos que el derecho es parte de nuestras prácticas sociales, nuestras maneras de normarnos y en definitiva, algo no exacto, no como pretenden los monistas.

Cabe inquirir acerca de la naturaleza de las conclusiones de *The Concept of Law*. La pretensión de que el análisis conceptual nos enseña no solo sobre las palabras sino también sobre las realidades a las que se refieren es un supuesto metodológico que Hart comparte con J. L. Austin. Con todo, la caracterización que Hart hace de su investigación puede parecer ambigua, pues ¿cómo pueden tales análisis conceptuales enseñarnos algo más que las maneras cómo hablamos y pensamos? La pregunta es motivada por la convicción de que existe una separación entre el lenguaje y el mundo, en virtud de la cual existen dos tipos de conocimiento: de un lado, un *a priori* y analítico (como el que nos entrega el análisis conceptual), y, el otro *a posteriori* y sintético (como el que nos entrega la ciencia). Estas dos formas de conocimiento parecen en principio incompatibles en el sentido de que los métodos que

permiten obtener uno, excluyen la experiencia. Mientras que el primero pretende consistir en verdades necesarias (como que $2 + 2 = 4$, o que un soltero es un hombre no casado), el segundo parece tratarse de verdades contingentes (como que hay cuatro manzanas en la canasta, o que el autor de este texto está soltero).

Ahora bien, es prácticamente unánime entre los comentaristas el entendimiento de *The Concept of Law* como una investigación *a priori*²⁹. Esto le ha merecido la crítica según la cual tener esa cualidad, no puede entregarnos conocimiento relevante, esto es, no trivial. Sin embargo, algunos autores, como Joseph Raz, han entendido que esa es la forma de deber tomar las investigaciones acerca de la naturaleza del derecho (un ejemplo de ello es su ensayo *Authority, Law and Morality*³⁰).

El concepto de derecho es un equívoco. Hart presenta la anterior idea a través de la explicación de la vaguedad del lenguaje ordinario y el uso de términos base del derecho, —algunos— de contenido más sociológico como: obligación, aceptación, deber, coacción, conducta, comportamiento (los que se pueden resumir en el punto de vista externo y en el interno)³¹. En ese sentido, el número de soluciones es n a la pregunta de qué es el derecho. Y con los usos es que podemos desentrañar criterios de idoneidad, descriptibilidad y neutralidad para preferir una respuesta que acomode más a la explicación. Para llegar a este punto, puede existir un diálogo entre las distintas intuiciones y argumentos racionales que presenten los teóricos. Quizás ese fue uno de los propósitos de Hart en la elaboración de su tesis³². En los monistas, las intenciones explícitas fueron distintas, en el caso de Kelsen fue realizar un análisis del derecho con prescindencia de elementos que pudieran embarazar la correcta conceptualización. No así en el caso de Ross que pretendió llegar a ofrecer mecanismos para identificar al derecho en la práctica y teóricamente. En ellos, el concepto de derecho epistémicamente, es unívoco³³.

4. VALORES EPISTÉMICOS Y TEORÍAS MONISTAS Y PLURALISTAS: PARA UNA CONCEPCIÓN ARGUMENTATIVA DE LA FILOSOFÍA ANALÍTICA JURÍDICA DEL SIGLO XXI

*“La pretensión de la teoría del Derecho es aparentemente clara: explicar lo general (o universal) del Derecho. La teoría general del Derecho no tiene como objetivo prescribir comportamientos ni exponer cómo debería ser el Derecho, sino describir el ser del Derecho o aquello que lo hace ser Derecho”*³⁴.

El estatus de todos permanece invariable. Monistas y pluralistas en un mismo grupo. Las teorías monistas solo tienen como finalidad describir/explicar a la realidad jurídica y no la discusión de planteamientos con otras teorías, sí lo incluyen las pluralistas. Se escudan en que el valor epistémico de la teoría y (monista) es mayor al de la teoría z (pluralista).

Para determinar el concepto de derecho existe una dificultad que radica en dos razones: en primer lugar, el derecho es multidimensional, en el sentido de que este puede ser estudiado desde distintos puntos de vista y al mismo tiempo, obtener muchas conclusiones que no se parecen en nada. Un completo entendimiento del derecho requiere la consideración de tres dimensiones: el derecho como reglas, el derecho como hechos y el derecho como valores³⁵. En segundo lugar, tener en cuenta la diversidad de escuelas de pensamiento y maneras en que se ha hablado y se habla sobre el derecho. Respecto de esa tridimensionalidad es que los conceptos de derecho deben partir, y me refiero con “los” a aquellos *el, un y nuestro*.

Hart postula que la teoría del derecho debe ocuparse de describir qué es el derecho y sobre ese punto, se puede reconocer el matiz entre: concepto, naturaleza, práctica e incluso, ciencia. Expresa al mismo tiempo que “el deseo de uniformidad es muy fuerte en la teoría jurídica y puesto que no es en modo alguno algo desdo-

roso debemos considerar (...) argumentos alternativos en favor de ella³⁶. Dos interesantes cuestiones: por un lado, “la objetividad” y por otro, la diversidad en la reflexión del derecho. Argumentos que se presentan entre métodos y propósitos de la filosofía del derecho. Es importante circunscribir esto, a la teoría analítica del derecho, como los demás planteamientos que suceden a Hart se sitúan en esta línea³⁷. Asimismo, esta no es primariamente una investigación lingüística (para los que utilizan el argumento de hacer lexicografía), sino que es también, un intento para dejar al descubierto los principios básicos que estructuran una parte altamente significativa de nuestro mundo³⁸.

Es la descripción del mundo, del derecho la que queda relegada a la teoría del derecho, ¿si lo hace es exitosa? ¿Por qué hablar del éxito de una teoría, acaso el modelo es: “una teoría es mejor que otra”? Paréntesis en las teorías monistas, Hart reconoce la idea de la diversidad en torno al pensar sobre lo jurídico, pero también asume que hay posturas objetivas (e incluso, reduccionistas, en este caso, los monistas). Los filósofos del derecho están comprometidos en una amplia investigación acerca de la identidad del derecho y sus implicaciones³⁹. Sin embargo, Hart reconoce la superioridad de teorías sobre las otras, pero solo limitado a las posturas reduccionistas, que igualmente podrían coexistir en tanto, en el caso de conceptos como ‘derechos’, ‘capacidad’, ‘error’, o ‘sociedades’, los filósofos se han apresurado en indagar su naturaleza, suponiendo que por medio de definiciones se podrían superar los problemas relacionados con dichos esfuerzos⁴⁰. Lo que se tiene que elucidar son las condiciones que gobiernan el uso de palabras en determinados contextos sociales, en lugar de indagar las esencias misteriosas con las que se pretende justificar la construcción de teorías apoyadas en definiciones⁴¹.

Si la teoría del derecho (y luego, algún concepto de derecho) fuere(n) objetiva(s) podrían solamente proporcionarnos el conocimiento acerca del derecho en general y no acerca de un lugar en particular, ello sería imposible⁴². Esa

objetividad es basada en convenciones, que igual podrían denotar cierto grado de indeterminación, Hage plantea para explicar esto, dos ejemplos: el de las ballenas y el de Plutón. Sobre el primero, radica una duda: ¿son peces las ballenas? La reflexión va encaminada a lo siguiente: la novena edición de una enciclopedia de clasificación del reino animal (*Systema Naturae*) dijo que las ballenas eran peces, luego su predecesora publicada dos años después, dijo que eran mamíferos y sobre ello se ha construido la convención de que son mamíferos. Acerca de la segunda, los astrónomos comenzaron a discutir luego del descubrimiento de un nuevo planeta, Eris, en 2003, que resultó entrar en una clasificación llamada de los “planetas enanos” o planetoides. Luego, Plutón, el noveno planeta del sistema solar (desde que se conoce) fue degradado a esa categoría. En ambos casos había una incerteza inicial acerca de la clasificación de los objetos y ella fue reducida no por la reunión de más información sobre estos objetos, sino que por el cambio o de-formación de la convención que definió los límites de una categoría⁴³. Su certeza se debió a una convención, luego puede surgir si ella es arbitraria o no. Un tema de práctica, algo que no nos interesa en esta ocasión, pero que Chang ha discutido a propósito de si el agua es/siempre ha sido H₂O⁴⁴.

La búsqueda del eclecticismo en los conceptos y en la construcción de discursos que trasciendan a las instituciones de la sociedad, se multiplica en el interés del conocimiento y de la descripción de lo describable, o sea, de lo que pertenezca a la práctica. A la vez siendo el derecho una cuestión práctica y normativa y una de carácter teórico, susceptible de pertenecer a una reflexión⁴⁵.

La limitación de este trabajo es a estas cuestiones metateóricas y metafisológicas del concepto de derecho, de la asignación de un valor epistémico o no. Máximo son los conceptos mismos los que tratamos de entender, y cómo pueden explicar al mundo, no como Raz se equivocaba al plantear que no son “herramientas de explicación”⁴⁶.

“El derecho es un producto que no puede ser desarrollado al margen del comportamiento y esfuerzo humano (...) el derecho no es un producto de la naturaleza (...) Su existencia depende de lo que la gente considera y quiere que sea. De ahí que no pueda identificarse, estudiarse ni entenderse sin tratarlo como el producto social que resulta ser”⁴⁷.

Sobre lo anterior, es que radica la importancia de poder hablar del derecho, o sea, su descripción que puede tener múltiples fines, desde la enseñanza del mismo hasta su mejor comprensión de cara al diseño institucional de una sociedad. Una cuestión que niega la diversidad valorativa, la existencia de múltiples conceptos y la categoría que describimos con ahínco: *el, un y nuestro* concepto del derecho. El derecho como objeto de estudio sin entrar en sus subsectores de los que son parte las ramas de la filosofía del derecho, que no son la teoría, por ejemplo: teoría de las normas, de la adjudicación. E inclusive otras disciplinas como la filosofía de la moral y la filosofía política en aspectos estructurales y/o contingentes del derecho.

La función de la teoría del derecho debe ser el dar cuenta de la realidad jurídica, o sea, suministrar herramientas y conceptos para comprender mejor el funcionamiento del derecho⁴⁸. Y parte de esto es complementado con las teorías pluralistas, en las cuales se genera el problema de elegir una teoría, cuestión ajena a las monistas, con la finalidad de ver cuál tesis es más idónea, neutral y permite una mejor descripción de la realidad en cuestión. Como no hay una única respuesta correcta, existe un paso en la valoración para escoger. Un paradigma: para estudiar al derecho en Chile, requiero de un enfoque teórico y me es más cómodo abrir el abanico de posibilidades entre teorías pluralistas, puesto que me permite abstraer el razonamiento a una nueva dicotomía: emplear y tratar como valores a las tesis en el rango abierto pero acotado. Empleo la que me es fructífera y las demás, no, aunque tienen su estatus reconocido en la palestra discursiva y

podría llegar a utilizarlas para re-explicar cómo también para fortalecer mi explicación⁴⁹.

La mixtura de objetividad con la indeterminación, parte de lo que vendría a ser el punto de cierre del argumento epistémico de una teoría monista, previo paso por el reconocimiento de una convención al interior de la teoría del derecho pueden dar cuenta de lo que es realmente el valor epistémico de un concepto de derecho y así también, de lo que debe ser. Lo que está en armonía con esta idea hartiana de la utilidad para la teoría del derecho de planteamientos que puedan dar explicación o bien, describir, la realidad de una manera satisfactoria. La idea es saber de qué se está hablando. Cuando se habla de *el* concepto, ¿es una cuestión con pretensiones de universalidad? Me inclinaría por decir que no es más que una descripción de lo que el derecho significa para una sociedad y lo que podría entregar un entendimiento puro y formal del concepto de naturaleza del derecho, de cara a decir lo que en general es el derecho. Cuando se habla de un concepto de derecho, es una cuestión mucho más local, en la que podría haber un acuerdo de manera concertada, una objetividad moderada, por ejemplo, describir el derecho en España. Dice relación con una objetividad más cercana, pero a la vez que denota indeterminación. Sin embargo, este punto debe colocar acento en el contexto en que se está describiendo, ya que también podría describir el derecho babilónico, así como el romano. Cuando se habla de nuestro concepto es el que comparte una determinada colectividad, que no necesariamente es en la que estoy arraigado, puede ser una cuestión más próxima al concepto de nación o el que comparto con individuos que considero de mi óptica, puede ser similar a un concepto, pero no es lo mismo, pues la inferencia temporal que se utiliza es distinta, con un concepto puedo referirme al de cualquier tiempo. El concepto de derecho también puede tener matices y su discusión prestarse para muchos equívocos, la teoría del derecho entonces, es parcialmente objetiva y parcialmente indeterminada, así como lo son

los estudios que se abocan al concepto de naturaleza humana⁵⁰.

“No parece que pueda ponerse en duda que el trabajo de los teóricos del Derecho moldea el concepto de Derecho, no sólo el de sus respectivas sociedades sino también de otras —en distinto espacio y lugar—, ni que las conclusiones de la teoría del Derecho pueden extenderse a cualquier sociedad; (...) *en el sentido de que (...) la investigación sobre la naturaleza del Derecho junto con la comparación de los conceptos o la extrapolación del nuestro puede realizarse en cualquier tiempo y sociedad*”⁵¹.

Para continuar la reflexión de Jiménez-Cano que me es útil para favorecer una teoría pluralista del derecho, introduzco la siguiente afirmación del sociólogo jamaicano, Stuart Hall:

“El concepto acepta que las identidades nunca se unifican y, en los tiempos de la modernidad tardía, están cada vez más fragmentadas y fracturadas; nunca son singulares, sino construidas de múltiples maneras a través de discursos, prácticas y posiciones diferentes, a menudo cruzados y antagónicos. Están sujetas a una historización radical y en un constante proceso de cambio”⁵².

Una visión pluralista del derecho al pensar en el concepto, como Hart ya lo hizo, estaría en favor de una argumentación historiográfica para indagar la elucidación del uso del vocablo, ello en principio nos dejaría con una amplia gama de conceptos posibles sobre lo que es el derecho. No quedaríamos sujetos a la dicotomía planteada por Raz entre concepto local y concepto universal. A la postre, dicha distinción es vacía, para efectos de seguir construyendo diálogo con la teoría jurídica analítica. Si vamos a re-pensar las prácticas teórico-jurídicas de este siglo en el mapa erudito que ya trazado, es necesario apoyarse en entendimientos que permitan caminar hacia adelante y no otorguen certezas absolutas (o pretensiones de) que entrapen los posteriores debates. Claro que ese es el punto enriquecedor de confrontar los análisis científicistas y conceptuales en la

tradicción analítica de la filosofía, sin perjuicio de la creciente construcción geopolítica que cada comunidad deseará aplicar en su concepto de derecho que puede ser graficado en *el, un y nuestro* concepto⁵³. El convencionalismo en la teoría jurídica está atento a lo que pueda acontecer en una superación del análisis conceptual para entrar con mayor fuerza a la palestra discursiva⁵⁴. Aunque es un tema que está bajo la esfera de la metateoría pretendida por este trabajo, una discusión a propósito del concepto mismo y no de lo que se da tras bambalinas, o sea, en la metafilosofía analítica del derecho. Eso nos motiva a culminar que en el campo del derecho parece no haber respuestas correctas si se quiere seguir el debate⁵⁵, y que la adaptabilidad del derecho está ligada con lo dúctil de sí mismo tanto en un campo teórico como en uno práctico⁵⁶. La idea no es desechar las teorías monistas, sino que aprender de sus postulados, incorporándolos a la palestra discursiva, considerando su valor epistémico —importante en algunos casos, como el de Kelsen y el de Raz— es parte de la modernización y racionalización del pensar jurídico, cuestión que da pie para rellenar conceptos como “filosofía del derecho contemporánea” y seguir en la senda de una fructífera, respetuosa y jovial discusión sobre “qué es el derecho”, en donde ideamos un rango abierto pero acotado de teorías en donde cabrían monistas y pluralistas para culminar en una concepción argumentativa que permite entender mejor a las teorías de este siglo⁵⁷. Parte de la nueva camada de teorías monistas está realizando el aprendizaje⁵⁸.

Para posibles objeciones, esta investigación se ocupa de revisar al derecho como *objeto de estudio*, no entrar en profundidad con sus demás discusiones. Si uno pensara en los planteamientos sobre la relación derecho y moral en la mayoría de los autores analíticos del siglo XX y buena parte de los que van en tres lustros del siglo XXI, estimo que podría ser aplicada la tipología entre monistas y pluralistas. Siendo de la primera categoría los que postulan la tesis de la separabilidad o la de la inseparabilidad⁵⁹. Serían pluralistas los que exponen una relación

contingente entre derecho y moral, Hart por ejemplo. Sin embargo, para hacer una perfecta aplicación de la propuesta de esta investigación a ese campo y otros ajenos al derecho como objeto de estudio teórico, sería necesario hacer otras precisiones. En la literatura existen otras ideas metateóricas que pueden dar cuenta de discusiones como la anterior. En la filosofía del derecho de Brian Bix es posible encontrar dos tipologías: una sobre los métodos de la teoría del derecho y otra acerca de los propósitos. En los métodos, la clasificación de los modelos teóricos está pensada en teorías descriptivas, evaluativas o valorativas y prescriptivas⁶⁰. Julie Dickson en un estudio pormenorizado de la evaluación en teoría del derecho involucra la siguiente interrogante: ¿Hasta qué punto y en qué sentido, un teórico del derecho tiene que llevar a cabo juicios de valoración sobre el derecho para construir una filosofía analítica del derecho exitosa?⁶¹. El análisis de Dickson es *ex post* al que esta investigación presenta, puesto que ya se está empleando la teoría y no se encuentra en el estado de relacionarla con el objeto de estudio y cómo se va a abordar este mismo, es *rigurosamente metateórica*. Es más, pienso que Dickson soslaya esta discusión. Para ella, la teoría del derecho trata de ayudarnos a entendernos a nosotros mismos y nuestro mundo social en términos del derecho, y un teórico exitoso del derecho debe hacer juicios de importancia y significación sobre su materia y debe hacerlo en una forma que sea lo suficientemente sensible a aquellas autocomprensiones ya existentes en términos del derecho sostenida por quienes crean, administran y están sujetos al derecho⁶². Si bien es correcto, no hacer la prevención que este trabajo se puede aplicar a un puñado de tesis, lo que no implica necesariamente a una corriente de pensamiento o a todo el bagaje de un autor, podría aplicarse por ejemplo al realismo jurídico que si adopta una epistemología empirista pertenecería al conjunto monista, pero si validamos su escepticismo con la posibilidad de ofrecer un concepto universal de derecho, nos resulta pluralista. Siempre teniendo presente su per-

tenencia al mapa erudito de la teoría jurídica analítica. El logro de esta investigación descansa en las posibilidades contempladas a la hora de elegir una teoría para explicar idóneamente un sistema en cuestión. Respecto de los propósitos de la teoría del derecho, la escisión es fiel al debate Hart-Dworkin desglosándose en teorías generales y teorías particulares⁶³. Ciertamente que una teoría sea lo uno o lo otro no necesariamente involucra un compromiso con el monismo o el pluralismo. Una teoría particular podría ser pluralista, de igual manera una general e incluso puede ocurrir a la inversa.

5. CONCLUSIONES

El propósito de este trabajo a propósito de la concepción y las discusiones que se dan constantemente en filosofía acerca de la pregunta “qué es el derecho”, intentó construir una metateoría jurídica, basándose en una genealogía de la historia de la filosofía analítica del siglo XX, reconociendo a través de la triple distinción que el derecho *como objeto de estudio* puede situarse entre asuntos formales, asuntos empíricos y asuntos filosóficos o humanos. Estas diferentes posturas pueden existir y así también, construirse a propósito de la reflexión sobre el derecho o lo que su definición puede implicar para el mundo globalizado.

El mapa queda delineado de otra manera, entre teorías monistas y teorías pluralistas en un orden de reflexión superior, lo que también equivaldría a pensar a análisis cientificistas y análisis conceptuales, cuestión que se encuentra en un segundo orden de reflexiones, ya parte de la metodología jurídica en la tradición analítica.

Luego es tarea de la teoría jurídica el superar estadios de incertidumbre conceptual como “progreso de los estudios en la materia”, “teoría exitosa” o “superioridad epistémica”. Parte de estos vacíos terminológicos viene a clausurar la reflexión de este trabajo, en donde, idealmente, las teorías que pertenezcan al espectro de

las monistas, solo incrementarán parámetros y estandarizarán los criterios para dar cuenta de lo jurídico. Vale decir, la teoría jurídica cae en una estática implacable que admitiría solo soluciones correctas y por tanto, el derecho se reduciría a un algoritmo para ser verificado en una operación lógica o bien, con el curso de los hechos. Se vuelve a esa dicotomía leibniziana de “verdades necesarias y verdades contingentes”, entonces lo nuevo que puede aparecer en la teoría jurídica solo es centrípeto a ese esquema y no puede re-pensarse. Máxime que queda supeditado a consensos que obedecen a directrices de orden político, como la gran parte de las decisiones de la ciencia.

