

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)
Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid
Anna Taitsohn, Australian National University – University of Canberra
M.C. Mirow, Florida International University
José Miguel Piquer, University of Valencia
Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; María José Bravo Bosch, University of Vigo; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusitania; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; Orazio Licandro, University of Catania; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustín Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellart, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Luis de las Heras Vives, “Dos problemas actuales de política criminal española a través de la lectura de *Rebelión en la granja* de George Orwell: la presunción de inocencia y el delito de acoso (art. 172 ter CP) en el anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 19 (2022), pp. 16-32 (available at <http://www.glossae.eu>)

Dos problemas actuales de política criminal española a través de la lectura de *Rebelión en la granja* de George Orwell: la presunción de inocencia y el delito de acoso (art. 172 ter CP) en el anteproyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual

Two current problems of Spanish criminal policy through the reading of *Animal Farm* by George Orwell's: the presumption of innocence and the crime of harassment (art. 172 ter CP) in the draft organic law of integral guarantee of sexual freedom

Luis de las Heras Vives
UNIR

ORCID iD: 0000-0003-4942-5088

Fecha de recepción: 16.3.2022

Fecha de aceptación: 3.5.2022

Resumen

El presente estudio aborda la relación entre el Derecho y la Literatura. En esta ocasión, se ha tomado una obra clásica del siglo XX, como es *Rebelión en la granja*, de George Orwell, en la se analiza el fenómeno del totalitarismo estalinista, poniéndola en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual.

Abstract

This study addresses the relationship between Law and Literature. On this occasion, a classic work of the 20th century has been taken, such as *Animal Farm*, by George Orwell, in which the phenomenon of Stalinist totalitarianism is analyzed, putting it in relation to the Draft Organic Law on the Comprehensive Guarantee of Freedom sexual.

Palabras clave

Derecho – Literatura – Estalinismo – Totalitarismo – Libertad sexual

Keywords

Law – Literature – Stalinism – Totalitarianism – Sexual freedom

Sumario: 1. Introducción. 2. ¿Por qué leemos *rebelión en la granja*? algunas notas desde la granja solariega del señor Jones: un pasado futuro. 3. El lenguaje simbólico en el proceso penal: un ejemplo a través de la a veces incómoda presunción de inocencia. 4. Las pequeñas mutaciones de la ley: un ejemplo a través del proyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual. Apéndice bibliográfico

1. Introducción

Reflexionaba George Orwell en el verano de 1946 sobre la razón por la que escribía, para concluir que “escribir un libro es un combate horroroso y agotador, como si fuese un brote prolongado de una dolorosa enfermedad. Nadie emprendería jamás semejante empeño si no le impulsara una suerte de demonio al cual no puede resistirse ni

tampoco tratar de entender”¹. Reflexión que, curiosamente -o quizá no-, publicaba entremedias de sus dos más importantes obras: “Rebelión en la Granja” (1945) y “1984” (1945). Y en ellas, precisamente -de ahí mi curiosidad inicial-, el lector puede hallar qué o quién era “esa suerte de demonio” que obligaba a Orwell a escribir: el “demonio” de la libertad que le impulsaba a combatir a través de su literatura los totalitarismos para salvaguardar la dignidad del hombre².

Si en “Rebelión en la granja”, Orwell proyectaba una feroz crítica alegórica del estalinismo³, en “1984” iría un paso más allá y se declararía enemigo de cualquier totalitarismo, con independencia de su propaganda y de sus -utilizando la terminología estalinista- “ingenieros del alma”, pues, al fin y al cabo, cuando hablamos de totalitarismo, su causa; su razón de ser importa bien poco, pues todos son enemigos de la libertad⁴. De hecho, con “1984”, Orwell advirtió proféticamente⁵ acerca de las consecuencias para la sociedad cuando por el Poder –Gran Hermano– se restringen y limitan los derechos del individuo y, sobre todo, el control de la verdad⁶.

¹ Orwell, G., “Por qué escribo”, *Ensayos*, Barcelona, 2017, p. 787.

² Conviene advertir que la biografía de George Orwell demuestra que vivió en primera persona los horrores de la guerra; del totalitarismo (o de los totalitarismos, pues operan en muy distintas formas); de las falsas promesas de libertad; de las guerras libradas en defensa de la democracia; etc. De hecho, Meyers, J., *Orwell: Wintry Conscience of a Generation*, New York, 2000, p. 170, expone la terrible huella que le dejó su paso por la guerra de España: “Orwell’s half-year in Spain was the most important experience of his life. It deepened his understanding of politics and sharpened his hostility to Catholics and Communists. The bitter experience intensified his commitment to Socialism, inspired his finest book, *Homage to Catalonia*, and pointed the way toward his last and most influential political Works [...] Spain left a spiritual wound much greater than the snipe’s bullet. When he returned to England he was, for all his courage, depressed about the future, gloomier than ever and profoundly sceptical about the nature of political activity”.

³ Hammond, J. R., *A George Orwell Companion*, Londres, 1982, p. 159: “The idea of expressing his disillusionment with Stalinism –and, in a wider sense, with totalitarian regimes in general– in the form of an animal fable was thus simmering in his mind for a long time before he found the opportunity to write it”.

⁴ Donoghue, D., “*Nineteen Eighty-Four: Politics and Fable*”, *George Orwell & Nineteen Eighty-Four The Man and the Book*, Washington, 1985, p. 57. De hecho, se lee en Orwell, G., “Arthur Koestler, (11 de septiembre de 1944)”, *Ensayos*, p. 535: “El pecado de casi todos los izquierdistas de 1933 en adelante es que han pretendido ser antifascistas sin ser antitotalitarios”.

Así Orwell, “Recuerdos de la guerra de España” [¿1942?], *Ensayos*, p. 418: “Recuerdo haberle dicho alguna vez a Arthur Koestler que «la historia se detuvo en 1936», ante lo cual él asintió, comprendiéndolo de inmediato. Ambos estábamos pensando en el totalitarismo en general, pero más particularmente en la Guerra Civil española. En mi juventud ya me di cuenta de que los periódicos jamás informan correctamente sobre evento alguno, pero en España, por primera vez, vi reportajes periodísticos que no guardaban la menor relación con los hechos (...) Vi, de hecho, como se escribía la historia no según lo ocurrido en realidad, sino según lo que debería haber ocurrido de acuerdo con las «directrices del partido» (...). Lo anterior me asusta porque a ratos hace que tenga la impresión de que el propio concepto de verdad objetiva está desapareciendo del mundo...”.

