

UN JUEZ PARA LA DEMOCRACIA

LIBRO HOMENAJE A
PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ

Directores

Guillermo PORTILLA CONTRERAS
Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ

Coordinadores

Esther POMARES CINTAS
Juan Luis FUENTES OSORIO

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

© Copyright fotografía Antonio Remiro Brotons realizada por Carlos Espósito

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1324-412-9
Depósito Legal: M-33743-2019

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

ÍNDICE

LAUDATIO	13
GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS Y FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ	
NOTA CURRICULAR.....	31

PERFIL DEL JUEZ HOMENAJEADO

1. LAS DISIDENCIAS DE UN JUEZ.....	37
MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, CARMEN JUANATEY DORADO, ENRIQUE ANARTE BORRALLO	
2. SUSTANCIALES APORTACIONES DE LA OBRA DE PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ.....	63
IGNACIO MUÑAGORRI LAGUÍA	

EL GARANTISMO EN EL PROCESO PENAL

3. LAS GARANTÍAS DE LA PRUEBA COMO FUENTE DE LEGITIMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN	81
LUIGI FERRAJOLI	
4. INDEPENDENCIA, INTERPRETACIÓN Y CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO PENAL.....	97
GONZALO QUINTERO OLIVARES	
5. LAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE NUESTRO PROCESO PENAL VIGENTE: SIN RUMBO DEFINIDO NI IDENTIDAD PROPIA....	123
JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER	

UN SISTEMA PENAL PARA LA APOROFOBIA

JUAN M. TERRADILLOS BASOCO
*Catedrático de Derecho penal. Profesor Emérito
Universidad de Cádiz, España*

SUMARIO: 1. Desigualdad como dato. 2. Política criminal de exclusión. 2.1. Bases ideológicas. 2.2. Manifestaciones. 3. Política criminal del Estado Social de Derecho. 3.1. Bases ideológicas. 3.2. Pautas político-criminales. 4. Epílogo. Bibliografía.

1. DESIGUALDAD COMO DATO

Adela CORTINA ha venido proponiendo, desde 1990, una reflexión hoy compartida mayoritariamente: en nuestras sociedades, regidas por el principio del intercambio, quien, en términos mercantiles, no puede aportar nada, es objeto de rechazo sistemático. Cuando en 2017 publica su *Aporofobia, el rechazo al pobre*, con el subtítulo *Un desafío para la democracia*, complementa el diagnóstico: el rechazo al pobre se traduce en negación de sus posibilidades de acceso a los derechos fundamentales, y, por ende, lanza un serio reto institucional a los sistemas democráticos. Un sistema penal para la *aporofobia* es el que incorpora elementos de complicidad instrumental con el modelo neoliberal en el rechazo directo del pobre y en el enervamiento de sus derechos humanos.

Ese marco económico globalizado acepta y reproduce tanto la pobreza como la desigualdad entre individuos y grupos. En 2013, vivían en condiciones de pobreza extrema 767 millones de personas, alejadas del “*acceso a buena educación, atención de salud, electricidad, agua salubre y otros servicios fundamentales*”¹. La pobreza es particularmente evidente en los escalones más bajos de la pirámide social: si las personas sometidas a trabajos forzosos pasaron de 12,3 millones en 2004 a 20,9 en 2011², la esclavitud, a la que se encuentran sometidos 45 millones de personas³, sigue siendo un fenómeno vivo y ubicuo, detectable tanto en las economías débiles como en las pujantes⁴.

La imagen de la desigualdad es igualmente desasosegante: en 2017 los ocho individuos más ricos del planeta tenían tanta riqueza como la mitad de población

¹ BANCO MUNDIAL, 2018.

² TERRADILLOS, 2017a, p. 252.

³ WALK FREE FOUNDATION, 2016.

⁴ GARCÍA SCHWARZ, 2014, pp. 2.079-2.084.

más pobre⁵. La situación, compartida también por España⁶, es inaceptable. El Foro Económico Mundial, Davos 2018, constata la resiliencia de la desigualdad que ya había denunciado en 2017⁷, cuando advertía que su crecimiento sería una de las cinco tendencias determinantes de los acontecimientos mundiales ulteriores⁸. La desigualdad ya no solo es manifestación de rechazo sistémico al pobre: como en el título de Adela CORTINA, constituye un –temido por el Foro– desafío al sistema. A partir de la incontestable presencia de la desigualdad, traducida en enriquecimiento de pocos y en el coherente empobrecimiento de muchos, es lícito barruntar que las diferencias en el acceso a bienes económicos se reproducen en el ejercicio de los derechos vinculados a ellos.

