

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de València.  
Abogado

# LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS LIBERTADES

Discurso de Ingreso en la Academia Valenciana  
de Jurisprudencia y Legislación

\* \* \*

Contestación del Académico de Número  
Excmo. Sr. Don Luis Miguel Romero Villafranca



ACADEMIA VALENCIANA  
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

## PRESENTACIÓN

EXCMO. SR. PRESIDENTE DE LA ACADEMIA VALENCIANA  
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN,  
EXCMOS. SRES. ACADÉMICOS,  
MIEMBROS DE LA JUNTA DE GOBIERNO DEL ILUSTRE COLEGIO  
DE ABOGADOS DE VALENCIA,  
COMPAÑEROS, AMIGOS,  
SEÑORAS Y SEÑORES:

El 16 de diciembre de 1.832, el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia fundó la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, llamada en un principio **Real Academia de Practica Forense de Maria Cristina** teniendo como fines esenciales la investigación y la práctica del Derecho y de sus ciencias auxiliares, debiendo además contribuir a las reformas y progresos de la legislación española.

Desde entonces se constituyó en el foro jurídico de más alto nivel científico de la hoy Comunidad Valenciana, como lo atestiguan la sola mención de los nombres de algunos académicos que a la misma pertenecieron, como Rodríguez de Cepeda, Eduardo Attard, Pérez Pujol o Cristóbal Pascual y Genís, por citar sólo algunos del siglo pasado.

Vinculada desde sus inicios a la vida del ICAV pero con vocación de abarcar en ella a los miembros más ilustres de todo el abanico jurídico, como la Universidad, la Judicatura, la Fiscalía, las Notarios, los Registros o Corredores de Comercio, ha pasado, como tantas Instituciones, por momentos de crisis y de esplendor, como los fueron los de 1.860, o los más recientes de 1.943 siendo Presidente el Decano Martínez Sabater, o 1.967 con Emilio Attard.

La Academia Valenciana tiene entre sus fines, junto al estudio e investigación más riguroso de las instituciones jurídicas, la versación en la práctica y el reciclaje de los jóvenes que acceden a la vida profesional, y dadas las circunstancias sociales en que la Abogacía se desenvuelve desde hace ya algunos años, con la incorporación masiva de li-

cenciados al ejercicio profesional, se vió obligada a dedicar lo mejor de sus desvelos a la promoción de los jóvenes a través de la formación, y así cuenta con una **Escuela de Práctica Jurídica** del mayor prestigio, e igualmente, con este fin, ha intensificado la realización de Conferencias, Cursos y Jornadas de formación y reciclaje.

Consolidadas estas dos facetas de la Academia, en una línea constante de superación y mejora, la **Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación** dedicó bajo mi mandato su mayor atención a la labor científica de investigación y a su proyección exterior habiendo conseguido reunir en Valencia hace dos años a todas las Academias de Ciencias Jurídicas españolas e Iberoamericanas, y renovando sus Estatutos y el cuerpo de Académicos de número, para lo que está contando con la colaboración inestimable y el generoso ofrecimiento de los estamentos y corporaciones jurídicas del mayor nivel, como son la Universidad, la Administración de Justicia y los Colegios de Notarios, Registradores, así como con el respaldo de la propia Generalitat Valenciana.

De entre estas Instituciones y Corporaciones, la Academia está proponiendo el nombramiento de los académicos más adecuados, para suplir las ausencias que el paso del tiempo ha producido, y poder cumplir las altas funciones que le esperan.

Y necesitando de juristas de relieve para esta nueva e ilusionante etapa, la Real Academia ha dirigido en estos días la mirada a nuestra Universidad, y en virtud de los muchos méritos que en él recaen, la **Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación** ha tenido a bien designar como nuevo Académico de Número al **Ilmo. Sr. D. Javier Boix Reig**, Catedrático de Derecho Penal, Abogado en ejercicio y Diputado 3º de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, de lo que el Ilmo. Sr. Secretario General de la Corporación, se servirá dar cuenta

# DISCURSO DE INGRESO COMO ACADÉMICO DE NÚMERO EN LA REAL ACADEMIA VALENCIANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

## LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS LIBERTADES

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de València. Abogado

EXCMO. SR. PRESIDENTE DE LA ACADEMIA VALENCIANA  
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN,  
EXCMOS. SRES. ACADÉMICOS,  
MIEMBROS DE LA JUNTA DE GOBIERNO DEL ILUSTRE COLEGIO  
DE ABOGADOS DE VALENCIA,  
COMPAÑEROS, AMIGOS,  
SEÑORAS Y SEÑORES:

### I. INTRODUCCIÓN

Cuando se me eligió como Académico de Número, tras sentir un profundo agradecimiento a quienes formularon la propuesta y la aprobaron, tres ideas convergieron simultáneamente. El convencimiento de que había compañeros con merecimientos mayores a los míos para ocupar este sillón; el sentimiento, al recibir tan alto honor, de que mis méritos, de haberlos, no son personales, sino consecuencia del proceso de formación de un jurista, que se conjuga tras varias generaciones y se nutre a su vez del entorno, por lo que sólo cabe mi agradecimiento a dichos familiares, pasados y actuales, y a todos aquellos con quienes he venido trabajando y de quienes tanto he aprendido; y, por fin, la preocupación en relación al tema sobre el que debía disertar ante tan docta audiencia.

llos.

Conocido es que toda transformación constitucional da lugar a una profunda modificación de la legislación penal, y así ha sucedido en nuestro país, como han puesto de relieve, entre otros, Barbero Santos y Rodríguez Mourullo (3). La necesaria asunción de los principios constitucionales en el Código Penal se ha plasmado en las sucesivas reformas parciales del mismo a partir de la Constitución Española de 1978 y tiene como fiel reflejo el Código Penal vigente de 1995, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Hemos de felicitarnos de que, si bien con cierto retraso, se aprobara un texto punitivo adaptado a las nuevas exigencias constitucionales, como su Exposición de Motivos destaca, sin que sus ineludibles deficiencias técnicas, o las discrepancias doctrinales que ha suscitado, empañen la realidad de disponer de un Código Penal resultado de valores constitucionales, aprobado en la democracia (4).

La transformación del Estado, a un Estado democrático, siquiera sea formalmente concebido, a un Estado de Derecho, cambia radicalmente el sentido mismo del Derecho penal. El instrumento penal en una dictadura, cumple una función represiva de las libertades. Más que de derecho penal podemos hablar, en palabras de Bettiol, de «terror penal». En una democracia tiene por función la de proteger las libertades. Por lo tanto, cumple una función radicalmente distinta: de la represión a la protección de las libertades.

Semejante transformación se traduce, esencialmente, como he destacado en otro momento (5), en el marco de la protección de los intereses económicos, no sólo individuales sino también colectivos y sociales, en el de las libertades morales y en el de las libertades políticas.

Antes de entrar en el núcleo esencial de la intervención, libertades morales y políticas, permítaseme una breve referencia a la necesidad de reforzar nuestro compromiso con el derecho y tutela de las libertades, por decir así, ciudadanas, los derechos cívicos, los de los ciudadanos sin más.

1) En este sentido, debe ponerse de relieve el papel desarrollado por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, a través de su Sección de Extranjería y por su Turno específico en la materia, en la defensa de los derechos de los extranjeros en nuestro país.

El artículo 13 de la Constitución equipara a los españoles con los

---

(1) Ed. por Universidad de Alicante, 1988.

(2) RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Delito y Pena en la jurisprudencia constitucional». Madrid. 2002.

Era fácil percatarse de que el año de mi ingreso en la Academia coincidía con el del veinticinco aniversario de la Constitución. Y qué mejor tema que el de las relaciones entre Constitución y Derecho Penal. Todo penalista sabe que el Derecho Penal es una especie de Constitución «en negativo», que el Código Penal se formula a través de una Ley Orgánica determinante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que, en palabras de Von Liszt, constituye la «Carta Magna de los delincuentes».