El espectro pluralista, en virtud de su tendencia a la admisión de más de un concepto, lo que no necesariamente lleva a equívocos e imprecisiones conceptuales, permite la integración de una triada terminológica sobre lo que implica el ser y proceder de “concepto de derecho”. Es decir, se traza un mapa entre *un, nuestro y el* concepto, la supervivencia de una teoría monista que enfraque los tres en uno, no resulta fructífera para dar cuenta de “conceptos locales”, según Raz, y de “conceptos universales”. Respecto de estos últimos, las teorías monistas, bien saben, pero desdeñan la existencia o surgimiento de una respuesta diferente. Sobre ese esquema, para Kelsen no parecería válido subsistir junto a Hart, en el campo conceptual, no ocurriría eso en caso contrario. En teoría jurídica, preguntando por la ontología del derecho, esta idea de valor epistémico cobra relevancia si se piensa en la multiplicidad de conceptos que pueden existir, inclusive precisando en cada pronombre o artículo que tenga aparejado un concepto de derecho. Así también, en la relación derecho-moral, la idea de valor ético o moral, es de suma importancia. La internalización de la distinción de Putnam es un punto a considerar para la buena ventura de la tesis de este trabajo, sin lo cual, resulta difícil comprenderla a cabalidad.

El estudio filosófico del derecho aún a esfuerzos para hacer de éste, un mundo más humano. Es claro que en el espectro filosófico del

derecho hay una multiplicidad de respuestas y que la búsqueda de la verdad debe ser el objetivo de toda elucubración teórica, sin que se apodere del campo argumentativo la idea de “superioridad epistémica”. La posesión de la verdad “es un estado de suyo frágil —y, por ende, digno y necesitado de defensa— mientras que ni la aproximación ni el alejamiento de la verdad son procesos irreversibles. Y esto rige para todo tipo de verdad (...) (Por lo tanto) si un genio maligno, como el imaginado por Descartes, destruyera mañana todo registro de las verdades astronómicas que han sido descubiertas en el curso de la historia, perderíamos acceso incluso a verdades elementales, a las cuales, en este momento, millones de seres humanos tienen acceso, como, por ejemplo, que la Tierra es parte de un sistema heliocéntrico. Nada tiene de peculiar entonces que ocurra lo mismo con el acceso a los valores...”⁶⁴, las verdades referidas al modo en qué se piensa al derecho.

La coexistencia de diferentes teorías y enfoques sobre el derecho es quizás, lo que permite avanzar a los estudios en la materia. Y mejor aún, la selección de la teoría adecuada deberá depender de criterios como, por ejemplo, si describe/evalúa/prescribe la realidad de forma más idónea, pesando su valor epistémico por la sola tesis y no por un “conocimiento por comparación”⁶⁵.

Hart en la especulación filosófica habría afirmado que toda pregunta jurídica tiene dos facetas: una formal y la otra, valorativa y que debe considerar los conocimientos que se puedan extraer de otras disciplinas. Si hay ignorancia de una de estas caretas, la falta de claridad se hará latente en nuestra reflexión sobre el derecho.

Siguiendo a C. L. Pannam, la filosofía analítica del derecho degeneraría en un escolasticismo estéril y las teorías valorativas se encontrarían sin un fundamento sólido en la propia disciplina sobre la que pretenden versar⁶⁶. Ahora bien, parafraseando a una de sus influencias, la obra de Hart no es la última palabra de la filosofía analítica del derecho, sino que podría ser la primera.

NOTAS

1. J. L. COLEMAN y O. SIMCHEN, O., “Law”, *Legal Theory*, 9, 2003, p. 5. Recordemos sí que el vocablo “actuales” se remite exclusivamente al contexto en el que se presenta. Sin embargo, afirmo que la actualidad denunciada por Coleman y Simchen hace doce años, parece ser la misma hoy.
2. S. J. SHAPIRO, “¿Qué es el derecho (y por qué debería importarnos)?”, J. FERRER, J. J. MORESO y D. M. PAYANNIS (eds.). *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 283-311. Sugiero también, ver la excelente apertura del Dr. Manuel Atienza en la edición 22 de la Revista Derecho y Humanidades (cfr. M. ATIENZA, “Para qué la filosofía del derecho”, *Derecho y Humanidades*, 22, 2013, en prensa).
3. R. de SANTIAGO, “Acerca del concepto de ciencia y de teoría”, *Curriculum. Revista de teoría, investigación y práctica educativa*, 1-2, 1991, p. 126. Citado en R. M. JIMÉNEZ CANO, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 19. La elucubración teórica que realiza este último, tiene como base la definición apuntada, la que he considerado idónea para llevar a cabo los propósitos de esta tesis.
4. Véase I. BERLIN, “La decadencia de las ideas utópicas de Occidente”. DEL MISMO, *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*. Barcelona, Península, 2002, pp. 67-107. También el oxoniense reconoce la distinción, a propósito del monismo característico de las preguntas formales y empíricas, que lo relaciona con la Ilustración en: “Primer ataque a la Ilustración”, DEL MISMO, *Las raíces del romanticismo*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 43-71. También véase M. E. ORELLANA BENADO, *Prójimos Lejanos*, Santiago de Chile, Ediciones UDP, 2011, pp. 30-32.
5. La tipología de filosóficos (o humanos) de estos asuntos epistémicos puede ser bien pensada como “valorativo” en oposición a “evaluativo” en el caso de las cuestiones formales o empíricas.
6. J. RAZ, “¿Puede haber una teoría del derecho?”, RAZ et al. *Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 47-86.
7. B. BIX, “Raz on necessity”, *Law and Philosophy*, 22, 2003, pp. 537-59.
8. Argumento de A. PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, *Niklas Luhmann: Law, Justice, Society*, Oxford, Routledge, 2010.
9. E. BULYGIN, “Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz”, J. RAZ, et al. *Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 99-110.
10. N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.
11. Véase J. KEKES, *The Morality of Pluralism*, Princeton, Princeton University Press, 1996.
12. ORELLANA BENADO, *Prójimos Lejanos... op. cit.*, pp. 40-78.
13. Cfr. J. WALDRON, “Jurisprudence for Hedgehogs”, *N.Y. Univ. Sch. of Law, Working Paper* No. 13-45, 2013. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290309.
14. Lo que refiere a un estudio sistematizado, metódico, que no tenía un símil, pero sí, antecedentes posibles de encontrar en trabajos como los de John Austin, Jeremy Bentham, Friedrich von Savigny, François Géný, Rudolf von Ihering, entre otros. Para ello, véase L. M. LLOREDO ALIX, *Rudolf von Ihering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012. I. TUREGANO MANSILLA, *Derecho y Moral en John Austin*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001 y M. MORINEAU, “Un acercamiento a Savigny”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 16, 2004, pp. 187-200. En subsidio el texto de M. A. CIURO CALDANI, *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1994.
15. Interesante sobre este punto, R. J. VERNENGO, *Teoría general del derecho y ciencia jurídica*, México DF, Sobre-tiro de Dianoia, 1977.
16. H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México DF, UNAM, 1982, p. 15.
17. A. STROLL, *La filosofía analítica del siglo XX*, Madrid, Siglo XXI, 2002, “El sistema de soleras”.

18. Un alegato sobre esto en el excelente texto de Squella (A. SQUELLA, ¿Qué es el derecho?: Una descripción del fenómeno jurídico, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
19. En este punto, se sigue el argumento en L. VINX, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2007 y J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 2009, Capítulo 7: "Kelsen's Theory of The Basic Norm".
20. *Cfr.* J. BJARUP, "The Philosophy of Scandinavian Legal Realism", *Ratio Juris* 18(1), 2005, pp. 1-15.
21. A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 34-52.
22. *Ibid.*, p. 40.
23. ROSS, *op. cit.*, p. 36; L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del derecho*, Valencia, Instel, 2008.
24. M. S. GREEN, "Legal Realism as Theory of Law", *William & Mary Law* 46(6), 2005, pp. 1985-999.
25. Argumento complete en B. LEITER, "Legal Realisms, Old and New", *Valparaiso Law Review* 47, 2014, pp. 949-63.
26. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, Capítulo VIII.
27. B. BIX, *Teoría del derecho: Ambición y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
28. HART, *The Concept... op. cit.*, p. vi.
29. Por ejemplo, P. SOPER, *A Theory of Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1984; N. LACEY, *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, Oxford University Press, 2004; L. GREEN, "Introduction to the Concept of Law", H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Tercera edición, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. xv-lv.
30. J. RAZ, *La Ética en el ámbito de lo público*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 227-57.
31. L. DUARTE D'ALMEIDA, J. EDWARDS y A. DOLCETTI, "Hart's Readers". DE LOS MISMOS (eds.) *Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 1-14.
32. H. L. A. HART, "Answers to Eight Questions", L. DUARTE D'ALMEIDA, J. EDWARDS y A. DOLCETTI, (eds.) *Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 279-98.
33. N. STOLJAR, "What Do We Want Law to Be? Philosophical Analysis and the Concept of Law)", WALUCHOW Y SCIARAFFA, *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 230-56.
34. R. M. JIMÉNEZ-CANO, "¿Puede ser general la teoría general del derecho?", *Revista de Estudios Jurídicos* 12, 2012, p. 5.
35. Véase la discusión en G. PAVLAKOS, *Our Knowledge of the Law. Objectivity and Practice in Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
36. HART, *The Concept... op. cit.*, p. 41.
37. Véase J. R. DE PÁRAMO, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, primeros capítulos.
38. S. J. SHAPIRO, *Legality*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2011, p. 23.
39. *Ibid.*, p. 24.
40. J. A. TAMAYO VALENZUELA, "La teoría del derecho de H. L. A. Hart", *Revista de la Facultad de Derecho (UNAM)*, 237, 2001, p. 220.

41. H. L. A. HART, "Definición y teoría de la ciencia jurídica", DEL MISMO, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1962, pp. 93-138.
42. J. HAGE, "Can Legal Theory Be Objective?", HUSA y VAN HOECKE, *Objectivity in Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 24.
43. *Ibid.*, p. 26
44. H. CHANG, *Is Water H2O?: Evidence, Realism and Pluralism*, Dordrecht, Springer, 2012.
45. J. COLEMAN, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
46. J. RAZ, "Teoría y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin", RAZ *et al*, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 120.
47. R. ESCUDERO, "De la constitucionalización a la indeterminación. Retos y desafíos del positivismo jurídico", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. 410; A. MARMOR, "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral", *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(4), 2006, pp. 701-4.
48. ESCUDERO, *De la constitucionalización... op. cit.*, p. 397; R. M. JIMÉNEZ-CANO, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 63-83.
49. El argumento nace en: "Nos incumbe dirimir qué bien podemos vivir como valores siempre y también, cuáles maneras de actuar ajenas bien podemos siempre tratar como valores. A cada prójimo lejano le corresponde determinar cuáles prácticas es su deber seguir siempre con reverencia y también cuáles es su deber respetar (porque son legítimas y vividas como valores por otros) de maneras peculiares a su forma de vivir o identidad humana. En suma, cuáles maneras de actuar debemos vivir como valores y cuáles debemos tratar como valores. Más allá de ese rango abierto pero acotado están las maneras de actuar que bien podemos nunca ni vivir como valores ni tratar como valores; es decir, las prácticas reales y concretas que es nuestro deber combatir, tanto en el ámbito propio como en los ámbitos ajenos". (M. E. ORELLANA BENADO, "Negociación moral", DEL MISMO (comp.), *Causas perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, Santiago de Chile, Catalonia, 2010, p. 269).
50. ORELLANA BENADO, *Negociación moral... op. cit.*
51. JIMÉNEZ-CANO, *¿Puede ser general... op. cit.*, p. 21. Énfasis añadido.
52. S. HALL, "Introducción: ¿quién necesita 'identidad'?", HALL y DUGRAY (comp.) *Cuestiones de identidad cultural*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 2003, p. 17.
53. Para profundizar en los términos, sugiero ver N. LÓPEZ PÉREZ, "Desacuerdos, análisis y conceptos: Reflexiones metateóricas para la teoría del derecho del siglo XXI", *Revista de Estudios Jurídicos*, 14.
54. Véase A. MARMOR, *The Language of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014; J. M. VILAJOSANA, *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
55. D. PRIEL, "Is There One Right Answer to the Question of the Nature of Law", WALUCHOW Y SCIARAFFA, *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 322-50.
56. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011.
57. Discusiones precedentes a esta idea en: M. GARCÍA CALVO, "Positivism jurídico y transformaciones del derecho", VVAA, *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 201-222; A. M. HESPANHA, *La Gracia del derecho: economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; J. I. LACASTA ZABALZA, *Memoria colectiva, pluralismo y participación democrática*, Valencia, Tirant/Humanidades, 2013, pp. 115-128.
58. Véase A. W. B. SIMPSON, *Reflections on The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
59. L. GREEN, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", *New York University Law Review*, 83(4), 2008, pp. 1035-58.

60. BIX, *Teoría del derecho... op. cit.*, pp. 18 y ss.
61. J. DICKSON, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 37.
62. *Ibid.*, pp. 125-6.
63. S. J. SHAPIRO, "The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", A. RIPSTEIN (ed.) *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 22-55.
64. ORELLANA BENADO, *Prójimos Lejanos... op. cit.*, p. 66.
65. Véase B. BURGE-HENDRIX, *Epistemic Uncertainty and Legal Theory*, Aldershot, Ashgate, 2008.
66. C. L. PANNAM, "El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho", *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 6(12), 2008, p. 97. Scott Hershovitz recientemente ha planteado la cuestión del fin de la teoría jurídica (*jurisprudence*), abordando postulados la declaran con el término del debate Hart-Dworkin (según esta tesis, el año 2004 con el texto de este último respondiendo al *Postscript*). Sin embargo sus conclusiones lo llevan a interrogarse por un "nuevo fin" y a qué la reflexión sobre el derecho debe seguir, bien preocupándose acerca de las consecuencias morales de las prácticas jurídicas, tarea que entrapa *ad infinitum* al diseño de la teoría entre el iuspositivismo y sus rivales. Véase S. HERSHOVITZ, "The End of Jurisprudence", *Yale Law Journal*, 124, 2015, por aparecer (visible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2515494).

NOTA BIBLIOGRÁFICA:

- ATIENZA, M. "Para qué la filosofía del derecho", *Derecho y Humanidades*, 22, 2013, en prensa.
- BERLÍN, I. "La decadencia de las ideas utópicas de Occidente". Del mismo, *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*. Barcelona, Península, 2002, pp. 67-107.
- BERLÍN, I. "Primer ataque a la Ilustración", Del mismo, *Las raíces del romanticismo*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 43-71.
- BIX, B. *Teoría del derecho: Ambición y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- BIX, B. "Razon necessity", *Law and Philosophy*, 22, 2003, pp. 537-59.
- Bjarup, J. "The Philosophy of Scandinavian Legal Realism", *Ratio Juris* 18(1), 2005, pp. 1-15.
- BOBBIO, N. *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.
- BULYGIN, E. "Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre "¿Puede haber una teoría del derecho?" de Joseph Raz", J. RAZ, et al. *Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 99-110.
- BURGE-HENDRIX, B. *Epistemic Uncertainty and Legal Theory*, Aldershot, Ashgate, 2008.
- Chang, *Is Water H2O?: Evidence, Realism and Pluralism*, Dordrecht, Springer, 2012.
- CIURO CALDANI, M.A. *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1994.
- COLEMAN, J. L. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- COLEMAN, J.L. y O. SIMCHEN, O., "Law", *Legal Theory*, 9, 2003.
- DE PÁRAMO, J.R. *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- DICKSON, J. *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2001.
- DUARTE D'ALMEIDA, L. J. Edwards y A. DOLCETTI, "Hart's Readers". DE LOS MISMOS (eds.) *Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 1-14.
- ESCUADERO, R. "De la constitucionalización a la indeterminación. Retos y desafíos del positivismo jurídico", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010.
- GARCÍA CALVO, "Positivismo jurídico y transformaciones del derecho", VVAA, Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, Vol. 2, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 201-222.
- GREEN, L. "Introduction to the Concept of Law", H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Tercera edición, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. xv-lv.
- GREEN, L. "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", *New York University Law Review*, 83(4), 2008, pp. 1035-58.
- GREEN, M.S. "Legal Realism as Theory of Law", *William & Mary Law* 46(6), 2005, pp. 1985-999.

- HAGE, J. "Can Legal Theory Be Objective?", HUSA Y Van Hoecke, *Objectivity in Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- HALL, S. "Introducción: ¿quién necesita 'identidad'?", HALL y DUGRAY (comp.) *Cuestiones de identidad cultural*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 2003.
- HART, H.L.A.. "Answers to Eight Questions", L. DUARTE D'ALMEIDA, J. EDWARDS y A. DOLCETTI, (eds.) *Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 279-98.
- HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HART, "Definición y teoría de la ciencia jurídica", DEL MISMO, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1962, pp. 93-138.
- HERSHOVITZ, S. "The End of Jurisprudence", *Yale Law Journal*, 124, 2015, por aparecer (visible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2515494)
- HESPANHA, A. M. *La Gracia del derecho: economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- HIERRO, L. *El realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del derecho*, Valencia, Iustel, 2008.
- JIMÉNEZ-CANO, R. "¿Puede ser general la teoría general del derecho?", *Revista de Estudios Jurídicos* 12, 2012.
- JIMÉNEZ CANO, R. *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- KEKES, J. *The Morality of Pluralism*, Princeton, Princeton University Press, 1996.
- KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, México DF, UNAM, 1982.
- LACASTA ZABALZA, J.I. *Memoria colectiva, pluralismo y participación democrática*, Valencia, Tirant/Humanidades, 2013.
- LACEY, N. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- LEITTER, B. "Legal Realisms, Old and New", *Valparaiso Law Review* 47, 2014, pp. 949-63.
- LLOREDO ALIX, L.M. *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012.
- LÓPEZ PÉREZ, N. "Desacuerdos, análisis y conceptos: Reflexiones metateóricas para la teoría del derecho del siglo XXI", *Revista de Estudios Jurídicos*, 14.
- MARMOR, A. *The Language of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- MARMOR, A. "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral", *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(4), 2006, pp. 701-4.
- MORINEAU, M. "Un acercamiento a Savigny", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 16, 2004, pp. 187-200.
- ORELLANA BENADO, M. E. *Prójimos Lejanos*, Santiago de Chile, Ediciones UDP, 2011.
- ORELLANA BENADO, M. E. "Negociación moral", DEL MISMO (comp.), *Causas perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, Santiago de Chile, Catalonia, 2010.
- PANNAM, C.L. "El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho", *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 6(12), 2008.
- PAVLAKOS, G. *Our Knowledge of the Law. Objectivity and Practice in Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- Philippopoulos-Mihalopoulos, A. *Niklas Luhmann: Law, Justice, Society*, Oxford, Routledge, 2010.
- PRIEL, D. "Is There One Right Answer to the Question of the Nature of Law", waluchow y sciaraffa, *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 322-50.
- RAZ, J. *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 2009.
- RAZ, J. "¿Puede haber una teoría del derecho?", RAZ et al. *Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 47-86.
- RAZ, J. "Teoría y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin", RAZ et al, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- RAZ, J. *La Ética en el ámbito de lo público*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 227-57.
- ROSS, A. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- SANTIAGO, R. De "Acerca del concepto de ciencia y de teoría", *Curriculum. Revista de teoría, investigación y práctica educativa*, 1-2, 1991.
- SHAPIRO, S.J. "¿Qué es el derecho (y por qué debería importarnos)?", J. FERRER, J. MORESO, J.J. Y D. M. PAPAYANNIS (eds.). *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 283-311.
- SHAPIRO, S.J. *Legality*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2011.
- SHAPIRO, S.J. "The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", A. RIPSTEIN (ed.) *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 22-55.
- SIMPSON, A.W.B. *Reflections on The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- SOPER, P. *A Theory of Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1984.

- SQUELLA A. ¿Qué es el derecho?: Una descripción del fenómeno jurídico, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- STOLJAR, N. “What Do We Want Law to Be? Philosophical Analysis and the Concept of Law”)”, WALUCHOW Y SCIARAFFA, *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 230-56.
- STROLL, A. *La filosofía analítica del siglo XX*, Madrid, Siglo XXI, 2002.
- TAMAYO VALENZUELA, J.A. “La teoría del derecho de H. L. A. Hart”, *Revista de la Facultad de Derecho (UNAM)*, 237, 2001.
- TUREGANO MANSILLA, I. *Derecho y Moral en John Austin*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- VERNENGO, R. *Teoría general del derecho y ciencia jurídica*, México DF, Sobretiro de Diana, 1977.
- VILAJOSANA, J.M. *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- L. VINX, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- WALDRON, J. “Jurisprudence for Hedgehogs”, *N.Y. Univ. Sch. of Law, Working Paper* No. 13-45, 2013. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290309
- ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011.

TEMAS DE HOY

Señas de identidad de la reforma penal de 2015: política criminal e ideología

José L. González Cussac

SEÑAS DE IDENTIDAD DE LA REFORMA PENAL DE 2015: POLÍTICA CRIMINAL E IDEOLOGÍA

THE IDENTIFYING FEATURES OF THE 2015 SPANISH CRIMINAL CODE REFORM: CRIMINAL POLICY AND IDEOLOGY

José L. González Cussac

RESUMEN

La reforma penal de 2015 es tan intensa y extensa que comporta un nuevo Código Penal. Ha sido aprobada con graves irregularidades procedimentales, con escaso debate y sin consenso con otros grupos políticos. Los aspectos más críticos son: involución del sistema de penas, con un incremento extraordinario de la severidad y protagonismo absoluto de la pena de prisión; la mutación de las faltas en delitos leves; la relajación de las exigencias de seguridad jurídica; un adelantamiento generalizado de la intervención punitiva; y una defectuosa técnica jurídica. Una política-criminal no sustentada en datos estadísticos, sino más bien en prejuicios, en intereses de determinados grupos económicos, en titulares de medios de comunicación y en una ideología radicalmente *represiva*.