⁵ Fromm, E., “Afterword”, *George Orwell, 1984*, New York, 1961, pp. 257-267; nos advierte que la novela de George Orwell no sólo es la expresión de un estado de ánimo, sino una advertencia. Lo primero por la desesperación ante el futuro del hombre, lo segundo, porque a menos que cambie el curso de la historia, los hombres de todo el mundo perderán su condición humana –libertad–, y concluye el autor afirmando que “los libros como los de Orwell son duras advertencias, y sería lamentable que el lector interpretara presuntuosamente la obra 1984 como otra descripción más de la barbarie estalinista, y no viera que también nos está describiendo a nosotros mismos”.

⁶ Sobre esta idea puede leerse: Orwell, “Recuerdos de la guerra de España” [¿1942?], *Ensayos*, pp. 420 y ss.: “Sé muy bien que hoy se estila decir que, en cualquier caso, tal como está escrita, la mayor parte de la historia es mentira. Estoy dispuesto a creer que la historia es en gran parte imprecisa y sesgada; lo peculiar de nuestra época, sin embargo, es el completo abandono de la idea de que es posible escribir la historia con veracidad (...) El objetivo tácito de este modo de pensar es un mundo de pesadilla en el que el

2. ¿Por qué leemos **Rebelión en la granja?** Algunas notas desde la granja solariega del señores jones: un pasado futuro⁷

Tal como sugería Hegel, soy consciente de que nos acercamos a los textos con unas categorías previas que nos condicionan y limitan, pero que no nos eximen de una racionalidad a la que estamos obligados, la que enseña que la interpretación del pasado no es –ni puede ser– unívoca: “El historiógrafo corriente, medio, que cree y pretende conducirse receptivamente, entregándose a los meros datos, no es en realidad pasivo en su pensar. Trae consigo sus categorías y ve a través de ellas lo existente”⁸. Con esas categorías debemos acudir a una “Historia escondida”, a una Historia que, como diría Nietzsche, está siempre por descubrir⁹.

Como meros observadores de la realidad, vemos que “No es difícil darse cuenta, por lo demás, de que vivimos en tiempos de gestación y de transición hacia una nueva época”¹⁰. Una época en la que si algo no cabe es el olvido o el desasimiento sobre los deberes y derechos a los que estamos llamados: la defensa de la libertad, la tolerancia y la libertad de las conciencias. Principios que deberían inculcarse en todas las Facultades y en todas las aulas con independencia de la disciplina. Pero, desgraciadamente, no siempre ocurre. A este respecto, Ronald Dworkin advierte de un grave peligro:

“A un abogado se le enseña a analizar las leyes y las opiniones judiciales para extraer de esas fuentes oficiales la doctrina jurídica. Se le enseña a analizar situaciones fácticas complejas a fin de resumir los hechos esenciales. Y se le enseña a pensar en términos tácticos, a diseñar leyes e instituciones legales que produzcan determinados cambios sociales decididos de antemano”¹¹.

Sin embargo, el ámbito de las cuestiones fronterizas –o morales– suele dejarse en la trastienda, para que el polvo ceniciento las cubra de oprobio. La razón se antoja sencilla: solo el Derecho positivo basta, solo la Ley es materia de estudio. Y cuando esto ocurre –que no siempre–, los alumnos no llegan a comprender que “los problemas de la jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos

líder máximo, o bien la camarilla dirigente, controle no solo el futuro, sino incluso el pasado. Si sobre tal o cual acontecimiento el líder dictamina que «jamás tuvo lugar»... pues bien: no tuvo lugar jamás. Si dice que dos más dos son cinco, así tendrá que ser. Esta posibilidad me atemoriza mucho más que las bombas. Y conste que, tras nuestras experiencias de los últimos años, una declaración así no puede hacerse frívolamente”. De hecho, más adelante, Orwell apuna que “solo existen dos maneras de permanecer a salvo “de ese mundo fantasmagórico y cambiante en el cual lo negro puede mañana ser blanco y el clima de ayer ser modificado por decreto. Una consiste en que, por más que se niegue la verdad, esta continúa existiendo, por así decirlo, a nuestras espaldas, y por tanto no se puede violar en menoscabo de la eficacia militar. La otra es que, mientras existan lugares del mundo que no hayan sido conquistados, la tradición liberal estará en condiciones de seguir con vida”.

⁷ Sobre esta cuestión de la importancia de la lectura de las obras literarias puede verse mi trabajo publicado junto con el Prof. Obarrio en la siguiente obra: Obarrio Moreno, J. A. - de las Heras Vives, L., *El mundo jurídico en Franz Kafka. El Proceso*, Madrid, 2019. En el presente trabajo se ofrece una versión actualizada de lo que en ella expusimos.

⁸ Hegel, G. W. F., *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, 2004, p. 54.

⁹ Nietzsche, F., *La gaya ciencia*, Barcelona, 2005, núm. 34, “Historia escondida”: “Todo gran hombre ejerce una fuerza retroactiva. Por ello se reconsidera toda la historia y miles de secretos del pasado salen deslizándose de sus escondites y quedan expuestos a su sol. No es posible prever todo lo que será, un día, la historia. ¡Puede que el pasado siga aun esencialmente velado! ¡Se precisan todavía tantas fuerzas retroactivas!”.

¹⁰ Hegel, G. W. F., *Fenomenología del Espíritu*, Madrid, 2000, p. 12.

¹¹ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, 1993, p. 41.

morales o de estrategia”¹². Y no lo comprenden porque cuando se les inculca que la única fuente de Derecho es ese código sagrado llamado Ley, les estamos obligando “a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas”¹³.

Frente a esta difusa realidad debemos –todos– rebelarnos. No desde la algarabía, sino a través de aquellas obras que la Literatura ha dejado para el goce y la reflexión, y a las que debemos rendir homenaje con su lectura y su interpretación¹⁴. Pero esta no siempre es una realidad bien admitida. Su dificultad fue señalada por Ortega y Gasset en su obra *Ideas sobre la novela*, donde no duda en sostener que la novela histórica es un género fallido en su propia esencia:

“Yo encuentro aquí la causa, nunca bien declarada, de la enorme dificultad –tal vez imposibilidad– aneja a la llamada ‘novela histórica’. La pretensión de que el cosmos imaginado posea a la vez autenticidad histórica mantiene en aquella una permanente colisión entre dos horizontes. Y como cada horizonte exige una acomodación distinta de nuestro aparato visual, tenemos que cambiar constantemente de actitud; no se deja al lector soñar tranquilo la novela, ni pensar rigurosamente la historia. En cada página vacila, no sabiendo si proyectar el hecho y la figura sobre el horizonte imaginario o sobre el histórico, con lo cual todo adquiere un aire de falsedad y convención. El intento de hacer compenetrarse ambos mundos produce solo la mutua negación de uno y otro; el autor –nos parece– falsifica la historia aproximándola demasiado, y desvirtúa la novela, alejándola con exceso de nosotros hacia el plano abstracto de la verdad histórica”¹⁵.