El análisis de las relaciones entre Constitución y Derecho Penal ha configurado una de mis principales líneas de investigación durante los que, en pocos meses, van a ser mis treinta años de dedicación universitaria. Con carácter general tuve ocasión de plasmar mis ideas básicas al respecto, con motivo de la Lección impartida en la apertura del Curso académico 1988-89 (diez años de Constitución) en la Universidad de Alicante. Un amplio estudio de los principios informadores de la teoría del delito y de la pena y de la transformación que un sistema constitucional, como el nuestro, supone para la configuración de los delitos en particular, se hizo con tal motivo, bajo el título «La Constitución Española de 1978 y el Derecho Penal» (1).

No procede, pues, que les entretenga en este momento con un examen de tal naturaleza. Tampoco procede realizar un detenido análisis de la jurisprudencia constitucional sobre los aludidos principios, dado que muy recientemente el Profesor Rodríguez Mourullo ha publicado su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, que precisamente versa sobre dicho estudio jurisprudencial (2).

Por ello, considero pertinente que me pronuncie sobre algún extremo de lo que conocemos como parte especial del Derecho penal, los delitos en particular, en la medida en que desde postulados constitucionales pueda realizarse alguna aportación en los momentos actuales.

Y precisamente me refiero a los «momentos actuales» por cuanto no son los mejores para congratularnos del aniversario de nuestra Constitución. Cabe aprovechar dicho aniversario para, desde la reafirmación de los valores constitucionales y del Estado de Derecho mismo, denunciar situaciones jurídicas que no se compadecen con aque-

---

(3) Así, BOIX REIG, J: «La Constitución Española de 1978 y el Derecho Penal». Alicante .988, pág. 9 y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Ob. cit.* págs. 11 a 13.

(4) Entiendo más afortunado aludir a un Código Penal en la democracia, y no de la democracia.

(5) *Ob. cit.* págs. 21 a 28.

nes constitucionales son el riesgo de fuga, la preservación de la investigación y la reiteración delictiva, todo ello en el marco de los delitos graves.

Es hora, en fin, de que nuestro Tribunal Constitucional concluya la tarea iniciada con su jurisprudencia en la materia, y que la misma ponga coto a los excesos que vienen produciéndose y permita una verdadera cultura de la libertad provisional.

## II. LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES MORALES

### 1. De los delitos contra la honestidad a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

La confusión entre Derecho y Moral, propia de toda concepción autocrática del Estado, que daba lugar a instrumentalizaciones del Derecho Penal en orden a imponer la moral dominante, se diluye, o debe diluirse, en un Estado de Derecho, que ha de posibilitar que las distintas morales de los ciudadanos se realicen en libertad, con un ejercicio de las mismas que haga posible la libertad de todas.

Puede afirmarse que la transformación producida desde la entrada en vigor de la Constitución, e incluso antes, al amparo del desarrollo del espíritu que impregnó los llamados Pactos de la Moncloa, ha sido radical y profunda (6). Los principios de igualdad y libertad se formulan con toda su plenitud. Deja de existir discriminación jurídica por razón de sexo. Ya no se protege exclusivamente a la mujer, o a cierta clase de mujeres, o a la concepción que de ellas tuviera el hombre, o al honor del hombre en relación con «su» mujer. Se rompe totalmente con lo que en alguna ocasión calificó el Profesor Cobo como proceso de «cosificación» de la mujer.

No es el momento de entrar en el análisis particularizado de las distintas figuras delictivas modificadas y ahora en vigor. Sí conviene sintetizar que la protección se otorga, por igual, a hombres y mujeres, sin que se requiera condición alguna para otorgar tal protección ni se admita exclusión de la misma por mor de la concurrencia de circunstancias o situaciones que no deben de afectar al ejercicio de la libertad, como por ejemplo si se da la circunstancia de ejercer la prostitución o el ataque a la libertad se produce en el marco de relaciones matrimoniales o de análoga relación de afectividad, por emplear una fórmula tan consolidada como criticable. Se ha conseguido la protección de la

extranjeros en los términos que prevean los tratados y leyes, en relación con las libertades públicas. Debe repetirse cuantas veces sea necesario que los derechos fundamentales van intrínsecamente unidos a la persona, que su dignidad sólo se entiende con tales derechos, que nuestra libertad sólo existe si la tienen los demás. No hay derechos fundamentales de españoles y de extranjeros. Hay derechos fundamentales.

2) En el ejercicio de la defensa de los derechos el Ilustre Colegio de Abogado de Valencia ha asumido la defensa de quienes más lo necesitan, de quienes están en prisión, pues su privación de libertad comporta limitaciones obvias en la materia.

El artículo 25.2 de la Constitución restringe los derechos del condenado a prisión, en la medida en que son consecuencia necesaria de la privación de libertad. Nada más. Ninguna otra limitación de derechos se tiene.

En defensa y protección de los derechos de los privados de libertad nuestro Colegio de Abogados ha creado un turno específico de Letrados, partiendo de una concepción sustancial de lo que es la Abogacía, por encima de posiciones que la empequeñecen, a la espera de que la Administración Pública, desde la responsabilidad que le corresponde, asuma su papel en esta materia, y comparta el irrenunciable esfuerzo que viene realizándose.

3) También quiero referirme a las situaciones de restricción de la libertad por razón de la aplicación del instituto de la prisión provisional.

Desde una cultura de la prisión provisional, desatenta a los postulados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional, existen prácticas jurisprudenciales y un proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se traducen en prisiones preventivas sin fundamento constitucional bastante y con un planteamiento de futuro ante dicho proyecto francamente desalentador.

Es hora de acabar con semejante cultura, sin admitir fórmulas elusivas de los verdaderos fines de la prisión provisional, sin consentir que las sombras de la ideología de la seguridad ciudadana, tan rentable políticamente, impidan ver claramente el problema.

Es hora de creerse que la prisión provisional tiene carácter excepcional, que impera el principio del favor libertatis y que sus únicos fi-

---

(6) Al respecto, puede verse un análisis general en mi introducción al libro colectivo «Mujer y Derecho penal». Valencia 1995, titulado De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual, págs. 11 a 20.



terminar la autoría y exigir la responsabilidad penal en un Estado de Derecho. El derecho a un proceso justo, con todas las garantías, como las que reconoce el artículo 24 de la Constitución, también lo es de quien ha sufrido una lesión en su libertad sexual, por cuanto atañe a todos los ciudadanos, pero no cabe olvidar que en él se sustancia el ius puniendi del Estado y que las garantías procesales se articulan fundamentalmente en función de los derechos de quien es enjuiciado. No cabe concebir un Estado de Derecho, que lo es para todos, sin tales garantías. Debo aprovechar esta ocasión para señalar que desviadas concepciones sobre la real protección de las víctimas, en estos y otros delitos, sobre su papel en el proceso penal, pueden comportar una pérdida de garantías en el mismo, concebido en tal caso incorrectamente, que a la postre es una pérdida de garantías para todos, también para quien ocasionalmente es ofendido por una conducta delictiva, rompiendo, en suma, con postulados básicos del Estado de Derecho.

### **III. LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES POLÍTICAS**

#### **1. El sentido de la intervención penal en el Estado de Derecho**

Como antes se ha indicado, con la Constitución de 1978 se transforma el sentido mismo del Derecho penal. De la represión de las libertades a su protección, lo que aparece como más sensible en el caso de las libertades políticas. Estas constituyen el eje mismo del sistema político democrático. De la represión penal de los derechos de asociación, reunión, expresión y manifestación se pasa a proteger tales derechos, siendo delictivas las conductas que atentan a tan fundamentales derechos, y así ha sido en nuestro Ordenamiento jurídico. Puede afirmarse que nuestro vigente Código penal responde claramente a tales planteamientos constitucionales.

