

Juan María Terradillos Basoco

APOROFOBIA Y PLUTOFILIA

LA DERIVA JÁNICA DE
LA POLÍTICA CRIMINAL
CONTEMPORÁNEA

JTB
BOSCH EDITOR

La política criminal es concreción, en el ámbito de la lucha contra el delito, de los principios generales a los que responde la política *tout court*. Y cuando, como es el caso, la desregulación es uno de los principios sobre los que pivota la globalización, económica y política, el sistema penal tenderá a reducir sus espacios de intervención punitiva. Allí donde, en aplicación de las propuestas neoliberales que llevaron a la crisis económica mundial de 2008, no se regula la economía lícita, tampoco se regula la ilícita, y crecen los ámbitos de impunidad y connivencia (“**Derecho penal del amigo**”) con la criminalidad socioeconómica funcional a los requerimientos de la *lex mercatoria*: paraísos y amnistías fiscales, gran corrupción política, indultos, procedimientos inidóneos por obsoletos, figuras delictivas puramente simbólicas, etc.

Simultáneamente, se retoma el argumentario contrainsurgente, urdido como respuesta mundial a los atentados a las Torres Gemelas (Nueva York, 2001), que conforma la base ideológica del “**Derecho penal del enemigo**”, para aplicarlo a la lucha contra las pequeñas infracciones (delitos de bagatela, top-manta, irregularidades administrativas), atribuidas a los colectivos no funcionales a los mercados: los indigentes excluidos, paradigmáticamente representados por el inmigrante irregular.

La política criminal de nuestros días no es, así, unidireccional, sino bifronte, **jánica**. Como Jano, el dios de las dos caras, se proyecta en dos direcciones, solo aparentemente contrapuestas: la una, **plutofílica**, de connivencia con el poderoso, que manifiesta su poder tanto en la producción como en la aplicación de la ley; la otra, **aporofóbica**, de rigor punitivo frente al pobre; ese que, en nuestras sociedades presididas por el principio del intercambio, aporta muy poco y que, en consecuencia, no puede esperar nada.

APOROFOBIA Y PLUTOFILIA

LA DERIVA JÁNICA DE LA POLÍTICA
CRIMINAL CONTEMPORÁNEA

JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO

APOROFOBIA Y PLUTOFILIA

LA DERIVA JÁNICA
DE LA POLÍTICA CRIMINAL
CONTEMPORÁNEA

2020



BOSCH EDITOR

Proyecto de investigación «Aporofobia y Derecho penal» financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Ref. RTI2018-095155-B-C21) 2019-2020

Esta obra ha sido examinada por los siguientes miembros del Comité Científico editorial:

Dr. Juan Carlos Ferré Olivé. Catedrático Universidad de Huelva
Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda. Catedrática Universidad de Salamanca
Dr. Alfredo Abadías Selma. Profesor adjunto UNIR
Dr. Miguel Bustos Rubio. Profesor Contratado Doctor UNIR

© JUNIO 2020 JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO

© JUNIO 2020

JIB BOSCH
EDITOR

Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-122015-3-6

ISBN digital: 978-84-122015-4-3

D.L.: B 11302-2020

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Colección «Penalcrim» J.M. Bosch Editor

Coordinadores del Comité Científico:

Dr. Alfredo Abadías Selma

Profesor Adjunto de Derecho Penal y Criminología
Universidad Internacional de La Rioja

Dr. Miguel Bustos Rubio

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad Internacional de La Rioja

Miembros del Comité Científico

Dr. Ignacio Berdugo Gómez De La Torre

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

Dr. Juan Carlos Ferré Olivé

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Huelva

Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller

Catedrático (acr.) de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

Dr. José Ramón Agustina Sanllehí

Catedrático (acr.) de Derecho Penal
Universidad Internacional de Cataluña UIC

Dra. Paz Lloria García

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Dra. Beatriz Cruz Márquez

Profesora Titular de Derecho Penal
y Criminología
Universidad de Cádiz

Dr. Fernando Navarro Cardoso

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Dr. Enrique Sanz Delgado

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá de Henares

Dra. María del Carmen Armendáriz León

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

Dr. Félix María Pedreira González

Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

Dra. María Concepción Gorjón Barranco

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

Dr. Sergio Cámara Arroyo

Profesor Contratado Doctor (acr.) de Derecho Penal
Universidad Nacional de Educación
a Distancia UNED

