

## Prof. Dr. Guillermo Portilla Contreras

*Fernando Velásquez Velásquez\**



En esta oportunidad se ha dialogado con el profesor Dr. Guillermo Portilla Contreras, nacido en Málaga el año de 1956, España. Él hizo sus estudios de Derecho en la Universidad de Granada que culminó en 1981; luego, en ella misma cursó su doctorado que finalizó en 1987.

El profesor Portilla Contreras ha tomado parte y/o liderado múltiples proyectos de investigación en los ámbitos del derecho penal, la filosofía del derecho penal y la política criminal. Publicaciones suyas en idiomas español, italiano y francés, se recogen en libros, artículos en revistas especializadas y en obras colectivas; es, además, un reconocido conferencista nacional e internacional y ha sido profesor de plurales especializaciones, masters y doctorados, tanto en su país como en el exterior.

---

\* Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda. Correo de contacto: fernando.velasquez@usa.edu.co

Como notas de su muy importante producción académica, se destacan su excelente textura idiomática, su profundidad académica y, algo que es muy importante cuando se habla de verdaderos investigadores, su gran talante crítico y cuestionador. Con el profesor Guillermo Portilla Contreras, pues, el derecho penal de garantías ha encontrado a uno de sus máximos exponentes en el mundo hispanoamericano; por eso, es un gran honor para nuestra Revista tenerlo hoy en estas páginas.

La entrevista se realizó con la orientación del Editor Fernando Velásquez Velásquez.

### **1. C.D.P.: ¿Por qué eligió la cátedra universitaria como el área predilecta para desarrollar sus múltiples incursiones profesionales, académicas e intelectuales?**

**RESPUESTA:** El inicio de mis estudios en la Facultad de Derecho de Granada coincidió con la muerte del dictador, el General Francisco Franco, en noviembre de 1975. Un periodo convulso y, al mismo tiempo, extraordinario, de emancipación y búsqueda de espacios de libertad, de recuperación de aquellas lecturas que el régimen militar había prohibido, de reconocimiento de los derechos fundamentales de participación política (hasta febrero de 1977 no se legalizó el Partido Comunista de España). Tuve la fortuna de residir en el Colegio Mayor San Bartolomé y Santiago de Granada que cuenta con una biblioteca fabulosa, allí descubrí a Neruda, Alberti, García Márquez, Benedetti, a poetas como Gil de Biedma, Javier Egea, a filósofos, sociólogos y políticos como Karl Marx, Althusser, Pietro Ingrao, Toni Negri, Luigi Ferrajoli, Danilo Zolo, Foucault, Baratta. En realidad, del Derecho penal lo que me sedujo fue la necesidad de transformarlo. Hay que recordar que el código penal que estudié fue el Código Penal franquista de 1944, con las reformas introducidas en 1973, un texto en el que aún permanecían la pena de muerte, los delitos contra la Seguridad del Estado como herederos de los delitos políticos, los delitos contra la honestidad, la responsabilidad

penal objetiva. Me fascinaba la idea de poder contribuir a desmontar aquel formato totalitario. Ese fue el verdadero motivo de elegir el Derecho penal y la cátedra universitaria como un instrumento para cuestionar y denunciar el derecho penal autoritario.

## **2. C.D.P.: Por favor hablemos de sus nexos con el mundo académico europeo y latinoamericano, en general, y, con el colombiano en particular.**

**RESPUESTA:** En los años ochenta se consolidó en España una dogmática penal de inspiración germana que cuenta con los trabajos excepcionales de Cerezo Mir, Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde, Quintero Olivares, Santiago Mir, Luzón Peña. Pertenezco a una generación que admiró a la doctrina alemana, estudió alemán en el Goethe Institut de Freiburg im Breisgau y realizó la tesis doctoral en el Max-Planck. Durante mi estancia en Alemania, siendo dirigido el Instituto por el profesor Jescheck, coincidí con colegas como Luigi Foffani, Alberto Cadoppi, Adelmo Manna, Stefano Canestrari, Gabriele Fornasari, Lorenzo Picotti, García Arán, Lorenzo Copello, Díez Ripollés, Juan Carlos Carbonell, Javier Mira, Morales Prats, Mirentxu Corcoy, Ujala Joshi, Gómez Benítez, Romeo Casabona, Gómez Colomer, entre otros. En América, he mantenido un vínculo constante con la Facultad de Derecho de Puebla y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Morelia, México; con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina; Universidad Rafael Landívar de Guatemala; Universidad Andina del Cusco, Perú; Universidad Mayor de San Andrés, Bolivia; Universidad Federal de Rio Grande do Norte en Natal, Brasil; Universidad Autónoma de Santo Domingo; Facultad de Derecho de Camagüey, Cuba. La primera vez que visité Colombia fue por una invitación del profesor Juan Carlos Ferré Olivé a la Universidad del Externado para hablar del bien jurídico protegido en los delitos de funcionarios públicos. Luego, a través de la Universidad de Salamanca, estuve unos años impartiendo una especialización sobre delitos omisivos en la Universidad Santo Tomás. Allí

fue donde conocí a la profesora Gloria Bernal que me presentó a un profesor al que admiraba desde hacía años por la calidad de sus trabajos dogmáticos, se trataba del profesor Fernando Velásquez. Desde entonces hemos conservado una relación de amistad fraternal.