El divergente político, incluso quien es contrario al propio sistema constitucional, pasa a ser protegido, sin que, en caso alguno, cualquiera que sean sus ideas, pueda ser penalmente reprimido por las mismas. Es consustancial al propio sistema el respeto a la libre expresión. Negar tal derecho es negar la democracia. En palabras de Welzel, «la idea fundamental de la democracia es, por ello, el aseguramiento de la dis-

---

(7) Ver, críticamente, BOIX REIG, J. y ORTS BERENGUER, E.: Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1.999, en *Actualidad penal*, nº 35. 1.999, págs. 667 a 687.

libertad sexual, atendiendo a una concepción de la sexualidad no lineal, en personas mayores de 13 años, en tanto que por debajo de dicha edad el interés jurídico se centra no en la libertad, como es lógico, sino en la necesidad de tutelar la indemnidad o intangibilidad sexual de dichos menores.

La reforma que tuvo lugar en 1999 no ha sido bien recibida por algunos autores y entiendo que, salvo en alguna cuestión particular, destaca por sus defectos y por comportar una regresión desde la perspectiva de la protección de la libertad, introduciendo criterios valorativos y moralizantes, que en nada ayudan a preservar la seguridad jurídica, como ya he tenido ocasión de criticar (7). Exponente de lo dicho es el artículo 189.3 del vigente Código Penal, al sancionar con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses a «el que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste». No se castigan en este precepto ataques a la libertad sexual, comprendidos entre los delitos de agresiones o abusos sexuales, sino supuestas corrupciones de menores, por lo tanto hasta 18 años de edad pudiendo ser el sujeto activo persona mayor de 18 años, cifrada en indeterminadas concepciones de la sexualidad, obviamente teñidas de una gran carga moralizante.

## **2. Situación actual**

Con carácter general puede afirmarse que la actual regulación de los delitos contra la libertad sexual es satisfactoria desde la perspectiva de la tutela y respeto a los intereses jurídicos constitucionales en liza. La necesaria protección de los derechos de quienes son sujeto pasivo de estos delitos, no debe hacer perder de vista que el derecho penal y el derecho procesal penal, sustancialmente relacionados, se configuran con las necesarias garantías jurídicas, también constitucionales, para el ciudadano al que puede aplicarse el *ius puniendi* del Estado. El desarrollo de la victimología no puede hacer olvidar que el proceso penal discurre y se conforma para garantizar un proceso justo a quien se enfrenta a una acusación. Cualquiera que sea la naturaleza de los hechos enjuiciados, las garantías son idénticas, y no cabe el menor decaimiento de las mismas por razón de la tutela de quien ha sido víctima de un delito. No pueden admitirse propuestas, procesales o sustantivas, que quiebren el sistema de garantías establecido, pues sólo éste permite de-

mas penales contienen prescripciones en contra de quienes atentan al sistema democrático, con los límites propios del Estado de Derecho. La misma concepción del Estado de Derecho excluye otra posibilidad, pues dejar al arbitrio de cualquiera, por encima de la ley emanada de la voluntad de los ciudadanos, la determinación de los criterios de defensa del Estado, supone de suyo un riesgo para todos, por ausencia de garantías jurídicas, y una contradicción, en suma, con el fundamento y razón de ser del Estado de Derecho» (11).

## **2. Los peligros de una concepción excepcional de dicha intervención**

A nadie se le escapa de que el peligro fundamental derivado de un entendimiento excepcional de la intervención punitiva en tales casos es el de la quiebra misma del Estado de Derecho. Un Derecho penal cualitativamente diferente sólo puede concebirse en un marco institucional distinto. No cabe hablar de dos derechos penales, de dos sistemas de garantías distintos. El terrorista que mata, lesiona el derecho a la vida, ese es el interés jurídico afectado. Y sobre ese hecho debe aplicarse el Derecho penal y las garantías propias del proceso penal en el enjuiciamiento.

En este sentido, cabe recordar que el Estado de Derecho sólo puede dictar y aplicar normas conforme a la Constitución; que la frecuencia con que en esta materia se dictan leyes «al límite de la constitucionalidad» evidencian su carácter excepcional, por más que se pretenda una cierta «normalización» de las mismas mediante su inclusión en cuerpos legales ordinarios.

---

(8) Artículos 571 a 580 el Código Penal. El artículo 578 establece: «El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el periodo de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código».

(9) Artículo 13.3 de la Constitución: en su inciso segundo establece. «Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo».

(10) COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J: «Perfil constitucional de la extradición, en Derecho Penal y Constitución». Comentarios a la legislación penal. T.I. Madrid. 1.982, págs. 49 a 60.

posición fundamental de todos los grupos en lucha por el poder político, a que la lucha por el orden social justo sea llevada a cabo como una lucha de ideas, sin tratar de aniquilar como enemigo al que piensa de otra manera, tan pronto se ha conseguido la mayoría y el poder. En la democracia, todo el mundo tiene derecho a expresar su opinión, siempre que el mismo esté dispuesto también a escuchar la opinión contraria. La democracia descansa en la idea fundamental de la tolerancia recíproca, no de la tolerancia unilateral, y el mismo principio de la mayoría está subordinado a aquella idea».

Los delitos de terrorismo deben ser considerados como delitos, como los demás delitos tipificados en el Código Penal. No podemos admitir coartadas a conductas objetivamente delictivas por mor de la etiqueta de «terrorismo» que, a mi juicio, tiene una dimensión más criminológica que jurídica. Nuestro Código penal tipifica los delitos de terrorismo, partiendo de la realización de determinados actos, por más que exista un polémico precepto, con connotaciones propias de la apología, que supone una excepción (8).

Entiendo importante, por las razones dichas, reforzar la concepción del terrorismo como acto delictivo objetivo, sin admitir fisuras desde subjetivismos que generan inseguridad. La exclusión de la consideración de delito político de los «actos de terrorismo» a que se refiere el artículo 13.3 de la Constitución (9), entiendo que refuerza dicha tesis. Concepción objetiva del delito político que he sostenido en otro momento (10), pues considero que es la que se deduce de nuestra Constitución, por más que es la que ofrece mayores garantías al sistema democrático, si bien debo reconocer que no se encuentra exenta de excepciones legales en el propio Código Penal y en instrumentos internacionales, que parecen decantarse por una concepción mixta.

La intervención penal en un Estado de Derecho no es ilimitada, ni puede quedar en manos ajenas a las que le son propias. Ante la ya secular pregunta de cómo se defiende el sistema democrático frente a quienes atentan contra dicho sistema, la respuesta es más que conocida; con los propios instrumentos del sistema, pues no hay otros salvo que se quiera destruir el sistema, que garantiza los derechos de todos los ciudadanos. En el antes citado discurso de apertura afirmaba, tras una pregunta en este sentido que se hacía Welzel: «precisamente el Derecho, fruto de la voluntad de todos los ciudadanos se constituye en límite de la intervención de los distintos poderes del Estado. Las nor-

---

(11) «La Constitución Española» *cit.*, pág. 24.

el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales» (15). Todo ello nos conduce inexorablemente a la quiebra del principio de culpabilidad por el hecho cometido, del principio de legalidad, a un derecho penal que sustancialmente lo es de medidas de seguridad por razón de peligrosidad (16) pre-delictual y, en suma, a la quiebra de todas las garantías.

Se nos dice que este «derecho penal del enemigo» sólo debe serlo en situaciones de emergencia, en las que «la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción» y se alerta sobre el peligro de que los Estados establezcan y hagan perenne la emergencia. Concluye Silva: «no creo que sea del todo aventurado pronosticar que el círculo del Derecho penal de los “enemigos” tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer» (17).

Comparto esta última reflexión. Pero entiendo que lo ilegítimo no es la permanencia de algo que es fruto sólo de una emergencia. Lo ilegítimo es la propia configuración de ese mal llamado «derecho penal de los enemigos», pues no cabe hablar de «derecho», sino que volviendo a recordar a Bettiol, acabará formulándose el «terror» penal.