Dr. Víctor Manuel Macías Caro

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Dra. Ana Peligero Molina

Profesora Adjunta de Criminología
Universidad Camilo José Cela

Dr. Francisco Rodríguez Almirón

Profesor Derecho penal
Universidad de Granada

Dr. Pere Simón Castellano

Profesor Contratado-Doctor
Universidad Internacional de La Rioja

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
ABREVIATURAS	17
Capítulo 1. POLÍTICA CRIMINAL DE LA GLOBALIZACIÓN	19
1. Introducción.....	19
2. Propuestas de análisis.....	21
2.1. Modelo económico y proyección político-criminal: globalización y desregulación.....	21
2.2. <i>Lex mercatoria</i> y política criminal.....	27
2.3. Lo privado y lo público: la corrupción	31
2.4. Tolerancia <i>versus</i> expansionismo punitivo	37
Capítulo 2. APOROFOBIA Y PLUTOFILIA	47
1. Pobreza y desigualdad como marco	47
2. Política criminal de exclusión	56
2.1. Bases ideológicas.....	59
2.1.1. Funcionalismo	62
2.1.2. Gerencialismo.....	65

2.1.3. Punitivismo	68
2.2. La deriva jánica.....	69
2.2.1. Derecho penal del amigo y Derecho penal de clase (plu- tofilia)	71
2.2.2. Derecho penal del indigente (aporofobia)	80
3. Pautas político-criminales de inclusión	88

Capítulo 3. TUTELA PENAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES..... 93

1. Los derechos económicos, sociales y culturales como bien jurídico-penal protegible	93
1.1. Bien jurídico y derechos fundamentales	93
1.2. Derechos económicos, sociales y culturales en el entramado constitucional	96
1.3. Derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Estado Social de Derecho: igualdad y libertad	102
2. Los derechos económicos, sociales y culturales como bien jurídico-penal protegible	104
2.1. Lineamientos político-criminales constitucionales.....	104
2.2. Lineamientos político-criminales para una prevención eficiente	107
2.2.1. Derechos económicos, sociales y culturales y corrupción pública	110
2.2.2. Derechos económicos, sociales y culturales y proceso penal.....	117
2.3. Protección penal de los derechos económicos, sociales y culturales.....	125
2.3.1. En el ámbito laboral.....	126
2.3.1.1. Derecho al trabajo	126
2.3.1.2. Derechos de autotutela	127
2.3.1.3. Trabajo forzoso y esclavitud	132
2.3.1.4. Discriminación laboral.....	140
2.3.2. Frente a los riesgos ambientales.....	143
2.3.3. En el ámbito tributario	147
2.3.3.1. Defraudación a la Hacienda Pública	147

2.3.3.2. Fraudes a la Seguridad Social	153
2.3.4. Racismo y xenofobia.....	158
Bibliografía.....	163

PRÓLOGO

«No lo olvidemos: estamos hablando del derecho penal y no de bromas. Del derecho penal y, por tanto, de la única forma del derecho que muestra, entera, el rostro de la violencia del hombre sobre el hombre, legitimada, santificada y asumida como prototipo del ordenamiento jurídico en general» (NEGRI).

«La justicia, como la serpiente, solo muerde a los descalzos». La frase, atribuida en los ámbitos hispanohablantes a personajes reconocidos (Galeano, Oscar A. Romero), tiene, si se excluye la referencia a la justicia, un origen popular. Enraíza en la convicción socialmente asentada de que las poblaciones más empobrecidas son, por ello, especialmente vulnerables a agresiones que se añaden a las infligidas por la pobreza.

La adición, como fuente de agresiones, de la justicia a la serpiente introduce en el proverbio un cambio cualitativo. La vulnerabilidad del pobre no lo es solo respecto a factores endógenos o a agentes naturales: está también inerme ante políticas institucionales que lo toman como objetivo específico a morder.

Título y subtítulo de la obra más conocida de Adela Cortina –*Aporofobia, el rechazo al pobre, Un desafío para la democracia* (2017)– reflejan bien este fenómeno: en nuestras sociedades contractualistas, en las que el principio del intercambio todo lo preside, quien, en términos mercantiles, no puede aportar nada, ha de caminar, como pobre que es, rechazado, descalzo y expuesto al mordisco de

la serpiente. También al de la justicia, en forma de recortes sustanciales, nacidos incluso en ámbitos institucionales, de sus derechos fundamentales, lo que pone en entredicho la vigencia de los modelos políticos democráticos.