PALABRAS CLAVE

Reforma penal, Política criminal, Ideología, Seguridad jurídica, Sistema de penas, técnica legislativa.

ABSTRACT

The 2015 Criminal Code Reform is so intense and wide that it could be seen as a broad-new Criminal Code. Not only has it been enacted with grave proceeding irregularities, but also with little debate and without any consensus from the other political forces. The most critical aspects are: an involution in the catalogue of penalties, with an extraordinary rise of its severity as well as of the jail penalty key-role-position; a terminology mutation for the less serious offences (from the Spanish "*faltas*" to "*delitos leves*"); a lowering of the legal security principle exigencies; a generalised moving in front of the punitive intervention; and an imperfect legal technique. A Criminal Policy not based on Statistics, but on prejudices, on particular-economic-groups interests, on media owners and on a radically repressive ideology.

KEY WORDS

Criminal Policy, Ideology, Legal Security / Legal certainty, Catalogue of penalties, Legislative technique

SEÑAS DE IDENTIDAD DE LA REFORMA PENAL DE 2015: Política criminal e ideología

José L. González Cussac

Catedrático Derecho Penal
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Impacto de la reforma; 2. Procedimiento, debate y consenso; 3. La alquimia: la transmutación de las faltas en delitos leves; 4. La máquina del tiempo: el sistema de penas como regreso al S. XIX; 5. La despedida de Beling: flexibilidad; 6. Ideología, estadística criminal y política criminal. Nota bibliográfica

1. IMPACTO DE LA REFORMA

La reforma penal de 2015 comprende la LO 1/2015, de 30 de Marzo, de modificación del Código Penal y la LO 2/2015, de 30 de Marzo, de modificación del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. Ha de completarse con referencia a la LO 4/2015, de 30 Marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Solo con estas tres menciones puede ya comprenderse que asistimos a un radical giro de la legislación punitiva española.

Naturalmente de la legislación penal sustantiva, pues la procesal sigue estancada, aunque ya se ha publicado la Ley 4/2015, de 27 de Abril, del Estatuto de la víctima del delito, y en la actualidad se tramitan modificaciones parciales de la LO del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Aquí no me puedo resistir a parafrasear a James Carville, asesor en la campaña presidencial de Bill Clinton en 1992, mutando su célebre consigna en: *“es el procesal, estúpidos”*! En efecto, pues no había ninguna necesidad de volver a reformar el nuevo Código Penal español de 1995, ya modificado desde entonces cerca de treinta ve-

ces, y por fin adecuar la legislación procesal al siglo XXI, al espacio europeo y a los derechos fundamentales.

¿Por qué un radical giro? Porque solo la LO 1/2015 —en la que me voy a centrar— conlleva la modificación de más de la mitad de artículos del Código Penal. También porque altera la estructura del texto procedente del Código Penal de 1848, al suprimir el Libro III, relativo a las faltas. Y finalmente —para completar una perspectiva cuantitativa— porque reenumera decenas artículos, cambia y reordena rúbricas de Secciones, Capítulos y Títulos de los dos Libros subsistentes, el Primero y el Segundo. Así pues, formalmente es “otro” Código Penal. Un Código Penal, por primera vez en más de 160 años, sin faltas. Eso sí, con su sustitución por los delitos leves.

Pero el radical giro es sobre todo de fondo, cualitativo, de conceptos y categorías, esto es, de ideas, de política criminal, de la misma concepción del derecho penal. Es más, por primera vez en España desde la Constitución de 1978, se han alterado los procedimientos institucionales en la tramitación y aprobación de un texto punitivo. Por todo ello, esta refor-

ma traza una profunda línea divisora, dibuja un antes y un después en la normativa penal española.

Para sostener estas afirmaciones no voy a perder espacio describiendo los múltiples cambios legales, lo que cualquiera puede verificar simplemente echando una ojeada comparativa. Basta aquí citar algunas modificaciones como meros ejemplos del alcance ideológico de la reforma.

En el Libro I, el test político-criminal debe poner la mira en los siguientes extremos: a) la ampliación del castigo de los actos preparatorios punibles; b) el vuelco al sistema de penas, con la introducción de la pena de prisión permanente revisable, la transformación del modelo de suspensión, sustitución y libertad condicional, el aumento de penalidad para el concurso medial, la generalización del comiso, el régimen de los antecedentes penales, y las nuevas reglas de aplicación de las penas; c) la introducción como eximente o atenuante de la posesión de “programas de cumplimiento y prevención” en la responsabilidad penal de las personas jurídicas; y d) la formulación de una nueva graduación de la imprudencia, con la aparición de la denominada “menos grave” y la desaparición de la “leve”.

En cuanto al Libro II, es suficiente con citar alguna de las materias afectadas para poder calibrar la profunda huella de la reforma de 2015. Así por ejemplo, y sin pretensión alguna de exhaustividad, transforma sustancialmente figuras delictivas de alto significado: a) homicidio y asesinato con un complejo galimatías de agravaciones; b) lesiones; c) libertad sexual, entre otros cambios con la elevación de la barrera penal de indemnidad sexual a menores de 16 años (desde los 13 anteriores); d) secuestros y detenciones ilegales; e) intimididad; f) figuras vinculadas a la corrupción; g) atentados y desórdenes públicos; h) delitos de riesgo y contra la salud; i) medioambiente y patrimonio histórico; y, j) una corrección intensa de los delitos patrimoniales que incluye desde hurtos y robos, a apropiación indebida y adminis-

tración desleal, concurso punible, propiedad intelectual e industrial y alcanza a los daños. Recuérdese que entre los cambios a considerar se halla la reubicación entre los tradicionales delitos graves y menos graves de los nuevos delitos leves, es decir, de las supuestamente despenalizadas faltas.

En síntesis, no es aventurado afirmar que estamos en presencia de **otro** Código Penal. Un **nuevo texto** en el que resulta difícil encontrar rastros del Código Penal de 1995.

Por supuesto que la reforma de 2015 posee aspectos positivos, incorpora mejoras de carácter técnico y soluciona satisfactoriamente algunos problemas interpretativos. Ahora bien, en mi opinión los aspectos negativos, las incorrecciones técnicas, y la multiplicación de problemas interpretativos es mucho mayor. Sin embargo, no son de aspectos meramente técnicos o de posibles cuestiones interpretativas de lo que aquí debo tratar. Por ello me limitaré, en las líneas que siguen, a esbozar las que considero las **señas de identidad** del nuevo texto punitivo de 2015, algunas de ellas anteriormente recogidas en otro trabajo citado en la reseña bibliográfica.

2. PROCEDIMIENTO, DEBATE Y CONSENSO

Las irregularidades procedimentales, la pobreza del debate y la ausencia total de consenso constituyen la primera señal de identidad de la reforma penal de 2015. Y a mi juicio, sin duda, la más grave.

En cuanto a su tramitación, se trata de un texto nacido de la iniciativa del Gobierno allá por 2012. Primero se formalizó en el Anteproyecto de 2012; luego, tras los preceptivos informes, se convirtió en un remozado Proyecto de 2013. Tras su entrada en el Congreso de los Diputados se demoró meses y meses con sucesivas ampliaciones de los plazos para presentación de enmiendas. Lo nunca visto: con un

tiempo que excedió cualquier antecedente parlamentario en legislación penal. Y cuando en otoño de 2014 parecía correr la misma suerte de pasar al olvido como tantas otras iniciativas impulsadas por el ya entonces ex-Ministro de Justicia Sr. Ruiz Gallardón, súbitamente cobró un impulso inesperado, comenzó a cubrir trámites en las dos Cámaras a una alta velocidad, vio la luz del BOE en tiempo record, y para mayor éxito acortó la *vacatio legis* en tres meses en relación a todos sus precedentes. Otra ruptura de los hábitos parlamentarios en materia de leyes penales: del comúnmente establecido de seis meses desde su publicación para la entrada en vigor, a una fecha, el 1 de Julio de 2015, fijada en un día y en un mes exacto que no guarda relación temporal aparente con su fecha de publicación. Desde luego establece un término muy inferior de *vacatio*, y con ello reduce a un periodo escaso la oportunidad para que la comunidad jurídica pueda estudiarla.

Las razones de todas estas arrancadas, paradas y acelerones constituyen un misterio no explicado oficialmente. Sin embargo, la opinión más extendida descifra este insólito proceder combinando dos motivos: la agenda parlamentaria se había quedado vacía tras la retirada de múltiples iniciativas en este tramo final de legislatura; y, a lo largo del año 2015, se han celebrado o se celebrarán cinco convocatorias electorales.

Hay que tener presente que en el programa electoral de 2011 el Partido Popular incluía la reforma del Código Penal para incorporar la pena de prisión permanente revisable. Las políticas sustentadas en promesas de un incremento de la seguridad, entendidas siempre como equivalentes a una mayor severidad del castigo, son ya todo un clásico de los manuales electorales conservadores. Se ocupan titulares y se desvía la atención mediática a estos temas. Además estas iniciativas actúan como banderas de unión y reclamo de electores, fidelizando votos. La respuesta firme frente a la delincuencia, la promesa de seguridad, son un gancho que nunca suele fallar. Aunque en ocasiones no es suficiente para ganar unas elecciones.

La reforma del Código Penal ha contado solo con el apoyo del Grupo Parlamentario Popular que, gracias a su mayoría absoluta en ambas Cámaras, ha procedido a su aprobación. Ningún consenso destacable con ninguna de las otras fuerzas políticas con representación parlamentaria. Lo demuestra el rechazo a las múltiples enmiendas presentadas por todos los demás Grupos tanto en el Congreso como en el Senado. La mayoría de los grupos de oposición han votado en contra. No es esta una buena noticia para la democracia española.

Una reforma de la importancia de 2015 necesita un consenso más amplio que exprese el suficiente soporte ciudadano y la pluralidad de la sociedad española. Un texto punitivo es, en expresión certera, una suerte de *constitución negativa*. Y en cualquier caso deriva directamente del contrato social. Por eso demanda acuerdos, el esfuerzo de alcanzarlos y la exigencia de obtenerlos. Nadie puede cuestionar que el Grupo Popular posee la mayoría legalmente exigida para aprobar una Ley Orgánica. Hasta la legitimidad para hacerlo. Pero ¿es políticamente conveniente, saludable y necesario hacerlo así?

Sorprende e inquieta que una modificación de la legislación criminal de esta envergadura se haya aprobado tras un escaso y pobre debate. En efecto, el debate ha sido escaso tanto en el parlamento como en la opinión pública, incluidos los foros profesionales. Ha sido una reforma casi clandestina, con un seguimiento muy débil en medios de comunicación, que finalmente ha sorprendido a la sociedad cuando ya estaba aprobada, publicada y a punto de entrar en vigor. A la falta de interés informativo se añade el empobrecimiento del debate parlamentario, especialmente el desarrollado en los Plenos de Congreso y Senado. En realidad, el texto, en sus diferentes versiones, ya llegó cerrado desde el Ministerio de Justicia. Los ajustes, estrictamente técnicos, se han producido previamente en Ponencia y Comisión. Por tanto en ausencia de luz y taquígrafos. De este modo se acentúa el sometimiento al poder ejecutivo y la paulatina, inexorable y fuerte pérdi-

da de autonomía de los grupos parlamentarios y de las Cortes, convertido en meras correas de transmisión de la voluntad del Gobierno y de las cúpulas de los partidos políticos.

La quiebra de los procedimientos institucionalizados acentúa las críticas anteriores, porque cambiar las reglas es legítimo, pero siempre que se respeten los procedimientos. Esta es una clave de la democracia. Ya no se trata de simples irregularidades, de ruptura de precedentes, de imposición férrea de la mayoría. Trae causa en la sorpresiva introducción de varias modificaciones no contempladas en las diferentes versiones anteriores, es decir en los textos del Anteproyecto de 2012 y del Proyecto de abril de 2013. Entre estas modificaciones se encuentran algunas de gran trascendencia. Así pues, hemos asistido a una continua superposición de diferentes versiones del texto, en algunas materias, radicalmente distintas. No se denuncian las variaciones consecuencia de la aceptación de enmiendas (en la última fase solo las presentadas por el Grupo Popular), sino la de cambios operados en los diferentes textos ofrecidos por el Gobierno.

La grave irregularidad de este procedimiento alcanza a la inexistencia de los preceptivos informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal. Ambas instituciones emitieron sus informes respecto a la original iniciativa del Gobierno, plasmada en el Anteproyecto de 2012. Pero poco después, el mismo Gobierno presentó un nuevo texto, el Proyecto de 2013, que había modificado profundamente y esta vez ya no los devolvió para que se emitieran los preceptivos dictámenes sobre los cambios incorporados. Por tanto, en numerosas áreas del Código Penal se ha hurtado la preceptiva valoración de los citados órganos constitucionales. El propio Consejo de Estado en su Dictamen de 27 Junio de 2013 ha reprobado severamente esta sospechosa omisión de un trámite esencial del procedimiento legislativo en materia penal, al que ya alude en su Consideración Segunda: "Procedimiento". Pues bien, de la versión informada por el Consejo General del Poder Judicial y por el Consejo Fiscal en 2012, y por el Consejo de

Estado en 2013, a la redacción final aprobada, dista un abismo.

La precipitación final en su aprobación ha alcanzado un hito en el Senado: no solo se admitieron casi cincuenta enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Popular a su propio texto, sino lo que es más bochornoso, pues mientras se votaba el texto final en el Pleno, como consta en el Diario de Sesiones del 11 de Marzo, continuaban presentándose y aceptándose enmiendas transaccionales presentadas *in voce*, y consecuentemente circulaban por el hemicycle fotocopias con recortes, añadidos y borrones. ¿Realmente los senadores sabían con certeza la redacción final que estaban votando? De la carencia de estos Informes y de las precipitaciones finales se resiente la calidad técnica de la norma, pero ¿qué precio pagamos por el déficit de legitimidad procedimental?

La reforma penal de 2015 ha transcurrido por encima y por detrás de las reglas procedimentales: sin informes, sin debate, sin consenso. La síntesis de esta debacle procedimental parece proceder de la influencia en nuestros gobernantes y su mayoría parlamentaria del pensamiento de **Otto von Bismark**. Se atribuye al *Canciller de Hierro* esta célebre máxima: "*La gente no dormiría tranquila si supiera cómo se hacen las salchichas y las leyes*". Fin de la cita.

3. LA ALQUIMIA LEGISLATIVA: LA TRANSMUTACIÓN DE LAS FALTAS EN DELITOS LEVES

Supresión, que no despenalización de las faltas. Aquí nos adentramos en la propaganda o publicidad engañosa. Sin lugar a dudas, es preocupante el volumen y coste público de los juicios de falta. La decisión pasa por la compleja elección entre la sanción penal y la sanción administrativa en el marco de la unidad del *ius puniendi*; y en la delicada reforma de las Administraciones Públicas, de sus procedimientos y prácticas. De modo que la solución merece un serio análisis. Pero ni la solución ni el análisis

sis serio lo encontraremos en el nuevo texto. Sencillamente porque no se han despenalizado la mayoría de infracciones leves. En realidad se han penalizado más. Así, aproximadamente dos terceras partes pasan ahora a ser calificadas como *delitos leves* aumentado su gravedad y por tanto su penalidad. El esperpento se desvela al mantener el actual cauce procesal, el juicio de faltas.

Interesante será indagar las variables ocultas de esta medida legislativa que no solo no alivia la sobrecarga de los órganos jurisdiccionales penales —que acumulan dos tercios de los asuntos judicializados en nuestro país—, sino que les añade más complejidad, más carga de trabajo, dejando el problema de fondo sin resolver pero aparentemente maquillado. Por ejemplo, ¿cómo se enjuiciarán en adelante los resultados de muerte anteriormente calificados de imprudencia leve? ¿aumentará el número de detenciones por los nuevos delitos leves? ¿qué consecuencias tendrá en el juego de los antecedentes penales?

Ciertamente, desde un prisma superficial, ya no hay faltas en el Código Penal. Pero desde una óptica material, la mayoría de conductas antes así calificadas pasan ahora, las mismas, a ser delitos leves sancionados con mayor penalidad. Y se mantiene el mismo formato procesal. Para los interesados en desvelar las variables ocultas, y más allá de retóricas propagandísticas, sígase la pista de los intereses de los poderosos grupos empresariales que explotan las grandes superficies comerciales.

Por consiguiente, son absolutamente fallaces las apelaciones contenidas en la Exposición de Motivos invocando el principio de intervención mínima, la racionalización del uso del servicio público Justicia y la disminución relevante del número de asuntos menores. En realidad, esta transmutación obedece a un prejuicio ideológico que combina caprichosamente diversos factores: reiteración, habitualidad, peligrosidad y falta de respuesta adecuada frente a los delitos patrimoniales leves de apropiación (hurtos). Con exactitud el punto

de partida de la reforma fueron los hurtos en comercios. Desde esta tipología se prendió la idea que ha acabado incendiando la práctica totalidad de las faltas, finalmente convertidas en delitos leves.

De modo que, el nuevo texto, fiel a este prejuicio de la nula respuesta penal frente a “*un problema serio de convivencia social*”, al mezclar multirreincidencia y habitualidad en los nuevos delitos leves de hurto, dispara la penalidad con extraordinaria severidad. Naturalmente se responde con penas de prisión que indefectiblemente comportará un aumento de las condenas con ingreso en prisión por estos ataques no violentos y leves a la propiedad. Los efectos previsibles comportarán un ensañamiento punitivo con específicas capas sociales cercanas a la marginalidad. Esta crueldad de la mayoría parlamentaria con la delincuencia patrimonial leve no es algo teórico, pues se traducirá en un elevado número de ciudadanos castigados con penas de prisión.

4. LA MÁQUINA DEL TIEMPO: EL SISTEMA DE PENAS COMO REGRESO AL S. XIX

La magnitud del cambio operado por la reforma del Código Penal de 2015 en el sistema de penas es de tal calibre, abre tantas e ignotas vías interpretativas, que resulta imposible en estos momentos emitir una valoración definitiva. No obstante, sí puede afirmarse sin exagerar, que comporta una vuelta a un modelo pretérito. En efecto, porque **HUBER**, al analizar comparativamente el sistema de penas introducido por el Código Penal español de 1995, afirmó que habíamos pasado de un sistema penológico propio de la primera mitad del siglo XIX, a otro que, sin alcanzar todavía a los más avanzados, se inscribía dentro una cierta normalidad dentro de los países europeos.

Pero eso se predicaba del texto original de 1995. Después ha ido siendo desmembrado con

sucesivas reformas hasta alcanzar ahora su definitiva defunción. Esta involución se advierte al observar los siguientes episodios legislativos de 2003 y ahora de 2015: derogación de la pena de arresto fin de semana; introducción de periodos de seguridad en la pena de prisión; regreso a la rigidez en el proceso de determinación de la pena con importantes recortes de la individualización judicial; ampliación de supuestos de aplicación excepcional en el denominado cumplimiento íntegro de las penas; aumento del uso y de la duración de la pena de prisión; progresiva severidad en el tratamiento del concurso de infracciones; introducción de la pena de prisión permanente revisable con desproporcionados plazos de revisión; transformación del régimen de la suspensión y sustitución, y su extensión a la libertad condicional...

Por supuesto todas las concepciones son respetables. Pero también susceptibles de crítica. Y esta deriva hacia el pasado resulta sencillamente anacrónica. Es una cuestión simple: España necesita un modelo penal acorde con el resto de ordenamientos europeos; es decir, un modelo penológico del siglo XXI. Y el sistema de penas definitivamente levantado en 2015 es propio del siglo XIX. Para llegar a esta conclusión basta con advertir el uso generalizado de la pena de prisión, su severidad, la rigidez en su determinación, y la ausencia de un verdadero catálogo de penas alternativas.

5. LA DESPEDIDA DE BELING: FLEXILEGALIDAD

El recurso acentuado a los *delitos de peligro*, y el adelantamiento de la línea de intervención penal, materializada en varias manifestaciones de criminalización generalizada de actos preparatorios, sitúan la reforma muy lejos de las exigencias mínimas dimanantes del **principio de ofensividad**. Principio íntimamente vinculado a una concepción nuclear del Estado de Derecho expresada en las ideas de prohibición de exceso, proporcionalidad, mínima interven-

ción, y carácter fragmentario y secundario del derecho penal.

Pero probablemente es el principio de legalidad, formulación técnica de la máxima pretensión de un Estado de Derecho, la seguridad jurídica, la que más se resiente. Y se resiente tanto desde la perspectiva de la **garantía formal** como desde las **garantías materiales**. La primera, la reserva absoluta y sustancial (“*tenor literal*”) se ve burlada mediante un persistente recurso a las remisiones normativas y especialmente por el uso de la técnica de las *leyes penales en blanco*. La segunda, plasmada en las categorías de tipicidad, taxatividad, y prohibición de analogía y retroactividad (“*significado esencial*”), se quiebra mediante un constante empleo de conceptos indeterminados, cláusulas abiertas, flexibles o pendientes de valoración, y con una técnica casuística en ocasiones concluida con una autorización expresa a la analogía.