Plantear situaciones excepcionales en sede de legislación penal y procesal, recuerda a quienes desde la vigente «cultura de la prisión provisional», que rompe con los postulados más elementales sobre este instituto, sostienen que la prisión provisional debe mantenerse en todo caso, aun no existiendo fin constitucionalmente legítimo que la admita, pero sólo en delitos graves, o me permite recordar un debate entre dos candidatos a la presidencia de los EEUU en el que uno se manifestaba partidario de la pena de muerte y el otro no, sólo en los casos muy graves y claramente probados.

Cuando era estudiante de parte general de Derecho penal, se nos explicaban los horrores históricamente derivados de concepciones del Derecho penal que ahora parecen reintroducirse bajo nuevas y moder-

---

(12) GARCÍA PABLOS, A.: El llamado «derecho penal político de nuevo cuño», sus presupuestos y directrices. Cuadernos de Política Criminal nº 2. 1977, págs. 51 a 66.

(13) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: «La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales». 2ª edición. Madrid. 2001.

(14) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Ob. cit.*, pág. 163.

El tema en absoluto es nuevo. Ante fenómenos extremos siempre ha existido la tentación de articular reacciones punitivas y procesales excepcionales y así se ha hecho e incluso explicado teóricamente. Es de interés, en este punto, traer a colación el trabajo del Profesor García-Pablos quien ya en 1977 publicó un artículo sobre el llamado «Derecho penal político de nuevo cuño» (H. Copic) que pretendía situar en el marco constitucional de un Estado de Derecho la defensa del Estado frente a planteamientos subversivos no violentos, permitiendo la intervención punitiva con carácter anticipado al ejercicio de la violencia (12).

Determinado sector doctrinal plantea actualmente la necesidad de configurar el llamado «Derecho Penal del enemigo», frente al propio de los ciudadanos, en terminología de Jakobs (Feindstrafrecht-Bürgerstrafrecht). Se trataría de un «derecho» distinto necesario para hacer frente a fenómenos como el del terrorismo, aunque no solo, en el que decaerían las garantías jurídicas. El Profesor Silva ha publicado una excelente monografía (13) en relación con la llamada «expansión» del Derecho penal, que analiza los diversos factores que dan lugar a dicha expansión («nuevos» intereses a proteger, aparición de nuevos riesgos, institucionalización de la inseguridad, sensación social de inseguridad, la configuración de una sociedad de «sujetos pasivos», la identificación de la mayoría social con la víctima del delito, el descrédito de otras instancias de protección, los gestores «atípicos» de la moral, la actitud de la izquierda política, el gerencialismo e incluso el fenómeno de la globalización). Comparto que existen algunos de dichos factores que dan lugar a dicha expansión, pero no comparto la pretensión de articular el denominado «derecho penal de dos velocidades», según sea la naturaleza de la conducta a sancionar, pues sólo podemos hablar de un Derecho penal, desde luego por referencia al único sistema de garantías que el mismo comporta.

Pero lo que no es admisible es aceptar una tercera velocidad en relación con el «Derecho penal del enemigo», «en la que el Derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales» (14). Debo mostrar mi radical oposición con la tesis propuesta, al hecho mismo de configurar un «derecho penal del enemigo». Como indica el Profesor Silva, las características de tal clase de derecho serían, al decir de Jakobs, «la amplia anticipación de la protección penal, esto es,

---

(15) *Ob. cit.*, pág. 164.

(16) *Ob. cit.*, pág. 165.

(17) *Ob. cit.*, págs. 166 y 167.

bito internacional que fácilmente nos permiten pensar en una especie de Gal internacional, si bien con la nota distinta de no ocultarlo, sino proclamarlo y justificarlo, o ante la situación de presos con motivo de los brutales hechos del 11 de septiembre de 2001 que no tienen las mínimas garantías, o ante comportamientos expresamente excluyentes de la competencia del Tribunal Penal Internacional.

### **3. Hacia una justicia penal internacional. La excepción al principio de territorialidad**

El artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye la competencia a la jurisdicción española para el conocimiento de los delitos y faltas cometidos en territorio español, «sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte».

La exigencia de protección de las libertades, entre otros factores, ha ido ampliando el ámbito de excepciones al principio de territorialidad, vinculado al de soberanía, llegando a existir un amplio catálogo de supuestos, entre los que algunos responden al principio de justicia universal, en atención a los intereses protegidos.

Así, el artículo 23.4 de la mencionada ley atribuye la competencia a la jurisdicción española «para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio español susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: *a)* Genocidio. *b)* Terrorismo. *c)* Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. *d)* Falsificación de moneda extranjera. *e)* Los relativos a la prostitución. *f)* Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. *g)* Y cualquier otro que según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España».

Interesa destacar, en relación con el objeto de este discurso, la competencia de la jurisdicción española, en supuestos de extraterritorialidad, en casos de genocidio y de terrorismo. Casos en los que se atenta del modo más grave imaginable a los derechos de los ciudadanos y en los que las libertades de todos ellos están comprometidas.

Es conocido cómo en ambos casos se han pronunciado, en asuntos de relieve nacional o internacional, nuestros tribunales.

Así, en relación con el delito de genocidio ha tenido especial trascendencia el asunto referido a Pinochet, en el que finalmente se declaró competente la Audiencia Nacional, en aplicación del aludido precepto. Entre las resoluciones dictadas cabe destacar el Auto de fecha 5

nas formulaciones. Jamás creí que tendría que manifestarme al respecto. Pero creo que es responsabilidad de todo jurista hacerlo y en voz alta, pues no podemos renunciar a determinadas garantías básicas, no podemos sumirnos en el mundo del aceptado socavamiento de las garantías jurídicas, no podemos admitir la aplicación de un derecho de peligrosidad en términos que hace tiempo se entendían superados, etc. No cabe aceptar, en suma, un derecho que no es tal, pues priva del Derecho y las garantías a todos los ciudadanos, generando tal inseguridad jurídica que acabará dejando en manos del poder político la determinación de quien es ese enemigo, que lo será finalmente por pensar y manifestar sus ideas. Hay determinadas conquistas jurídicas que son irrenunciables.

Cierto que uno de los factores determinantes de este tipo de planteamientos, tan fácilmente transmisibles a los ciudadanos —¡de ahí su peligro!— es la sensación de inseguridad ciudadana, a nivel interno, tan malévolamente instrumentalizada en el fragor de la contienda política, y la de inseguridad a nivel internacional, como consecuencia, aunque no sólo, de actuaciones terroristas de todos conocidas.

Con motivo del discurso del Presidente de nuestra Academia, el pasado día 20 de diciembre de 2002, concluí que todo lo que tenía que decir hoy ya se había dicho. Los juristas no podemos renunciar, ni un ápice, a la defensa de la libertad y de la dignidad de la persona, por mor de la seguridad.

No cabe olvidar que la seguridad ciudadana es inexistente si no hay seguridad jurídica, que posibilite la libertad, salvo que se pretenda un mundo sin libertad. Es a partir de ahí como hay que promover fórmulas jurídicas que garanticen mejor los derechos de todos los ciudadanos, su seguridad personal, su intimidad, la propiedad, la inviolabilidad del domicilio, etc.

La quiebra de la seguridad jurídica supone poner en entredicho tales derechos, pues los poderes del Estado podrán invadirlos sin límite alguno, con la justificación, por demás paradójica, de la defensa de su propia seguridad.

Asistimos a un fenómeno aun mas preocupante; la insensibilización general, y en el propio ámbito jurídico, ante situaciones como la descrita. Creo que la propia transmisión a los ciudadanos de esa sensación de inseguridad, insensibiliza ante propuestas como las que hoy se critican, sin pensar que en algún momento se puede ser sujeto pasivo de las mismas, siquiera sea por la arbitrariedad que comporta su ejercicio. Es sorprendente la ausencia de reacción ante conductas en el ám-



mente la competencia.