Sin negar la autoridad de Ortega, no puedo estar más en desacuerdo con esta afirmación. A nadie escapa la antigua relación que existe entre la Historia y la Literatura. Lo vemos en la *Ilíada* de Homero, en la *Antígona* de Sófocles, en la *Eneida* de Virgilio, en el *Bellum Punicum* de Nevio, y en tantas y tantas obras¹⁶. Por esta razón, afirmo que la Literatura y el Derecho no son ámbitos ajenos entre sí. En efecto, el paso del tiempo demuestra que el Derecho y la Literatura, lo jurídico y lo literario, no son campos excluyentes, sino complementarios, como lo demuestra el movimiento que lleva por nombre *Derecho y Literatura*. Con carácter ejemplificador, en la presentación del volumen *Derecho y teatro en Grecia y en Roma*, Eva Cantarella señala que la atención a las fuentes literarias para el conocimiento del Derecho de la Antigüedad no representa novedad alguna. En este sentido, la romanística se ha servido tanto de las fuentes jurídicas como de las fuentes literarias, sin las cuales, las instituciones, privadas o públicas, no podrían ser comprendidas en su totalidad. Una verdad de la que se hace eco Richard Posner, quien recuerda que al acercarse al movimiento *Derecho y Literatura*, pudo comprobar la importancia que esta tenía en el análisis económico, de la interpretación de los estatutos y constituciones, o en la redacción de las opiniones judiciales, una realidad que le hizo comprender que la Literatura formaba parte de su ámbito de estudio:

“Literary criticism may seem so remote from my own professional interests as to demand an explanation for this venture. Although long devoted to literature, I did

¹² Dworkin, *Los derechos en serio*, p. 51.

¹³ Dworkin, *Los derechos en serio*, p. 72.

¹⁴ Gadamer, H.-G., *Verdad y método*, Salamanca, 1977, p. 461: “todo entender es siempre un interpretar”.

¹⁵ Ortega y Gasset, J., *Ideas sobre la novela*, Madrid, 1982, p. 47.

¹⁶ Algunas de ellas brillantemente tratadas por Obarrio Moreno, J. A., *Iura et humanitas. Diálogos entre el Derecho y la Literatura*, Madrid, 2017; *Un estudio sobre la Antigüedad: La Apología de Sócrates*, Madrid, 2018; *Antígona. Revisión de un mito de la Antigüedad*, Madrid, 2020.

not until recently suspect much overlap between this interest and my professional interests, though I realized there was some. It was only in the course of preparing a response to an attack on the economic model of human behavior surprisingly pivoted on the fiction of Kafka that I became acquainted with the law and literature movement and began to realize that it had potential applications, not to economic analysis, but to the interpretation of statutes and constitutions and the writing of judicial opinions, which are now professional concerns of mine”¹⁷.

Ciertamente, el equilibrio no es fácil de conseguir. Todo depende de cómo uno se acerque a la Literatura: por un *delectare* o por un *prodesse*. Si se analiza a esta última variante, podremos observar que detrás de una buena novela hay siempre un esfuerzo de documentación del autor, de buscar la verdad¹⁸. Un buen ejemplo de esta realidad lo constituye el *post scriptum* que escribe Marguerite Yourcenar en su novela *Memorias de Adriano*, en donde se lee:

“Me di cuenta muy pronto que estaba escribiendo la vida de un gran hombre. Por tanto, más respeto por la verdad, más cuidado, y, en cuanto a mí, más silencio”¹⁹.

A hacer realidad esta concepción me dirijo, con la única pretensión de intentar evidenciar los peligros que corre una sociedad cuando el Poder se aleja de la esencia del Derecho, que no es otra que la Justicia –ese arte de lo justo y equitativo–, para adentrarse en los procelosos y execrables caminos de la dominación, de la violencia o del exterminio. Un terreno que ha sido descrito por una Literatura que se aleja de la mera ficción para entrar en el negro corazón de ese verdugo llamado totalitarismo, y cuya máxima expresión lo hallamos en la literatura de Orwell, y que es aquel que niega al individuo su esencia y su conciencia, el mismo al que solo le importa el sometimiento y la jerarquía, pero nunca la verdad, ni los principios, ni los derechos, y menos aún el hombre, porque el hombre, como individuo, no existe, solo es una pieza más de un engranaje gris llamado Partido, Ideología, Patria, Raza, Estado. Lo recuerda Albert Camus, cuando, al hablar de Saint-Just, escribe:

“La moral, cuando es formal, devora. Parafraseando a Saint-Just, diremos que nadie es virtuoso inocentemente. Desde el momento en que las leyes no hacen reinar la concordia, o en que se disloca la unidad que debía crear los principios, ¿quién es culpable? Las facciones. ¿Quiénes son los facciosos? Quienes niegan con su actividad misma la unidad necesaria. La facción divide al soberano. Por lo tanto, es blasfema y criminal. Hay que combatirla, y a ella sola. ¿Y si hay muchas facciones? Todas serán combatidas sin remisión. Saint-Just exclama: ‘O las virtudes o el Terror’”²⁰.

¹⁷ Posner, R. A., “Law and Literature: A Relation Reargued”, *Virginia Law Review* 72/8 (November 1986), pp. 1351-1352. Posteriormente, en p. 1257, sostiene que si su supervivencia es la prueba de la grandeza de la Literatura, esta se debe porque aborda asuntos intemporales como el amor, la ambición, la naturaleza humana o la Ley: “If survival is the test of greatness in literature, we can begin to see why law figures with some frequency as a subject of great literature. For literature to survive it must deal with things that do not change much over time; and, like love, ambition, and human nature generally, the law is a remarkably unchanging facet of human social existence. Specific doctrines and procedures may change, but the broad features of the law do not”.

¹⁸ Eco, U., *Seis paseos por los bosques narrativos*. Harvard University, Norton Lectures. 1992-1993, Barcelona, 1996, p. 100: “Más allá de otras, importantísimas, razones estéticas, pienso que nosotros leemos novelas porque nos dan la sensación confortable de vivir en un mundo donde la noción de verdad no puede ponerse en discusión, mientras el mundo real parece ser un lugar mucho más insidioso”.

¹⁹ Yourcenar, M., *Memorias de Adriano*, Barcelona, 1987, p. 255.

²⁰ Camus, A., *El hombre rebelde*, Buenos Aires, 1978, p. 117.