### **3. C.D.P.: ¿Dado que usted ha sido invitado a diversos países del área, a impartir conferencias, clases y seminarios, qué valoración hace de la academia latinoamericana?**

**RESPUESTA:** Es muy desigual, junto al alto nivel dogmático del Derecho penal argentino, colombiano, uruguayo, peruano, en otros países aún no se ha desarrollado la teoría jurídica del delito lo que hace muy complicado impartir clases en Especializaciones o Maestrías.

### **4. C.D.P.: Los años setenta y ochenta del siglo pasado fueron un escenario muy importante para la gestación de movimientos que abogaron por una judicatura democrática. ¿Cree que esas importantes corrientes han desaparecido como claman algunos o, antes, por el contrario, tienen hoy un mejor escenario para su avance?**

**RESPUESTA:** El nacimiento de Magistratura Democrática en Italia y el de Justicia Democrática y Jueces para la Democracia en España surgió en un escenario irrepetible. En Italia propiciado por la necesidad de un uso alternativo del Derecho que hiciera posible interpretar el código penal fascista de Rocco a la luz de los derechos constitucionales. Si alguien tiene interés, puede repasar el debate, en el seno de la izquierda, entre el comunismo de Pietro Barcellona o Alessandro Baratta y las corrientes socialdemócratas de Franco Bricola en diversos números de la revista *La Questione Criminale*. Por su parte, en España el movimiento judicial alternativo nació contra la

dictadura y, durante la transición, contra un modelo de justicia sin garantías mínimas. Hoy, debido quizá al sistema de selección política del Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o la Fiscalía General del Estado, se ha generado una cúpula judicial inmovilista, extremadamente conservadora. Claro que siguen existiendo colectivos como «Jueces y Juezas para la democracia» o Fiscales progresistas, pero representan una minoría frente a la Asociación Profesional de la Magistratura (APM) y la *Asociación Judicial* Francisco de Vitoria (AJFV). Tras la jubilación de un icono de la defensa del Derecho penal y procesal penal garantista, el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, sobresalen jueces de una gran valía intelectual y moral, los magistrados de la Audiencia Nacional, Ramón Sáez y Ricardo de Prada Solaesa, que no cesan en la defensa de los derechos contra el Estado, en la denuncia de la tortura, en la lucha contra la corrupción política y económica. Posiblemente ese sea el motivo por el que les está vedado el acceso al Consejo General del Poder Judicial.

**5. C.D.P.: Usted se ha desempeñado durante varios años como profesor de la Especialización en Derecho Penal, de la Universidad Sergio Arboleda que tengo el honor de dirigir; ¿qué puede decirnos de su experiencia allí?**

**RESPUESTA:** Mi experiencia en la Especialización de la Universidad Sergio Arboleda es muy positiva. No voy a hablar del exquisito trato con el que siempre me obsequian los colegas del Departamento sino de la gran formación académica y dogmática de la mayoría de los alumnos. Ello permite una interacción permanente, que la discusión sea continua, da igual el objeto del debate. Es más, suelo mantener el contacto con bastantes alumnos de los cursos pasados lo que demuestra su interés por el Derecho penal.

**6. C.D.P.: Durante la primera parte de su actividad investigativa se dedicó usted al estudio de la protección penal de las garantías constitucionales frente a la razón de Estado, fruto de lo cual fueron varios libros uno de los cuales recoge su tesis doctoral. ¿Qué balance haría usted hoy de esas incursiones académicas?**

**RESPUESTA:** Uno de los objetivos de mi tesis doctoral fue acabar, por un lado, con las prebendas de los funcionarios que actuaban por móviles privados (la condición de funcionario siempre atenuaba la pena) y, por otro, extender la protección penal a los derechos del detenido. En aquel momento, el bien jurídico en las detenciones practicadas por funcionarios públicos afectaba exclusivamente a la protección de la libertad de movimientos, lo que suponía la impunidad de aquellas acciones contrarias a las garantías. Por tal motivo, al objeto de evitar que la vulneración de estos derechos quedara sin sanción, junto a Juan Bustos y Laura Zúñiga, interpretamos que el concepto de detención, como procedimiento de privación de libertad, abarcaba tanto la aprehensión física como la infracción del resto de garantías del detenido. El legislador en el Código Penal de 1995 siguió nuestra propuesta, la condición de funcionario público no implica automáticamente la elección del tipo penal, sino que éste depende de si se actúa o no al servicio de los intereses generales de los ciudadanos. Sin embargo, lamentablemente, este proceso evolutivo en materia de derechos ha sufrido un golpe de estado judicial, me refiero concretamente al Acuerdo adoptado en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el 27 enero 2009, que determinó la posibilidad de establecer la sanción de multa al funcionario que practica una detención, guiado por un móvil privado, sin ninguna causa que justifique la privación de libertad, sin perseguir, en definitiva una finalidad pública, siempre que, finalmente, entregue inmediatamente el detenido a la autoridad. Con esta decisión se retorna al privilegio franquista que caracterizaba todos los delitos cometidos por funcionarios públicos.