La jurisdicción española es competente en tales casos, salvo que concurran las circunstancias previstas en el artículo 23.2.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es que la persona ya haya sido juzgada, y de ser condenada que haya sido indultada o cumplido la pena. En ese marco, la jurisdicción española podrá intervenir con carácter subsidiario, esto es partiendo de la inactividad del Estado de origen en la persecución del delito, que se haya dictado una legislación que impida la persecución en su territorio o que no sea factible el enjuiciamiento con la imparcialidad necesaria por presiones gubernamentales o fácticas (así, los asuntos relativos a Guatemala —Auto Pleno de la Sala de lo Penal de fecha 13 de diciembre de 2000— y a Perú —Auto Pleno de la Sala de lo Penal de 21 de enero de 2002—). Cuestión distinta son los casos de inmunidad de jurisdicción, al tratarse de un Jefe de Estado, en los que, por aplicación del artículo 21.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se tiene competencia (así, en el asunto relativo a Cuba —Auto de 4 de marzo de 1999 del Pleno de la Sala de lo Penal—).

A efectos de interpretación de la competencia, en asuntos de terrorismo, creo de interés traer a colación el Caso Otegui, por su propia complejidad. Los hechos son los que siguen: el día 30 de marzo de 2000 la organización Batasuna celebra un mitin en el frontón Jai Alai

---

(18) Artículo 607 del Código Penal: «1.- Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1°. Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2°. Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

3°. Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

4°. Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5°. Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2° y 3° de este apartado.

2.—La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años».

de noviembre de 1998, dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal de dicha Audiencia, que desestimó el Recurso de Apelación contra el Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 6.

En dicho Auto del Pleno de la Sala se consideró aplicable el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al entender que los hechos podían integrar un delito de Genocidio, no sólo según su definición en resoluciones internacionales, sino también en nuestro propio Código Penal. El Convenio para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, entró en vigor en España el 12 de diciembre de 1968 y en 1971 se incorpora a nuestro Código Penal el delito de genocidio —artículo 137 bis—. El actual Código Penal tipifica el delito, entre los contrarios a la Comunidad internacional, atemperado en el artículo 607 y lo hace a lo establecido en el Convenio (18). Se entendió que los hechos imputados en el Sumario constituyen genocidio, dado que «en el tiempo de los hechos y en el país de los hechos se trató de destruir a un grupo diferenciado nacional, a los que no cabían en el proyecto de reorganización nacional o a quienes practicaban la persecución estimaban que no cabían. Hubo entre las víctimas extranjeros, españoles también. Todas las víctimas, reales o potenciales, chilenos o foráneos, integraron un grupo diferenciado en la nación, que se pretendió exterminar».

La Sala se extiende, en su Fundamento Sexto, sobre la tipificación de los hechos como terrorismo, lo que ya no es necesario para determinar la competencia, si bien aprecia la concurrencia de sus elementos y trae a colación palabras de Quintano Ripollés, quien ya denunció el terrorismo de Estado en los siguientes términos: «Una forma de terrorismo que parece haber tenido una lamentable tendencia a proliferar en nuestro tiempo, tan propicio a todos los monopolios estatales, es la del terrorismo desde arriba, esto es, el practicado por el Estado abierta o encubiertamente a través de sus órganos oficiales u oficiosos, es claro que desborda obviamente el campo propio del Derecho penal interno, aunque pueda importar al internacional penal en la dimensión de los llamados Crímenes contra la Humanidad o los genocidas. Es, sin duda, el aspecto más vil del terrorismo, dado que elimina todo riesgo y se prevale del aparato de la autoridad para perpetrar sus crímenes bajo el ropaje de la autoridad y aun del patriotismo».

Otros casos se ha planteado la Audiencia Nacional, como el de Argentina, en relación con los hechos acaecidos en ese país entre los años 1976 a 1983 —Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998—, declarándose igual-

fronteras, como muestra de la vigencia del principio de justicia universal en función de la necesaria protección de determinados intereses jurídicos. Las libertades esenciales de los ciudadanos integran tales intereses y a su protección en cualquier rincón del mundo deben orientarse los esfuerzos de todos los países. De ahí, que debamos felicitarnos todos por los pasos que se vienen dando hacia la articulación de una justicia penal internacional que reúna todas las garantías.

Son preocupantes los Tribunales internacionales creados ad hoc, para el caso concreto, o aquellos que con posterioridad a los hechos reflejan la relación de poder entre vencedores y vencidos, por más que persigan nobles propósitos de Justicia. Como también es preocupante que en el marco de las relaciones políticas internacionales quienes más poder tienen no sólo no se integren en la nueva Corte Penal Internacional, sino que articulen mecanismos de elusión de la misma, propongan de antemano una impunidad de futuro y, sin embargo, sin el menor rubor acepten, cuando lo estiman pertinente, la competencia de tribunales internacionales en particular desde posiciones acusatorias.

Hemos de felicitarnos por el hecho mismo de la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en fecha 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, convocada al efecto por las Naciones Unidas y reunida en Roma. Y también que fuera España uno de los países que prontamente ratificara dicho Estatuto, lo que hizo por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre. Estatuto que ya ha entrado en vigor, al superarse el mínimo establecido de sesenta Estados firmantes que lo ratificaran.

El Estatuto de la Corte Penal internacional contiene el núcleo sustancial de las garantías penales y procesales, lo que es digno de ser destacado ante el necesario acuerdo entre culturas jurídicas bien distintas. Desde una u otra posición podrán criticarse deficiencias técnicas, podrá estarse en desacuerdo con disposiciones en particular o podrá discreparse del sistema de penas como es la inclusión de la reclusión a perpetuidad (artículo 77.1. b), de imposible cumplimiento en España, como expresa nuestro instrumento de ratificación, por razón de lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución Española.

El crimen de genocidio (artículo 6), los crímenes de lesa humanidad (artículo 7), los crímenes de guerra (artículo 8), son regulados extensamente en el Estatuto, con respeto al principio de tipicidad.

Las garantías penales se definen con esmero. Principios de legali-

---

(19) Ver nota 8.

de San Juan de la Luz (Francia), con ocasión del Aberri Eguna (Día de la Patria). Arnaldo Otegui toma la palabra y, según las agencias de prensa cierra su intervención gritando: Gora Euskadi ta Askatasuna (Viva Eta). El Fiscal se querrela entendiendo que concurre el supuesto previsto en el artículo 578 del Código Penal (19), y entiende que la conducta es perseguible en España por razón de lo dispuesto en el artículo 23.4 b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al ser un delito de terrorismo, siendo competente la Sala Segunda del Tribunal Supremo por razón de aforamiento.

Mediante Auto de fecha 23 de mayo de 2002 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo desestima la querrela formulada por el Ministerio Fiscal, al entender que la apología del terrorismo no es terrorismo, siendo lo primero opiniones en los términos del citado precepto penal y lo segundo conductas objetivas de terrorismo. Diferencia que conecta con los instrumentos internacionales en la materia. Por ello lo que sería perseguible en España si se hubiera cometido en territorio español no lo es si se realiza fuera de España, porque no constituye delito de terrorismo.

Recurrida esta resolución, se confirma mediante Auto de la propia Sala, de fecha 14 de junio de 2002. Esta resolución añade, como argumentos obstativos a la admisión de la querrela del Fiscal, los siguientes: está ausente la necesaria doble incriminación para aplicar el artículo 23.2 de la LOPJ, pues la conducta de apología del terrorismo no está perseguida en Francia; la conducta no está recogida en el apartado 3 del artículo 23 de dicha Ley; y por lo que se refiere a su apartado 4 se remite a lo dicho en el Auto recurrido. Se argumenta mas extensamente sobre la diferencia entre apología del terrorismo, como delito de opinión, y delito de terrorismo como actividades descritas típicamente con determinados fines. Incluso se desmenuzan los instrumentos internacionales relativos al terrorismo, que integran nuestro derecho interno, que permiten concluir que el delito de terrorismo «denota exclusivamente las prácticas de quien recurre a la violencia contra las personas o las cosas, para provocar alarma o pánico, haciéndolo, generalmente, de forma organizada e invocando fines políticos». La apología del terrorismo no es terrorismo, por más que sistemáticamente genere dudas su rúbrica común en el Código penal español, lo que dió lugar a la definitiva inadmisión de la querrela presentada por el Ministerio Fiscal.