La barbarie, como la injusticia, no puede ser silenciada, y menos aún olvidada. Por eso conviene rebelarse contra esa lacra que acecha en cualquier lugar. Es el mal del que habla Tácito, cuando recuerda, no sin tristeza, que en tiempo de Tiberio los romanos “cayeron en el servilismo” de los bárbaros. Pero la barbarie no se detiene: pervive en la Historia. Pervive en las ideas y en las religiones. Pervive en los hombres y en los colectivos. Pervive siempre. Y no solo pervive, sino que se recrudece con el tiempo. Y se recrudece en el siglo XX, con la aparición de los nuevos bárbaros –el comunismo y el fascismo– contra los que se alza Orwell. Y se recrudece en el siglo XXI de una forma vil y despiadada. Conocerlo nos libera del estupor. Denunciarlo nos libera del oprobio. De nuevo, las palabras de Camus salen a nuestro encuentro:

“Si la injusticia es mala para el rebelde, no lo es porque contradiga una idea eterna de la justicia que no sabemos dónde situar, sino porque perpetúa la muda hostilidad que separa al opresor del oprimido. Mata al poco ser que puede venir al mundo gracias a la complicidad de los hombres entre ellos. De la misma manera, puesto que el hombre que miente se cierra a los otros hombres, la mentira está proscrita y, en un grado más bajo, el asesinato y la violencia, que imponen el silencio definitivo”²¹.

Como le sucediera a Aquiles en *La Ilíada*²², la complejidad nace cuando uno debe decantarse por un autor, o por una u otra obra que sirva de piedra angular para desarrollar un apartado, una temática concreta. De las distintas posibilidades que hay a la hora de elegir una obra, aunque sea por un breve plazo de tiempo, siempre surge la duda, la indeterminación: ¿Qué novela escoger? No siempre es una tarea fácil, ni mucho menos. De la obra que finalmente uno escoja, dependerá el contenido de la exposición o las líneas argumentales que se desarrollarán, lo que genera esa incertidumbre, esa indecisión, ese vacío del que habla Ítalo Calvino cuando se enfrenta a una hoja en blanco:

“A veces trato de concentrarme en el cuento que quisiera escribir y veo que lo que me interesa es otra cosa, es decir, no algo preciso sino todo lo que queda excluido de lo que debería escribir: la relación entre ese argumento determinado y todas sus variantes y alternativas posibles, todos los acontecimientos que el tiempo y el espacio pueden contener. Es una obsesión devoradora, destructora, que basta para paralizarme. Para combatirla trato de limitar el campo de lo que voy a decir, y de dividirlo en campos aún más limitados, para seguir subdividiéndolos, y así sucesivamente. Y entonces siento otro vértigo, el vértigo del detalle, y lo infinitesimal, lo infinitamente pequeño me absorbe, así como antes me dispersaba en lo infinitamente vasto”²³.

Como señala Calvino, la dificultad deviene porque somos “una combinatoria de experiencias, de informaciones, de lecturas, de imaginaciones”, aprendizajes que nos hacen ver que “Cada vida es una enciclopedia, una biblioteca, un muestrario de estilo donde todo se puede mezclar continuamente y reordenar de todas las formas posibles”²⁴.

²¹ Camus, *A El hombre rebelde*, p. 262.

²² Homero, *La Ilíada*, Barcelona, 1982, Canto IX, vv. 410-415: “Tetis, diosa de los pies de plata, mi madre, me ha dicho que de dos modos pueden llevarme a la muerte las parcas: si aquí quedo batiéndome en torno a la villa troyana, a la patria no regresaré y será eterna mi gloria; y si vuelvo, al contrario, a mi tierra paterna, la fama perderá, más la vida será, sin embargo, muy larga.

²³ Calvino, I., *Seis propuestas para el próximo milenio*, Madrid 1989, p. 83.

²⁴ Calvino, *Seis propuestas*, pp. 123-124.

Y dado que en España asistimos en el último tiempo a una producción compulsiva de normas, me ha parecido especialmente sugerente traer aquí la obra de George Orwell: “Rebelión en la Granja”, para con ella reflexionar sobre cómo las Leyes, a través de pequeños matices, son alteradas para satisfacción de quien ostenta el Poder.

Pero ¿Qué es lo que pasó en la Granja Solariega del señor Jones? No voy ahora a ofrecer al lector una sinopsis del libro de Orwell, ello sería ocioso en tanto que es una obra conocida por todos, pero sí que conviene apuntar o recordar lo pertinente y útil al objeto de este estudio, esto es, el simbolismo del lenguaje en la producción normativa y como ésta se adapta a las necesidades del momento; necesidades que no siempre tienen que ver con las de la mayoría.

Nos cuenta Orwell que una noche el Viejo Comandante, verraco de la granja del señor Jones, comunicó al resto de los animales su sueño: la libertad de los animales. Y no por cualquier causa, sino porque “los seres humanos nos roban casi todo el producto de nuestro trabajo... quitemos al hombre de la escena y la causa fundamental del hambre y del exceso de trabajo desaparecerá para siempre”²⁵. El Comandante, en definitiva, expuso a todos los animales allí presentes que el hombre era el enemigo y tenían que liberarse de “la única criatura que consume sin producir. No da leche, no pone huevos, es demasiado débil para tirar del arado, no corre con rapidez suficiente para atrapar conejos. Sin embargo, es dueño y señor de todos los animales”.

A los tres días de ese emocionante y sugerente discurso, el Comandante murió y su sueño quedó fijo en el espíritu de los animales y el testigo de tal noble empresa, como no podía ser de otra manera, recayó en los cerdos -los animales más inteligentes- que fueron dirigidos por Bola de Nieve y Napoleón, dos verracos jóvenes, junto con el cerdito Chillón, un brillante conversador que era “capaz de convertir lo negro en blanco”²⁶. Entre los tres elaboraron el sistema de pensamiento llamado “animalismo” que tenía por finalidad vivificar el sueño del Comandante.

Aunque con iniciales dudas, la revolución animal finalmente triunfó. Expulsados los humanos y conquistada la libertad por los animales, Bola de Nieve cogió un pincel y tachó “Granja solariega” en el barrote superior de la puerta de la granja y en su lugar escribió “Granja animal”²⁷. Y como no podía ser de otro modo, ambos cerdos explicaron al resto de animales que habían logrado sintetizar y reducir los principios del animalismo a siete principios que pasarían a ser una “ley inalterable que todos los animales de la granja deberían obedecer para siempre”:

1. Todo lo que camina sobre dos patas es un enemigo.
2. Todo lo que camina sobre cuatro patas o tiene alas es un amigo.
3. Ningún animal llevará ropa.
4. Ningún animal dormirá en una cama.
5. Ningún animal beberá alcohol.
6. Ningún animal matará a otro animal.
7. Todos los animales son iguales.

²⁵ Orwell, *Rebelión en la granja*, Barcelona, 2021, p. 24.

²⁶ Orwell, *Rebelión en la granja*, p. 32.

²⁷ Orwell, *Rebelión en la granja*, p. 37.

Y sobre estas aparentes bondadosas normas que fueron leídas en voz alta por Bola de Nieve, “todos los animales asintieron con la cabeza, dando su completa conformidad, y los más listos empezaron a aprender los mandamientos de memoria”²⁸.