**7. C.D.P.: ¿Cómo valora usted su muy importante paso como catedrático de la Universidad de Jaén, adscrito al Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho, Filosofía Moral y Filosofía, a la cual sirve desde 1995?**

**RESPUESTA:** Creo que mi aportación al Departamento, mi granito de arena, está relacionado con la Biblioteca y, más concretamente, con la hemeroteca. Cuando llegué en 1995 solo había unas cuantas revistas españolas y hoy contamos, desde aquella fecha, con la totalidad de revistas sobre Derecho penal, Criminología y Derecho Penitenciario de Alemania, Italia, Francia. Siempre consideré que el mayor tesoro de una Universidad es su biblioteca. De todas maneras, estamos a años luz de otras Universidades del siglo XVI (Granada) o del siglo XIII (Salamanca).

**8. C.D.P.: Le tengo una pregunta que nace de mi curiosidad como estudioso del derecho penal: ¿Por qué prefiere usted publicar en libros colectivos, sobre todo en libros homenaje en los cuales se cuentan por decenas sus contribuciones, y no en revistas especializadas?**

**RESPUESTA:** Hay una razón que lo explica. Al inicio de mi etapa investigadora publiqué en Revistas penales como Cuadernos de Política Criminal, en otras más genéricas, como «Jueces para la democracia» o filosóficas como «Mientras Tanto». Desde que comenzaron a funcionar los Grupos de Investigación financiados por el Ministerio de Educación, he estado integrado cada año en grupos de las Universidades de Salamanca, Granada, Carlos III, Barcelona, Elche, País Vasco, Alicante, etc. Eso supone el compromiso de entregar dos artículos al año que se publican en libros colectivos con las aportaciones de cada uno de los miembros. Lo de los libros homenajes es otra cosa, es un imperativo moral, una muestra de agradecimiento intelectual al compañero que se retira del ámbito académico.

Deben saber los lectores que para la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación en España este tipo de contribución no tiene ningún valor así como tampoco lo tienen los Manuales de Parte General o Especial.

**9. C.D.P.: El tráfico ilegal de drogas es uno de los asuntos que ha ocupado la agenda internacional a lo largo de las últimas décadas, en medio de un agudo debate que fluctúa entre las posturas prohibicionistas y las anti-prohibicionistas. ¿Cómo cree usted que se debe enfrentar este asunto y en qué han fallado los intentos por descriminalizar la producción, comercialización y consumo de drogas ilícitas?**

**RESPUESTA:** La habitual represión penal de los comportamientos relacionados con la droga no ha conseguido una disminución parcial del avance del narcotráfico sino el efecto contrario, la extensión del mismo y la distorsión del sistema procesal-penal de garantías. La sanción de conductas que no afectan a la estructura interna de las organizaciones criminales va unida a la frecuente impunidad de los que las dirigen. Se ha generado un cáncer que devora a la democracia, una estructura económica ilegal sin precedentes, muy superior a la del Estado y de la que éste depende. Frente a esta situación, la línea político-criminal adoptada no se ha basado en el tratamiento del drogodependiente infractor o en la prevención del tráfico, sino en la sanción de todos los elementos que integran el circuito formal de la droga. Todas las reformas penales y administrativas se han caracterizado por elevar las sanciones y olvidar al infractor drogodependiente, al sancionar la *actio liberae in causa* imprudente, al defender el cumplimiento íntegro de las penas o en los graves obstáculos para lograr la suspensión de la condena. Sin lugar a dudas, tras el fracaso de la represión solo queda como alternativa una política de despenalización y un control alternativo al penal en los sectores de la producción y el tráfico. Debe procederse al suministro controlado de heroína a drogodependientes en el desarrollo de un