2. POLÍTICA CRIMINAL DE EXCLUSIÓN

Se puede adelantar, como hipótesis, que, efectivamente, las políticas criminales más comunes ratifican ese temor, y que optan por estrategias de exclusión. Desde esta perspectiva, en una sociedad estructuralmente desigual y discriminante, la idoneidad y eficiencia de la política criminal depende de su capacidad para aceptar y reforzar la preexistente exclusión de sectores de ciudadanos; hayan entrado (criminalización secundaria y terciaria) o no (criminalización primaria) en contacto efectivo con los aparatos de control penal.

2.1. Bases ideológicas

a) Los modos

El actual giro político-criminal hacia la exclusión se nutre de aportes ideológicos –funcionalismo, gerencialismo y punitivismo–, no diseñados inicialmente para dar sustento a un sistema penal para la *aporofobia*, pero que le han prestado un argumento cómplice. El funcionalismo pretende, más que constituirse en programa, ser instrumento de descripción científica de lo que hay y de cómo funciona. Su perspectiva aséptica se confiesa conservadora, pues no cuestiona las estructuras del sistema y sus limitadas críticas se dirigen *ad intra*.

La función asignada al sistema penal consiste en asegurar la vigencia del Derecho, cuestionada por quien frustra expectativas sociales de sometimiento a la norma, especialmente por quien “*se ha apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho... [y] no presta la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona...*”. La reafirmación normativa exige la imposición de una pena, que no es sino instrumento neutralizador de enemigos peligrosos⁹.

⁵ OXFAM, 2018.

⁶ MOLINA, 2018.

⁷ FEM, 2018, p. 9.

⁸ FEM, 2017, p. 11.

⁹ JAKOBS, 2003, p. 40.

Por su parte, el gerencialismo (*New Public Management*) aporta a la gestión de lo público la racionalidad neoliberal¹⁰, dirigida más a la obtención de rendimientos que de resultados¹¹. El ciudadano deja de ser titular de derechos para ser consumidor de servicios, y las administraciones públicas, más que a tareas de gobierno que desarrollan programas políticos, han de dedicarse a tareas de gobernanza¹², buscando la rentabilidad mediante una cuidadosa ponderación de costes-beneficios, realizada con los métodos actuariales propios de la sociedad de riesgo¹³.

Como la finalidad primera es optimizar la oferta de servicios, las instituciones penales están obligadas a una exhibición permanente de eficiencia, con consecuencias altamente negativas: las fuerzas policiales, para provocar una mejor valoración de sus éxitos, caen en la tentación de potenciar la sensación social de inseguridad, pasando de ser gestores de seguridad a generadores de miedo; se concentran en operaciones de fácil descubrimiento o prueba, descuidando actuaciones más complejas; y dan preeminencia al control autoritario de calle, sobre la prevención real de delitos¹⁴. Además, el sistema judicial queda en manos de jueces *demediados*, ajenos a los desafíos de una realidad injusta, conflictiva y cambiante, y dotados para el manejo rutinario, formal y acrítico de las categorías jurídicas¹⁵. El ejercicio de la jurisdicción queda, así, connotado por el formalismo y la previsibilidad de las resoluciones, que asientan su solidez en la vinculación al precedente, con preterición de la solución justa para el caso concreto y de los derechos fundamentales implicados en el pleito¹⁶.

También, el sistema penitenciario, presionado por la necesidad de economizar recursos, reduce los programas inclusivos –caros y de resultados no mensurables– e intensifica los de inocuización/exclusión –baratos, eficientes y de resultados visibles–. A su vez, la prevención o los derechos del condenado ceden ante las estrategias de satisfacción a las víctimas y al entorno que les fabrican los *mass media*.

La tercera fuente legitimadora del Derecho penal de exclusión es el punitivismo, representado paradigmáticamente por dos normas USA de 2001, que incorporan estrategias político-criminales de guerra total al enemigo, profusamente imitadas en Derecho comparado: la *Patriot Act* y la orden presidencial *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism*. En la década anterior, el alcalde Giuliani había traducido la “teoría de las ventanas rotas” en políticas securitarias de tolerancia cero, con aplicación generosa de la regla “*stop and catch*”, que autoriza detenciones policiales arbitrarias atendiendo a estereotipos de pobreza.

b) El fondo

Así, las tres corrientes vienen a confluír en un denominador común: búsqueda de eficiencia mediante la neutralización contundente de lo disfuncional. Pero,

¹⁰ VIGOUR, 2006, p. 435.