He querido traer a colación los anteriores supuestos de proyección de la competencia de la jurisdicción española mas allá de nuestras

dos, y específicamente de los juristas.

No podemos dejar que la noción de seguridad, intrínseca al Estado de Derecho, se desvanezca. La necesaria protección de los derechos de los ciudadanos, de su vida e integridad física, de su libertad, de la libre emisión de las ideas, se formula desde la seguridad jurídica. Esta constituye el quicio mismo de la seguridad bien entendida. La voluntad de los ciudadanos se plasma en las leyes, y estas deben permitir y garantizar el ejercicio de los derechos, con carácter cierto e inequívoco, sin que existan resquicios en las mismas que den pié a la arbitrariedad, al abuso de poder, a la utilización de las leyes frente a quien piensa de distinta manera. Todos los poderes están sometidos a las leyes. El Estado de Derecho es el imperio de la Ley, pero de una ley que dote de seguridad a los ciudadanos frente a las intromisiones del poder. No basta con aceptar concepciones formalistas del Estado de Derecho. Materialmente debe ser una realidad. Se trata de, recordando a Dworkin, «tomar los derechos en serio».

Constantemente se repiten las palabras de Radbruch: el Estado de Derecho es «como el aire que se respira, como el pan de cada día, como el agua potable». De tan reiteradas, en ocasiones parecen olvidarse. Puede afirmarse que, por lo dicho, hoy el aire está enrarecido, el agua contaminada. Es responsabilidad de todos, especialmente nuestra, hacer desaparecer las sombras que cíclicamente se ciernen sobre el Estado de Derecho, con la esperanza derivada de contar con una Constitución, la de 1978, que lo garantiza plenamente y que ofrece instrumentos más que suficientes para preservarlo.

Nada más.

dad (artículos 22 y 23), de irretroactividad (artículo 24), de responsabilidad penal individual (artículo 25), el reconocimiento de la edad penal en los 18 años (artículo 26), los elementos de intencionalidad en relación con el principio de culpabilidad (artículo 30), las eximentes de responsabilidad penal (artículo 31), el error de hecho o de derecho (artículo 32), los límites en relación con el cumplimiento de órdenes (artículo 33). Las garantías procesales también se definen. Desde la irretroactividad procesal (artículo 10), hasta el reconocimiento de la presunción de inocencia (artículo 66) y un largo catálogo de derechos del acusado (artículo 67). Se ha entendido claramente el sentido del proceso penal, lo que no ha sido óbice para que se articule un sistema de protección de las víctimas en el orden procesal (artículo 68), tan necesario por razón de los hechos enjuiciables.

Afortunadamente, puede decirse que tampoco a nivel internacional el Estatuto comentado se ha hecho eco del llamado derecho penal de los enemigos, pues se ha tratado de arbitrar un sistema justo.

Es cierto que el Tribunal nace aquejado de su propia condición de ser internacional y de la realidad en la que se sitúan las relaciones internacionales, que fundamentalmente son relaciones de poder. Téngase en cuenta que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede suspender una investigación o un enjuiciamiento ya iniciado (artículo 16) o que, como ya se ha indicado, se están dando mecanismos reales de elusión de la competencia del Tribunal a partir de posiciones de poder. Pero, aún así, es un avance espectacular el mero hecho de la constitución y puesta en funcionamiento del Tribunal. Y, en todo caso, los Estados que orillan su intervención sólo demuestran pérdidas de autoridad moral, ausencia de legitimación en sus relaciones jurídico-internacionales. La confrontación entre Poder y Derecho siempre se ha dado. En el campo internacional, claramente. Pero, insisto, constituye un avance enorme que permite confiar en un Derecho penal internacional de las libertades, de la protección de la libertad de todos los ciudadanos, con la esperanza de que finalmente el Derecho, la Justicia, acabe imperando en dicha confrontación.

#### IV. CONCLUSIÓN

Estamos ante un momento difícil para el Derecho Penal. La preservación de su auténtico sentido en un Estado de Derecho es tarea de to-

CONTESTACIÓN  
DEL EXCMO. SR. D. LUIS MIGUEL ROMERO VILAFRANCA

**INTRODUCCIÓN**

EXCMO. SR. PRESIDENTE DE LA ACADEMIA VALENCIANA  
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN,  
EXCMOS. SRES. ACADÉMICOS,  
MIEMBROS DE LA JUNTA DE GOBIERNO DEL ILUSTRE COLEGIO  
DE ABOGADOS DE VALENCIA,  
COMPAÑEROS, AMIGOS,  
SEÑORAS Y SEÑORES:

En la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación que me honro en presidir, en la que en su casi bicentenaria historia nunca faltaron ni ejemplos dignos de ser citados, ni modelos que le sirvieran de aliento, es un gran honor y una no menor satisfacción recibir en este Acto a un jurista de la calidad de nuestro nuevo Académico de Número.

En los tiempos actuales, en los que tanta atención se presta a la defensa de las reacciones más inmediatas de seguridad frente a todo lo que pueda menoscabarla, en los que se ha perdido con frecuencia el norte del Derecho, reconforta sobremedida abrir las puertas de nuestra Real Academia para que una voz autorizada insufla un aire de libertad como idea profunda y matriz del Ordenamiento Jurídico, tal y como lo ha hecho nuestro nuevo Académico Javier Boix Reig.

Siguiendo con el protocolo tradicional de estos actos, permítanme que, antes de glosar su figura, pase a contestar su brillante Discurso de ingreso en la Corporación.

Sinceramente, las atroces imágenes que nos llegaron de Nueva York por la intolerancia fundamentalista y sus secuelas terroristas, o las vividas en Afganistán, Palestina o Israel, o la violencia institucional en lugares de Africa y Asia, o el precario y crónico desequilibrio de países de América Latina como Venezuela o Colombia, o el abocamiento a la miseria o al hambre al que una mal llamada política globalizadora está condenando a muchos países, por citar tan solo algunos ejemplos descorazonadores que están en la mente de todos, tal vez sustente esa objeción.

Ciertamente, los Derechos Humanos son hoy una utopía en muchas áreas y regiones de nuestro viejo planeta, incluso en las más próximas a nosotros.

Pero que nadie olvide que tal y como nos previno Leonardo Sciascia, las utopías de hoy, suelen convertirse en las gozosas realidades del mañana.

Se impone, dicho llanamente, un rearme moral capaz de adaptar esas aportaciones positivas, laboriosamente elaboradas por los hombres a lo largo de la historia, a los problemas del presente. Que nadie pueda en nombre de la libertad, privar de la misma a nadie sin acusación ni defensa en Guantánamo ni en ningún otro lugar. Que nadie pueda en nombre de ningún presunto derecho privar del más elemental derecho a la vida en Euskadi ni en ningún otro lugar. Que nadie pueda en nombre de ninguna bandera, idea o pretensión, abusar de ningún ser humano, ni atentar contra su derecho a la igualdad o el respeto a su intrínseca dignidad.

Que nadie olvide en fin la afirmación del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

*«el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad».*

Por eso es bueno que a través de este Acto nuestra Academia, una vez más, reivindique, enérgicamente, la vigencia de los Derechos Humanos y ratifique su compromiso de contribuir a forzar un nuevo orden basado en la tolerancia y la solidaridad que evite la progresiva degradación que estamos viviendo.

Y es oportuno recordar también, ante amenazas como las que alerta el recipiendario de un «derecho penal de los enemigos», tener presente lo que dijera Wilhelm von Humboldt:



## EL DISCURSO

Un discurso que en sí mismo, acredita la talla de excepcional jurista en el campo del Derecho Penal español del Profesor y Letrado Javier Boix Reig, y que sería bastante para justificar la procedencia de su ingreso en nuestra Real Academia.