modelo deshabitador. La política estatal –penal y administrativa– respecto al tratamiento y prevención olvida que el consumo público de drogas es un hecho penalmente atípico que debería impedir la sanción del partícipe con base en el criterio de accesoriedad limitada. Se construye un bien jurídico artificial, la salud pública, cuando, en realidad, se trata de proteger la salud individual. Asimismo, en los países productores habría que promover cultivos alternativos e incentivar a los agricultores. Cualquier forma de sanción del consumo propio de drogas –posesión en relación al consumo y consumo público y privado– es negativa; en primer lugar, porque ello supone la infracción del derecho a la libre autodeterminación de la persona, es decir, a la libertad individual de elección, no puede castigarse la situación de autopuesta en peligro de la víctima –concedora del alcance del riesgo– mediante el consumo de drogas; en segundo lugar, porque la prohibición del uso favorece el consumo y crea mayores ámbitos de marginación. Los argumentos expuestos son en su mayoría aplicables a la producción y suministro de la droga. Ambos deben someterse a un estricto control legal sanitario, valorar la droga como un medicamento sometido a un sistema impositivo evitaría las grandes ganancias de un negocio corrupto. El problema de este debate es que con la entrega controlada se perjudican los intereses económicos de todos los Estados que se nutren del blanqueo de capitales. Cuando se habla de la utopía de la legalización de las drogas, lo que realmente se quiere decir es que es utópico que el Estado renuncie a los cuantiosos beneficios económicos que supone la prohibición.

**10. C.D.P.: Colombia es un país en el cual los escenarios de la guerra, la barbarie y la injusticia, tienen manifestaciones muy dolorosas y particulares. ¿Cree usted posible la reconciliación entre los colombianos acudiendo solo a las herramientas que brinda la llamada justicia transicional?**

**RESPUESTA:** En realidad, el Plan de Paz acordado en Colombia no responde al clásico paradigma de Justicia transicional que describe la travesía

de una dictadura a la democracia –caso de España–, sin embargo, es un supuesto paradigmático de Justicia de Excepción. Ahora bien, más allá del loable deseo de solucionar el conflicto, un modelo jurídico en el que se alteran los principios básicos del Derecho penal y Procesal-penal siempre será objetable: Desde el límite que alcanza la amnistía hasta el abandono de los fines tradicionales de la pena y su sustitución por extremos como la satisfacción de los derechos de las víctimas o la consolidación de la paz. En mi opinión, no puede aspirarse a la consecución del ideal de justicia, a la conciliación entre ciudadanos, prescindiendo de un Derecho penal que proteja los valores esenciales violados por las partes en el conflicto: Paramilitares, guerrilla o el propio Estado a través del ejército. Sorprende por ejemplo que la comisión de delitos muy graves no inhabilite para la participación política.

**11. C.D.P.: Y, a propósito de lo anterior: ¿Cree viable que imperen la paz y la justicia social si a los responsables de cometer graves crímenes de lesa humanidad no se les castiga, así sea con penas moderadas y, además, ellos no contribuyen a la verdad, a la no repetición y a la reparación de las víctimas?**

**RESPUESTA:** En primer lugar, los ciudadanos deben conocer la realidad, todos los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra que se han cometido, el daño ocasionado por cada uno de los sectores. A partir de ahí, no puede relegarse el Derecho penal a un segundo plano. Éste debe actuar valorando la responsabilidad adecuada por la culpabilidad del hecho, determinando la responsabilidad de los superiores jerárquicos y la personal de cada uno de los intervinientes. Debe elaborarse un plan en el que se reconozca el derecho a obtener una reparación penal, moral y económica de todos los que han padecido los efectos del conflicto. Siendo muy importante la responsabilidad patrimonial de las organizaciones criminales (guerrilla y paramilitares) y del Estado. A partir de la determinación de la pena proporcional al hecho es cuando pueden estudiarse las medidas alternativas en función de la reparación

efectiva del daño causado y la concreta contribución al conocimiento de la verdad. No hay reconciliación posible basada en la ocultación de lo que ha ocurrido. No hay justicia en el olvido. Es una necesidad trascendente vivir sin la incertidumbre y despejar las zonas en penumbra. Es, precisamente, el derecho imprescriptible a descubrir la verdad lo que hará justicia a las víctimas, lo que las honrará.

**12. C.D.P.: Dentro de sus obras, aparte de las magníficas contribuciones a las Partes general y especial del Derecho penal, sobresalen sus estudios sobre el terrorismo. Le pregunto: ¿Por qué le atrae tanto esta problemática? Y, ¿cree usted que en la época contemporánea se han logrado avances para combatir este fenómeno?**

**RESPUESTA:** Lo que me ha interesado del terrorismo no es tanto su fundamento, sino la reacción del Estado y del Derecho penal frente al mismo. El empleo de numerosas prácticas ilegítimas, unas legales y otras claramente contrarias al Derecho. La existencia de una legislación procesal-penal que ha posibilitado la exclusión de algunas garantías del presunto terrorista, ha facilitado indefectiblemente el ejercicio de la tortura. Es la misma Constitución española la que mediante el artículo 55.2 de la CE permite que una Ley Orgánica pueda suspender los derechos del plazo de detención del artículo 17.2, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones de los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la C.E, respecto a aquellas personas que presuntamente se hallen vinculadas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. A esto hay que sumar las excepciones que en materia de incomunicación plantea el artículo 527 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, esto es, que el incomunicado no puede designar libremente al abogado, no tiene derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento, tampoco tendrá derecho a entrevistarse

reservadamente con el abogado de oficio al término de la práctica de la diligencia en que hubieren intervenido. Unas medidas que recuerdan a Ley de 18 de agosto de 1976, de reforma del *StPO* en la Alemania Federal, que introdujo notables modificaciones en materia de exclusión del juez natural y de aquellos defensores que resultaban «manifiestamente sospechosos» de ser extremistas de izquierda y, en consecuencia, de colaborar en la acción que se persigue.