Son muchos los preceptos en los que el presupuesto, la materia prohibida, resulta difícilmente previsible. Por ejemplo, la nueva graduación de la imprudencia, con la introducción de una nueva escala, la “imprudencia menos grave”, hasta ahora desconocida en nuestro ordenamiento, y que teóricamente habrá que elaborarse *ex novo*, situándola entre la grave y la leve. Nadie sabe hoy con certeza si la imprudencia grave con resultado muerte se calificará de delito menos grave, delito leve o se remitirá al orden civil. No parece que pueda jugarse con la precisión típica cuando se trata de la muerte de una persona y la responsabilidad penal de otra.

Sin dejar los delitos contra la vida e integridad, otro ejemplo de indeterminación y demencial redacción lo encontramos en el consentimiento en los delitos de lesiones (art. 156). Ni siquiera escapan al galimatías del nuevo texto el obtuso juego entre los homicidios agravados y las diferentes agravaciones del asesinato. Pues bien, si el nuevo Código Penal no logra ofrecer una mínima seguridad jurídica al definir las figuras clásicas de delitos

contra bienes personalísimos, resulta estremecedor adentrarse en la descripción de conductas complejas en materia socioeconómica o de seguridad y riesgo.

Por último me referiré al deterioro de técnica legislativa mediante el recurso a descripciones casuísticas propias de reglamentos, pero no de un Código Penal. Quizás el ejemplo más doloroso se encuentra en el apartado 5º del art. 31 bis. Aquí el legislador español ha copiado literalmente un artículo contenido en un Decreto Legislativo italiano. En concreto el nº 231 de 8 de Julio. Se refiere a los requisitos que han de reunir los “programas de organización y control” para obrar como eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este extremo el Informe del Consejo de Estado de junio de 2013 se muestra, con toda razón, muy crítico, al considerar impropio de un Código Penal la regulación pormenorizada de las condiciones específicas.

Esta otra cara oscura de la reforma de 2015 conlleva la **despedida de BELING**, de las exigencias del principio de legalidad penal, tanto de su “*tenor literal*” como de su “*significado esencial*”. Hasta ahora la seña de identidad de la ley penal era su precisión, su rigor, su carácter estricto. Ahora abrimos la era de la ***flexi-legalidad***. En realidad, es la consecuencia de un derecho penal construido desde la incierta categoría del riesgo, y tras el que reaparece el fantasma de la idea de peligrosidad.

Todo este panorama inquietante para la seguridad jurídica debería augurar serios problemas de constitucionalidad. Desde una perspectiva constitucional, las dudas aumentan al sumarse supuestos de regulaciones concretas abiertamente contrarias a la doctrina del Tribunal Constitucional (por ejemplo arts. 166 y 607), la introducción de la pena de prisión permanente revisable, o la instrucción, enjuiciamiento y ejecución de los delitos leves por el mismo órgano judicial.

6. IDEOLOGÍA, ESTADÍSTICA CRIMINAL Y POLÍTICA CRIMINAL

Como ya he escrito anteriormente, la ideología que subyace a la reforma de 2015 resulta muy sencillo descubrirla. Es más, no subyace ni hay que descubrirla porque es obvia y sus promotores constantemente la exponen públicamente. En general responde a una concepción exclusivamente represiva del sistema penal. Es decir, incremento de la intervención penal con más conductas prohibidas y aumento de la severidad de las penas con protagonismo absoluto de la prisión. Esta aceleración punitiva no se sostiene ni en las cifras globales de criminalidad ni en las específicas de delincuencia grave. La tendencia de los últimos años sigue mostrando un descenso general en la comisión de infracciones, y mantiene una de las tasas más bajas de delitos graves de Europa; es decir, del mundo. Por el contrario ya tenemos una tasa de población penitenciaria de las más altas y hacinadas del continente. Entonces ¿por qué se endurece todavía más la legislación penal ante una realidad criminológica comparativamente benigna?

La respuesta no se encuentra en razones pragmáticas, de necesidad, o de políticas públicas orientadas a reducir la criminalidad. Tampoco se halla en la coartada ya tan cansina como falaz de la armonización y transposición de la normativa europea e internacional. No, se encuentra solo en una ideología radical combinada con un conjunto de factores sociológicos y culturales contenidos en la afortunada expresión del “***populismo punitivo***”. No se trata solo de la introducción de la pena de prisión permanente revisable —ya de por sí sola elocuente—, sino de la transformación de las reglas penológicas, especialmente de suspensión, sustitución, libertad condicional, antecedentes penales, comiso ampliado... Se trata también del regreso a enfoques pretéritos en la regulación de diversas figuras delictivas

Lamentablemente la tendencia hacia la *máxima intervención* del derecho penal en aras de una mayor *seguridad de los bienes jurídicos*, posee una sobresaliente presencia en el Código Penal de 2015. De ahí que, también desde esta perspectiva, resulte extraordinariamente difícil encontrar huellas del principio *de intervención mínima* y del principio *despenalizador*. Un rastro de lo que podríamos denominar la “*invención de delitos*”, casi siempre creados a instancias de titulares de prensa, será sin duda una labor imprescindible a completar en el futuro inmediato.

Antes de finalizar es menester advertir sobre los resultados previsibles de su aplicación en la realidad. Así, pese a que la denominada *Memoria de Impacto* que acompaña al Proyecto exponga un escenario dulce e idílico, de reducción de delitos y nulo incremento del gasto público, lo cierto es que el aumento de infracciones y el incremento de la penalidad

que caracterizan esta reforma, disparará el número de litigios, de condenas y de sobrecapacidad de nuestros centros penitenciarios. Y todo ello tiene un alto coste presupuestario. Por supuesto incidirá con mayor intensidad en ciertas áreas delictivas, como hurtos y robos, acentuando la represión sobre los ya estigmatizados perfiles de delincuencia marginal.

Ante la ausencia de unas cifras de criminalidad contrastadas, los propulsores de esta reforma penal se han conducido por prejuicios, no por una política criminal racional. La severidad es altamente contagiosa. Como la demagogia. Vivimos tiempos en que todo es rápido, desde las comunicaciones al transporte. También la comida rápida se va instalando en nuestras sociedades. Ahora le ha llegado el turno al derecho penal: juicios rápidos y reformas rápidas. De aquí inferimos que el astuto legislador haya tenido que rescatar la citada recomendación de **Otto von Bismark**. Bienvenidos a la era del pensamiento penal rápido.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Prólogo”, *Código Penal*, 22 edición anotada (Tirant lo Blanch), Valencia, 2015.
- CARBONELL MATEU, J. C.: “*El Proyecto de Código Penal: un retroceso histórico*”, en blog “alrevés y al derecho”, posted on 18 Diciembre 2013.
- CARBONELL MATEU, J. C.: “*Otra vez sobre la reforma penal*”, en blog “alrevés y al derecho”, posted on 25 Enero 2015.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas (1996-2011)”. *Boletín Criminológico*. Parte I, nº 142, marzo 2013; Parte II, nº 143, abril 2013.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Prólogo a la vigésima primera edición*, Madrid (Tecnos), 2015, p. 17 y ss.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “Prefacio” en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (González Cussac, J. L. director; Matallín Evangelio, A. y Górriz Royo, E. coordinadoras.), Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 17 y ss.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: “*Secuelas ‘colaterales’ no pretendidas de la LO 1/2015, de 30 de Marzo, de reforma del Código Penal*”, La Ley, 3 de Junio de 2015.
- HUBER, B.: “Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad”, en *Cuadernos Jurídicos*, nº 30, 1995.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: “Pena indigna y arbitraria”, en *El Mundo*, 02/04/2015.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “Estudio preliminar”, en *Comentario a la reforma penal de 2015* (Quintero Olivares, G. director); Pamplona (Aranzadi-Thomson-Reuters) 2015, pp. 35 y ss.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P.: “Una ‘nueva’ reforma del Código Penal”, en *Una reforma. Un nuevo Código Penal*, Dossier Actualidad Legislativa (Aranzadi-Thomson Reuters), 2015.
- TIEDEMANN, K.: “Das neue Strafgesetzbuch Spaniens und die europäische Kodifikationsidee”, *Juristenzeitung*, 13, 1996.
- VIVES ANTÓN, T. S.: *La dignidad de todas las personas*, en “*El País*”, 30/01/2015.

VIVES ANTÓN, T. S.: “La reforma penal de 2015: una valoración genérica” en *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (González Cussac, J. L. director; Matallín Evangelio, A. y Górriz Royo, E. coordinadoras.), Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, pp. 29 y ss.

VARIA

Ars iuris en el ideal del *perfectus* orador en la obra de Cicerón *De Oratore libri tres*

José Miguel Piquer Mari

Animales y derecho

Critica bibliográfica de Oriol Caudevilla

De ciencia, sabios y juristas: reflexiones sobre la investigación y los investigadores del derecho

Margarita Castilla Barea

ARS IURIS EN EL IDEAL DEL *PERFECTUS* ORADOR EN LA OBRA DE CICERÓN *DE* *ORATORE LIBRI TRES*

José Miguel Piquer Marí

Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. Texto. 3. Interpretación.

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo que presentamos a continuación pretende responder al espíritu de la sección VARIA de la Revista *Teoría y Derecho* y suscitar la reflexión jurídica actual sobre un texto antiguo en el que cristaliza un pensamiento que trasciende el tiempo pasado para llamar a las puertas del presente.

En este caso, se trata de un fragmento de una obra clásica y discutida entre romanistas y filósofos de la antigüedad como es *De oratore*.

Esta obra¹ aborda el tema de la formación del orador, cuya plenitud se alcanza cuando, junto con el *ius civile*, ha adquirido un conocimiento pleno de la filosofía y la retórica.

Es sabida la postura de Platón, conocido y seguido por el autor de nuestra obra, frente a la retórica en boca de los sofistas y su postura ante aquellos que defendían la *doxa* o vía de la opinión frente a la *vera scientia*², así como la necesidad de convertir la oratoria en una verdadera *téchne retoriké-ars dicendi*³ y que puede encontrar una huella incipiente en la “sistemática” murciana teñida de una suave influencia

helenística, como dice FERNÁNDEZ DE BUJÁN⁴.

También Aristóteles criticó la postura de los antiguos retóricos porque utilizaban con inusitada frecuencia triquiñuelas de tipo emocional y eran incapaces de usar en las argumentaciones los entimemas.

Cicerón, que conocía estos precedentes, en noviembre del año 55 a. C.⁵, decide escribir sobre el *ars* que debe presidir el discurso, dejando definitivamente de lado y en la sombra todo lo escrito anteriormente por la forma y su contenido; por lo que a su entender adolecía de pedantería y trivialidad⁶.

También los precedentes manuales de retórica le parecían poco dignos de mención. Ahora tratará de escribir una obra en la que dará entrada a la técnica que se practicaba en la filosofía: el diálogo socrático. Así cobraron vida, literariamente hablando, los tres libros sobre el orador, dedicados a su hermano Quinto.

Cicerón puso en boca de Scaevola: *iis qui perfecti oratores esse vellent iuris civilis esse cognitionem necessariam*: “para aquellos que

quieran ser oradores perfectos, es necesario el conocimiento del derecho civil”. Sigue diciendo el Augur⁷ que perder un proceso ante los tribunales por desconocimiento del derecho es vergonzoso (*turpius*), digno de risa (*aliis inridendus esse videatur*).

A ello cabe añadir que el orador perfecto ha de poseer una gran y sólida formación en la que han de ir unidas de la mano, junto con el conocimiento del *ius civile*, la filosofía y la retórica.

El ideal del orador supone una extraordinaria elocuencia que, rebasando el ámbito del foro y de la asamblea pública, aúne los rasgos más viables de la praxis romana con los ideales de la cultura griega⁸. La fuerza del orador radica en su capacidad para, en el foro y en las causas civiles, probar sutilmente, con suavidad, con deleite, y alcanzar la victoria doblegando al contrincante con vehemencia.

No obstante, esa fuerza se cimenta en la sabiduría y en la virtud, en el *quid deceat* de *Orat.* 21.70⁹, que es lo más difícil de encontrar¹⁰.

De sobra es conocida la polifacética vida del de Arpino y su vasto saber en el campo de las humanidades y del derecho¹¹. El *De oratore* es la excusa perfecta, no sólo para hablar de la formación del perfecto orador, sino para hacerlo del derecho como *ars iuris* que debe ser conocido por aquel que no sólo habla sino que también es sabio. Por ello, el tema versa, precisamente sobre la formación del orador y el modo en que éste puede llegar a conocer el derecho.

Ello acontece en un momento en que Grecia es el foco cultural y la ciencia helenística pretende asaltar el bastión tradicional de la cultura romana, la jurisprudencia. No se trata sólo de una mera importación, ya que Cicerón, como otros juristas anteriores y coetáneos a él, por ejemplo, un Sulpicio Rufo o un Aquilio Galo, fueron defensores de la introducción de ciertos aspectos de la epistemología griega en la ciencia jurídica romana republicana que, hasta ese momento, al decir de CUENA BOY¹²

“tanto la ciencia jurídica en general, como especialmente la actividad práctica de los juristas, han recibido siempre con relativa parsimonia, y han utilizado con considerable pragmatismo las novedades en materia de teoría, técnica y métodos que les venía de los campos ajenos hasta el punto de dar, a veces, la imagen de una cierta marginación o indiferencia”.

Según Cicerón, el saber jurisprudencial se veía impelido a salir de los esquemas que la formación jurídica había proporcionado hasta ese momento y, con ello, intentar hacer traslación del paradigma griego de la *téchne* al ámbito del derecho para convertirlo en un *ars*.

Los personajes que intervienen en el diálogo son personas relevantes en el ambiente social del momento como Marco Licinio Crasso, que pronuncia en el libro I un encomiástico discurso a favor de una elocuencia sustentada en una buena formación cultural y jurídica, Marco Antonio y Quinto Mucio Scaevola, el Augur, si bien los protagonistas son los dos primeros mencionados, de hondo calado personal.

Con el conspicuo grupo de personajes presentes, era obvio que el tema fundamental de la obra iba a ser un gran encomio de la oratoria y, de forma particularizada en nuestro fragmento, de la formación del derecho como *ars*. Se trata pues de dos cuestiones que aparecen entrelazadas y que no pueden desunirse en este trabajo: la necesidad de que el orador conozca el *ius*, en términos absolutos y la necesidad de ordenar el derecho para poder ser aprendido y estudiado.

2. TEXTO

Tras estos considerandos, pasamos al texto seleccionado:

De oratore libro I 41 185: nam si esset ista cognitio iuris magna atque difficilis, tamen utilitatis magnitudo deberet homines ad suscipiendum discendi laborem impellere. sed, o dii

inmortales, non dicerem hoc audiente Scaevola nisi¹³ ipse dicere soleret nullius sibi artis facilitorem cognitionem videri. 186 quod quidem certis de causis a plerisque aliter existimatur; primum quia veteres illi, qui huic scientiae praefuerunt, optinendae atque augendae potentiae suae causa pervolgari artem suam noluerunt; deinde, posteaquam est editum expositis a Cn. Flavio primum actionibus, nulli fuerunt, qui illa artificiose digesta generatim componerent. nihil est enim, quod ad artem redigi possit, nisi ille prius qui illa tenet quorum artem instituere volt, habet illam scientiam, ut ex iis rebus, quarum ars nondum sit, artem efficere possit. 187 hoc video, dum breviter voluerim dicere, dictum a me esse paulo obscurior, sed experiar et dicam, si potero, planius. 1.42.187 omnia fere quae sunt conclusa nunc artibus, dispersa et dissipata quondam fuerunt... adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divolsamque conglutinaret et ratione quadam constringeret. sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio.

“Puesto que si fuese grande y difícil el conocimiento del derecho, no obstante, la amplitud de su utilidad debería hacer avanzar a los hombres para tomar a su cargo la tarea de aprenderlo. Mas, dioses inmortales, no diría yo esto, oyéndolo *Scaevola*, si el mismo no acostumbra a decir que el conocimiento de ningún *ars* le parece más fácil. Lo cual ciertamente en determinadas causas a bastantes les parece de distinto modo; en primer lugar por el hecho de que los antiguos que estuvieron al frente de esta ciencia (jurídica) no quisieron hacer público que su *ars* se difundiese con la finalidad mantener y acrecentar su poder; posteriormente, una vez que había sido expuesto públicamente por Cn. Flavio por primera vez (el libro) de los formularios procesales, nadie hubo que ordenase en géneros todos aquellos casos de acuerdo con el *ars*”.

“En efecto, nada hay, que pueda reconducirse al *ars*, si aquel que de antemano posee los formularios procesales, carece de aquella cien-

cia, de forma que de todas aquellas cosas que todavía no son *ars*, pueda realizar *ars*”.

“Veo esto, mientras he querido hablar de forma breve, lo dicho por mí ha sido un poco confuso, pero trataré y, si puedo, lo diré de forma más clara. Casi todo lo que ahora está concluido mediante las artes, en otros tiempos estuvo disperso y desbaratado.... Así pues fue aplicado un cierto *ars* extrínseco propio de otro género, que los filósofos tomaron para sí, el cual uniría la materia real desunida y separada y la trabase de acuerdo con un cierto razonamiento. Consiguientemente sea éste el límite del *ius civile*: conservar la uniformidad legítima y practicada en los asuntos y causas entre los ciudadanos”.

3. INTERPRETACIÓN

Antes de empezar a interpretar el texto, debemos realizar una advertencia. El fragmento seleccionado se corresponde con una parte de la temática que tratamos a continuación. Sin embargo, lejos de agotarse en nuestro fragmento, se extiende por todo el libro I *de Oratore*. Por esta razón, la exposición e interpretación del fragmento nos llevará a recoger distintos pasos de la obra del erudito romano.

Por ello, es necesario retroceder un poco en el texto para enmarcar la cuestión y exponer la situación previa que recoge la precaria o nula formación de quienes ejercen como abogados con un gran desconocimiento del derecho.

De esta forma se queja de la facilidad con que se pueden perder los pleitos, aunque aparentemente parezcan ganados, debidos a la incompetencia jurídica tanto de los patronos en la defensa de sus clientes como la *inertia* o ignorancia de abogados.

En el discurso inicial de Craso (1.128)¹⁴, Cicerón apunta ya las habilidades y virtudes que se le exigen al orador, a quien no sólo se le presupone ligereza y agilidad en el hablar, sino que se le exige un ramillete de capacidades que

se encuentran en todas las artes, entre ellas, se le exige la memoria del jurista.

Sigue el discurso de Craso y nos va llevando por el discursar de esa figura del perfecto orador quien, además de conocer libros de historia, poetas, etc., necesita conocer a fondo el *ius civile* (*perdiscendum ius civile*), conocer las leyes (*cognoscendae leges*), las costumbres senatoriales (*senatoria consuetudo*), las normas de la República (*disciplinane rei publicae*), el derecho de los aliados (*iura sociorum*) y los tratados (*foederata*)¹⁵.

Cicerón muestra que no es un derecho el que debe conocer el perfecto orador, sino las diversas ramas del derecho privado y político a fin de llevar a buen término su causa. Evidentemente, no debemos esperar mayor precisión en la división de las diversas ramas del derecho, pero sí que nos hacemos una idea de que el conocimiento del derecho por el orador se orienta principalmente a la defensa forense de las causas civiles y políticas.

Así concluye de un modo sentencioso sobre el modo en que debe afrontar un abogado una causa civil: *quid eas causas sine scientia iuris audet accedere?*¹⁶, es decir, cómo va a defender una causa de derecho civil, sea grande o pequeña, sin tener conocimiento del mismo. Y continúa a lo largo de los fragmentos 1.176 hasta 181 aduciendo supuestos importantes en los que se hacía necesario el conocimiento del derecho por el orador.

En esta línea de argumentación, los pasos que acabamos de dar nos llevan directamente a nuestro fragmento, en donde Craso abunda en la idea de que el orador necesita el conocimiento del derecho dada su utilidad, la cual parece evidente, pues "*capitis nostri saepe potest accidere et causae versentur in iure*", es decir, se puede entender que las causas que afectan a nuestra vida están ligadas al derecho.

Evidenciada la necesidad del orador conocer el derecho, cabe preguntarse cómo se puede alcanzar dicho conocimiento.

Esta es la pregunta que surge de la afirmación del propio Cicerón quien duda de la sencillez de aprender derecho como *ars*, asistiendo, un tanto escéptico, a las palabras de Scaevola para quien es la más sencilla de las artes.

Se enfrenta Cicerón a las dificultades de aprender derecho que estriban, primero, en el oscurantismo y, segundo, a la falta de una metodología que ordene el derecho y facilite su estudio. Estas circunstancias muestran cómo el derecho puede llegar a conocerse, *sensu* contrario, con su publicidad y el orden técnico.

Que el oscurantismo, ya superado en el s. III a. C. y que trae su causa en el secretismo del colegio pontifical, es causa que dificulta el conocimiento del derecho, resulta obvio y no merece especial explicación. Sin embargo, en Roma tuvo su propia fascia con la jurisprudencia pontifical, que es a la que se remonta Cicerón.