¹¹ BRANDARIZ, 2016, p. 197.

¹² BELL, 2011, p. 179.

¹³ GARLAND, 1997, p. 185.

¹⁴ PAREDES, 2016, p. 169.

¹⁵ ANDRÉS, 2017, p. 115.

¹⁶ JORGE BARREIRO, 2017, p. 39.

como no elaboran criterios autónomos de identificación de la disfuncionalidad, han de acudir a la importación servil de criterios externos. El entorno ideológico que los suministra es el “consenso de Washington”: la aceptación del modelo económico globalizado, que, con la bandera del neoliberalismo como ortodoxia, se traduce en políticas desregularizadas, en las que el Estado se limita a garantizar las condiciones de existencia de los mercados. Estos, como eficientes y completos que son, se mueven a los solos requerimientos de la *lex mercatoria*, que, de acuerdo con el objetivo programático neoliberal –fomento de la competencia–, configura un universo darwiniano, que, liberado del perturbador aparato público, asegura la supervivencia solo de los más competitivos¹⁷.

En ese marco, en el que la evaluación de resultados no se produce por contraste con los valores sino con la rentabilidad, la lógica neoliberal no puede dejar de chocar objetivamente con los derechos fundamentales¹⁸, pues los mercados no se plantean su defensa. El objetivo es otro: obtención del máximo beneficio, dentro del respeto, advierte FRIEDMAN, a las reglas del juego¹⁹. La situación resultante se define por el fortalecimiento del aparato securitario, y la mengua del asistencial, lo que genera, inevitablemente, exclusión. Y, para superarla, se requiere la intervención paliativa del Estado, en garantía de tutela pública, tanto legislativa como jurisdiccional²⁰, de los derechos sociales de los más vulnerables.

Intervención también penal. Lo que no significa optar por un punitivismo exacerbado, atribuido por cierto sector doctrinal a las políticas criminales inclusivas, propias del Estado Social, mientras que el Estado liberal, que rehúye las políticas de integración en favor de las de control, se serviría de un deseable Derecho penal de mínimos. Estas tesis se apropian de la bandera de los derechos civiles y políticos –cuya tutela se manifiesta ante todo en la no injerencia estatal–, con la consiguiente deslegitimación de otras visiones y preferencias sociopolíticas²¹, que potencian las competencias y responsabilidades estatales en garantía de los derechos sociales –cuya tutela exige políticas de intervención teleológicamente orientada²²– a las que se les cuelga el sambenito de totalitarias.

El sofisma no se sostiene. Mientras en los países nórdicos europeos, que conservan elementos del legado socialdemócrata y dispensan a los derechos sociales una protección “robusta”²³, se contabilizan en torno a 60 presos por cada 100.000 habitantes²⁴; en los Estados Unidos de América o en Rusia, paradigmas de sistema económico neoliberal, la cifra de presos es superior a 600. El rigor penal desmedido acompaña también a otros entornos que reproducen el modelo: Chile de Pinochet, Perú de Fujimori, Filipinas de Duterte.

¹⁷ HARVEY, 2007, pp. 27-28.

¹⁸ ANDRÉS, 2017, p. 121.

¹⁹ FRIEDMAN, 1970.

²⁰ ANDRÉS, 1999, p. 14.

²¹ SCHOLZ, 2017, pp. 222 y 226.

²² FRIED, 1978, pp. 132-134.

²³ MORALES, 2015, p. 148.

²⁴ EUROSTAT, 2018.

2.2. Manifestaciones

Las estrategias político-criminales *aporofóbicas* tienen una vertiente dulce, etiquetada como Derecho penal del amigo²⁵, tolerante con el delincuente de cuello blanco, responsable de graves delitos contra derechos sociales y bienes jurídicos colectivos, que se vale, en su organizada praxis, de estructuras corporativas transnacionales, con forma de persona jurídica, cuya impunidad alimentan los mecanismos de *compliance* y garantizan autoridades corruptas.