Junto a estas prácticas legales de dudosa legitimidad, se han desarrollado en España otras técnicas que permiten afirmar la existencia de un terrorismo de Estado. Desde el Ministerio del Interior –controlado entonces por un Gobierno del Partido Socialista Obrero Español– se decidió la creación de los Grupos Antiterroristas de Liberación Nacional (GAL) con la intención de responder con el terror de Estado a la violencia terrorista de ETA. Así, la lucha contra el terrorismo se caracterizó en esos años –1983 a 1986– por el empleo de medios legales pero ilegítimos (suspensión de garantías constitucionales) y las bandas terroristas financiadas y armadas por el Estado. Lo que denuncié en aquellos trabajos fue la reticencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional para asumir la realidad, para hablar de una organización terrorista dentro del Estado. A veces los tribunales negaban la presencia del elemento estructural organizativo, otras, el elemento subjetivo: Subvertir el ordenamiento constitucional.

Tras la desaparición de las organizaciones criminales ETA y los GRAPO, sigue existiendo una violencia terrorista relacionada con el uso abusivo de la Yihad, una delincuencia por convicción a la que el Derecho penal no puede hacer frente y menos si se usan las categorías propias del Derecho penal de autor, esto es, del enemigo: La ampliación del concepto de terrorismo a los movimientos de desobediencia civil, la prisión permanente revisable, la sanción de los actos pre-preparatorios del enaltecimiento y justificación del terrorismo o el castigo del autoadoctrinamiento, adiestramiento o el turismo terrorista.

**13. C.D.P.: Otro espacio de su actividad como investigador lo ha destinado al estudio de las teorías sociológicas y filosóficas que más han influido en el Derecho penal, concretamente, las tesis del discurso ético de Habermas y el neofuncionalismo penal derivado de Luhmann en la selección de los valores penales y configuración de un Derecho penal del enemigo respectivamente; fruto de ello, es la publicación de su libro «El Derecho Penal entre el universalismo cosmopolita y el relativismo posmodernista». Le pregunto: ¿Qué balance hace hoy de esta incursión suya en tan importantes y, a veces, olvidadas problemáticas?**

**RESPUESTA:** Siempre he establecido un vínculo de unión entre la ética del discurso de Habermas y la teoría jurídica del delito de Roxin frente a la teoría de sistemas de Luhmann y la inmanencia del Derecho penal de Jakobs. Lo que Habermas pretende es aunar una teoría sociológica del derecho y una teoría filosófica de la justicia. De ese modo, la teoría de la acción comunicativa le sirve también de plataforma para elaborar una teoría discursiva de producción del derecho positivo, que aparece en su obra *Facticidad y Validez*. Un sistema jurídico es válido siempre que cumpla con los criterios procedimentales del discurso. Ahí podemos encontrar ciertas similitudes con algunos planteamientos iusnaturalistas y funcionalistas; el paralelismo con el iusnaturalismo se produce cuando establece una interconexión entre el derecho, la moral y la política; por otro lado, el matiz claramente normativista del consenso lo acerca al funcionalismo, del que se distancia, a su vez, al exigir, como referente, normas externas al derecho que respondan al interés general, la existencia de democracia y el cumplimiento de ciertos derechos fundamentales. En síntesis: El Derecho adquiere el carácter de racional cuando asume el reconocimiento de los derechos humanos positivizados constitucionalmente y la exigencia del carácter democrático del gobierno. Puede concluirse que lo justo en la tesis de Habermas se identifica con lo que es ético tras un proceso de elaboración racional.

En el lado opuesto, nos encontramos con los planteamientos de C. Schmitt/Luhmann/Jakobs, que asumen la aceptación sin objeción de las normas, los conceptos de «no-persona» y «exclusión», incurriendo en la contradicción de considerar al sujeto como mero objeto de un sistema.