Esta situación la comparte y relata con sencillez y precisión Pomponio (D.1.2.2.35), libro *singulari Enchiridii* (Manual, libro único), cuando afirma que antes de que Tiberio Coruncanio comenzase a responder en público, los pontífices anteriores procuraban mantener en secreto el derecho civil —*in latente ius civile retinere cogitabant*— y más bien se prestaban a evacuar consultas que a enseñar a los que querían aprenderlo —*solumque consultatoribus vacare potius, quam discere volentibus se praestabant*—.

Hasta el siglo III a. C., los pontífices, como consultores, (Liv.1.20.6¹⁷), respondían a las cuestiones que les planteaban los particulares mediante respuestas (*responsa* o *decreta*)¹⁸, su fuerza radicaba, no en la *ratio*, sino en la autoridad de quien venía dada y su contenido eran las fórmulas en las que se sustentaban los derechos, obtenidas del caudal de fórmulas jurídicas producto de un racional trabajo técnico de las que sólo los pontífices eran autores. Estos sacerdotes daban a conocer estas fórmulas a los clientes para que se usasen en el ámbito jurídico y que los actos jurídicos fuesen efica-

ces. La *ratio* y la actividad didáctica¹⁹, así como la reflexión documental de los archivos pontificales, en todo caso, quedaba dentro del colegio pontifical²⁰ y en la propia fórmula apropiada a los fines perseguidos.

¿Qué tipo de conocimiento era el que tenían los pontífices? Es aquí donde se puede apreciar la diferencia entre la *scientia* y el *ars*, que se exigirá al derecho.

Cicerón les atribuye la *scientia*, esto es, un saber, un conocimiento²¹ pero no un *ars*²² propiamente pese a que afirma *pervolgari artem suam noluerunt*: que no quisieron que se difundiese su *ars*. Cicerón habla de una *scientia iuris*²³ para referirse a la jurisprudencia antigua y que, en este caso, no puede tener otro sentido que el de conocimiento²⁴, por tanto, alejado de un *ars*, en el sentido técnico que pide el arpinate. Su *scientia* era un saber que no se construía según el paradigma del *ars* ni de *techne*.

El *ars* que se predica de esta crisálida jurisprudencial es sencillamente una técnica, una técnica propia de pontífices, expertos en los ritos, en sus formularios y en su adaptación a la realidad²⁵ pero, en ningún caso, se parece a lo que Cicerón llamará *ars* cuando ésta es producto de esa dialéctica “importada” del mundo helénico²⁶, como veremos a continuación.

Efectivamente existió una técnica refinada en el campo formulario que tiene ya algunos elementos esenciales para que pueda construirse una ciencia, como por ejemplo, el empirismo y el casuismo, y cierto grado de abstracción formularia, pero alejada del salto cualitativo que epistemológicamente sufrieron los saberes a partir de la revolución médica de los s. V y IV a.C. y a los que alude Platón en *Fedro* 270 b-e²⁷.

El segundo elemento que dificulta el conocimiento, una vez superado el oscurantismo, es epistemológico.

El arpinate no considera que el derecho se encuentre en su época en una situación particular respecto de otras materias sino que llama a que se haga lo mismo que ya se ha hecho con

la música, la geometría, la astronomía, gramática, historia y la retórica, cuyo saber estaba, antes de ser convertidas en *ars*, disperso y disuelto (*omnia fere... dispersa et dissipata*). Llevado al ámbito de la realidad jurídica cotidiana del s. II-I a.C., a sus ojos, el derecho aparece disperso y disuelto, es decir, que las normas y las leyes de la ciudad están presentes en el día a día del ciudadano y son una realidad pero están dispersas, lo que significa una ausencia de orden que dificulta el conocimiento, no de las leyes, sino del derecho.

Cicerón no reclama un mero conocimiento de la norma sino del derecho en tanto que su finalidad es *legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio* (*de orat.* 188), esto es, dado que, en los intereses y las controversias entre los particulares, el fin del derecho es la conservación de la equidad que encuentra su fundamento en las leyes y los usos.

Por ello, el orador debe aprender derecho, que se sustancia en las normas, y no meras normas, que hasta ese momento constituía una pieza fundamental en la docencia del derecho en donde la memorística era esencial como ejemplifica el propio Cicerón cuando afirma que los niños aprendían de este modo la ley de las XII Tablas.

Se entiende que el conocimiento del derecho, al que tiene que llegar el orador, no es un cúmulo de normas sino de un saber epistemológico que permita llegar a la equidad y, por tanto, a la realización real y efectiva del derecho, para, con ello, alcanzar la equidad que subyace en normas y usos.

Por tanto, lo que en definitiva necesita conocer el orador es una técnica prudencial por la que, en las causas judiciales, pueda llegar a sostener jurídicamente una defensa o acusación según criterios metodológicos que puedan hacer efectivo el fin del derecho.

A tal efecto, Cicerón asevera que la dificultad en conocer el derecho, en los términos que acabamos de exponer, una vez fuera velado por juristas como Cneo Flavio, se debe a que no

existe orden por géneros y especies de acuerdo con un *ars*, lo que significa carecer de la ciencia —*scientia*—, en este caso, del saber que permita convertir en *ars* lo que todavía no lo es mediante la aplicación del saber dialéctico para, de este modo, convertir el derecho *ad artem redigi possit*²⁸ y, con ello, facilitar el conocimiento del derecho. Este saber, en el arpinate evidencia la influencia de origen platónico, filtrado por la Cuarta Academia y barnizado con la reflexión estoica.

Esta expresión, *ad artem redigi possit*, tremendamente problemática por su posible interpretación de reducción a sistema²⁹ es, cuanto menos, esencial para entender la necesidad que tenía el derecho de que le fuese aplicado el saber acerca de la ordenación por categorías lógicas —*genus-partes*³⁰—. Con ello, lo que pretende Cicerón es, en definitiva, reconducir el derecho, no a un sistema, sino hacia la ciencia jurídica fundada en una *téchne loghike*³¹

No se trata sólo de distinguir, cosa que evidentemente ya se practicaba desde antiguo³², como se dice de Sempronio Sofo (Sopho), precursor de la introducción de las corrientes helénísticas en los s. III y IV a.C., sino de aplicar del exterior el saber dialéctico, procedente de la filosofía³³ (*ars extrinsecus... philosophi adsumunt, de orat.* 188), que permita ordenar en un conjunto una materia dispersa (*quae rem dissolutam divulsamque conglutinaret et ratione quadam constringet, de orat.* 188) y convertirlo en *techne-ars*, para, de este modo, obtener

definitiones entendidas como breves y precisas explicaciones de los caracteres de aquello que queremos definir.

Este proceso era necesario para conocer el derecho civil que no se sustanciaba en un mero conocimiento normativo. Sin embargo, mientras esta labor no se haga, sigue siendo necesario que los oradores conozcan el derecho, no como *ars*, sino al menos como *scientia*.

Junto con la necesidad de convertir el derecho en *ars* para llegar a conocerlo, se impone necesariamente el estudio como medio para facilitar este objetivo. A tal efecto, la dimensión de esta actividad adquiere fundamentos casi filosóficos, pues se proyecta hacia el pasado jurídico para poder entender el derecho como materia que trasciende el presente.

Apela a que el conocimiento de las antigüedades jurídicas que proporcionan una comprensión del modo de ser y de actuar de los antiguos —*antiquitates effigies, de orat.* 193— permite y hace más factible el conocimiento del derecho.

En síntesis, nuestro filósofo advierte que, junto con la filosofía y la retórica, el conocimiento del Derecho se adquiere no sólo con una técnica sino con un conocimiento complejo del fenómeno jurídico que vive en el presente y se proyecta al pasado. Sólo con estudio y una técnica que lo ordene el conocimiento del Derecho puede ser fecundo.

NOTAS

1. NORCIO, GIUSEPPE, *Opere retoriche di M. Tullio Cicerone*, 1ed., 1970, 16 y ss., a quien seguimos en el contexto general de la obra, afirma que la obra desarrolla un dialogo mantenido en el retiro de su villa Tusculana.
2. CASADO, MARIA JESUS, *Primaes luces. Una introducción al estudio del origen de la jurisprudencia*, Valladolid 1994, p. 31 apunta que el sufijo *-entia* designa el estado del espíritu que se inclina hacia un objeto que le atrae, y que al jurista no es otra cosa que el solucionar problemas que se le plantean.
3. Como se puede observar en el Fedro o en el Sofista. SCARANO USSANI, VINCENZO, *Tra scientia e ars. Il sapere giuridico romano alla scienza, nei giudizi di Cicerone e di Pomponio*, en Ostraka, 2.2 (1993), p. 211. Que la retórica se convierta en *techne-ars*, entraba dentro del debate sobre las *technai* que se planteó ya desde los tiempos de Platón, como apuntan ISNARDI PARENTE, MARGHERITA, *Techne. Momenti del pensiero da Platone a Epicuro*, Firenze 1966 y CAMBIANO, GIUSEPPE, *Platone e le tecniche*, 2 ed. Roma-Bari 1991.

4. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO, *Derecho público romano*, 12 ed. Pamplona 2009, p. 147, 152.
5. La causa que motivó la elaboración de la obra fue el alejamiento de la actividad política de Cicerón, cercenada como consecuencia del pacto de Lucca y el Triunvirato que sirvió para que el arpinate viera cortadas de raíz sus aspiraciones de participar en la política de Estado. Este “retiro” fue el que el que hizo que Cicerón dirigiese su mirada al estudio y comenzase la elaboración de la obra.
6. *De orat.* 1.5: Puesto que todo lo que de joven, o mejor decir de adolescente, publiqué sirviéndome de mis apuntes de escuela de un modo apenas bosquejado y desordenado, no es digno de mi edad ni de la experiencia que he adquirido a través de las importantes y numerosas causas tratadas, tu querías que yo publicase sobre lo mismo tema una obra más elegante y completa.
7. *De orat.* 1.169.
8. CONTRERAS, SEBASTIAN, “Cicerón: Retórica y filosofía moral. Verdad y argumentación jurídica en el orator perfectus, en A parte rei”. *Revista de Filosofía* 59 (2008).
9. *Orat. 70 est eloquentia sicut reliquarum rerum fundamentum sapientia. Ut enim in vita sic oratione nihil est difficilius quam quid deceat videre*, est o es, que la sabiduría es el fundamento de la elocuencia, así como de las demás cosas. Pues como en la vida, así en el discurso, nada es mas difícil que ver que es decoroso.
10. Cic. *Orat. 70*, REYES, BULMARO, *El orador perfecto. Según el Orator de Cicerón*, en http://132.248.9.9/libroe_2007/1042713/A10.pdf.
11. Que tuvo cuya formación es de sobra conocida que tuvo como maestros a los Escévolas, Augur y Pontífice, así como amistad con Servio Sulpicio Rufo. MARTÍNEZ VAL, J.M., Cicerón: El abogado, en <http://redined.mecd.gob.es/xmlui/bitstream/handle/11162/73992/00820083008281.pdf?sequence=1>.
12. CUENA BOY, FRANCISCO, *Sistema jurídico y derecho romano*, Santander 1998, p. 72.
13. Sobre la construcción *non- nisi*, vid. KÜHNER, RAPAHÉL-STEGMANN, FRIEDERICH, *Grammatik der lateinischen Sprache*. Zweiter Teil, Satzlehre. Bd. 2 (Darmstadt 1971) 413 ss., Besondere Gebrauchsweisen des *nisi*.
14. *In oratorem autem acumen dialecticorum, sententiae philosophorum, verbae prope poetarum, memoria iurisconsultorum, vox tragoedorum, gestus penae summorum actorum est requiriendus*.
15. *De orat.* 1.159.
16. *De orat.* 1.175.
17. CANNATA, CARLO AUGUSTO apunta bien, utiliza el término *scitis*, de *scisco*. Este verbo tiene tres significados de los cuales nos interesan dos: decidir y determinar, averiguar, inquirir e informarse y con ello se incluye el sentido de saber y decidir.
18. CANNATA, CARLO AUGUSTO, *Per una storia della scienza giuridica europea. I Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino 1997, 30. SCHULZ, FRITZ., *Storia della giurisprudenza romana*, trad. G. Nuocera, Firenze 1968, pp. 38-39 sea de contenido cautelar o procesal.
19. CANNATA, *Per una storia*, p. 31. Más preciso, SCHULZ, *Storia*, p. 40 afirma respecto al derecho sacro que al no existir enseñanza formal, el aprendizaje se producía de forma empírica con la asistencia de ancianos y de la secretaria.
20. SCHULZ, *Storia* 25.
21. MERGUET, HUGO, *Lexicon zur Ciceros Philosophischen Schriften*, 3, Hildesheim 1961, p. 461.
22. MERGUET, *Lexicon* 1, p. 294.
23. CUENA BOY, *Sistemática*, p. 74.
24. ALBANESE, BERNARDO, *Ars iuris civilis nel pensiero di Cicerone*, en *Annali* 2002, http://www.unipa.it/~dipst/dir/pub/albanese/annaliXLVII_III.htm, p. 3.

25. Los primeros juristas no son sacerdotes, entendido en un sentido espiritual, ni chamanes, ni magos. Son técnicos del rito el cual es una fuente de normatividad y, por ello, fundamento del derecho (BRACCIO 1989:119) en tanto que predeterminaba cuál era el comportamiento que debía seguirse en las relaciones humanas en una realidad permeada de lo divino.

Para NUOCERA, GIUGLIEMO, *Iurisprudencia, Per una storia del pensiero giuridico romano*, Roma 1973, p. 17), el interés y la influencia de los pontífices, así como de otros sacerdotes, se entiende por la misma estructura espiritual y cultural de la vida de los antepasados, caracterizada especialmente por una religiosidad natural y omnipresente llamada a satisfacer las necesidades cotidianas de un pueblo de pastores y agricultores, a la toma en consideración de los deseos particulares como la salud familiar, de los siervos, del ganado, de la lluvia y del buen tiempo para los campos y de la victoria sobre los enemigos. El comercio con los dioses, a través de ritos y de actos propiciatorios, adquiere una importancia esencial que exige *notitia* y pericia, es decir un conocimiento y un saber actuar, conocimiento y experiencia”.

Los juristas son Sakralexperten: In diesem Kultbereich ist der pontifex oder das Kollegium experten (*consultus*) für das kultisch Gebotene, fast, wie er es in zivilen Bereich für das rechtlich Gebotene, das ius, ist” (Cic. *De orat.* 3.134; *de leg.* 2.20, 2.47) Este conocimiento queda como una especie de secreto arcano en el seno del colegio pontifical y se obtiene, no por razones de un monopolio mágico, sino como consecuencia de una tradición y por la experiencia personal. No se trata de verdades reveladas sino descubiertas. El fundamento de la religión romana no está tanto en fe como en la experiencia (BRACCIO, ALDO, *La norma magica. Il sacro e il diritto in Roma*, Padova 1989, p. 11).

La determinación de la conducta y su formalización ritual constituye el resultado de una “técnica” de carácter casuista, material y formal capaz de convertirse en imperativo colectivo. El formalismo sacral se debe entender como “sakralen Willenformen” y su “técnica” como “método para buscar la voluntad de los Dioses con el que crear un conjunto de prescripciones normativas a fin de mantener la *pax deorum*” (WIEACKER, FRANZ, *Pontifex iurisconsultus. Zur Hinterlassenschaft der römischen Pontifikaljurisprudenz*, Hommage à René Dekkers, p. 217).

Su método se fundamenta en la experiencia como factor de aprendizaje, de *discere*, más que como una actitud de escuela de la imaginaria *scientia*, como base de enseñanza, de *docere* (NUOCERA, *op. cit.* p. 52) como ejemplificará Cicerón (*Brutus*, 306). La jurisprudencia pontifical es una jurisprudencia que fundamenta su saber en el conocimiento del caso concreto y real y, por tanto, vinculada a la realidad. No es abstracta; cualquier concepción abstracta va más allá de las pretensiones de estos expertos que permanecen como guardines del saber normativo que regula las relaciones humanas y divinas.

Por tanto, toma cuerpo la frase de Francis Bacon, *Novum organon* 1.79, “*Naturae non imperatur nisi oboediendo*” (A la naturaleza no se la domina, se la obedece). La jurisprudencia pontifical no se adelanta al caso, sino que lo espera y con ello expresamos que existe una relación equilibrada entre el hombre y la naturaleza. El saber pontificio, sencillamente, registra las experiencias de la corporación sacerdotal y de ella extrae los criterios para su intervención en asuntos privados y públicos.

De este modo, para SCHIAVONE, ALDO, *Linee di storia del pensiero giuridico*, Torino 1994, p. 6) nos encontramos ante unas normas que manan de una “perzezione accentuatamente realistico-normativa de la natura e del mondo sui quali la trasfigurazione religiosa consente di posare una densa coltre di certezze rituali e, dunque, di esercitare a suo modo controllo, disciplina, appropiazione a fini pragmatici attraverso il pensiero”.

26. CASADO, *Primae luces*, p. 50, quien afirma que para Cicerón dialéctica, importada de Grecia, es la ciencia más importante de todas.

27. “SÓC. ¿Qué, en cierto sentido, tiene las mismas características la medicina que la retórica? —FED ¿Qué características? —SÓC. En ambas conviene precisar la naturaleza, un caso del cuerpo, en otro del alma, si es que pretendes, no solo por la rutina y la experiencia sino por arte, dar a uno la medicación y el alimento que le trae salud y le hace fuerte, al otro palabras y prácticas de conducta que acabarán trasmitiéndole la convicción y la excelencia que quieras. — SÓC. Pues bien, por lo que respecta a la naturaleza, averigua qué es lo que puede haber afirmado Hipócrates y la verdadera razón de su aserto. ¿No es, quizá, así como hay que discurrir sobre la naturaleza de cualquier cosa? Primero de todo hay que ver, pues, si es simple o presenta muchos aspectos aquello sobre lo que queremos ser técnicos nosotros mismos, y hacer que otros puedan serlo; después si fuera simple, examinar su poder, cuál es la capacidad que por naturaleza, tiene actuar sobre algo, o de padecer algo y por quien; y si tiene más formas, habiéndolo enumerado,

ver cada una de ellas como se veían las simples, y que es lo que por naturaleza hace y con qué y qué es lo que puede padecer, con qué y por quién.

28. FERNÁNDEZ DE BUJAN, ANTONIO, *Derecho*, p. 151. Véase también BONA FERDINANDO, *L'ideale retorico ciceroniano ed il 'ius civile in artem redigere'*, en *Studia et Documenta Historiae Iuris*, 46 (1980), 282-382. METTE, HANS JOACHIM, *Ius civile in artem redactum*. Göttingen 1954; TALAMANCA, MARIO, *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, *Annal. Linc.* 221.2 (1977). LA PIRA, GIORGIO, *L'arte sistematica*, en *BIDR* 42 (1932). WIEACKER, *Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie*, en *IURA* 20 (1969).

29. A FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO, *Sistématica y Ius Civile en las obras de Quintus Mucius Scaevola y de Accursio*, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 6 (2002), pp. 57-80

30. Cic. *De orat.* 189, en donde se afirma que el género comprende dos o más especies, por tener similitudes comunes pero diferentes por determinadas cualidades. Las especies son subdivisiones que suceden al género del cual derivan. ALBANESE, *Ars*, p. 5.

31. SCARANAO USSANI, *Tra scientia*, p. 214.

32. SCARANO USSANI, *Tra scientia*, p. 228.

33. En general, SANTA CRUZ, JOSÉ, *Influencia de algunas disciplinas no jurídicas en el Derecho Romano*, en *AHDE*, 27-28 (1957-1958) o REINOSO, FERNANDO, *La autonomía de la jurisprudencia romana frente al pensamiento filosófico griego*, en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, coord. Roset, J. 2, Madrid 1988.

ANIMALES Y DERECHO. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

Oriol Caudevilla

El libro *Animales y Derecho*, editado por la Profesora Teresa Giménez-Candela¹ y por el Profesor David Favre², acaba de ser publicado en mayo de 2015 por la prestigiosa editorial Tirant Lo Blanch, siendo este libro el primer volumen de una colección íntegramente dedicada al estudio del Derecho Animal. El libro está compuesto por veintiocho artículos, escritos en inglés, español y francés, cuyo origen se remonta al Congreso Internacional “Animals and the Law” celebrado en octubre de 2011 en la Universitat Autònoma de Barcelona, gracias a un Proyecto de Investigación y Desarrollo (DER 2010-21301) que concedió, por primera vez en España, apoyo y soporte al estudio de las relaciones entre los Animales y el Derecho.

Considero que, probablemente, la principal característica de este libro (y de todas las actividades desarrolladas en base al Proyecto, como el Máster en Derecho Animal y Sociedad creado por la Profesora Giménez-Candela en 2011) es su carácter pionero; no encontramos ningún otro libro en España que trate estos temas desde un punto de vista académico y científico. Aparte, debido a la diversidad de orígenes de los participantes en el Congreso que sirvió de base al libro, se tratan cuestiones relativas tanto al *common law* como al Derecho continental, dándole a este estudio un enfoque mucho más amplio.

Así pues, la lectura de *Animales y Derecho* deviene prácticamente obligatoria para todas aquellas personas que tengan interés en estudiar y discutir una gran variedad de temas rela-

cionados con los Animales desde un punto de vista legal y social.