Estas manifestaciones de complicidad con el infractor son particularmente visibles en el modo en que se afrontan los delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social: persecución supeditada a condiciones objetivas de punibilidad que no se admiten en otros delitos económicos y que varían en razón de las características del autor²⁶; amnistías tributarias que aseguran la rentabilidad del delito; paraísos fiscales, que blindan los beneficios del infractor invitándole a delinquir, y que no podrían funcionar sin el apoyo de la banca “respetable”, en un didáctico ejemplo de que, donde no se regula la economía lícita, no se regula la ilícita; regularizaciones que permiten excluir la responsabilidad penal solo del infractor con capacidad económica, etc., son mecanismos de connivencia con el “amigo” incompatibles con lo exigido por el principio de igualdad ante las obligaciones tributarias.

Por el contrario, frente al indigente, disfuncional a los requerimientos del sistema económico-político, se implementan respuestas muy próximas al Derecho penal del enemigo, castigando, incluso con cárcel –como hace el CP español– infracciones triviales: hurtos de cuantía despreciable; venta ambulante al por menor de productos con marca conocidamente falsa, fraudes del trabajador “en negro” a la Seguridad Social sin perjuicio cuantificable, etc. Se trata de infracciones de bagatela que no son cometidas por los sujetos instalados en el sistema, sino por los marginados. Su represión penal exacerbada desconoce requerimientos del principio de lesividad –que ofrece criterios suficientes para negar legitimación a una determinada prohibición penal²⁷– y constituye al Derecho penal en prolongación punitiva de los mecanismos de exclusión propios de la economía de mercado.

3. POLÍTICA CRIMINAL DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

3.1. Bases ideológicas

Las estrategias político-criminales neoliberales se sitúan en un contexto caracterizado por la vigencia del principio de igualdad formal ante la ley, y asumen la falsa percepción de que, una vez proclamado el principio, la igualdad queda instalada como integrante natural e inmovible de la vida social. Coherentemente, la tutela penal se dispensa al “yo *sin atributos, propio del liberalismo*”²⁸, titular de los deno-

²⁵ VIDALES, 2013, p. 269.

²⁶ TERRADILLOS; BOZA, 2017, pp. 168-175.

²⁷ PORTILLA, 1989, p. 735.

²⁸ ALCÁCER, 2017, p. 125.

minados derechos humanos de primera generación –vida, libertad ambulatoria o sexual, propiedad–, que, como derivados de la dignidad propia de toda persona por el mero hecho de serlo, tienen carácter universal y anclaje iusnaturalista²⁹.

En los marcos teóricos de vigencia de los derechos civiles y políticos, en los que se integran sujetos libres e iguales, cuyas posibilidades de participación en la riqueza dependen de cada uno de ellos, la intervención de los poderes públicos ha de ser residual y, coherentemente, la política criminal será una política de mínimos. El Derecho penal propio de esta utópica sociedad “monoclase”³⁰ visualiza al varón, blanco, propietario, cristiano y heterosexual. Y desconoce la desigualdad que mina las posibilidades de ejercicio pleno de sus derechos por parte de la mujer, del emigrante, del menesteroso o del heterodoxo en materia sexual o religiosa³¹.

Con presupuestos distintos, el Estado Social de Derecho toma la igualdad no como dato preexistente, sino como *desiderátum*. Para alcanzarlo, las políticas públicas –y, entre ellas, las estrategias político-criminales– deben constituirse en instrumento de emancipación igualitaria. Han de dirigirse, por ello, a garantizar los derechos humanos convencionalmente etiquetados como “sociales”: los que corresponden a cada persona “*como trabajador, como consumidor, como vecino de una ciudad, como miembro de una comunidad cultural o lingüística, como enfermo, como minusválido, como mujer aún discriminada, etc.*”³².

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce buena parte de ellos: a la salud física y psíquica, al correcto funcionamiento de las administraciones públicas, a la protección de la infancia y de la mujer frente a la explotación, a una educación orientada al pleno desarrollo de la personalidad, o a la capacitación para una participación social efectiva. O el derecho al trabajo, de especial relevancia por cuanto, en sí mismo, comporta trabajar con derechos³³.

Finalmente, el Derecho penal ha de incorporar la tutela de los derechos económicos y sociales de tercera generación –p. ej., el derecho a “*la higiene del trabajo y del medio ambiente*” o a “*una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades*”, ambos presentes en el PIDESC–, de los que es titular el individuo ubicado en un entorno global en el que puede intervenir participativamente. Cuando los Códigos penales actuales castigan los delitos contra la biodiversidad, contra la paz, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros o contra el patrimonio cultural de la humanidad, no hacen sino proteger derechos de esta naturaleza. El Estado Social de Derecho asume la promoción de todos los derechos humanos, pues solo así –afirma el PIDESC– puede posibilitar “*el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria*”, pero hay diferencias en el modo de abordar la tutela de los derechos de primera generación y los de segunda o tercera.