Los días en la “Granja animal” pasaban y todos juntos sacaban el trabajo, no sin esfuerzo, con éxito. Incluso, al poco tiempo, podía decirse que “los animales nunca habían imaginado que podían ser tan felices”²⁹. Eso sí, desde un primer momento los cerdos en realidad no trabajaban, sino que dirigían y supervisaban a los demás, pues “con sus conocimientos superiores era natural que asumieran el liderazgo”³⁰. Y había otros que, en cambio, parecía que todo el trabajo de la granja recayera sobre ellos, como era el caso de Boxeador, el caballo³¹.

Sin embargo, al poco tiempo sucedían cosas que, salvo a los cerdos, no agradaban a nadie. Por ejemplo, que toda la fruta fuera recogida y llevada al guadarnés para uso de los cerdos. Y lo mismo respecto de la leche³². Ante la perplejidad del resto de los animales, los cerdos decidieron enviar a Chillón para persuadirlos a todos ellos. Y así lo hizo al decirles:

“La leche y las manzanas (lo ha demostrado la ciencia, camaradas) contienen sustancias totalmente necesarias para el bienestar del cerdo. Los cerdos trabajamos con el cerebro. La gestión y la organización de la granja dependen de nosotros. Día y noche velamos por vuestro bienestar. Es por vuestro bien que bebemos la lecha y comemos las manzanas. ¿Sabéis que ocurriría si los cerdos no cumpliéramos con nuestro deber? ¡Volvería Jones!”. Y lógicamente, ante este temor, el resto de los animales no tenía nada que objetar y así se acordó que “la lecha y las manzanas caídas (y también el grueso de la cosecha, cuando madurase) se reservarían solo para los cerdos”.

Como es obvio, la convivencia de dos líderes, Bola de Nieve y Napoleón, no era algo sencillo. Y prueba de ello es que al tiempo Napoleón lazó a nueve perros enormes que había estado criando en secreto contra Bola de Nieve. Los animales aterrorizados por la fuerza de las bestias de Napoleón, vieron como éste se situó en el lugar donde el Viejo Comandante pronunció su discurso, y proclamó que en lo sucesivo la granja estaría liderada por un Comité presidido por él mismo, cuyas reuniones serían secretas y únicamente se comunicaría al resto de animales lo que en ellas se hubiese decidido.

Ante cualquier escenario adverso, Napoleón siempre mandaba a Chillón para convencer y a los perros para, llegado el caso, vencer. Nada podía hacerse, Napoleón tenía la fuerza y, por tanto, el Poder.

En un momento dado, los cerdos se instalaron en la casa de la granja: comían en la cocina, usaban el salón como lugar de recreo y dormían en cama³³. Ante esta circunstancia, Trébol recordando el cuarto mandamiento se mostró sorprendido y pidió a Muriel que se lo leyera, quien lo hizo con cierta dificultad. Decía: “Ningún animal dormirá en una cama con sábanas”. Lo cierto es que Trébol no recordaba que el cuarto

²⁸ Orwell, *Rebelión en la granja*, p. 38.

²⁹ Orwell, *Rebelión en la granja*, p. 41.

³⁰ Orwell, *Rebelión en la granja*, p. 40.

³¹ Orwell, *Rebelión en la granja*, p. 41.

³² Orwell, *Rebelión en la granja*, p. 46.

³³ Orwell, *Rebelión en la granja*, p. 71.

mandamiento dijera eso, pero como estaba en la pared, suponía que debía ser cierto³⁴. Y Chillón razonó: “Supongo que no iréis a pensar que alguna vez se prohibió el uso de las camas. Una cama significa nada más que un sitio para dormir. Bien mirado, un montón de paja en un establo es una cama. La norma prohibía las sábanas, que son una invención humana”³⁵.

Los años pasaban, y ante una gestión del cerdo Napoleón basada en el duro trabajo impuesto, parecía, de alguna manera, “que la finca se había enriquecido sin hacer más ricos a los propios animales... excepto, claro está, a los cerdos y a los perros. Eso quizá se debía en parte a la cantidad de cerdos y de perros que había”³⁶, y no es que los cerdos no tuvieran que trabajar -explicaba Chillón-, sino que “tenían que afanarse todos los días con cosas misteriosas llamadas «archivos», «informes», «minutas» y «notas»”³⁷.

Sin embargo, llegó un momento en que los cerdos aprendieron a andar erguidos sobre sus patas traseras, Napoleón vistió la ropa del señor Jones y los cerdos acabaron siendo confundidos con humano. Y en ese preciso momento se pudo leer en la pared:

“TODOS LOS ANIMALES SON IGUALES, PERO ALGUNOS ANIMALES SON MÁS IGUALES QUE OTROS”³⁸.

Y esto, al fin y al cabo, es una perfecta radiografía del totalitarismo, a veces silencioso, que se impone a través de una constante ideologización de la Ley que pasa a decir lo que algunos quieren que digan para satisfacción de su propia ideología. El ejemplo lo hemos visto con los cerdos de Orwell.

3. El lenguaje simbólico en el proceso penal: un ejemplo a través de la a veces incómoda presunción de inocencia³⁹

Los problemas en torno al uso del lenguaje no son algo nuevo. Tampoco algo extraño o fuera de lo común en nuestro ámbito del conocimiento. Observamos como la mayoría de las discusiones que surgen en filosofía, y por extensión al derecho, tienen como elemento central el lenguaje, o mejor dicho, los significados. A este respecto leemos en Wittgenstein:

“Piensa en las herramientas de una caja de herramientas: hay un martillo, unas tenazas, una sierra, un destornillador, una regla, un tarro de cola, cola, clavos y tornillos. Tan diversas como las funciones de estos objetos son las funciones de las palabras. (Y hay semejanzas aquí y allí). Ciertamente, lo que nos desconcierta es la uniformidad de sus apariencias cuando las palabras nos son dichas o las encontramos escritas o impresas. Pero su empleo no se nos presenta tan claramente. En particular cuando filosofamos”⁴⁰.

³⁴ Orwell, *Rebelión en la granja*, p. 42.

³⁵ Orwell, *Rebelión en la granja*, p. 42.

³⁶ Orwell, *Rebelión en la granja*, p. 118.

³⁷ Orwell, *Rebelión en la granja*, p. 118.

³⁸ Orwell, *Rebelión en la granja*, p. 121.

³⁹ Este epígrafe constituye una versión actualizada del que se puede leer en Obarrio Moreno, J. A - de las Heras Vives, L., *El mundo jurídico en Franz Kafka. El Proceso*, Madrid, 2019.

⁴⁰ Wittgenstein, L., *Philosophische Untersuchungen*, Barcelona, 1999, p. 11.

Y a nadie escapa que los significados cambian. Casi siempre de forma interesada a quienes quieren imponer ciertos símbolos.