Cuando el modelo económico-político provoca el rechazo directo del pobre y el enervamiento de sus derechos humanos, el sistema penal cómplice, que acepta y reproduce tanto la pobreza como la desigualdad entre individuos y grupos, es un sistema penal para la aporofobia.

Hoy es difícilmente cuestionable el dato de que el Derecho penal se emplea, con largueza, frente a sujetos que, al margen de la eventual lesividad de sus conductas, tienen como denominador común la condición de pobres. De hecho, se persigue al inmigrante, pero no por ser extranjero; se persigue a la prostituta, pero no a la *scort* de lujo; se persigue el «top manta», pero no la falsificación industrial y la venta al por mayor –muy mayor– de las copias que se exhiben en nuestras calles; se persigue al trabajador en negro, pero se persigue mucho menos al empresario que lo contrata, defraudando al propio trabajador y al sistema de Seguridad Social; se persigue al defraudador tributario, pero no si, instalado en su poder, reúne los requisitos para beneficiarse de una generosa amnistía fiscal; se persigue al rapero impertinente, pero no al *influencer* cuya lengua viperina acaba con vidas y patrimonios; se persigue al yihadista lobo (presuntamente) solitario, pero se hacen negocios multimillonarios con los mandatarios de Estados que le instrumentalizan; se persigue el narcomenudeo, pero no se implementan sistemas eficaces para acabar con redes narcotraficantes tan conocidas como violentas; se persigue el hurto trivial del indigente rumano, pero no se presta atención –represiva– a multimillonarias organizaciones criminales rusas que invierten en burbuja inmobiliaria; se persigue al trilero del mercadillo informal, pero no a la autoridad corrupta que dilapida la riqueza colectiva en inútiles y ruinosas autopistas o en aeropuertos fantasiosos, etc.

Son solo ejemplos, y no los más graves, de la distribución desigual de derechos que realiza un Derecho desigual.

Cuando el análisis toma como objeto el Derecho privado, se suele compartir pacíficamente la idea de que la desigualdad es omnipresente: la normativización de relaciones enraizadas en la propiedad no puede sustraerse a las diferencias que esta determina, en diversos grados, entre sus titulares. Todo el mundo acepta que, como proclama el artículo 14 de la Constitución, «*Los españoles son iguales*

ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Declaración que, sin embargo, nadie entiende traicionada por las diferencias que separan, por ejemplo, al terrateniente del jornalero, o al propietario arrendador del inquilino.

Si la lente se acerca al Derecho penal, se podría registrar el mismo consenso inicial en torno a la aceptación de que la diferente condición personal o social no puede determinar una diferente respuesta por parte de la ley penal. La respuesta institucional punitiva que, como observa Negri, «*muestra, entera, el rostro de la violencia del hombre sobre el hombre*», solo puede quedar legitimada, santificada y asumida si, al menos, es igualitaria.

En las páginas que siguen se propone como hilo conductor de la reflexión la hipótesis de trabajo contraria, la hipótesis de que el nivel de integración social de la persona o el grupo determina una respuesta penal propia. Y no solo en la fase aplicativa, en la que las decisiones tienen origen policial, judicial o penitenciario; también en la fase legislativa, de modo que la norma penal reflejaría, ya desde la positivización criminalizadora y sancionadora, sus filias y sus fobias, plasmadas en respuestas sancionadoras diferenciadas, más amigables o más hostiles dependiendo de la condición del sujeto o del colectivo receptor: Derecho penal desigual y excluyente que perpetúa y potencia la desigualdad y exclusión que hereda de su entorno.

Lo explica bien el personaje central de *El Salvaje*, la novela de Guillermo Arriaga, cuando analiza el asesinato de su hermano, perpetrado a pachas por la policía corrupta y el integrismo religioso: «*Una generación buscaba desmarcarse de la anterior y al hacerlo retó al rígido statu quo, el cual solo supo responder con violencia y autoritarismo. No bastaron los asesinatos en masa, los encarcelamientos, la feroz persecución política. No. El régimen buscó controlar cada aspecto de la vida social de los individuos. La represión, y eso lo entendió el sistema, funciona mejor en el nivel micro, cuando logra que un ciudadano salga a la calle temeroso de ser aprehendido, incluso por su aspecto físico*».