²⁹ BOBBIO, 2004, p. 203.

³⁰ ANDRÉS, 2017, p. 123.

³¹ SANTOS, 2014, p. 60.

³² PECES BARBA, 1978, p. 189.

³³ MONEREO, 2017, p. 367.

La proclamación de los primeros, pocos y esenciales³⁴, es simple constatación de que preexisten a las formas concretas de organización social. Pero los segundos son construcción histórica *ex novo*: contemplan a su titular situado en un entorno que es también construcción histórica. En consecuencia, si la protección de aquellos –libertades negativas³⁵– se materializa en la no interferencia del Estado en la vida personal o social, la de estos requiere una diligente intervención pública para dirigir los procesos sociales hacia un orden igualitario y libre, en línea con el art. 9.2 de la Constitución Española, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones que aseguren –y a remover los obstáculos que se le opongan–, la igualdad material de individuos y grupos, “*en la vida política, económica, cultural y social*”. Dentro de ese contexto teleológico, corresponde específicamente a la política criminal la tutela preventiva de bienes jurídicos funcional a los objetivos generales.

3.2. Pautas político-criminales

Son, pues, necesarias políticas dirigidas al reforzamiento de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos en que se viene evidenciando su vulnerabilidad específica.

a) En el trabajo

La vigencia de estos derechos en el trabajo es elemento esencial del contrato implícito que mantiene unidas a las sociedades. Si las expectativas en relación con el empleo se frustran, las consecuencias sociales y políticas serán de envergadura y no positivas³⁶. Se trata de derechos asociados al concepto de trabajo decente, que vienen a asegurar “*que la libertad y la democracia no se queden a las puertas del centro de trabajo*”³⁷, y que, en el PIDESC, se concretan en derecho al salario digno y equitativo, a la no discriminación, a la seguridad, a la libertad sindical, a la seguridad social, etc.

El sistema penal, en consecuencia, no puede dejar de considerar la criminalización de las conductas graves de explotación laboral –especialmente del sometimiento a servidumbre o esclavitud, no tipificado expresamente en España³⁸– y de sus corolarios, como el acoso sexual en el trabajo; de obstaculización de los derechos de negociación colectiva y sindicales³⁹; de discriminación laboral –en términos técnicamente más adecuados que los del inaplicable art. 314 del CP español⁴⁰–; de puesta en peligro grave de la vida y salud de los trabajadores⁴¹, etc.

³⁴ BOBBIO, 2004, p. 68.

³⁵ SCHOLZ, 2017, p. 221.

³⁶ FEM, 2018, p. 9.

³⁷ BAYLOS, 2008.

³⁸ TERRADILLOS, 2017a, pp. 247 y 255.

³⁹ BAYLOS; TERRADILLOS, 1986, p. 33.

⁴⁰ DE VICENTE, 2018, pp. 16-17.

⁴¹ TERRADILLOS, 2017b, pp. 137-142.

b) Frente a los riesgos ambientales

A pesar de la proclamada implicación internacional frente al delito ecológico, los países desarrollados, primeros generadores de contaminación, siguen exportándola hacia los menos potentes económicamente, con la consiguiente lesividad para la vida y salud de sus vulnerables moradores.

Así, las políticas inclusivas han de asumir la lucha frente a los riesgos ambientales, específicamente los desencadenados por la contaminación, responsable de más del diez por ciento de las muertes en el mundo, concentradas “*abrumadoramente*” en los países más pobres. Pero también han de intentar aminorar los efectos de la crisis del agua o del cambio climático, lo que supone tanto como defender vida y salud de amplísimos sectores de población. Y han de proteger la biodiversidad, tan vulnerable que en solo el último cuarto del siglo pasado las poblaciones vertebradas disminuyeron en un 50%, y tan esencial que más del 75% de los alimentos del mundo proviene de apenas doce plantas y cinco especies animales⁴².