La principal idea que encontramos a lo largo de los veintiocho artículos es esencialmente la idea que la Profesora Giménez-Candela nos enuncia en la introducción del libro: los tiempos están cambiando. En Europa, países con tradiciones legales tan arraigadas como Alemania (1990), Austria (1988), o bien Suiza (2000) y la República Checa (2014) han modificado también sus respectivos Códigos Civiles con la finalidad de declarar a los animales como “*no cosas*”, declaración que también se efectúa en el Código Civil de Cataluña, que en 2006 estableció también que los animales no son cosas. En consecuencia, una profunda reflexión acerca de los animales, que ya lleva años produciéndose en Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda o Canadá, ha empezado también a producirse en España y en el resto de Europa. *Animales y el Derecho*, precisamente, se propone la finalidad de repensar la situación jurídica de los animales en nuestros sistemas jurídicos.

Resumir todos los artículos no tendría sentido en esta recensión, puesto que de todos ellos se derivan demasiadas cuestiones como para resumirlas y comentarlas en una breve recensión; en consecuencia, solamente voy a proceder a realizar un pequeño resumen y discusión de aquellos aspectos más relevantes.

No obstante, antes de empezar el análisis, voy a proceder a aportar un índice de los temas tratados por los artículos: tratan del artí-

culo 13 del tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2 artículos); exportación de animales vivos en Australia para su matanza; los animales no humanos en los deportes y en espectáculos a lo largo de la historia; la *American Pet Trust*; las mascotas en el transporte público en Barcelona; la evolución desde la Inteligencia Animal hacia los Derechos de los Animales; la regulación de los gatos callejeros en Cataluña; cómo los conceptos de la *equity* del *common law* pueden mejorar el estatus de los animales; la actual política y marco normativo del Derecho Animal a nivel de la UE; análisis del Derecho Animal Español; la adopción de animales en el Derecho Español; la protección de la fauna; el sufrimiento animal en Canadá; formas de cambiar el estatus jurídico de los animales; la experimentación con animales desde un punto de vista bioético; Derecho Medioambiental vs Derecho Animal y, finalmente, los Derechos de los Animales y las políticas públicas.

Como podemos ver, se trata de temas muy diversos, pero que comparten todos ellos un profundo interés por los animales como seres sintientes y por los animales como el objeto de un estudio académico y riguroso; como nos indica la Profesora Giménez-Candela en la Introducción: “*Este libro es una puerta abierta a la discusión, como lo es todo libro, y quiere contribuir a fomentar el necesario debate que permita a los juristas abordar una nueva frontera del Derecho, cuyo límite no está previamente marcado, como es connatural a toda cuestión científica*” (p. 16).

Uno de los aspectos clave tratados en este libro es la inclusión directa del Bienestar Animal en el texto del Artículo 13 del Tratado de Lisboa (Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE), que define a los animales como “*seres sintientes*”, definición que debe ser seguida no sólo por la propia UE sino por todos los Estados miembros también; no obstante, tal y como Marlene Wartenberg³ establece: “*there is a legal uncertainty in the vast derogation included in Article 13 TFEU (...)* *The derogations implemented by Article 13 in re-*

lation to religious rites, cultural traditional and regional heritage are almost unlimited because of the use of the term ‘in particular’” (pp. 356 y 364).

Así pues, observamos cómo el alcance de la regulación contenida en el Artículo 13, que erige al Bienestar Animal como un valor ético, se encuentra minimizada por estas derogaciones relativas a los ritos religiosos y al patrimonio cultural; por ejemplo, las *corridos* de toros en España pueden continuar existiendo gracias a estas derogaciones.

Aparte, y siguiendo aún con el Artículo 13, estas excepciones o derogaciones no son el único problema práctico que presenta el artículo. De acuerdo al artículo escrito por Enrique Alonso⁴, nos encontramos con un problema añadido: la mayoría de operadores jurídicos españoles (y, cuando decimos españoles, creo que me podría referir a los operadores jurídicos de varios países de la UE) desconocen el contenido del Artículo 13, debido a su desconocimiento del TFUE o incluso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En mi opinión, esto representa un grave problema, puesto que, aunque el artículo 13 no realiza una regulación muy completa, por lo menos esta regulación incompleta debería ser conocida por los operadores jurídicos.

El segundo aspecto clave tratado en este libro (como no podría faltar en un libro español) es la regulación del Derecho Animal en España; la Profesora Giménez-Candela trata este tema de forma directa, proporcionándonos una visión amplia del Derecho Animal Español, que después se concreta a través de algunos otros artículos presentes en el libro que estudian aspectos específicos relativos al conjunto de España, o a Cataluña o incluso a Barcelona. Su artículo analiza los puntos fuertes y débiles del Derecho Animal Español. De hecho, tal y como establece Giménez-Candela, “*there is not an academic discipline, within Faculties of Law, called Animal Law in Spain [and] this expression does not even exist in the usual vocabulary of the general public*” (p. 211).

A pesar de esto, sí se están llevando a cabo algunas iniciativas, como el Máster en Derecho Animal y Sociedad que se imparte en la Universitat Autònoma de Barcelona.

La Constitución Española no realiza ninguna provisión relacionada con los animales en general (ni siquiera en relación a los animales domésticos), en el sentido de otorgarle ningún tipo de protección por parte de los poderes públicos hacia todo tipo de situaciones de abuso. Tampoco se contiene ninguna provisión relativa a la fauna salvaje.

Aparte de la ausencia de regulación constitucional, no encontramos en España ninguna ley general relativa a la protección de los animales, siendo las Comunidades Autónomas los entes que han ido más allá en esta cuestión, promulgando todas ellas sus respectivas Leyes de Protección de los Animales, copiando todas las Comunidades el modelo de la Ley Catalana para la Protección de los Animales de 1988. Así, una ley estatal imponiendo coherencia entre la regulación de la UE y las distintas regulaciones autonómicas sería necesaria en estos momentos en España.

El tercer aspecto clave tratado en el libro es cómo los conceptos de *equity* en el *common law* pueden ayudar a mejorar el estatus jurídico de los animales; este tema es estudiado por el Profesor David Favre, que nos propone un nuevo uso de los conceptos existentes del Derecho de Propiedad con la finalidad de cambiar la situación de la personalidad jurídica de los animales.

Un punto muy interesante de este artículo es el hecho de que el estudio se realiza desde una perspectiva de *common law* porque, tal y como indiqué anteriormente, *Animales y Derecho* tiene la intención de extender el debate sobre Derecho Animal tanto a los sistemas de derecho continental como a los sistemas de *common law*.

Los animales están actualmente clasificados como propiedad personal, de tal modo que sus intereses no están jurídicamente protegidos, pero el profesor Favre considera que será posi-

ble crear una nueva categoría de propiedad, la denominada “living property” (propiedad viviente), categoría que, si usamos los conceptos de *common law* del título equitativo (*equitable title*), nos permitiría la creación de una nueva forma de autopropiedad en el animal, un animal equitativamente en autopropiedad (*equitably self-owned animal*). Tal y como el Profesor Favre nos indica, “*Animals are not humans and are not inanimate objects. (...) By using existing concepts of property law, it is possible to construct a new paradigm that gives animals the status of juristic persons without entirely severing the concept of property ownership*” (p. 199).

Como conclusión, una vez realizado el análisis de los aspectos principales del libro, concluiré esta reseña recordando lo que dije anteriormente: leer *Animales y Derecho* resulta muy recomendable para todas aquellas personas interesadas en los animales en general, y en el Derecho Animal en particular. La histórica falta de interés hacia el Derecho Animal por parte del legislador no nos debe llevar a concluir que seguirá continuando; de hecho, de igual modo que la mentalidad de la gente va cambiando, el Derecho tendrá que cambiar. Es cierto, como todos sabemos, que en ocasiones el derecho reacciona lentamente ante los cambios que se producen en nuestra sociedad, pero finalmente tiene que acabar reaccionando. Tal y como el Profesor Favre nos indica en el Epílogo del libro, “*the authors of the chapters of this book are seeking to examine both where we are and what steps might be possible on behalf of animals. (...) The animals rightfully trigger our compassion and concern, but it is only through the best dispassionate scholarship that we will find the paths forward for helping the animals that live among us*” (p. 372).

Este libro supone una gran contribución a su ámbito, puesto que es el primer libro publicado en España que estudia el Derecho Animal desde un punto de vista académico, y que pone sobre la mesa temas muy interesantes que posteriormente podrán ser desarrollados, puesto que la mayor parte (si no todos) de los artículos del libro podrían llevar a otros investi-

gadores a estudiar de forma monográfica estos temas (de hecho, éste es el primer libro de una

colección que estoy seguro de que se completará con otros estudios muy interesantes).

NOTAS

1. Catedrática de Derecho, Universitat Autònoma de Barcelona (UAB).
2. Michigan State University, USA.
3. Directora de la Política Europea de FOUR PAWS en Bruselas.
4. Consejero de Estado, España.

DE CIENCIA, SABIOS Y JURISTAS: Reflexiones sobre la investigación y los investigadores del derecho

Margarita Castilla Barea**

Universidad de Cádiz

Magnífico Rector, pido la Venia:

Excmo. Sr. Rector Magnífico, Excmas. e Ilustrísimas autoridades, queridos doctores, señoras y señores:

No puedo comenzar de otro modo mi intervención en este solemne acto, que agradeciendo al Excmo. Sr. Rector Magnífico de la Universidad de Cádiz, a la que pertenezco, y a las personas de su confianza que pudieran sugerirle mi nombre, el enorme honor que supone para mí su invitación a formar parte, desde esta tribuna, de tan entrañable acontecimiento como es el de la investidura de su Grado a los nuevos Doctores de nuestra Universidad.

Un honor que excede con mucho la altura de mis méritos y que asumo con una tremenda responsabilidad que me mueve, en primer lugar, a excusarme por renunciar de antemano a la aspiración de impartir Lección Magistral alguna, ya que sólo el discurso de los Maestros, entre los que no me cuento, merece tan alta denominación y un calificativo tan grandioso. Confiando, pues, en la indulgencia de todos

los presentes, me ciño al propósito más realista y alcanzable de transmitirles tan sólo una serie de reflexiones personales que he venido haciendo desde hace algún tiempo en torno a la investigación universitaria en general y, más particularmente, a la investigación y los investigadores universitarios del Derecho. Confieso, pues, de inicio, el absoluto subjetivismo de las ideas que pretendo compartir con ustedes y que, siendo el Derecho Civil la disciplina a la que sirvo cada día, no pueden ser sino tributarias de mi condición de jurista, de la que soy incapaz de desprenderme al pensar sobre este cometido y obligación del profesorado universitario que es la investigación.

Pues bien, organizado el discurrir de mis pensamientos en torno a la *ciencia, los sabios y los juristas* como promete la rúbrica de este monólogo, permítanme abordar la cuestión de la relación entre la ciencia y el Derecho narrándoles una anécdota que me sucedió hace unos meses y que explica en buena medida cómo se originó mi interés por esta primera cuestión. Hablemos, pues:

* Texto de la Lección Magistral impartida el 23 de enero de 2015, en el Solemne acto de investidura de los nuevos Doctores del curso 2014-2015 de la Universidad de Cádiz, con ocasión de la festividad de Santo Tomás de Aquino.

** Profesora Titular de Derecho Civil.

DE CIENCIA...

En abril del año pasado impartí un curso dentro del Programa de Doctorado de Ciencias Sociales y Jurídicas que se refería a “La protección jurídica de la investigación”, y en el que se trataba, básicamente, de acercar a nuestros aprendices de investigadores al marco jurídico general de la investigación española y de darles a conocer los rudimentos esenciales de la tutela jurídica de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial.

Solamente uno de los alumnos del curso había estudiado Derecho; los demás procedían de otras Facultades, así que, a modo de introducción, esboqué unas ideas generales sobre los derechos de los autores, las patentes y las marcas que iban a desarrollarse más tarde y pasé a centrar la atención en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación a la que, abreviadamente, solemos referirnos todos como “*Ley de la Ciencia*”. Con el telón de fondo de su artículo 1º proyectado en una diapositiva, les comenté a mis alumnos que esa norma nos afectaba a todos los allí presentes y que había que tenerla muy en cuenta a la hora de emprender nuestras respectivas investigaciones, así como también en el momento de publicar, divulgar, o transferir de cualquier modo sus resultados a la sociedad. Y fue entonces cuando surgió lo inesperado. Uno de los alumnos me espetó con toda la naturalidad del mundo, que debía haber algún error, porque esa ley decía regular la *ciencia*, y que si el artículo 1º que teníamos delante hablaba de establecer un marco para fomentar “*la investigación científica y técnica y sus instrumentos de coordinación general*”, entonces él no entendía cómo los de Derecho podíamos vernos concernidos o afectados por una norma que se refiriera a estos temas. Yo, superando el estupor inicial que me había causado su planteamiento, le respondí también con entera espontaneidad: “¿Que no lo entiende? ¿Y por qué razón? ¿Es que acaso el Derecho no es una ciencia?” A mi retórica pregunta, él respondió tranquilamente que, en su opinión, no; que el Derecho poco

o nada tenía que ver con los razonamientos lógicos o con reglas uniformes de análisis y que en él todo era opinable. Repliqué entonces que tal vez estábamos partiendo de conceptos distintos de *ciencia* y que por tal entendía yo un conjunto ordenado de conocimientos sobre un objeto determinado de estudio, abordado de forma sistemática y con una metodología propia que, aplicada correctamente, con rigor y criterios técnicos, arrojaba como resultado una serie de respuestas, reglas o soluciones a los problemas que se pretendía resolver en relación con la materia estudiada y que, así entendida, no veía razón alguna para concluir que no fuese ciencia lo que hacíamos los investigadores del Derecho, que hasta poseíamos un lenguaje técnico-jurídico propio.

Mientras tanto, mi alumno enarcaba las cejas con gesto escéptico y, cuando hube terminado, concluyó sencillamente: “mire, profesora, con todos mis respetos: lo que ustedes hacen es memorizar textos y marear la perdiz”.

Ante tan contundente y sesuda réplica, que sólo auguraba un debate estéril, no me quedaba más opción que ofrecerle a mi alumno algún otro argumento distinto y más seguro sobre la aplicabilidad de la *Ley de la Ciencia* a las investigaciones jurídicas, y que no pasara por la necesidad de decidir si el Derecho es o no, en efecto, una ciencia. Así que concluí, sencillamente, que él y yo no íbamos a resolver en aquel rato una cuestión tan compleja y tan debatida y que, seguramente por serlo, dicha ley había renunciado al propósito de definir qué era “*ciencia*”. Repuse que, no obstante, el aciago número 13 presidía un artículo en el que, en función del sujeto que investiga, se define la actividad investigadora, entendiéndose por tal también *el trabajo creativo y sistemático que amplía el conocimiento incluso sobre el ser humano, la cultura y la sociedad*. Aceptado, pues, que fuese o no ciencia, el trabajo de investigación de los juristas estaba considerado en la letra de este precepto, pudimos retomar el rumbo de nuestra clase sorteando tan molesto escollo conceptual. Pero aquel incidente me dejó cavilando, por dos razones:

a) En primer lugar, porque desde siempre he estado íntimamente convencida de que los juristas usamos como herramienta principal el razonamiento crítico, el pensamiento racional, ése que se transmuta en las ciencias en “pensamiento científico”; pero lo cierto es que nunca había dedicado energía alguna a justificar que efectivamente exista una ciencia del Derecho o, inversamente, a persuadirme de lo contrario, a base de argumentos. Yo había dado por hecho que somos científicos y que usamos un método científico adaptado a las particularidades del objeto de nuestro estudio, que es el Derecho en su conjunto. Siendo cultivadora de una de las llamadas “disciplinas jurídicas prácticas” como es el Derecho Civil, me había bastado lo aprendido en su Parte General y me había dedicado directamente a investigar y no a teorizar sobre el conocimiento jurídico, los métodos de investigación y sus relaciones de semejanza o disimilitud con las otras ciencias, confiada en que los filósofos del Derecho se encargan muy bien desde hace siglos de esa tarea, como había aprendido en mi etapa de estudiante en la Facultad.

b) Pero, en segundo lugar, las palabras de mi alumno me habían evidenciado, con su descarnada sinceridad, un general descrédito y valoración peyorativa hacia la función de los juristas que puede explicarse, en parte, por el juicio crítico que merecen las normas jurídicas que imperan en nuestra sociedad y la aplicación cotidiana del Derecho por los demás profesionales que a diario lo usan —la corte de legisladores, jueces, abogados, notarios y demás operadores jurídicos de toda clase y condición a los que también se denomina “juristas”— y que, de algún modo, ha hecho arraigar la común convicción de que en Derecho todo vale.

Pero si reservamos el término “jurista”, para el que en otro tiempo se denominó “jurisconsulto” y que hoy podríamos identificar con el estudioso e investigador del Derecho y, en un paso más, con el profesor universitario que hace investigación jurídica, y si asumimos también que no hay confusión respecto a lo que constituye nuestra tarea —distinta de la

del juez, el abogado y cualquier otro profesional del Derecho—, entonces creo que hay en esta desconsideración generalizada hacia nuestro trabajo un punto de arrogancia, cuando no de soberbia; la preconcepción de que las ciencias (en el más amplio sentido de “saberes”) pueden ordenarse jerárquicamente conforme a criterios que determinan su importancia, su interés y aun su dificultad, y que, si con ellas pudiera hacerse una pirámide escalonada que las ordenase de superior a inferior, las llamadas ciencias puras o duras —como la matemática, la física y la química— las ciencias naturales y las experimentales, se situarían en la cúspide, esparciendo su peso sobre las ciencias sociales en general, entre las cuales el Derecho ocuparía el peldaño más bajo de esa escalera imaginaria. Y así puede advertirse, como señala ESCOBAR CÓRDOBA, que son aquéllas “las que conservan cierto monopolio sobre el término ‘ciencia’, distinguiéndose de las ‘ciencias sociales’”.

En efecto, si recurrimos al auxilio del lenguaje y tomamos la palabra “ciencia” como sinónimo de *“saber o erudición”*, como reza su segunda acepción en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, o incluso como cuando se la define como la *“habilidad, maestría o conjunto de conocimientos sobre cualquier cosa”*, no parece haber gran problema para adornar a los juristas con el apelativo de *“científicos”*, puesto que, según el propio diccionario, por tal no se entiende más que al *“que se dedica a una o más ciencias”*, de suerte que el jurista vendría a ser esa persona que posee un conjunto de conocimientos sobre el Derecho. En este sentido, al menos, cabría hablar de una “ciencia del Derecho” o “ciencia jurídica” y aclaro que es atribuyéndoles simplemente este significado, como en principio usaré estas expresiones.

Pero la cuestión se complica sobremedida cuando se restringe el concepto de ciencia, para entenderla como un *“conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes genera-*

les” y, desde luego, se torna imposible, cuando la noción de “ciencia” se limita al “conjunto de conocimientos relativos a las ciencias exactas, físico-químicas y naturales”.

Pudiendo, pues, sostenerse que estas últimas son sólo una parte de todos los saberes o ciencias posibles, sucede sin embargo que a lo largo de los siglos se ha consolidado la sinécdoque que toma la parte por el todo, de modo que estas ciencias y sus métodos de investigación se han erigido en paradigma de todo el conocimiento científico —sin duda, por méritos propios que yo no voy a discutir—, pero suscitando de alguna manera la necesidad de que el resto de las formas de conocimiento trataran de asimilarse a ellas, pues, de otro modo, no podrían aspirar a llamarse “ciencias”.

Desde luego, el Derecho no ha sido ajeno a este fenómeno y, por no remontarme a CERCERÓN, al menos durante más de dos siglos se han sucedido las teorías que, desde diversas perspectivas, han analizado las relaciones entre el Derecho, por un lado, y el pensamiento y el método científicos, por otro. Por citar sólo algunas de ellas, podemos mencionar la teoría de la “ciencia jurídica pura” de Kelsen; el modelo de la “Ciencia jurídica empírica” de ROSS, el modelo de la “Ciencia jurídica sistematizadora” de ALCHOURRÓN Y BULYGIN o el de la “Ciencia normativa” de NINO. Aún hoy la búsqueda del modo en que se puede hablar de estudios científicos en el Derecho alimenta una polémica inconclusa y a la que todavía dedican su atención muchos filósofos del Derecho.

En ello, sin duda, debe haber tenido gran peso el enorme e indiscutible prestigio que —insisto, por mérito propio— ha alcanzado el llamado “método científico” característico de estas disciplinas y la inmutabilidad o suficiente permanencia de sus respectivos objetos de estudio, que hacen que los resultados que se obtienen en su investigación puedan tener un interés general y en muchos casos universal y una aplicabilidad práctica muy importante. Hay incluso quien califica como “cacería de

prestigio” los reiterados intentos del saber jurídico por adornarse con la palabra “ciencia”, al tiempo que otros, como BOBBIO (también LATORRE y FIX-ZAMUDIO) denuncian en esta búsqueda cierto “complejo de inferioridad” de los estudiosos del Derecho respecto de aquellos a los que, por profesar esas otras ciencias paradigmáticas, no se les discute la condición de científicos.

Personalmente, no estoy en condiciones de afirmar o negar el peso que hayan tenido la conquista del prestigio o ese denunciado complejo de inferioridad en este propósito de justificar el carácter científico del saber jurídico, pero desde luego, creo que desde un punto de vista meramente humano puede entenderse que en el espíritu sensible de algún jurista entregado y que amara profundamente su tarea, pudieran hacer mella invectivas tan descarnadas como las que, tanto desde fuera, como desde dentro del Derecho, se han lanzado a descalificar el trabajo de sus investigadores.