**14. C.D.P.: También dentro de sus incursiones académicas, ha dedicado un buen espacio a investigar sobre el derecho penal en los regímenes autoritarios, en especial en España. ¿Cree usted posible que la democracia se pueda consolidar en su país mientras no brillen la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de la dictadura? Por favor explique.**

**RESPUESTA:** Para mí era un deber moral recuperar el pasado, conocer la verdadera historia de la represión, un derecho que se nos ha negado durante demasiado tiempo en España. Habrá quien se pregunte, transcurridos tantos años desde el fin del Régimen militar, por qué ahora comienzan a surgir investigaciones sobre las personas e instituciones que capitanearon la aniquilación jurídica del opositor al «Nuevo Estado». La respuesta no puede ser más sencilla: el acceso a los legajos contenidos en los Archivos públicos solo ha sido factible una vez transcurrido el plazo de cincuenta años desde la fecha del documento. En consecuencia, la visión de un expediente tramitado en los años cuarenta o cincuenta (periodo en el que esencialmente actuaron los Tribunales de excepción franquistas), fue materialmente inviable hasta finales de los años noventa, e incluso iniciado ya el dos mil. Es más, en la actualidad hay miles de documentos que aún no pueden ser investigados.

Ha llegado el momento de indagar y conocer los entresijos de los Tribunales de excepción, la ideología de sus miembros, de los catedráticos de Derecho penal que los integraron. Es la hora de abrir los expedientes, analizar los sumarios, leer los informes secretos de la Dirección General del Estado, de la Delegación Especial de Recuperación de Documentos, las valoraciones de las Comisiones de Depuración.

Lejos de adoptar un sistema penal indulgente con los vencidos, el Régimen militar asumió la necesidad de abordar un procedimiento de exterminio físico y moral del rival político. Una técnica basada conjuntamente en la represión corporal, económica y en la humillación del presunto infractor. A tal fin, se concibió una gigantesca tela de araña. Se engendró una estructura inquisitorial, una red de intercambio permanente de información, entre diversas entidades: Delegación del Estado para la Recuperación de Documentos, Tribunal de Responsabilidades Políticas, Tribunal Especial de Represión de la Masonería y el Comunismo, Consejos de Guerra, Comisiones de Depuración, Inspección de prisioneros de Guerra-Campos de concentración, Alcaldías, Falange, Guardia civil, delatores particulares, etc.

**15. C.D.P.: Y a propósito de esto último, usted ha publicado con el Ministerio de Justicia español una muy importante contribución que vio la luz en 2019, intitulada «Derecho penal franquista y represión de la homosexualidad como estado peligroso», que se inscribe en el marco de una línea de investigación dedicada al Derecho penal y la Memoria histórica. Cuéntenos, ¿cómo ha sido recibida por la academia y la judicatura de su país esta profunda reflexión que, además, es muy crítica y hace denuncias que estremecen?**

**RESPUESTA:** Entre las víctimas del franquismo, los homosexuales siempre fueron una «clase de inferior categoría». De hecho, al ser sancionados como un estado peligroso, a través de medidas de seguridad, a la privación de libertad, destierro y libertad vigilada, no pudieron verse amparados por indultos o amnistías. Tampoco la Ley de Memoria Histórica los protege expresamente, ni tan siquiera se refiere a la ilegitimidad de los Juzgados de Vagos y Maleantes y los de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Al ser un libro publicado por el Ministerio de Justicia y presentado públicamente en el Instituto Cervantes de Madrid por la Ministra de Justicia, Dolores Delgado, el poeta Luis García Montero, los novelistas Almudena Grandes,

Vicente Molina Foix, el eco fue superior al que recibe un trabajo académico habitual. La mayor repercusión ha sido en el colectivo LGTBI, muchos de cuyos miembros desconocían la realidad de esa represión. Para poder llevar a cabo tal investigación tuve que acceder al contenido de los expedientes tramitados por los diferentes Juzgados Especiales de Vagos y Maleantes existentes en España. Expedientes ubicados en los siguientes Archivos: Archivo Histórico Provincial de Vizcaya (AHPV); Archivo General de la Administración (AGA); Archivo Histórico Provincial de las Palmas «Joaquín Blanco» (AHPLP); Archivo de la Real Chancillería de Granada (ARCG); Archivo Histórico Provincial de Sevilla (AHPS); Archivo Territorial de la Ciudad de la Justicia de Barcelona y L'Hospitalet de Llobregat (ATB). De la judicatura he recibido alguna felicitación pero, en general, no ha sentado nada bien que cite los nombres de los verdugos, a los que denomino «juristas del horror homosexual». Respecto a la Academia, salvo excepciones, nunca le ha interesado el Derecho penal franquista ni los crímenes perpetrados durante la dictadura militar.