Una política criminal atenta a la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, ha de abordar la criminalización de los comportamientos más gravemente contaminantes o atentatorios al equilibrio de los sistemas naturales. En este sentido se orientan el Derecho comparado –con excepciones como Uruguay, que prefiere soluciones *soft law*– y el internacional: en la Unión Europea, p. ej., la Directiva 2008/99/CE, advierte la insuficiencia de las sanciones civiles o administrativas, y, en consecuencia, emplaza a los Estados a la criminalización de los autores, incitadores y cómplices –incluidas personas jurídicas– de ataques ambientales relevantes, por dolo o por imprudencia grave, imponiéndoles penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, que reflejen la intensa desvaloración social que recae sobre estas conductas.

c) Bagatela y *apofobia*

La marginación por excelencia es la que se concreta en la exclusión de una persona del ámbito de ejercicio de sus derechos de participación igualitaria en la economía, en la dinámica social o en la vida cultural. Por ello, cuando el Estado Social de Derecho se enfrenta a la situación del marginal, su deber –*ex* artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y 6 del PIDESC– es el de promover políticas inclusivas, dirigidas a sacarle de la pobreza⁴³. Exactamente en las antípodas de la utilización del sistema penal para la represión del marginal inadaptado, paradigmáticamente encarnado por el inmigrante irregular, sobre el que pesa, por el solo hecho de serlo, la amenaza de expulsión y devolución al Estado del que puso todo su empeño en salir. La expulsión del extranjero, como respuesta preferente de la Unión Europea a la inmigración irregular, constituye un instrumento penal y extrapenal de exclusión incompatible con la identidad misma del Estado Social de Derecho, obligado a la integración de todos en derechos humanos y libertades fundamentales⁴⁴.

Exclusión adelantada en los casos de negativa a la recepción tanto del irregular como del solicitante de asilo. La legislación “*stop Soros*” en Hungría, las negativas italianas al atraque de barcos con refugiados, las tan expeditivas como peligrosas maniobras turcas para cumplir con sus obligaciones contractuales –bien retribuidas– de evitar el acceso de inmigrantes a la Unión Europea, la instalación de campos de refugiados en los países de origen, etc., son manifestación de estrategias político-criminales excluyentes y negadoras de los derechos humanos básicos, que, en el Estado Social deberían ser objeto de protección penal acentuada, dada la vulnerabilidad de sus titulares.

d) Autotutela informal y formal

La tipificación penal de los ataques más graves a los derechos sociales es condición necesaria, pero no suficiente, de su vigencia porque cuando las víctimas son especialmente vulnerables no siempre podrán activar las posibilidades, institucionales o no, de tutela. Dada la naturaleza de *ultima ratio* del Derecho penal, compete al Estado de Derecho garantizar los mecanismos de autotutela colectiva con que las víctimas de la desigualdad pueden intentar equilibrar situaciones individuales de objetiva desventaja. La libertad sindical es un paradigmático instrumento de autotutela colectiva que cumple, además, una relevante función institucional. Sin embargo, en la última década⁴⁵, el sistema sancionatorio español, p. ej., ha implementado una auténtica batería de normas –leyes orgánicas 7/2012, 1/2015, 4/2015–, dirigidas a obstaculizar el ejercicio de la libertad sindical, ampliando los criterios de responsabilización, civil o penal, de los sindicatos⁴⁶, y recortando el ejercicio de los derechos de expresión, participación política y huelga de los trabajadores⁴⁷, en términos que pueden significar la negación de sus contenidos esenciales.

También las posibilidades de tutela jurisdiccional de derechos de los ciudadanos acomodados son más consistentes que las del imputado estándar. Este, en efecto, puede ofrecer escasa resistencia a la actual deflación del proceso penal, asentado en las aportaciones de la instrucción, incluso del atestado, y abogado a una sentencia condenatoria aceptada por el acusado (por adhesión)⁴⁸. En ese marco, el ciudadano menesteroso contará con posibilidades menores de sustraerse a las presiones de un proceso transaccional en el que juega como elemento más débil.

4. EPÍLOGO

El sistema penal se emplea discriminatoriamente frente a sujetos que, al margen de la lesividad de su conducta, presentan, como denominador común, su condición de pobres. Revertir esta situación requiere la implementación de estrategias político-criminales presididas por las ideas de igualdad y de inclusión, con medios diferentes pero complementarios. Por un lado, con la criminalización de los ata-

⁴² FEM, 2018, pp. 12-13.

⁴³ MONEREO; ORTEGA, 2017, p. 926.

⁴⁴ TERRADILLOS, 2014, pp. 136-137.

⁴⁵ PÉREZ ROYO, 2018.

⁴⁶ TERRADILLOS, 2012.

⁴⁷ TERRADILLOS; BOZA, 2014, pp. 309 y 315.