Y así, como mero botón de muestra de estas últimas, han quedado para la posteridad las palabras que VON KIRCHMANN pronunció en 1847 ante la academia jurídica berlinesa, en un discurso que llevaba por título “La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia” y en el que queda patente su desprecio por el trabajo de los estudiosos del Derecho. Este juez y político alemán afirmó que, y cito literalmente: “... los juristas se ocupan, sobre todo, de las lagunas, los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas, de lo que en ellas hay de falso, de anticuado, de arbitrario. Su objeto es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador... Por obra de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; // desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”.

A pesar de que hoy resulta evidente y comúnmente aceptado que en este discurso subyace una gran confusión entre el objeto de la

investigación jurídica, que es el Derecho mismo, y el carácter científico o no de los métodos de estudio, parece difícil igualar tamaño descalificación.

Pero ésta viene también, como he dicho, no sólo desde dentro, sino desde fuera del Derecho y así, en un artículo publicado en 2003 en la Revista “Jueces para la Democracia”, el conocido sociólogo y polemista Pierre BORDIEU nos regalaba una prueba de su consideración, diciendo que *“los juristas son los guardianes hipócritas de la hipocresía colectiva, es decir, del respeto por lo universal”*. Si no le entendí mal, en este artículo combate el autor la pretensión de los estudiosos del Derecho de que la ciencia jurídica pueda compartir postulados técnicos o científicos universales que trasciendan el carácter eminentemente territorial de las normas jurídicas, que tampoco son universales. Y aunque en el fondo de su crítica creo identificar una reivindicación —que puedo compartir plenamente— de que no sólo los conocimientos universalizables, como son los de las ciencias paradigmáticas, merecen atención, consideración y respeto, no deja de parecerme inapropiado el mecanismo de criticar esta opción a través de tan gruesas palabras.

En definitiva que, como antes decía, no estoy en condiciones de juzgar si el ansia de prestigio ha influido poco o mucho en la búsqueda de una fundamentada “cientificidad” de la investigación jurídica, aunque, si me permiten la licencia del juego de palabras, tengo para mí que nadie se sentiría muy considerado en su tarea viéndose descrito como un “gusano hipócrita” y no me parece una reacción defensiva desmesurada para combatir estos desdorsos, la de haberse aplicado una y otra vez los juristas al esfuerzo intelectual de buscar una fundamentación verdaderamente científica para el saber jurídico.

Personalmente —puesto que subjetivas anuncié que serían mis razones— y aun a riesgo de pecar de orgullo, no me resulta difícil dejar mi gusanal crisálida en el blanqueado sepulcro de un pretendido científicismo de la

investigación jurídica para, tras mi particular metamorfosis, volar ya como mariposa libre de ese lastre, hacia otras praderas en las que buscar la dignidad del trabajo de los juristas.

En otras palabras y abandonando la ironía: me importa poco que el Derecho sea o no una ciencia en el sentido predominante del término y me uno sin complejo alguno, ni de inferioridad, ni de superioridad, a los pensadores que propugnan la superación del criterio científico en pro del criterio académico. Se trata, en definitiva, de enfatizar que el respeto o la consideración académica hacia una disciplina debe proceder del rigor con que se encaren los estudios y las investigaciones sobre el objeto que capitaliza su interés, pero juzgados con los parámetros propios de cada una de ellas, que no tienen necesariamente que ser los de otras disciplinas, cuyo objeto de conocimiento sea sensiblemente distinto. Así, una investigación respetable y digna de consideración y de valoración será aquella que utilice los métodos comúnmente aceptados por la comunidad científica a la que se dirigen sus resultados y que, a la vez, supere los estándares de calidad que por dicha comunidad se hayan establecido.

Lo único que yo apporto a esta propuesta, es la convicción de la necesidad de reclamar no sólo el respeto entre las distintas disciplinas del saber en cuanto tales, sino también de reivindicar conjuntamente la dignidad de los investigadores y el sincero reconocimiento mutuo hacia el trabajo de todos ellos. Es decir: la urgencia de superar eso que se ha dado en llamar “la defensa casi chovinista de la disciplina a que un académico pertenece, negándose a un reconocimiento serio de los saberes ajenos” (ESCOBAR CÓRDOBA).

Y, aunque luego volveré sobre esta idea, sí creo necesario cargar en ella las tintas porque, a la vista de las consideraciones que a continuación haré sobre el tipo de conocimiento y de investigación que propugna *la Ley de la Ciencia* a la que antes dejé momentáneamente apartada, me parece claro que el concepto de ciencia seguirá evolucionando con el devenir

de los años, como hasta ahora lo ha ido haciendo con el transcurso de los siglos, pero no sólo para los estudiosos del Derecho, sino para todos los que, sin rastro ni sombra de duda, pueden tildarse de “científicos” con la legitimidad que les otorga el que su quehacer aúne, a un tiempo, todas las acepciones que de la escurridiza “ciencia” ofrece el Diccionario.

MÁS DE CIENCIA...

Dicho esto, no puedo dejar pasar la ocasión de expresar mi franco desacuerdo con el modelo de ciencia que propugna la antes citada *Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación* que, a mi entender, es rechazable, porque exige una justificación utilitaria de la ciencia que, además, se identifica con la posibilidad de extraer de ella un rendimiento económicamente productivo. La mía es, por tanto, una crítica del utilitarismo y también de la mercantilización del conocimiento.

Y es que, ya desde el Preámbulo que precede al cuerpo dispositivo de la Ley, se insiste una y otra vez en que hay que lograr “una sociedad y una economía del conocimiento plenamente cohesionadas”. Se razona que, como el modelo productivo español basado en la construcción y el turismo se ha agotado, es preciso sustituirlo por una “economía del conocimiento” y, de acuerdo con este planteamiento, se nos deja claro desde su artículo 1º que el objeto fundamental de la ley es “la promoción de la investigación, el desarrollo experimental y la innovación como elementos sobre los que ha de asentarse el desarrollo económico sostenible y el bienestar social”. Es decir, que la ciencia tiene que ser una actividad rentable, generar dinero, crecimiento económico, y para ello es preciso producir, difundir y transferir a la sociedad los resultados de la investigación. Desde luego, si el progreso de la ciencia consigue estos dos propósitos —desarrollo económico sostenible y bienestar social, ya sea gracias a la Ley o no— que tiemblen los políticos, puesto que se les acaba el trabajo.

Pero desde la perspectiva que aquí nos interesa, hay que reparar en que no todas las disciplinas se encuentran en una misma línea de salida a la hora de poder justificar su existencia sobre la base del rendimiento económico que puedan producir los resultados de las investigaciones que las hacen avanzar. Y éste es el parámetro que parece presente en todo momento en la Ley de la Ciencia. No en balde la palabra “economía” aparece en ella hasta en veinte ocasiones.

La afirmación, en contra del utilitarismo, de que todo saber, todo conocimiento o ciencia, comporta en sí misma un valor intrínseco, es antigua. POINCARÉ, en su obra sobre “La Ciencia y el Método”, expresaba que: “La belleza intelectual se basta a sí misma. Sólo por ella, más que por el futuro bien de la humanidad, el sabio se condena a largos y penosos trabajos”.

E, insistiendo también en el valor intrínseco de la ciencia y del conocimiento y en su independencia respecto de la producción de resultados directamente explotables, D. SANTIAGO RAMÓN Y CAJAL decía, con buen criterio: “Cultivemos la ciencia por sí misma, sin considerar por el momento las aplicaciones. Estas llegan siempre, a veces tardan años, a veces, siglos (...) [Pero] Aun cuando no fuera posible poner al servicio de nuestra comodidad y provecho ciertas conquistas científicas, siempre quedaría una utilidad positiva: la noble satisfacción de nuestra curiosidad satisfecha y la fruición incomparable causada en el ánimo por el sentimiento de nuestro poder ante la dificultad”. La utilidad a que se refiere el reputado científico es trasplantable fácilmente a todos los campos del saber.

Más recientemente y en relación con las Humanidades, por ejemplo, este debate se ha planteado en EE.UU. al hilo del estudio de la literatura y de la ulterior crítica literaria y así, fue conocido el intercambio de opiniones que mantuvieron a través del *New York Times* los críticos literarios TERRY EAGLETON y STANLEY FISH: el primero, planteando la

cuestión del valor intrínseco del trabajo de los profesores de literatura, pero la dificultad de expresarlo o cuantificarlo fuera del círculo de los que lo conocen, había expresado sus temores de que algún día el inspector público de turno, inspeccionando “ociosamente” algún documento, se encontrara “con la vergonzosa verdad de que a nosotros en realidad nos pagan por leer poemas y novelas”. La respuesta de FISH a la preocupación latente de su compañero por la propia pervivencia de su trabajo fue muy categórica, brusca y quizá algo orgullosa, pero creo que puede compartirse su énfasis por defender el valor del saber por sí solo y nada más, que entiendo es lo que pretendió dejar sentado cuando, en referencia a las Humanidades, afirmó que no necesitaban servir para nada, pues su existencia se justifica por su propio desarrollo y no necesariamente por servir de instrumento de ningún otro fin o bien superior: “Las humanidades son su propio bien. No hay nada más que decir”.

Por lo que atañe específicamente a la ciencia del Derecho, la búsqueda de su justificación, de la razón práctica o utilitarista, es una constante en la Historia. El gran civilista D. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO ilustra bien la corriente de la insistencia en que el trabajo del jurista está al servicio de la realización de la Justicia, a la que se deben las propias normas jurídicas, las propias leyes. Y puesto que éstas, tomadas a la letra, no siempre producen un resultado justo, es labor del estudioso proporcionar los criterios técnico-jurídicos que permitan reconducirlos a este propósito ideal.

Parece claro que no es previsible que el Derecho, entendido ahora como conjunto de normas que regulan la conducta humana y social en un contexto geográfico y temporal determinado, desaparezca ni se vea grandemente afectado por que se acoja un concepto de ciencia tributario de sus resultados y aplicabilidad práctica, ya que el conflicto social e interpersonal es inherente al propio ser humano y la justificación de la existencia del Derecho está en la necesidad de resolver esos conflictos y aun de prevenirlos, en la medida de lo posible. El Derecho se justifica

por su servicio a la paz social. Ahora bien, esta utilidad evidente y de orden general explica y asegura la permanencia de las normas jurídicas, no de la ciencia jurídica, considerada, como lo venimos haciendo, como el trabajo de los juriconsultos. En tanto el ordenamiento jurídico y las normas que lo componen sean imperfectos, habrá tajo para el jurista entretenido en la interpretación y la integración de la norma, en el análisis del problema práctico que se pretende resolver, en la solución que desde el Derecho puede dársele y puede que, por esta vía, se encuentre también un resquicio para la pervivencia de la investigación jurídica. Pero también aquí deben introducirse matices, porque si la posibilidad de allegar recursos económicos privados es lo que resulta determinante de qué y cómo se investiga, no todas las disciplinas propiamente jurídicas estarán tampoco al mismo nivel en la parrilla de salida.

Los investigadores universitarios de las llamadas disciplinas “prácticas”, que estudian normas susceptibles de aplicabilidad por y ante los tribunales de Justicia, como es el caso del Derecho Civil entre otras, probablemente tengamos alguna demanda de colaboración desde el sector privado que no se vea colmada por los despachos profesionales de abogados. Es decir, profesamos materias en las que el sector privado, principalmente empresas, aún pueden reconocer en nuestra investigación un valor añadido que no encuentran en el mero ejercicio profesional del Derecho. Los contratos de transferencia de resultados de la investigación a través de las OTRI, pueden allegar por esta vía a las universidades algunos fondos que, no obstante, difícilmente serán comparables en términos de cuantía económica con los que genera la transferencia del conocimiento en el ámbito de las llamadas ciencias puras, experimentales y tecnológicas. Pero, ¿qué hay de esas otras disciplinas jurídicas que se acercan al Derecho desde postulados más teóricos, como puede ser la Filosofía del Derecho, o las que, por su naturaleza, no pueden más que explicarlo en referencia a un tiempo pasado, como es el caso de la Historia del Derecho o del

propio Derecho Romano? ¿Habrá que condenarlas al ostracismo, cuando no a una muerte lenta y segura por la circunstancia de que el sector privado del siglo XXI no necesita de sus servicios o no los precisa en la proporción suficiente para hacer de ellas una ciencia rentable?

La necesidad de hacer de la ciencia un producto rentable influye en la selección de los temas objeto de investigación recortando la libertad del investigador y, desde luego, cercena y limita la posibilidad de abrir al infinito las perspectivas del conocimiento, ya que dirige el esfuerzo de los investigadores hacia aquello susceptible de generar un rendimiento económico más cierto, seguro y cuantioso.

Pero, demos un paso más, fuera del Derecho. Pensemos, por ejemplo, en la investigación en enfermedades raras: ¿debe medirse su valor en términos de número de pacientes afectados, posibilidades de contagio y, finalmente, mayor o menor beneficio económico posible de los laboratorios privados que pudieran comercializar el correspondiente fármaco para su tratamiento o vacuna para su prevención? Yo creo que no hay que confundir rentabilidad económica, con valor intrínseco de una indagación científica, que está en su dificultad, en su profundidad, en el mérito de culminarla con rigor. Y lo mismo sucede con la investigación en aquellas dolencias que sólo afectan a los más pobres. Me parece que en los últimos tiempos el ébola —aunque ya se venía investigando— nos ha ofrecido un crudo ejemplo de cómo se han redoblado de inmediato los esfuerzos financieros para posibilitar la investigación de esta enfermedad, fundamentalmente en el sector privado, pero sólo cuando el virus ha traspasado las fronteras de la paupérrima África, amenazando de forma evidente al mundo desarrollado y creando la hipótesis plausible de una comercialización masiva de la eventual vacuna o tratamientos en países con administraciones públicas y con ciudadanos con capacidad económica para pagarlos.

El propio RAMÓN Y CAJAL percibió hace casi un siglo el peligro de la tendencia del

dirigismo económico de la ciencia, viéndose obligado a rectificar su punto de vista sobre el desinterés del científico por el dinero a la vista del auge del Derecho de Patentes. Y así, nuestro insigne Premio Nobel, al consignar inicialmente sus pensamientos en su conocida obra sobre “Reglas y consejos sobre investigación científica”, ponía de relieve que ningún sabio cambiaría un hallazgo propio original, por todo el oro del mundo. Sin embargo, años después, al revisar y anotar su obra, dejó constancia del cambio de sus impresiones a este respecto, señalando que: “Tal estado de cosas ha variado algo en la actualidad. El tipo de inventor que trabaja por afán de lucro abunda mucho hoy en Alemania y, en general, en las naciones más adelantadas. La lucha por la patente y la fiebre de la competencia industrial han turbado la calma augusta del templo de Minerva. ¿Es un mal o un bien?” Acababa preguntándose.

Hoy en día no faltan juristas que denuncien que la patente, al otorgar derechos exclusivos de explotación, crea situaciones que interfieren en el ejercicio de la libertad de investigación científica y que la lógica del sistema de patentes conduce al secretismo de la ciencia (WONG RAMÍREZ). Con independencia de que se puedan compartir o no estas opiniones, no seré yo una detractora de la protección de los resultados de la investigación a través del Derecho de la propiedad industrial (en el que se inscriben las patentes) o de la propiedad intelectual, pero sí que me interesa destacar cómo desde distintos puntos de vista se percibe claramente la distorsión que introduce en todo el proceso de generación y explotación del conocimiento el tener como *prius* y *posterius* el horizonte de la obtención de un beneficio económico.

Como ya adelanté, estoy, por tanto, radicalmente en contra de esta concepción utilitarista del conocimiento, que me parece en realidad un disfraz de su abierta mercantilización. Por supuesto que creo que hay que apoyar, sostener y alimentar la ciencia llamémosle “productiva”, eso es imperativo. Propugnar que no

se atendiera a estas parcelas del conocimiento desde lo público porque el sector privado puede con su demanda sostenerlas, es confiarlas a la misma “mano invisible” del mercado que dejaría relegadas al olvido, cuando no directamente condenadas a muerte, a otras parcelas del saber cuyos resultados sólo pueden medirse en términos de progreso del conocimiento y no de dinero. Y también estoy a favor de que se potencie la investigación neta y exclusivamente privada, cuanta más y mejor investigación se haga, del tipo que sea, mejor para todos. Pero creo que es deber de la Administración Pública volcar también sus esfuerzos y asegurar la pervivencia de la investigación en aquellas disciplinas que no podrían encontrarla en la demanda privada. Si entendemos perfectamente que el erario público invierta recursos en rehabilitar monumentos del pasado para que no caigan en la ruina, o en recuperar repertorios de costumbres ancestrales para preservar su legado de cara a las futuras generaciones, o en adquirir obras de artistas españoles de valor universal que la fortuna de sus compradores había alejado del público disfrute de nuestro pueblo, ¿cómo no vamos a defender con ahínco que se invierta dinero público en rescatar y en aupar la investigación de lo minoritario, de lo que es valioso en sí mismo, pero no rentable en términos de rendimiento económico?

Esta Ley presenta tantos retos para la ciencia y los científicos, tantos puntos calientes para el debate y la reflexión no sólo desde la perspectiva del objeto del conocimiento, sino también desde la de sus agentes, que podría aburrirles durante horas con todo lo que me sugiere. Pero no sólo prometí hablarles de ciencia, sino también, algo más de lo que ya lo he hecho...

DE SABIOS Y JURISTAS

Si, como hemos visto, a los juristas se nos niega la condición de científicos, puesto que ninguna ciencia cultivamos en el sentido “fé-

reco” de la palabra, lo que no parece admisible en modo alguno es que se nos niegue la condición de sabios, en lo que en su prístino sentido envuelve este vocablo. Porque si un sabio es aquella persona “*que tiene profundos conocimientos en una materia, ciencia o arte*”, habrá al menos que concederle al jurista que pueda ser —o llegar a ser— ese sabio que se define por sus profundos conocimientos en y sobre el Derecho. Dos son, a tenor de esta definición, los elementos que perfilan al sabio: el objeto sobre el que recae su sabiduría y la intensidad o la hondura de su conocimiento.

En cuanto a lo primero, podrá discutirse que el Derecho sea una ciencia y contradecir abiertamente que sea un arte —y tendremos entonces tanto o tan poco de científicos, como de artistas!— pero no podrá negarse al Derecho que sea una *materia* de estudio, una disciplina, un objeto del conocimiento susceptible de ser escrutado por la razón, sometido al análisis de su contenido conforme a una metodología propia consolidada en el crisol de los tiempos y constantemente evolucionada, explicado y mejorado continuamente en sus procesos, testado en el banco de pruebas de la experiencia forense y, finalmente, superado por sí mismo cada vez que se materializa en un ordenamiento jurídico concreto. Creo absolutamente innecesario —por lo evidente— justificar el carácter intelectual del quehacer del jurista y que su resultado se traduce en términos de conocimiento y de progreso del conocimiento del Derecho. El Derecho en sí mismo se constituye de abstracciones, de conceptos que carecen de un sustrato físico que los sustente en modo invariable y, por tanto, es imposible conocer los conceptos jurídicos por la vía de la mera observación o de la experiencia sensible, como sería posible conocer la forma de una hoja de acacia o descubrir el modo en que viven y se organizan las hormigas. Al igual que las cifras o las letras, los conceptos jurídicos se sustentan en convenciones que les dotan de un significado concreto que no es posible intuir, sino solamente aprender por la vía de la transmisión del conocimiento. Ni

la inteligencia natural, ni ninguna capacidad sensorial de las que acompañan al ser humano desde su nacimiento, permiten ni por sí solas ni combinadamente, conocer el Derecho, que sólo es accesible a través de su estudio; y al que, por tanto, no se le puede negar su condición de materia u objeto de conocimiento. Así, pues, del mismo modo que no todos sabemos de trigonometría, o de cuidados paliativos, o de cálculo de estructuras, no todos saben de Derecho, aunque la presencia visible de éste en la vida cotidiana de todos y la equívoca familiaridad de algunos términos técnicos, induzca a muchos a la sensación errónea de que todo el mundo sabe de Derecho. En cualquier caso, justo es destacar que incluso los detractores de la idea del Derecho como ciencia admiten que es un objeto de estudio, una parcela del conocimiento.