Nos recuerda Hassemer que: “los investigadores políticos, sociólogos, criminólogos norteamericanos ya desde la década de los sesenta, han analizado que la política no es sólo cuestión de poder e intereses, sino que también abarca la provisión y defensa de símbolos: procesos de «elaborating symbols» y «summarazing symbols» (los cuales tienen también un potencial emotivo y manipulativo) o la eliminación y concreción de los símbolos (los cuales tienen sólo una relación vaga con la realidad preexistente, y con ello desarrollan una capacidad de crear una nueva realidad aparente y ficticia)”⁴¹. Lo cual es predicable “también en nuestro ordenamiento jurídico, las funciones latentes y simbólicas del Derecho son amplias y juegan un rol importante. Ello es cierto fundamentalmente en el Derecho económico, pero también en el Derecho penal”⁴².

En definitiva, derecho penal simbólico sería aquel que esta “menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una necesidad de acción. Es un fenómeno de la crisis de la política criminal actual orientada a las consecuencias. Ello convierte gradualmente al Derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto. Este Derecho penal se aviene a las imágenes de una «inseguridad global» y de una «sociedad de riesgo». Un Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de Justicia”⁴³.

Y descendiendo a ámbitos aún más concretos, como el penológico, se ha dicho sobre los efectos instrumentales y simbólicos que: “Es frecuente en la literatura jurídico-penal contraponer a los efectos instrumentales los efectos simbólicos de la pena. De este modo, los efectos instrumentales, vinculados al fin o la función de protección de bienes jurídicos, tendrían capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados. Los efectos simbólicos, por su parte, estarían conectados al fin o la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones o, cuando más, representaciones mentales”⁴⁴.

⁴¹ Hassemer, W., “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, Santiago de Chile, 1995, p. 24.

⁴² La cita es de Hans Ryffel de su obra *Rechtssoziologie*, que tomamos de Hassemer, W., “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, p. 36. Hassemer nos pone múltiples ejemplos (pp.26 y ss.): así la supresión del plazo de prescripción para los asesinatos nazis por medio de la ley 16 de 16.7.1979 (§ 78 II StGB) y el genocidio desde 1954 (§ 220 StGB), las cuales “tenían su significado político criminal no en la realización instrumental del texto de la ley sino en la asimilación del periodo nazi detrás de ellas, y fundamentalmente en consideraciones políticas. Del mismo modo se pueden encontrar exigencias pedagógicas excesivas en el Derecho penal no sólo en la pretensión de crear una conciencia ecológica a través del Derecho penal del medio ambiente, sino también respecto de la exigencia de «revalorizar el rol de la mujer» en el fenómeno de la violencia contra las mujeres a través del endurecimiento del Derecho penal sexual o a través de la inclusión de un nuevo tipo penal “Violación en el matrimonio”.

⁴³ Hassemer, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, p. 36.

⁴⁴ Díez Ripollés, J. L., “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003, p.150.

Con derecho procesal simbólico, por tanto, nos estamos refiriendo a aquel que trasciende de su propio significado jurídico-técnico para potenciar su capacidad comunicativa y así difundir un mensaje.

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, en el apartado V de su preámbulo nos recordaba que dicha reforma tenía por objeto *adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales* por lo que se sustituía el clásico concepto “imputado” por el de “investigado”⁴⁵.

La Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, inspiradora de este cambio, consideraba “la necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como son investigado y encausado, según la fase procesal”.

Sin embargo, ni la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico ni la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico -por las razones que fueren- no han dirigido hasta ahora el foco de su atención hacia un problema técnico-lingüístico nada desdeñable y es el de la presunción de inocencia.

Según el Diccionario del español jurídico, por la voz “presunción” nos referimos a la “aceptación de un hecho del que no se tiene prueba y que se infiere de otro hecho demostrado”⁴⁶. Y la Real Academia Española define dicho término en su acepción segunda como “hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado”⁴⁷. Estas definiciones, por tanto, nos conceptúan la presunción como un método de prueba (regla de juicio).

⁴⁵ Leemos: “La reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como imputado, con la que se alude a la persona sobre la que tan sólo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible. A tal fin se convocó la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, cuyas recomendaciones fueron tenidas en cuenta en la redacción de los preceptos de esta ley. Entre sus conclusiones se encuentra la necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otros más adecuados, como son investigado y encausado, según la fase procesal. La reforma ha hecho suyas esas conclusiones. Y así, el primero de esos términos servirá para identificar a la persona sometida a investigación por su relación con un delito; mientras que con el término encausado se designará, de manera general, a aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto. Sin perjuicio de que a lo largo de esta ley se ha procedido ya de acuerdo con semejante ajuste conceptual y terminológico, en el apartado veinte se efectúa la oportuna sustitución de los términos mencionados respecto del resto del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En todo caso, esta sustitución no afecta a otras nomenclaturas empleadas para definir al investigado o encausado por su relación con la situación procesal en que se encuentra. Así, se mantienen los términos «acusado» o «procesado», que podrán ser empleados de forma indistinta al de «encausado» en las fases oportunas.”

⁴⁶ Real Academia Española y Consejo General del Poder judicial, *Diccionario del español jurídico*, 2017.

⁴⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 2018.

Cuando afirmamos que *toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario*, lo que estamos diciendo, al menos en las democracias occidentales, es que a toda persona, por el mero hecho de serlo, se le presume inocente hasta que en el proceso se demuestre su culpabilidad.

La consecuencia de este diseño garantista del proceso supone que quien se ve abocado a un proceso penal tenga la convicción de que no tendrá que demostrar su inocencia. De manera que ante capciosas acusaciones no recaerá sobre él la carga imposible de demostrar que “no ha hecho”.

Ocurre, sin embargo, que este principio esencial de nuestro sistema procesal se ha oscurecido subjetivamente para el ciudadano. Basta mirar a nuestro alrededor para advertir la desafección de buena parte de la población en torno a la presunción de inocencia.

Parte de este problema tiene que ver con la importancia del lenguaje; del detalle, de las cosas aparentemente insignificantes, pero que en su día a día nos mandan un mensaje inequívoco.

Muchos de los artículos de nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, llevan inalterados desde su entrada en vigor en 1882, lo que significa que han resistido, además de a las tentaciones políticas, a la distintas Constituciones que desde entonces han sucedido⁴⁸. Esto explica que, por ejemplo, el artículo 273 utilice la expresión “presunto culpable”⁴⁹ o el artículo 2 la de “presunto reo”⁵⁰.

El principio de no contradicción [$\neg (p \wedge \neg p)$], comporta que sea imposible que lo mismo se dé y no se dé en lo mismo a la vez y en el mismo sentido (y cuantas precisiones habríamos de añadir, dense por añadidas frente a las dificultades dialécticas)⁵¹.