⁴⁸ ANDRÉS, 2018, p. 1479.

ques más graves a los derechos sociales solo cuando así lo avalen los principios de necesidad, merecimiento y oportunidad de pena, evaluados a partir de la especial vulnerabilidad fáctica de los ciudadanos menesterosos. Por el otro, mediante la erradicación del ordenamiento jurídico de normas sancionadoras que, obedientes a las propuestas de “tolerancia cero” frente al desorden, vetan el ejercicio de alguno de estos derechos. Así mismo, se impone derogar los preceptos que, ajenos a los principios de lesividad e igualdad, convierten al Derecho penal en garante y refuerzo instrumental de situaciones discriminatorias fruto de la exclusión social. Precisamente porque los derechos económicos, sociales y culturales son el paradigma de los derechos de inclusión.

La necesaria integración de la política criminal en la política *lato sensu* requiere de esta la implicación de las instituciones públicas en la cancelación de los privilegios responsables de la reproducción de los sistemas de segregación social, como primer paso hacia la materialización de la lucha por los derechos de todos⁴⁹. La implicación de lo público es tanto más necesaria en la medida en que las políticas que eluden sus obligaciones de tutela de los derechos humanos, confiando a los mercados desregulados la dirección de las dinámicas sociales, conducen a resultados incompatibles con los objetivos de inclusión.

Finalmente, conviene observar que la defensa incondicionada de los derechos humanos civiles y políticos –tradicionalmente asociados a la afirmación de dignidad personal– no solo es compatible con la de los derechos sociales –torticeramente asociados a colectivismos totalitarios–. Por el contrario, unos y otros se exigen recíprocamente: la tutela de los derechos de libertad es *conditio sine qua non* para el respeto a los derechos sociales de igualdad y promoción inclusiva; y sin el ejercicio de estos, aquellos quedarían sin contenido.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZER GUIRAO, R. (2017), “Cocinar Cristos y quemar coranes. Identidad religiosa y Derecho Penal”, en *Jueces para la Democracia*, n. 90, pp. 125-140.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1999), “Garantía judicial de los derechos humanos”, en *Claves de la Razón Práctica*, n. 90, pp. 10-17.
- , (2017), “Sobre la pobreza cultural de una práctica (judicial) sin teoría”, en *Derecho. PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, n. 79, pp. 111-126. En <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.006>
- , (2018), “Sobre los altos tribunales y la «mística» de la inmediatez”, en De la Cuesta Aguado, y otros (coord.): *Liber amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. H. c. Juan M. Terradillos Basoco*, Valencia, pp. 1479-1490.
- BANCO MUNDIAL (2018), en <http://www.bancomundial.org/es/topic/poverty/overview#1>
- BAYLOS GRAU, A. (2008), “Acción mundial por el trabajo decente”, en <http://baylos.blogspot.com.es/2008/10/accin-mundial-por-el-trabajo-decente-el.html>
- BAYLOS GRAU, A.; TERRADILLOS BASOCO, J. M. (1986), “Protección penal de la libertad sindical y el derecho de huelga”, en *Relaciones Laborales*, n. 1, pp. 30-54.