Aceptada pues, la primera condición para que el jurista pueda ser considerado como sabio, hay que detenerse en el requisito de que el saber que alcance sea profundo, pues sólo este segundo elemento de la ecuación, permitirá distinguir entre los principiantes que se inician en el estudio de una materia y aquellos que ya han logrado un acervo de conocimiento capaz de granjearles aquella otra dignidad. Me resultará muy difícil definir o describir la profundidad de los conocimientos que se requieren al jurista y que tal vez sólo quienes lo son podrían calibrar, como sólo los físicos pueden entender en toda su magnitud la dificultad del dominio de sus reglas y disciplina o los filólogos el grado de conocimiento preciso para domeñar la gran riqueza de sentidos y matices que envuelve cada término de una Lengua y que hace posible que media vida de un estudioso pueda dedicarse a encontrar la raíz y a describir la evolución de una sola palabra o de una expresión. Pero creo que el vocablo que permite expresar mejor la idea de la profundidad de los conocimientos que se requieren a alguien para considerarlo sabio en el objeto de su estudio y que, casi inconscientemente, ya he adelantado, es el de “dominio”. En mi opinión, el dominio de una materia jurídica se adquiere cuando se

conoce tanto lo que constituye la esencia de la cuestión o del problema que se ha estudiado y sus principales consecuencias (lo que se denomina habitualmente el “nudo gordiano” de la cuestión), como lo que son detalles complejos sólo perceptibles para un experto en la materia, o pequeñas o infrecuentes implicaciones que, no obstante, en ocasiones adquieren una importancia máxima. Si tradujésemos la capacidad de aprehender y discriminar entre estos factores en términos de capacidad para transmitir a los demás el conocimiento adquirido, yo diría que el jurista domina una materia concreta cuando muestra la capacidad de explicar sencillamente y de forma comprensible a un profano la esencia de la cuestión o el problema que ha estudiado y a un especialista toda la complejidad del asunto o del fenómeno, sus exiguos pormenores, sus consecuencias más imprevisibles pero posibles, y los más intrincados resortes de la toma de decisiones respecto a las hipótesis que se mantienen y las que se han rechazado después de someter todas ellas al más exhaustivo análisis técnico. Teniendo en cuenta la vastedad del Derecho y la imposibilidad de abarcarlo en su completitud, entiendo que no será un sabio aquel que conozca un poco de muchas instituciones y figuras jurídicas y un mucho de ninguna de ellas; para alcanzar aquella consideración necesitará estar versado en las técnicas jurídicas propias de su hermenéutica y le resultará sin duda muy útil cuanto sepa de otras disciplinas jurídicas o de cualquier otra naturaleza que puedan guardar relación con el problema concreto que le ocupa, pero, en mi opinión, deberá ser capaz de fajarse en el análisis técnico-jurídico de una institución o figura específica y de alcanzar de esta forma un grado de conocimiento superior al que sobre ella ostente la media y un nivel considerable de especialización. No en balde podría decirse que hoy en día, en punto a los estudiosos, la calificación como “sabios” nos resulta ampulosa y está casi en desuso —tanto por la humildad de los que no admiten aplicársela a sí mismos, como por la mezquindad de los que, advirtiendo la sabiduría de otros, re-

húsan reconocérsela abiertamente—; mientras que nos resulta más fácil asignarnos y atribuir a otros la cualidad de “especialistas”, como si en la palabra habitara la fuerza del conocimiento, más que la del reconocimiento mismo.

Pues bien, llegados a este punto y recapitulando, considero que, si bien puede dudarse de la legitimidad de tildar de científico al jurista, no podremos en cambio negarle la condición de sabio o especialista en una parcela del conocimiento que posee sus propias reglas de estudio, análisis, comprensión y aplicación.

Ahora bien, el progreso del conocimiento, ¿está asegurado por la existencia de sabios o de especialistas en las distintas materias? En otras palabras: el saber profundo de unos pocos y aun de unos muchos, ¿asegura el incremento del conocimiento y, por tanto, el progreso de las Ciencias y de las demás disciplinas del saber?

Obviamente, la respuesta a estos interrogantes sólo puede ser un rotundo no. El conocimiento sobre algo, aun el más completo y perfecto en su momento, es tributario del tiempo y del entorno en el que se obtiene. Incluso la mejor de las transmisiones de lo aprendido de una a otra persona, asegura tan sólo la conservación de los hallazgos encontrados y, desde esta perspectiva, la sabiduría puede observarse como una foto fija, como un fenómeno estático. Para progresar, el conocimiento precisa no sólo de sabios, sino también de aprendices inquietos, de inconformistas e inquisidores que pongan en duda la autoridad de sus maestros y en entredicho la validez de sus argumentos y de sus ideas, o la completitud del conocimiento de aquéllos y que se lancen con entusiasmo a explorar otros caminos en el saber, con la pretensión de realizar aportaciones nuevas, de incrementar y hacer progresar el conocimiento que ya se ha conquistado sobre una materia en particular.

Estos motores del progreso cognitivo son los investigadores, que tienen una naturaleza especial, puesto que no se conforman con llegar a saber todo lo que ya se sabe de algo, sino

que no paran hasta aportar un nuevo matiz, una nueva idea, un nuevo hallazgo, otra perspectiva que hace cambiar la mirada con la que hasta entonces se contemplaba el fenómeno o el objeto de su estudio. No nos confundamos: el investigador y no el sabio, la investigación y no la sabiduría acumulada y conquistada, hacen el progreso del conocimiento. Y no es que sea incompatible, ni muchísimo menos, ser sabio y ser investigador; antes al contrario, a la sabiduría se llega muy a menudo a través de la investigación. Pero sí que es incompatible la complacencia en lo que se sabe y el progreso en el conocimiento. Por eso, cuando un sabio continúa investigando sobre algo que ya le ocupó anteriormente, lo hace transmutándose en otra piel; la de aquel ser indómito y peculiar que pone en duda no sólo las teorías y razonamientos de los demás, sino sus propias convicciones y que es capaz de revisar sus conclusiones previas al menor atisbo de que le condujeron a un resultado erróneo o que ya no es válido o, por el contrario, de alumbrarlas y confirmarlas con nuevos apoyos que antes no había sido capaz de aquilatar. Y si, por el contrario, decide cambiar de aires y orientar su curiosa mirada hacia un nuevo objeto de estudio, será el primero en travestirse hábilmente y sin el menor sonrojo con las ropas del más aplicado de los aprendices noveles. En la investigación, por tanto, lo que vale es el punto de vista, la descarnada humildad en el reconocimiento de la ignorancia que pretende superarse, el desaforado y apasionado deseo de obtener una idea nueva o de alcanzar un resultado inexplorado, la emocionante expectativa de llegar a un terreno que nunca antes pisó otro. Y yo, confieso abiertamente mi admiración por todo aquel que, sea cual sea su ciencia, frecuenta estas actitudes. Ante el investigador de toda disciplina, me quito el birrete.

GUSTAVO ADOLFO BÉCQUER, en su éxtasis romántico, nos advertía de que “podía no haber poetas, pero siempre habrá poesía”. En cambio, en la materia que nos ocupa, no cabe emular al poeta y afirmar “que podrá no haber investigadores, pero siempre habrá in-

vestigación”, siendo más oportuna la conclusión de ANTONIO MACHADO de que “se hace camino al andar”, y para andar, necesitamos caminantes.

Pues bien, siendo ésta mi visión y mi fe ciega en la investigación, y siendo mi piel la de una jurista, las siguientes preguntas parecen caer por su propio peso: ¿hay investigación en el Derecho? Esos juristas a los que se nos niega el pan de la ciencia, ¿poseemos la sal de la investigación?

Si por investigar se entiende el proceso que acabo de describir, he de responder con un sí rotundo, porque es eso lo que he visto hacer a mis Maestros, lo que encuentro en la obra de los colegas y compañeros que me mueven al más profundo respeto y la disciplina que me impongo cada día que puedo dedicar algo de tiempo a cumplir con mi más profunda e íntima vocación. Si estoy equivocada, espero que no se tome mi respuesta por sacrilegio, osadía o intento de incendiaria provocación hacia aquellos que, sin cuestionárselo siquiera, consideran obvio que investigar es sólo lo que ellos hacen para el progreso de sus respectivas disciplinas, pues no albergo más intención que la de describir sinceramente lo que hacemos los juristas.

Decía anteriormente que era preciso reclamar el respeto no sólo de unas por otras ciencias, sino de unos hacia otros sabios y es porque estoy convencida de que, asumida la maravillosa e irrenunciable diversidad de nuestras disciplinas y de nuestros métodos de investigación, por lo general todos los investigadores (profesores universitarios que investigamos) respondemos a un modelo o patrón común, nos parecemos en algunos rasgos esenciales de nuestra personalidad y de que, finalmente, por distinto que sea el objeto de nuestros estudios, la mayoría experimentamos similares vivencias, sensaciones, emociones y peripecias vitales a la hora de investigar. A lo largo de los años, el encuentro y el intercambio con los colegas y amigos investigadores de las ciencias físicas y químicas, de la medicina, la economía,

la ingeniería, la filosofía o la arqueología, me han persuadido de que al afrontar nuestras investigaciones todos desplegamos una serie de aptitudes comunes, que podríamos denominar benévolamente como “virtudes” del investigador y que me llevan a concluir que lo que hacemos no es tan diferente, aunque sí lo sea el cómo lo hacemos.

Y así, de un único árbol tuvo que extraerse la savia que inocular en nuestras venas la insaciable curiosidad y la disposición a esforzar nuestras neuronas hasta encontrar la explicación racional y plausible del problema que nos interesa. Uno mismo tiene por fuerza que ser el caprichoso genio creador que conduce igual a un biólogo que a un lingüista por la senda de lo inexplorado hasta encontrar un hallazgo original en sus pesquisas; una muy similar actitud ante la vida ha de ser la que marque la habitual y común orientación de los estudiosos e investigadores de todo género y condición hacia valores más altos que el dinero y que obra el incomprensible milagro de que nos sintamos retribuidos y recompensados con la confirmatoria cita de nuestros pares o con la plasmación práctica de cualquiera de nuestras teorías (como si con el reconocimiento se llenasen los estómagos y las despensas); hay una predisposición especial hacia la satisfacción de la inquietud intelectual que hace que poseyendo conocimientos y capacidades innegables para procurarnos una existencia profesional holgada y aun boyante e incluso disfrutándola *de facto*, dejemos la luz de nuestros ojos y las horas del sueño, del asueto y la diversión ya sea ante las probetas, las ruinas de alguna antigua civilización, los legajos y antiguos pergaminos o las montañas de normas que amenazan con caer en desordenado tropel sobre la pantalla de nuestros ordenadores, y una identidad esencial debe haber en esa orgullosa displicencia que nos hace a todos defender con independencia nuestros puntos de vista y someter nuestro criterio tan sólo a otro mejor fundado.

Reivindico pues, la compatibilidad de las dos ideas que he sustentado a lo largo de este rato que hemos compartido y que va ya tocán-

do a su fin: la necesidad de alimentar desde el respeto nuestra diversidad, para proteger y preservar lo que nos une a todos.

Cumplida ya a estas horas la promesa de hablar de ciencia, de sabios y de juristas, al hilo de unas reflexiones personales sobre la investigación y los investigadores universitarios, no aspiro a lograr adhesiones, ni tan siquiera de los juristas presentes, pero si por fortuna, alguno de ellos o de los compañeros que portan la muceta de un color distinto del rojo se han sentido identificados con alguna parte de mi mensaje, lo tomaré con gusto como indicio —científico o no— de que no estoy tan errada al postular que todos los investigadores

universitarios tenemos un sustrato común, una íntima esencia, mayor de lo que inicialmente pensamos y que si el variable e irisado color que adorna la muceta de cada una de nuestras disciplinas evidencia a simple vista diferencias importantes entre el objeto de nuestro estudio, nuestra ciencia o nuestra investigación, no faltará un observador disidente de lo evidente, crítico y avezado que ponga su mirada sobre el negro de la toga que a todos iguala y uniforma, porque a fin de cuentas, debajo del saber, de las ciencias y del Derecho, lo que hay son las mentes desnudas de los hombres y mujeres que con su peculiar actitud y esfuerzo los hacen avanzar.

Muchas gracias.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ALCHOURRÓN, C.E. y BULIGYN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971). Trad. C.E. Alchourrón y E. Bulygin. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998.
- BOBBIO, N., “Ser y deber ser en la ciencia jurídica” (1967), *Contribución a la teoría del derecho*, trad. A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980.
- BORDIEU, P., “Los juristas, guardianes de la hipocresía universal”, *Jueces para la democracia*, n.º 47, 2003, pp. 3-5. Trad. de J.R. Capella.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., “La función de los juristas en el Estado”, *Revista de estudios políticos*, n.º 7-8, 1942, pp. 193-242.
- EAGLETON, T., *How to Read a Poem*. Oxford: Blackwell, 2007.
- ESCOBAR CÓRDOBA, F., “Una defensa pluralista de la investigación jurídica”, *Criterio Jurídico*, V.8, n.º.2, 2008-2; pp. 245-280.
- FIX-ZAMUDIO, H., *Metodología, docencia e investigación jurídicas* (1981). México, Editorial Porrúa, 2006.
- KELSEN, H., *¿Qué es justicia?* Trad. Albert Casamiglia. Barcelona, Editorial Ariel, 1982.
- LATORRE, Á., *Introducción al Derecho*; Barcelona, Editorial Ariel, 1985.
- NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*; Barcelona, Editorial Ariel, 1983.
- VON KIRCHMANN, J., *La jurisprudencia no es ciencia* (1847), trad. A. Truyol, Centro de Estudios Constitucionales, 3ª ed., Madrid, 1983.
- POINCARÉ, H., *Sobre la ciencia y su método*, Espasa Calpe, Buenos Aires, 1944.
- RAMÓN Y CAJAL, S., *Reglas y consejos sobre investigación científica. Los tónicos de la voluntad*, disponible en http://cvc.cervantes.es/ciencia/cajal/cajal_reglas/default.htm
- ROSS, A., “El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho* año 6, número 12, 2008, pp. 199-220.
- WONG RAMÍREZ, S.C., *La interferencia de las patentes en el ejercicio del derecho de libertad de investigación*, Universidade da Coruña, 2012, disponible en <http://hdl.handle.net/2183/10075>

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

<http://teoriayderecho.tirant.com>

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA TEORÍA & DERECHO

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones (Debate y Estudios) tendrán una extensión entre 22.000 caracteres y 55.000 como extensión máxima, interlineado de 1.5 y letra punto 12. Soporte informático, preferentemente en Word o formato revisable
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente)
4. Se ha de indicar el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, el cargo o la profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la revista se pueda poner en contacto (dirección postal, teléfono y dirección electrónica)
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo en español e inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos seguirán el siguiente criterio. Números árabes (1, 2, 3); letras mayúsculas (A, B, C) y letras minúsculas con paréntesis a), b), c).
8. En el caso de los artículos publicados en la Sección “Temas de Hoy”, se podrá obviar parte de los requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista teoría & derecho lo hará constar.
9. Las traducciones y texto de la sección titulada “Varia” no exigen el cumplimiento de los requisitos anteriores

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a los editores de los números monográficos o los debates y a evaluadores externos. La revista garantiza el anonimato de los evaluadores. Cualquiera de los evaluadores internos o externos puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación, y en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores. En este caso, la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo Editorial de la revista.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *(i)* la idoneidad temática *(ii)* la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan *(iii)* estructura adecuada *(iv)* oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación *(v)* la validez de los datos y las fuentes bibliográficas

III. SISTEMA DE CITAS

Podrán utilizarse únicamente una de las dos formas de cita siguientes:

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo editor considera que la forma óptima de presentar las referencias

bibliográficas será al final del texto, a través de una nota bibliográfica que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de posición del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema abreviado de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (Vives 2011:129)

Se utilizará el sistema abreviado de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo. Las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (Vives 2011:129)

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado III. Si se citan varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. Tanto en el elenco bibliográfico como en la referencia bibliográfica. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula.

En todo caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

Apellido/s, Nombre, año de publicación, Título del libro, lugar de edición, nombre del editor, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro, etc. Apellidos, Nombre, "Título del artículo o capítulo". *Título de la revista o del libro*, volumen, número, ciudad de edición, año de publicación, páginas.

IV. PLAZOS

Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente)

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales pueden remitirse por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es o por correo postal, enviando una copia impresa y en soporte digital a la siguiente dirección: Revista Teoría y Derecho. Editorial Tirant Lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entlo, 46010-Valencia.

VII. BASES DE DATOS

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.

ISOC: Sumarios Derecho

RESH: <http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>. En revistas jurídicas multidisciplinares

DICE: <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

CIRC: Clasificación integrada de revistas científicas

<http://epuc.cchs.csic.es/circ/>

I. SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. *Debate* and *Estudios* originals should average between 22.000 and 56.000 characters in length, spaced in 1,5, and 12p for the body type.
3. The deadlines for submissions to be included ends May 1st and November 1st, to the number of December and June of the following year, respectively.
4. The authors must indicate the title of the paper, complete name of the author(s), position of the author(s), and their institution, to be included on the article.
5. The authors must send with their submission their personal data (specifically, postal address, telephone number and electronic address) in order to allow the Journal to mantain contact with them.
6. Submissions must include the following elements: title (in Spanish and English), an abstract (10 lines or 1000 characters; in Spanish and English), and between 5 or 6 key words.
7. Submissions should include a Summary, where the titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the next criteria: Arabic Numbers (1, 2, 3); Upper case (A, B, C); and Lower case with brackets a), b), c).
8. Submissions to the section *Temas de Hoy* may omit the formal requeriments (abstracts, peer review, length and to be an unpublished work), although the manuscript submitted may accomplished some of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would record it.
9. The former requirements cannot be required to translations and papers submitted to the *Varia* section.

II. PEER REVIEW PROCESS

Review of submissions

In order to select the submissions to be published, all of them will be reviewed through a peer review process. The assessment shall be made by two reviewers. One of them shall be the editor of the issue or the debate. The other one shall be a person with expertise in the subject of the paper. Any of them shall know the identity of the author, neither the author shall know the identity of the reviewers. To be published, submission must obtain the positive assessment of both of them. In case of contradiction, the final decision is allocated in the Editorial Board. Authors shall receive the result of review process and, if necessary, make modifications in the submission according with the comments of the reviewers. Authors shall receive a communication though e-mail informing them about de publication of their work, after the Editorial Board would have considered it again.

Reviewers must take into account specifically:

- Its thematic suitability;
- The scientific quality and rigor of the arguments presented;
- Its appropriate structure;
- The opportunity and relevance of the submission in its research field.
- The validity of used data and the bibliographical resources.

III. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Having into account the nature of the Journal, orientated to the theoretic thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the paper, through a bibliogra-

- phic note which reflects the state of art, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.
2. The shorten citation system can be also used. In this case, all citations must be placed in a list of bibliography within an endnote. At the end, it should be included a list of bibliography, according to the next criteria. Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page/s. For instance, (Vives 2011:129).
 3. If some papers of the same author are cited, they should be ordered chronologically. If these are published in the same year, they will be ordered alphabetically with lower case. In any case, bibliographical references must be quoted in the following manner: Surname/s, Name, Title, Place of edition, editor, year of publication, number of pages (occasionally, the collection). Books, chapters of books, and papers, etc., will be distinguished. Surname/s, Name, "Title of the paper or the chapter". Title of the Journal or Book, Volumen, Number, Place of edition, year of publication, number of pages.

IV. DEADLINES

Submissions are required before May 1st (for December's issue) and before November 1st (for June's issue).

V. COPYRIGHT NOTICE

Authors grant to the Journal the Copyright of those papers accepted, exclusively. Authors also allow the Journal to share their work in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. MEMBERS OF THE BOARD AND THE COMMITTEE

To become a member of the Editorial Board and the Scientific Committee, it should require: to be professor (*Catedrático*) of some University and/or a Center of Research; to be older than 50 years old; to be a renowned professor within the scholarship. All these requirements should be accomplished when they accede to any of these bodies.

VII. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

Original should be send to the e-mail address: teoria.derecho@uv.es

You can also send it by post a manuscript and a digital copy to Revista Teoría & Derecho. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entlo, 46010-Valencia.

VIII. Databases

LATINDEX: accomplishing 33 quality criteria (of 33 criteria): <http://www.latindex.unam.mx/buscador/paraCum.html?tipoR=2&tipo=1&folio=16791>

RESH: <http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE: <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

ANEP: Category B

CIRC: Integrated Classification of Scientific Journals: <http://epuc.cchs.csic.es/circ/> RESH: <http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

ISOC: Database Unity ISOC. Review of Scientific Publications

NORMAS
ÉTICAS Y
DECLARACIÓN
DE BUENAS
PRÁCTICAS

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Tirant lo blanch, como editor de la Revista “Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico”, y su Comité editorial, son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas a la Revista, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la Revista.

OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales. Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden hallarse en la página web de la Revista (<http://teoriayderecho.tirant.com>) y que se incluyen en cada número.

OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores deben velar por asegurar la calidad científica y académica de la Revista, siendo los principales responsables de la legalidad existente en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio. El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva.

La confidencialidad será protegida especialmente durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Toda información no publicada, argumentos o interpretaciones contenidas en un original remitido a la Revista no podrá ser utilizado en investigaciones desarrollada por los editores.

OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, con especial interés por mantener la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial.

ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

Tirant lo Blanch, as editor of the Journal “Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico”, and its Editorial Board, have the responsibility to establish and maintain guidelines for selecting and accepting papers submitted to this journal, and assuming the responsibilities arising from this process.

ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

Authors should ensure that they have written entirely original works and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal (<http://teoriayderecho.tirant.com/>) and included in the issues.

ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the Journal, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights. The editor should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits.

Confidentiality shall be strongly protected during the peer-review process. Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor’s own research.

ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*




www.tirantonline.com


Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com



tirant lo blanch

teoría & derecho

<http://teoriayderecho.tirant.com>

<http://teoriayderecho.com>

libertad de pensamiento

razón

ideas

inteligencia

teoría

debate

ilustración

praxis

verdad

lógica

n.º 17

SCUR

PVP 55,00€

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO

17/2015