En consecuencia, si nuestro artículo 24.2 CE señala que todos tienen derecho a la presunción de inocencia, esto es, son presuntos inocentes; carece de sentido, por ser una contradicción, hablar de presuntos culpables, pues no se puede ser al mismo tiempo presunto culpable y presunto inocente, de la misma manera que en idéntica circunstancia no quepa hablar simultáneamente de presumir la inocencia o la culpabilidad.

Esta perplejidad lógica no subsanada con la entrada en vigor de la Constitución Española, la encontramos aún más acentuada en la terminología de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuando en el apartado III de la exposición de motivos se utiliza la expresión “presunto agresor”.

La contradicción es aún más evidente si advertimos que previamente a introducir dicha expresión, pues razona su EM que “se asegura la mediación garantista del debido

⁴⁸ La Constitución de 1931, las Leyes Fundamentales del Reino y la Constitución de 1978.

⁴⁹ Que se repite, entre otros, en los artículos 277.6º; 309; 366 y 371. Todos ellos, por supuesto, guardan la redacción original.

⁵⁰ Que se repite en los artículos 15. 2º; 495, 512, 516 y 788. Ahora en el art. 15. 3º (ant. ART. 15. 2º) se alude a “reo presunto”.

⁵¹ Aristóteles, *Metafísica*, Madrid, 1994, p 173.

proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia”. Sin embargo, difícil compatibilidad puede haber entre el apelativo “presunto agresor” con el catálogo de derechos fundamentales que asiste a toda persona y entre los que se encuentra el derecho a la presunción de inocencia.

Todo esto nos conduce inexorablemente al artículo 544 ter de la LECrim., redactado por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, en el que a la hora de adoptar las medidas de protección para las víctimas de violencia doméstica se alude a que se “convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al presunto agresor, asistido, en su caso, de Abogado”. Y más adelante, sigue diciendo el precepto que: “Durante la audiencia, el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el presunto agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia” y que “la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del presunto agresor”.

Con esto quiero advertir que las palabras importan. E importan porque todo ciudadano que se vea abocado a un proceso penal en que el artículo 544 ter LECrim sea de aplicación, se enfrentará a la zozobra provocada por un precepto que le reputa como presunto agresor, y con él tendrá la convicción de que deberá destruir dicha presunción.

La trascendencia forense de dicha terminología, sin embargo, no plantea duda, pues la presunción de inocencia prevalece sobre *nomen* alguno. Ahora bien, es necesario afrontar este esfuerzo dialéctico para superar expresiones como “presunto culpable” o “presunto agresor”, pues estas son incompatibles con la presunción de inocencia que, como hemos visto, es el principio vertebrador de todo proceso penal y, además de regla de juicio, es también de tratamiento.

De no actuar así, una vez más, nos vamos a encontrar como los verdaderos significados se diluyen porque, pudiera pensarse, que incomodan. Y ya se sabe que, ante esto, dos son los escenarios: manipular el significado de las palabras o de las normas. En el ejemplo estudiado hemos visto como no hay reparo alguno en hablar de presunción de culpabilidad, aunque sea simbólicamente, porque la de inocencia, incomoda.

4. Las pequeñas mutaciones de la ley: un ejemplo a través del proyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual

Indudablemente la política criminal busca penetrar en el territorio de la libertad y cercar conciencias buscando, en no pocas ocasiones, convertir la ideología en poder y el Derecho en un instrumento represivo. Como reflexionaba el Prof. Ballesteros en *Sobre el sentido del derecho*, sucede en ocasiones que la racionalidad se inclina ante la razonabilidad y la justicia se ensombrece por la maquiaveliana expresión “razones de Estado” que todo lo justifica⁵².

⁵² Como pone de relieve Ballesteros Llompert, J., *Sobre el sentido del Derecho: introducción a la Filosofía jurídica*, Madrid, 2007, pp. 30-31, para Maquiavelo la virtud nada tiene que ver con la perfección moral humana, sino con el dominio de los medios que mejor permiten alcanzar un fin; es la destrucción de

Creo bastante obvio afirmar que el análisis de la cuestión de la justicia del Derecho bajo el prisma de la legitimidad formal puede llegar a ser perverso. El ejemplo lo hemos expuesto: la política legislativa de los cerdos en Rebelión en la Granja. Y, si trazamos una analogía, observamos en el Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual como el legislador español manipula las normas penales por puro interés y en grosera desatención de un programa de derecho penal mínimo.

En la obra de Orwell vemos la facilidad con la que las normas pueden ser manipuladas. La norma original que decía: “ningún animal matará a otro animal”, llegaría a decir, para justificar así las acciones del cerdo Napoleón, “ningún animal matará a otro sin ningún motivo”, o de afirmar inicialmente que “todos los animales son iguales”, a concluir que “todos los animales son iguales, pero algunos son más iguales que otros”.

La política legislativa de los cerdos es obvia: pequeñísimas adiciones o supresiones de la letra de la ley para reconfigurarla a beneficio de quien ostenta la capacidad para ello.

Y un ejemplo evidente de cuanto estoy diciendo lo observamos en el delito de acoso del artículo 172 ter del Código Penal. Si originalmente decía: “...y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”, ahora dirá: “... y, de esta forma, altere el normal desarrollo de su vida cotidiana”. De hecho, si viviéramos en la granja de Orwell, podríamos decir que para los cerdos el adverbio “gravemente” era un problema. Y era un problema no tanto por las víctimas, que realmente importan bastante poco al legislador, sino porque no han faltado en estos escasos siete años de vigencia del artículo 172 ter CP, los titulares de prensa con absoluciones de algunos acusados que no llegaban a afectar gravemente la vida de las víctimas. Y esas absoluciones perjudican más que benefician a algunos legisladores cuya ideología, precisamente, descansa en la laminación de la prudencia punitiva.

Con la nueva reforma se criminaliza el *right to be let alone*⁵³, es decir, el derecho a no ser molestado. Resulta obvio que nadie debe ser molestado, pero de ahí a que la molestia, a través de las conductas típicas recogidas en el tipo del art. 172 ter CP⁵⁴, puedan ser castigada con la pena de prisión de hasta dos años es salto insalvable.

la praxis en favor de la poiesis. Para el florentino no existe otro fin en la política que la adquisición, la conservación y el incremento del poder político. La justicia se ve ensombrecida por el éxito, pues “si consigue el príncipe mantener el poder, todos alabarán los medios que haya utilizado”. Las virtudes clásicas; *fides* y *humanitas* ceden ante los principios que deben inspirar a todo buen príncipe. La *fides* o el “respeto por la palabra dada” pierde su vigencia en favor de la “razón de Estado”. La *humanitas*, por su parte, cede ante el *metus*, pues “es más seguro ser temido que amado”. Puede también verse la obra, del mismo autor: *Postmodernidad: resistencia o decadencia*, Madrid, 2000.