- BELL, E. (2011), *Criminal Justice and Neoliberalism*, Basingstoke.
- BOBBIO, N. (2004), *A era dos direitos*, Rio de Janeiro.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2016), “El New Public Management y las políticas penales”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 87, pp. 181-219.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2018), *El discurso del odio*, Valencia.
- EUROSTAT, (2018), *Prisoners by citizenship*, actualizado a 11-01-2018. En <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>
- FEM-FORO ECONÓMICO MUNDIAL (2017), *Informe de Riesgos Globales. 2017. 12ª edición*, Ginebra. En <http://wef.ch/risks2017>
- FEM-FORO ECONÓMICO MUNDIAL (2018), *Informe de Riesgos Globales. 2018. 13ª edición*, Ginebra. En <https://www.marsh.com/mx/insights/research/informe-global-de-riesgos-2018.html>
- FRIED, C. (1978), *Right and Wrong*, Cambridge.
- FRIEDMAN, M. (1970), “The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits”, en *The New York Times Magazine*, 13.09.1970. En <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>
- GARCÍA SCHWARZ, R. (2014), “Trabajo forzoso”, en Baylos Grau, Florencio Thomé, García Schwarz, (coords.): *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo*, Valencia, pp. 2069-2086.
- GARLAND, D. (1997), “‘Governmentality’ and the problem of crime: Foucault, criminology, sociology”, en *Theoretical Criminology*, vol. 1, n. 2, pp. 173-214.
- HARVEY, D. (2007), *Breve historia del neoliberalismo. Cuestiones de antagonismo*, Madrid.
- JAKOBS, G. (2003), “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs, Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, pp. 19-55.
- JORGE BARREIRO, A. (2017), “Un ejercicio de la jurisdicción en el que se aúnan los principios y las garantías constitucionales con los valores personales”, en *Jueces para la Democracia*, n. 90, pp. 32-42.
- MOLINA TEMBOURY, L. (2018) “El decepcionante informe del Banco de España sobre la desigualdad”, en <https://economistasfrentealacrisis.com/el-decepcionante-informe-del-banco-de-espana-sobre-la-desigualdad/>
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2017), “Derecho al trabajo. Art. 1 de la Carta Social Europea”, en Monereo Atienza, Monereo Pérez, (dir.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, pp. 361-393.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; ORTEGA LOZANO, P. (2017), “Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social. Art. 30 de la Carta Social Europea”, en Monereo Atienza, Monereo Pérez, (dir.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, pp. 925-958.
- MORALES, L., (2015), *Derechos sociales, constitucionales y democracia*, Madrid.
- OXFAM (2018), *Informe 2018*, en <https://www.oxfam.org/es/sala-de-prensa/notas-de-prensa/2018-01-22/el-1-mas-rico-de-la-poblacion-mundial-acaparo-el-82-de-la>
- PAEDES CASTAÑÓN, J. M. (2016), “Punitivismo y democracia: las “necesidades sociales” y la “voluntad popular” como argumentos político-criminales”, en *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n. 4, pp. 153-202.
- PECES BARBA, G. (1978), *Libertad, poder, socialismo*, Madrid.
- PÉREZ ROYO, J. (2018), “La derogación no es suficiente”, en *eldiario.es*, 10/06/2018. En https://www.eldiario.es/zonacritica/derogacion-suficiente_6_780481954.html
- PORTILLA CONTRERAS, G. (1989), “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 39, pp. 723-748.
- SAMPAIO, P. de A. Jr. (2018), “Brasil: la urgencia de una alternativa”, en *SinPermiso*, 22.04.2018. En www.sinpermiso.info/textos/brasil-la-urgencia-de-una-alternativa
- SANTOS, B. de S. (2014), *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*, 2ª ed., São Paulo.

⁴⁹ SAMPAIO, 2018.

- SCHOLZ, J. M. (2017), "As apropriações dos direitos humanos no Brasil: O caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)", en *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, vol. 9, n. 2, pp. 214-243.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2012), "La reforma penal: cerrando el círculo", en *Nueva Tribuna*, 18.11.2012. En <http://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/la-reforma-penal-cerrando-el-circulo/20121118121531084177.html>
- , (2014), "El delito de inmigración ilegal y la trata de personas", en Pérez Cepeda, (dir.), *El Proyecto de Reforma del CP de 2013, a debate*, Salamanca, pp. 133-159.
- , (2015), "Corrupción, globalización y Derecho penal económico", en *Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú*, n. 74, pp. 11-26.
- , (2017a), "Explotación laboral, trabajo forzoso, esclavitud ¿Retos político-criminales para el Siglo XXI?", en D'Ambrosio, (coord.): *Direito do Trabalho, Direito Penal do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e a Reforma Trabalhista (Edição comemorativa dos 10 anos do IPEATRA)*, São Paulo, pp. 245-259.
- , (2017b), "Protección penal de los derechos de los trabajadores. Veinte años de experiencia aplicativa en España", en Silva Forné, (coord.): *Derecho Penal del Trabajo y responsabilidad penal del empleador*, Montevideo, pp. 125-147.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.; BOZA MARTÍNEZ, D. (2014), "Seguridad del Estado y represión del ejercicio de libertades públicas (reunión, manifestación) en la perspectiva del cambio constitucional", en *Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, n. 23, pp. 305-328.
- , (2017), *El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales. Lecciones*, Albacete.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C. (2013), "Derecho penal del amigo (Reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social)", en *Revista de derecho y proceso penal*, n. 32, pp. 269-285.
- VIGOUR, C. (2006), "Justice: l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques", en *Droit et société*, n. 63-64, pp. 425-455.
- WALK FREE FOUNDATION (2016), *Global Slavery Index 2016*, en <http://www.globallslavery-index.org/media/45-8-million-people-enslaved-across-world/>