Me ha correspondido, por su generosidad y por el afecto surgido de estos cinco años de compartir la regiduría colegial, el honor de contestar su discurso de ingreso. Un honor que, ante la talla de tan gran penalista, excede de mis modestas posibilidades dado el rigor y la profundidad de análisis de nuestro nuevo Académico.

Deberé por tanto, consciente de mis limitaciones, reconducir mi intervención a manifestar mi firme adhesión a los principios de defensa de la libertad que proclama Javier Boix, y a expresar mis preocupaciones sobre los peligros que se ciernen sobre dicho valor superior de nuestro ordenamiento jurídico.

El Derecho Penal es, en mi opinión, en cierto sentido un Derecho patológico, porque su aplicación sólo es necesaria cuando se producen esas patologías de las conductas sociales que conocemos como tipos delictivos. Y es precisamente por ello más necesario que en ningún otro Derecho, mantener el rigor en su aplicación, sin desviar el fiel de la balanza ante las tentaciones que el dolor, el temor o la venganza pueden provocar en una sociedad herida por el delito.

Debemos ser conscientes además de que el Derecho Penal no es la panacea para evitar las patologías de las conductas.

Por ello sería infiel a mi vocación de jurista si no aprovechara la ocasión para apostar, una vez más, por la importancia de la educación en el respeto a los Derechos Humanos que es la verdadera prevención, sobre la de la represión-sanción que no evita el daño ya producido.

Para la Abogacía, aun en momentos difíciles como los actuales, la educación en la difusión y práctica de los Derechos Humanos, está inevitablemente basada en la seguridad de que son hoy el único instrumento universal capaz de neutralizar toda violencia, del género que sea política; capaz de sustituir esa cultura de la violencia, que tanto nos repugna y sobrecoge, por esa cultura solidaria del consenso y del equilibrio entre iguales que reclamamos.

Se objetará tal vez, a la vista de la compleja y no siempre agradable realidad que nos ha tocado vivir, que dicho propósito contiene una cierta carga utópica.

## CORTE PENAL INTERNACIONAL

Resalta finalmente nuestro nuevo Académico en su brillante Discurso de ingreso, su satisfacción por la creación de la Corte Penal Internacional y su apoyo al sistema de garantías que se establecen en su Estatuto constitutivo.

Es ciertamente, y eso es incuestionable, un paso de gigante hacia una Justicia universal, en la que nadie pueda ser demasiado grande para escapar a su acción.

Es indudable también que ese es el camino que debe guiar nuestros pasos en el futuro. Ante su creación, por tanto, todos debemos congratularnos.

Pero, y esta es quizás mi única discrepancia con nuestro Académico, no comparto totalmente su optimismo en cuanto a su efectividad, pues creo no sólo que, como él mismo señala queda mucho camino por recorrer en cuanto a ratificaciones y no exclusiones, sino que además está sujeto y puede estarlo por mucho tiempo a fuertes amenazas de politización que lo convierta exclusivamente en un Tribunal de los vencedores, lo que desnaturalizaría su carácter de universal.

No se trata solamente del principio de subsidiariedad, que excluye de su enjuiciamiento a las conductas que los países de origen de los hechos quieran enjuiciar — sea cual sea el resultado —, sino de los ataques al derecho de defensa que puedan surgir del propio Tribunal.

Así frente al formidable aparato de medios materiales y personales que está previsto dotar a la Fiscalía, que al igual que el Tribunal será económicamente perfectamente atendida por Naciones Unidas, está aún por determinar de qué medios se va a poder valer la defensa, lo que puede suponer un grave quebranto del principio de igualdad de armas.

Quizás si el acusado es un exJefe de Estado haya podido utilizar su poder para proveerse de la fortuna necesaria para atender su defensa, pero desde luego esto será imposible en los casos de acusados de menor relieve.

Durante mi Presidencia, la Federación de Colegios de Abogados de Europa, junto con otras Organizaciones Internacionales de la Abogacía como la U.I.B.A., hemos luchado y continuamos luchando para que la Secretaría de la Corte que está dotada de un gran poder en la misma, no cree una Abogacía funcional, dependiente de la misma y que le privaría de su condición esencial de independencia lo que resul-

*«Nada promueve tanto la madurez para la libertad como la propia libertad. Esta verdad, tal vez pueda no ser reconocida por aquellos que han usado esta inmadurez como excusa para seguir ejerciendo la represión».*

Y es en ese contexto de respeto a la libertad y a los derechos humanos como inherentes a toda persona, haya hecho lo que haya hecho, como hay que entender el eje central del discurso del nuevo Académico cuando afirma:

*«Cualquiera que sea la naturaleza de los hechos enjuiciados, las garantías son las mismas, y no cabe el menor decaimiento de éstas por razón de la tutela de quien ha sido víctima de un delito. No pueden admitirse propuestas, procesales o sustantivas, que quiebren el sistema de garantías establecido, pues solo éste permite exigir la responsabilidad penal en un estado de derecho».*

O cuando nos advierte que «los delitos de terrorismo deben ser considerados como delitos, como los demás delitos tipificados en el Código Penal, sin admitir fisuras desde subjetivismos que generan inseguridad».

El nuevo Académico acierta una vez más cuando afirma:

*«Ante el diagnóstico que plantea la ya secular pregunta de cómo se defiende el sistema democrático frente a quienes atacan contra dicho sistema, la respuesta es más que conocida: con los propios instrumentos del sistema, pues no hay otros salvo que se quiera destruir él mismo, que garanticen los derechos de todos los ciudadanos».*

Porque si, en los momentos de crisis, olvidamos que los derechos humanos, no son de las víctimas ni de los verdugos, sino de todos los seres humanos por ser inherentes a su condición; socavaremos los pilares del Estado de Derecho que se sustentan en la intrínseca dignidad de todo ser humano.

Si estos principios parecen esenciales para preservar el derecho de defensa ante el T. P. I., justo es resaltar la preocupación por el intento de creación de un mal llamado Colegio Penal Internacional, que todavía continuaremos debatiendo próximamente en Berlin, y que no es más que el intento de un grupo de abogados canadienses afectos a la Secretaría del Tribunal de crear una defensa funcional. Intento que en estos momentos conserva íntegras sus posibilidades de éxito, y que supondría una grave rémora para que el Tribunal Penal Internacional pudiera cumplir los fines para los que se ideó.

Valgan pues estas reflexiones como modesta adición en contestación al brillante Discurso de nuestro nuevo Académico, que denota con su rigor lo acertado de su nombramiento, y cuyos méritos paso a continuación a glosar.

## EL ACADÉMICO

- Nuestro nuevo Académico cursó sus estudios de derecho en la Universidad de Valencia, obteniendo el Premio de la Fundación Cañada Blanch en 1974, así como el premio extraordinario tanto en la Licenciatura en dicho año, cuanto posteriormente en el Doctorado en el 77.
- Fue becado por el Servicio de Intercambio Académico Alemán (1975) y por la Sociedad Max Planck y el CSIC para una estancia en el Instituto Max Planck en Friburgo (en 1978)
- Tan brillante historial académico pronto inclinó sus aptitudes hacia la docencia universitaria siendo en el 79 Secretario del Instituto Universitario de Criminología de la Universidad de Valencia y en el 82 subdirector del Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid
- Conseguida ya la Cátedra de Derecho Penal, ejerce como tal en la Universidad de Palma de Mallorca (1981-1982), siendo allí Vicerrector de Extensión Universitaria; y posteriormente en la Universidad de Alicante (1982-1984), donde también es Vicerrector de Ordenación Académica (1984-1985) y Rector en funciones ese último año, siendo distinguido con la Medalla de Oro de dicha Universidad.
- Finalmente desde 1.989 es Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

taría particularmente grave en un Tribunal con un fuerte riesgo de politización como éste.