⁵³ Debo recordar sobre esta expresión que, a pesar de su aparente simpleza, la expresión “derecho a que me dejen en paz”, encierra un rico debate ya iniciado en la tradición anglosajona a finales del siglo XIX e intensificado a lo largo del siglo XX. En Warren S. – Brandeis, L, “Right to privacy”, *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, núm. 5; se contuvo la primera formulación *per se* del derecho a la intimidad y supuso un férreo manifiesto en pro de la protección de la esfera privada de los ciudadanos frente a las injerencias de terceros. En este sentido, los autores configuraron la privacidad (*privacy*) como el derecho a ser dejado solo (*right to be let alone*), a que uno mismo pueda tomar la determinación de recogerse y aislarse del mundo social para que su vida quede reservada sólo para sí. Es decir, el derecho de uno a que le dejen en paz.

⁵⁴ En síntesis, en el proyecto serían cuatro grupos de conductas proyectadas sobre el sujeto pasivo: i) vigilar, perseguir o buscar su cercanía; ii) establecer o intentar establecer contacto con él a través de

Desde la doctrina y la jurisprudencia durante estos años habíamos llegado a una especie de consenso interpretativo del art. 172 ter CP, un mínimo común racional, que entendía que esa alteración grave de la vida cotidiana se concretaba en cambios relevantes de la gestión de vida de la víctima (supresión de las redes sociales; cambios de domicilio o trabajo; enclaustramiento domiciliario, etc.) o sobre su salud (desarrollo de patologías que inciden en la psique de la víctima como consecuencia del acoso). En todo caso, el pecado político criminal no es sólo español, basta ver el homólogo alemán del §238 STGB (*Nachstellung*) y su reforma de 2017 que lo ha configurado como un delito de idoneidad y aunque la técnica alemana es distinta, sí que insiste en esta estela punitivista de las democracias occidentales.

Como digo, en España el delito del art. 172 ter CP no mutará de un delito de resultado a uno de peligro concreto. En España la situación es peor: se ha optado por rebajar la gravedad del resultado. Si ya de por sí teníamos un precepto difícilmente compatible con el principio de taxatividad, ahora con la supresión del adverbio “gravemente”, todavía estaremos ante un tipo más abierto y difícil de perfilar sus contornos punitivos que se expanden enormemente, pues, la expresión “gravemente”, operaba como una suerte de salvaguardia del tipo. Y como quiera que existía esa salvaguardia del tipo, decía nuestro Tribunal Supremo en la STS 554/2017, de 12 julio, que “la grave alteración en la vida cotidiana” es algo “cualitativamente superior a las meras molestias”. En consecuencia, si la expresión “gravemente” nos trasladaba a algo superior a las meras molestias, con su supresión el precepto pasará incluso a castigar las meras molestias con penas de hasta dos años de prisión. Y todo ello sin desconocer la existencia de no pocos pronunciamientos de la jurisprudencia menor que han configurado erróneamente el art. 172 ter CP como un pseudo delito de peligro concreto (y digo “pseudo” porque lo configuraban como una mezcla de delito de peligro concreto y resultado) que parece que es lo que triunfó en la reforma penal del Proyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual: no nos atrevemos a transformar el delito de resultado en un delito de peligro concreto, pero sí nos atrevemos a rebajar la gravedad del resultado hasta el umbral de criminalizar con pena de prisión la mera molestia.

Todo esto de las reformas penales (desde hace un par de décadas) resulta bastante incomprensible si no se analiza en clave política y, por tanto, de oportunidad. En consecuencia, leer a Orwell merece la pena, estoy “totalmente” seguro.

Apéndice bibliográfico

Aristóteles, *Metafísica*, Madrid, 1994.

Ballesteros Llompart, J.:

- *Postmodernidad: resistencia o decadencia*, Madrid, 2000.

- *Sobre el sentido del Derecho: introducción a la Filosofía jurídica*, Madrid, 2007.

Calvino, I., *Seis propuestas para el próximo milenio*, Madrid 1989.

Camus, A., *El hombre rebelde*, Buenos Aires, 1978.

cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas; iii) usar indebidamente sus datos personales, adquirir productos o mercancías o contratar servicios o hacer que terceras personas se pongan en contacto con él; iv) atentar contra su libertad o patrimonio o la libertad o patrimonio de otra persona próxima a él.

- Díez Ripollés, J. L., “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003.
- Donoghue, D., “Nineteen Eighty-Four: Politics and Fable”, *George Orwell & Nineteen Eighty-Four The Man and the Book*, Washington, 1985.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, 1993.
- Eco, U., *Seis paseos por los bosques narrativos. Harvard University, Norton Lectures. 1992-1993*, Barcelona, 1996.
- Fromm, E., “Afterword”, *George Orwell, 1984*, New York, 1961.
- Gadamer, H-G., *Verdad y método*, Salamanca, 1977.
- Hammond, J. R., *A George Orwell Companion*, Londres, 1982.
- Hassemer, W., “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, Santiago de Chile, 1995.
- Hegel, G. W. F.:
- *Fenomenología del Espíritu*, Madrid, 2000.
 - *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, 2004.
- Homero, *La Ilíada*, Barcelona, 1982.
- Meyers, J., *Orwell: Wintry Conscience of a Generation*, New York, 2000.
- Nietzsche, F., *La gaya ciencia*, Barcelona, 2005.
- Obarrio Moreno, J. A. & Adams, S., *Antígona. Relectura de un mito de la Antigüedad*, Madrid, 2022.
- Obarrio Moreno, J. A. & de las Heras Vives, L., *El mundo jurídico en Franz Kafka. El Proceso*, Madrid, 2019.
- Obarrio Moreno, J. A.:
- *Iura et humanitas. Diálogos entre el Derecho y la Literatura*, Madrid, 2017.
 - *Un estudio sobre la Antigüedad: La Apología de Sócrates*, Madrid, 2018.
- Ortega y Gasset, J., *Ideas sobre la novela*, Madrid, 1982.
- Orwell, G.:
- “Arthur Koestler, (11 de septiembre de 1944)”, e *Ensayos*, Barcelona, 2017.
 - “Por qué escribo”, *Ensayos*, Barcelona, 2017.
 - “Recuerdos de la guerra de España”, *Ensayos*, Barcelona, 2017.
 - *Rebelión en la granja*, Barcelona, 2021.
- Posner, R. A., “Law and Literature: A Relation Reargued”, *Virginia Law Review* 72,8 (November 1986).
- Warren, S. – Brandeis, Louis, “Right to privacy”, *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, núm. 5.
- Wittgenstein, L., *Philosophische Untersuchungen*, Barcelona, 1999.