**16. C.D.P.: Tengo entendido que otra publicación suya –desde luego, también ligada al estudio de la represión penal durante la época del franquismo–, solicitada por el Ministerio de Justicia, no ha podido aparecer porque ha sido objeto de censura. ¿Nos puede confirmar ello y explicarnos sobre qué temática versa y por qué ese hecho?**

**RESPUESTA:** Es cierto. El Ministerio de Justicia me encargó y, posteriormente, firmó un contrato para la publicación del libro «El Derecho penal bajo la dictadura franquista: sus bases ideológicas y protagonistas». El texto fue entregado en septiembre de 2019. Un día más tarde recibí la llamada de un alto cargo del Ministerio que me sugería que cambiase la dedicatoria del libro: «A Isabel y Guillermo, mis hijos con el deseo de que algún día puedan vivir una República laica en España». Más concretamente, me recomendaba hacer desaparecer el término República, ya que España,



decía, es una monarquía parlamentaria y uno de los ejemplares del libro iba destinado a la Casa Real. Pensaba mi interlocutor que, seguramente, tal dedicatoria molestaría a su Alteza. Mi respuesta, como pueden imaginar, fue la de negarme a realizar la rectificación al considerar que se trataba de una censura inadmisibles en democracia. Desde entonces el libro se encuentra en un cajón del Ministerio. En cuanto a la temática del libro, hablo esencialmente de los penalistas y filósofos del Derecho españoles que pretendieron dotar al derecho penal autoritario de la legitimidad que le faltaba: Federico Castejón, miembro de la Comisión sobre la ilegitimidad de las acciones republicanas y redactor del Anteproyecto de Código penal falangista de 1938; Cuello Calón, inspirador del Proyecto de Código penal de 1939; Isaías Sánchez Tejerina, creador de los delitos de masonería y comunismo, las bases del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo, sugiriendo que la guerra civil era un ejemplo de legítima defensa colectiva; Jaime Masaveu, que planteó la exigencia de defender a la Nación frente al Estado delincuente republicano; Juan del Rosal pergeñando el marco teórico-dogmático de un Derecho penal totalitario, autoritario y tradicionalista; Javier Conde, Legaz Lacambra, etc.

Una de las grandes diferencias entre el nacionalsocialismo, el fascismo y el franquismo radicó, no tanto en el racismo alemán o el populismo italiano, tal como pensaron algunos tradicionalistas y falangistas, sino en la calidad de los ideólogos, los filósofos y juristas alemanes, italianos y españoles que forjaron la estructura jurídica del Estado totalitario. En la comparación entre los ideólogos españoles y los alemanes, aquéllos salen perdiendo, la desproporción cualitativa con los teóricos nazis fue muy elevada. Al final se contentaron con acoger las teorías de prestigiosos filósofos y juristas alemanes o italianos, muy cercanos o incluso militantes del nacionalsocialismo y el fascismo: Carl Schmitt, Larenz, Gentile, del Vecchio. Lamento que un gobierno de coalición de izquierdas —Partido Socialista y Podemos— rehúse y censure el legítimo deseo de República.

**17. C.D.P.: También, a finales de 2019 y con el sello de la Editorial española Dykinson, apareció un libro homenaje al magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, del cual ambos somos codirectores. ¿Por qué, le pregunto, cree usted que fue importante hacerle esa distinción a tan relevante figura de la judicatura y del pensamiento jurídico penal de las últimas décadas?**

**RESPUESTA:** Perfecto Andrés Ibáñez es un intelectual, símbolo del garantismo penal, fundador de la asociación Jueces para la democracia, traductor e introductor de la obra de Luigi Ferrajoli en España y un ejemplo en la lucha por los derechos fundamentales del imputado. Su coherencia con los ideales ilustrados del mejor Derecho penal y procesal penal le convirtió en un juez muy incómodo al poder. Maestro de la mejor generación de jueces españoles, como teórico es el mayor especialista español en motivación del fallo. A través de sus sentencias y votos particulares denunció el secreto de Estado, a funcionarios y particulares corruptos y, sin ser corporativo, a otros jueces que se desviaban de los principios garantistas.

**18. C.D.P.: ¿Qué consejos y qué lecturas les daría y les recomendaría usted a los jóvenes que quieren dedicarse a estudiar Derecho penal? A este propósito: ¿Cuáles son los cinco libros que, en su opinión, un estudioso del derecho penal nunca debería dejar de leer?**

**RESPUESTA:** A los que se inician en el Derecho penal les recomendaría que aprendan a valorar el trabajo de un académico, el privilegio que supone poder dedicarse a leer, estudiar, investigar, viajar, enseñar, interaccionar con colegas y alumnos. En cuanto a la propuesta de libros que todo penalista debe leer, asumiendo la arbitrariedad de elaborar un canon, si se me permite voy a recomendar diez. Los primeros cinco de carácter introductorio al mundo del Derecho, el Derecho penal y la Criminología y los otros cinco son obras de la Parte General del Derecho penal. Entre los primeros: De los delitos y de las

penas, Cesare Beccaria; Vigilar y Castigar, Michael Foucault; El Aprendizaje del Aprendizaje. Fruta Prohibida. Una introducción al estudio del Derecho, Juan Ramón Capella; Derecho y Razón, Luigi Ferrajoli; Criminología crítica e crítica del diritto penale, Alessandro Baratta. En cuanto a las obras sobre fundamentos del Derecho Penal y teoría jurídica del delito esta es mi selección: Estudios sobre el delito de omisión, Enrique Gimbernat Ordeig; Derecho penal. Parte general. Tomo I; Fundamentos de la estructura de la teoría del delito, Claus Roxin; Curso de Derecho penal español, Cerezo Mir; Derecho penal. Parte general, Santiago Mir Puig; Fundamentos de Derecho Penal. Parte General, Fernando Velásquez Velásquez.