Si se ha dicho con razón que no hay Justicia que merezca ese nombre sin el concurso de una Abogacía independiente, mucho más debemos afirmar ese principio en este caso.

Por eso la Federación de Colegios de Abogados de Europa ha postulado como principios básicos de actuación de la Abogacía ante la Corte Penal Internacional, los siguientes:

- ***Una defensa independiente***, lo que conlleva el derecho del acusado a designar su propia defensa, normalmente de su propio mundo cultural y lingüístico, sin compelerle a aceptar un letrado con el que no se entienda y que pueda ser proviniente del país que sufrió la agresión.

Sólo la cercanía cultural y nacional posibilita al acusado un mínimo conocimiento del Abogado y su trayectoria necesario para confiarse en el mismo.

- ***Una defensa responsable***, libre de todo tipo de intromisiones y presiones, tanto de la Fiscalía, cuanto del Tribunal y aun de las externas y mediáticas. Teniendo en cuenta al respecto que la experiencia de los Tribunales Penales Ad-Hoc ha sido preocupante.

Por ello es muy importante que el control deontológico y el sistema de sanciones tenga su sede en el marco de las Instituciones Colegiales y no en el del propio Tribunal del que el Fiscal forma parte.

- ***Una defensa cualificada*** tanto sobre la materia procesal-penal de derecho aplicable, cuanto del dominio suficiente de la lengua del acusado y de algunas de las lenguas de procedimiento y trabajo.

- ***Una defensa eficaz***, es decir, regida bajo el principio de la necesaria «igualdad de armas» con la acusación. El Abogado debe contar con los medios y la autoridad para el contraste de la investigación y la apertura de nuevas vías investigatorias lo que en este tipo de delitos requiere sin duda de grandes medios personales y económicos, y del amparo en el desarrollo de todo ello.

máximo responsable de la Comisión de Justicia y Amparo de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados, cargo que ha desempeñado con extraordinaria dedicación y acierto.

Teniendo en cuenta la importancia de la abogacía y del Colegio de Abogados en la Real Academia, consentirme que, como Decano saliente del Colegio y Presidente de la misma, no desaproveche esta ocasión para, en su persona, rendir homenaje a esta profesión y a los compañeros que con tanto esfuerzo, sacrificio y generosidad la sirven desde la Junta de Gobierno.

Javier Boix es un Abogado de los que Dromi dijo que: viven para defender la libertad. No es casualidad de que en su Discurso de ingreso en esta Corporación nos haya hablado de un Derecho Penal moderno defensor de las libertades, porque sólo en la defensa limpia y abnegada de tal valor superior se incardina su pasión de abogado penalista.

Javier Boix cree en la Abogacía como pilar fundamental de la Justicia y del Estado de Derecho, y por eso ha defendido en la Comisión de Justicia el respeto a los valores esenciales de nuestra profesión, como la independencia y el secreto profesional, otorgando el amparo colegial en tantas cuantas ocasiones ha sido necesario.

Como Diputado 3º de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Valencia, es un claro exponente de la dedicación, esfuerzo y generosidad con el que todos los miembros de la Junta han apoyado siempre al Decano, y que yo aquí en su persona quiero a todos agradecer y rendir homenaje, próximo ya el final de mi mandato.

El Decano es injustamente quizás en demasiadas ocasiones, la única cara visible del esfuerzo y dedicación de los trece compañeros que forman la Junta.

Por eso lesionaría la justicia distributiva, si no aprovechara la oportunidad para poner de relieve y retribuir con mi gratitud y afecto, la exigida y prestada dedicación de todos aquellos compañeros, miembros de la Junta de Gobierno, que, a veces desde el anonimato, con auténtico sacrificio personal hacen posible regir los destinos corporativos, imprimiendo a su labor la eficacia y rectitud que impone el honor y la servidumbre de su cargo, revirtiendo, con las horas desveladas de su trabajo corporativo, el alto honor que a su elección corresponde.

A ellos pues rindo homenaje, en la persona de Javier Boix Reig que, como ellos, en las labores colegiales ha poseído la virtud de hacer siempre lo que debía hacer en todo tiempo y lugar. Con el orgullo de hacerlo bien, y con la modestia y la discreción de quien no pide más aprobación que la de su conciencia, olvidando la conveniencia y la co-

- Desde 1986 compagina su actividad docente con el ejercicio de la abogacía haciendo honor con ello a una larga y honrosa tradición familiar de hijo, nieto y hermano de Abogados y biznieto del Decano Juan Reig Rodriguez.
- En el plano jurídico internacional participó en la redacción del Código Penal Tipo de Latinoamérica, es miembro de la Asociación Internacional de Derecho penal y del Grupo de Estudios de Política Criminal de España, y Vocal General de la Asociación Hispano-Italiana de Estudios de Política Criminal.
- En el plano científico ha dirigido un gran número de tesis doctorales y es miembro del Consejo de Redacción de varias revistas científicas (Anuario de Derecho Penal, Revista General de Derecho, Revista Valenciana de Asuntos Autonómicos, Revista Gestión ambiental), así como es miembro del Consejo Asesor de la Colección «Propuestas» de la Universitat de Valencia y Consejero de número de la Institución Valenciana de Estudios e Investigación «Alfons el Magnánim» (1985).
- Como experto ha participado en diferentes Proyectos de investigación sobre problemática criminal financiados por el Ministerio de Ciencia y Tecnología o por la Generalitat Valenciana, y ha intervenido como Ponente en un gran número de Congresos cuya cita sería aquí imposible de realizar.
- Tiene en su haber un gran número de publicaciones en Revistas y Libros especializados, en solitario y conjuntamente con autores de la talla de un Vives Antón o Cobo del Rosal. Su sólo cita sería aquí interminable.

Pero si importante y notoria es toda esa actividad docente y científica, no lo es menos su ejercicio profesional como Abogado de gran prestigio, que por su buen hacer mereció la confianza de sus compañeros, quienes lo eligieron para el cargo de Diputado 3º de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Valencia, en donde me he podido beneficiar de su apoyo y buen criterio en este quinquenio que ahora va a terminar.

Un quinquenio en el que le he conocido bien, lo que me permite hablar del nuevo Académico con perfecto conocimiento de causa, tanto en su faceta de Abogado, cuanto en la de miembro de la regiduría colegial.

Javier Boix Reig es, además de Catedrático e investigador, un Abogado de cuerpo entero, un prototipo de buen abogado y además el

modidad personales para deponerlos ante el interés de los compañeros que en él confiaron.

Y termino ya. Y lo hago expresando mi convicción de que Javier Boix Reig, ahora que también llega ya al final de una etapa al frente de la Corporación colegial, puede en la despedida hacer suyo el pensamiento de Séneca:

*«Y cuando la naturaleza reclame mi espíritu o mi razón lo despida, me iré con el testimonio de haber amado la conciencia recta y las buenas inclinaciones, sin haber mermado la libertad de nadie, y menos la mía».*

Sea bienvenido el ilustre nuevo Académico.



# ÍNDICE

	<u>Página</u>
PRESENTACIÓN.....	5
LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS LIBERTADES.....	7
I. INTRODUCCIÓN.....	7
II. LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES MORALES.....	11
1. De los delitos contra la honestidad a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.....	11
2. Situación actual.....	12
III. LA PROTECCIÓN DE LAS LIBERTADES POLÍTICAS.....	13
1. El sentido de la intervención penal en el Estado de Derecho.....	13
2. Los peligros de una concepción excepcional de dicha intervención.....	15
3. Hacia una justicia penal internacional. La excepción al principio de territorialidad.....	19
IV. CONCLUSIÓN.....	24
 CONTESTACIÓN DEL EXCMO. SR. D. LUIS MIGUEL ROMERO VILLAFRANCA	
Introducción.....	27
El discurso.....	28
Corte Penal Internacional.....	46
El Académico.....	48