ABREVIATURAS

AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
art.	artículo
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CMW	Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
CP	Código Penal
CTF	Convenio OIT sobre el Trabajo Forzoso, 1930
DESC	derechos económicos, sociales y culturales
DEL	Diccionario de la Lengua Española
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948
ESD	Estado Social de Derecho
ESDD	Estado Social y Democrático de Derecho
FEM	Foro Económico Mundial

FJ	fundamentos jurídicos/fundamentos de Derecho
FMI	Fondo Monetario Internacional
HP	Hacienda Pública
LO	Ley Orgánica
ONU	Organización de Naciones Unidas
núm.	número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PIB	Producto Interior Bruto
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, New York, 19.12.1966
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas, New York, 19.12.1966
RD	Real Decreto
STC	sentencia del Tribunal Constitucional
STSJ	sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS	sentencia del Tribunal Supremo
SS	Seguridad Social/sistema de Seguridad Social
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
USA	Estados Unidos de América

CAPÍTULO 1**POLÍTICA CRIMINAL
DE LA GLOBALIZACIÓN**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PROPUESTAS DE ANÁLISIS. 2.1. Modelo económico y proyección político-criminal: globalización y desregulación. 2.2. *Lex mercatoria* y política criminal. 2.3. Lo privado y lo público: la corrupción. 2.4. Tolerancia *versus* expansionismo punitivo.

1. INTRODUCCIÓN

La política criminal contemporánea se caracteriza, en opinión doctrinal generalizada, por una tendencia expansiva que la empuja a nuevas zonas de intervención y a sanciones progresivamente contundentes.

Más allá de esta constatación de lo obvio, surgen discrepancias al intentar identificar los marcos concretos de expansión no justificable o los principios últimos a que responde la, al parecer imparable, marea punitivista.

En torno a la primera cuestión, se viene acusando a los llamados delitos socioeconómicos, aquellos que inciden más negativamente sobre las posibilidades de ejercicio y desarrollo de los DESC, de constituir el ámbito paradigmático frente al que el «Derecho penal moderno» ha ensayado e implantado primero y ha legitimado después un sistema altamente represivo, caracterizado por la flexibilización de los criterios de imputación y la preterición de las garantías propias de los modelos penales democráticos.

Respecto a la segunda –los principios ideológicos y políticos en que se asienta la incontestable expansión– es inevitable la referencia a las propuestas provenientes de funcionalismo, gerencialismo y punitivismo¹.

La hipótesis de que aquí se parte es doble.

En primer lugar, se advierte que, al menos –pero no solo– si se examina la reciente evolución del sistema penal español, la expansión punitiva no se proyecta con especial rigor sobre la delincuencia socioeconómica, normalmente criminalidad económica transnacional organizada (RUGGIERO: 144-145); esta, en buena medida, permanece blindada a la represión penal.

En España –aunque la referencia político-espacial no presenta peculiaridades esenciales en un contexto globalizado–, el CP de 1995 introdujo en el Título XIII del Libro II, como una de sus innovaciones más relevantes, los delitos «*contra el orden socioeconómico*», y amplió el espacio de intervención penal anteriormente reservado a los delitos patrimoniales tradicionales. Pero un acercamiento, siquiera sea superficial, a la estadística judicial y penitenciaria revela en qué medida la retórica apuesta del legislador español ha quedado en agua de borrajas: la crisis económico-financiera patente, al menos, desde 2008, y la crisis social-sanitaria vinculada a la pandemia del covid-19, en los comienzos de 2020, han sacado a la luz un catálogo de comportamientos abiertamente lesivos para derechos humanos tan elementales como el derecho al trabajo, a la vivienda o a la salud –los desahucios han provocado en los últimos quince años, más de diez mil suicidios (DOUHAIBI: 75)–, frente a los que el sistema penal esgrime o respuestas ineficientes en su primitivismo o una inhibición tan programada como palmaria.

Se propone, igualmente, como segunda hipótesis, la, no ajena a la anterior, de que la asunción –a veces, subrepticia; otras, con exhibición de pulso político neoliberal– de las propuestas del «Derecho penal del enemigo», ha terminado por desembocar en estrategias político-criminales de exclusión y sometimiento, coherentes con las condiciones de exclusión y sometimiento propias del modelo político-económico en el que aquellas nacen y se desarrollan. El «enemigo», pues, no es una abstracción genérica: está pre-identificado y situado en el punto de

1 *Vide infra*, Cap. II, 2.1.