**19. C.D.P.: Esta entrevista lo sorprendió a usted, como a todos nosotros, en medio de la terrible pandemia del coronavirus que en su país ha producido ya miles de víctimas, ¿Cómo interpreta este fenómeno de cara al futuro del género humano? ¿Y desde la perspectiva del Derecho penal?**

**RESPUESTA:** Lamentablemente, si pensamos en otros momentos de la historia, enfermedades como la lepra en la Edad Media, la peste, entre finales del XVII y comienzos del XVIII, la peste «española» a inicios del siglo XX, ninguna ha logrado mejorar al ser humano. Nunca la muerte de los seres más débiles, aunque fuera masiva, generó una sociedad más solidaria, justa e igualitaria. ¿Se acordarán los países más ricos del derecho a la adquisición de la vacuna de los más pobres? Una pandemia como el Covid-19, que puede afectarnos a todos debe hacernos reflexionar sobre las verdaderas causas y sus consecuencias. A su nacimiento ha contribuido un sistema económico que ha despreciado el medio ambiente, optando por la acumulación de capital, un capitalismo irracional y salvaje que está dispuesto a asumir su próxima autodestrucción sin cambiar de política. Ahora necesitamos del apoyo y solidaridad de todos, de la autorresponsabilidad, de un Estado que adopte decisiones en la producción, que intervenga en la distribución y no deje

en manos del mercado las necesidades vitales. Un Estado que garantice un sistema de salud público y universal, una renta mínima, el derecho de todos a una vivienda digna y una educación pública de calidad, etc.

En cuanto a la trascendencia que este virus puede llegar a tener para el Derecho penal, lo primero que se aprecia es que, con la excusa de supervisar los movimientos para evitar el contagio, asistimos a una deriva hacia un nuevo estado de control de la «peligrosidad», entre el Panóptico, el Gran Hermano y el Big Data. Si antes nos vigilaba el Estado sin nuestro consentimiento, ahora nos sigue controlando, pero somos nosotros los que voluntariamente cedemos nuestros datos a través de las aplicaciones del móvil, tarjetas de créditos, correos electrónicos, visitas a Google, Twitter, Facebook, etc. No solo saben dónde estamos sino lo que pensamos. Entre los delitos que se han cometido durante las diversas oleadas de la pandemia, habría que comenzar resaltando en España la responsabilidad por las muertes dolosas (dolo eventual) e imprudentes de ancianos en las residencias públicas y privadas. Se les abandonó a su suerte, no se les reenvió a los centros de salud cuando estaban contagiados y en las residencias no había médicos que los atendieran. Hay que determinar la responsabilidad omisiva de aquellos garantes que asumieron la protección de la salud e integridad de esas personas y tenían, además, el control de la fuente de peligro. Junto a estos delitos, hay que sumar el de discriminación, se decidió expresamente que un sector de la población de cierta edad no fuera atendido. Respecto a la decisión de no usar la mascarilla habrá que dictaminar los casos de autopuesta en peligro consentida por parte de los contagiados y la propagación dolosa o imprudente a terceros. De otro lado, habrá que analizar la responsabilidad del Estado en la muerte y contagio de miles de sanitarios a los que no se proveyó de las herramientas adecuadas. Otra cuestión de interés radica en la aplicación del estado de necesidad, qué criterios ha empleado un médico en la ponderación entre males cuando tuvo que tomar una decisión entre dos pacientes y un solo respirador. O, qué criterios van a adoptarse para la administración de la vacuna. En definitiva, como ocurrió con el VIH puede elaborarse un Tratado de Derecho penal, parte general y especial del

COVID-19. En el terreno administrativo se plantean infinitas cuestiones: infracciones por no llevar mascarilla, no respetar el toque de queda, el estado de alarma, identificación de infractores administrativos, posibilidad de trasladar a comisaría a los que no se identifican, uso desproporcionado de la fuerza por agentes de la autoridad frente a estos infractores.

**20. C.D.P.: ¿Fuera de sus actividades docentes a qué tema de investigación se dedica hoy? ¿Y, cuando llegue el momento de su retiro universitario, a qué pasatiempo le gustaría dedicarse?**

**RESPUESTA:** Antes de la muerte de mi querida compañera Elena Górriz, profesora titular de la Universidad de Valencia, me comprometí con ella a trabajar en su grupo de investigación dedicado al estudio de la parte general de la *compliance* penal. Cuando me jubile espero seguir investigando y cumplir con una aspiración que es un modo de vida: Seguir siendo un activista de los derechos humanos, no dejar nunca de ser un estudiante y matricularme en Filosofía e Historia.