

NURIA MATELLANES RODRÍGUEZ (Coord.)

TERRORISMO, DELINCUENCIA
ORGANIZADA Y JUSTICIA
TRANSICIONAL: REFLEXIONES
Y PROPUESTAS PENALES DESDE
LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



AQUILAFUENTE
A



Ediciones Universidad
Salamanca

TERRORISMO, DELINCUENCIA ORGANIZADA Y
JUSTICIA TRANSICIONAL: REFLEXIONES
Y PROPUESTAS PENALES DESDE
LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

NURIA MATELLANES RODRÍGUEZ
(COORD.)

TERRORISMO, DELINCUENCIA
ORGANIZADA Y JUSTICIA
TRANSICIONAL: REFLEXIONES
Y PROPUESTAS PENALES DESDE
LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



Ediciones Universidad
Salamanca

AQUILAFUENTE, 291

©

Ediciones Universidad de Salamanca
y los autores

1ª edición: diciembre, 2020

ISBN: 978-84-1311-345-6 (impreso)

978-84-1311-346-3 (PDF)

978-84-1311-347-0 (POD)

978-84-1311-348-7 (ePub)

978-84-1311-349-4 (mobi)

DL S 151-2020

DOI: <http://dx.doi.org/10.14201/0AQ0291>

Ediciones Universidad de Salamanca
Plaza San Benito s/n

E-37002 Salamanca (España)

<http://www.eusal.es>

eusal@usal.es

Maquetación, impresión y encuadernación:

Nueva Graficesa S.L.

Teléfono: 923 26 01 11

Salamanca (España)

Impreso en España-Printed in Spain

Todos los derechos reservados.

*Ni la totalidad ni parte de este libro
puede reproducirse ni transmitirse sin permiso escrito de
Ediciones Universidad de Salamanca.*

Obra sometida a proceso de evaluación mediante sistema de doble ciego

Ediciones Universidad de Salamanca es miembro de la UNE
Unión de Editoriales Universitarias Españolas

www.une.es



CEP. Servicio de Bibliotecas

TERRORISMO, delincuencia organizada y justicia transicional : reflexiones
y propuestas penales desde la Universidad de Salamanca / Nuria Pilar Matellanes
Rodríguez (coord.). —1a. edición: diciembre, 2020. —Salamanca : Ediciones Universidad
de Salamanca, [2020]

256 páginas.—(Aquilafuente ; 291)

Incluye referencias bibliográficas

Abstracts en español e inglés

1. Derecho penal internacional. I. Matellanes Rodríguez, Nuria, editor.

341.4

Índice

Prólogo	
IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE	9
La formación de intersubjetividad y la política criminal populista	
JUAREZ TAVARES, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del Estado de Río de Janeiro (Brasil)	13
Legislación penal española y delitos de terrorismo: la suspensión de garantías	
CARMEN LAMARCA PÉREZ, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Carlos III (España)	27
Incompatibilidad entre la versión del «Discurso del Odio» ofrecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ciertas interpretaciones de los delitos de los Artículos 510 y 578 del Código Penal Español	
GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Jaén (España)	43
Terrorismo: un nuevo enfoque político criminal en el marco de la Unión Europea. <i>La incidencia de la directiva de 15 de marzo de 2017 de nuevas medidas en la lucha contra el terrorismo</i>	
SILVIA MENDOZA CALDERÓN, Profesora Titular Acreditada de Derecho penal. Profesora Contratada Doctora de la Universidad Pablo de Olavide (España).....	61
Modelo de propuesta de Convención Universal sobre los delitos de terrorismo y su persecución	
BEATRIZ GARCÍA SÁNCHEZ, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos (España)	103
Imputación objetiva y <i>Compliance</i> penal	
DINO CARLOS CARO CORIA, Profesor de Derecho Penal Económico y Compliance en la Universidad de Lima y en la Universidad del Pacífico (Perú).....	121
Caracterización de modelos empresariales intermedios con fines criminales «MEC»	
ANDRÉ SCHELLER D'ANGELO, Docente investigador de la Universidad Sergio Arboleda (Colombia) Docente catedrático	

de Procedimiento Penal y Teorías Penales de la Universidad del Magdalena (Colombia).....	153
Delincuencia organizada corporativa: su prevención mediante el <i>Criminal Compliance</i> MIGUEL ONTIVEROS ALONSO, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas (México).....	173
Justicia como memoria y derecho a la verdad frente a política de silencio y olvido en El SalvadorApuntes sobre la percepción de la figura de Oscar Arnulfo Romero y la experiencia de los diálogos intergeneracionales en las parroquias de la Arquidiócesis de San Salvador HÉCTOR OLASOLO ALONSO, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia).....	195
Las desapariciones forzadas y la responsabilidad internacional de los actores no estatales: especial referencia al caso colombiano ANA MANERO SALVADOR, Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III (España)	211
El estándar de justicia penal internacional en el modelo transicional hacia la paz: reflexiones sobre el caso colombiano PAULA ANDREA RAMIREZ BARBOSA, Profesora de Derecho Penal de las Universidades Externado y Católica (Colombia)	235

PRÓLOGO

LOS CAMBIOS EN EL CONTENIDO del Derecho penal tienen un elevado grado de repercusión social, las razones hay que vincularlas a la trascendencia política que tiene el recurso a las penas, dado, por otro lado, el alto grado de lesividad en la convivencia que, en muchos casos, aparece unido a los comportamientos delictivos de mayor gravedad.

Este volumen, magníficamente coordinado por la profesora Nuria Matellanes, recoge una amplia serie de artículos en los que se abordan temas centrales del conocido como moderno Derecho penal, que de alguna manera es la respuesta penal frente a nuevas manifestaciones de la criminalidad, consecuencia en buena medida de la evolución que en los últimos tiempos ha experimentado la sociedad.

La internacionalización es una característica que condiciona el actual momento histórico y que se proyecta tanto sobre nuevos intereses que es necesario proteger, como sobre nuevas formas de delincuencia. Estos cambios necesariamente abren la puerta al debate sobre el contenido de nuevas decisiones político criminales. Aquí, también vuelve a estar presente la vieja tensión entre eficacia y garantía, constante en el recurso al Derecho penal, que ahora se presenta con nuevos contenidos y también con nuevos condicionantes. Uno no menor es el rechazable populismo punitivo, objeto del estudio inicial del profesor Juárez Tavares, que se exterioriza en la permanente tentación del legislador penal de buscar la legitimación de sus decisiones agravatorias en coyunturales demandas de la opinión pública, que, con demasiada frecuencia, se plasma en una utilización simbólica del Derecho penal.

Teniendo presente el condicionante de este riesgo, el contenido de estos estudios se centra en distintas manifestaciones del Derecho penal internacional y, tal como recuerda el título del volumen, se lleva a cabo desde Salamanca, probablemente el lugar más adecuado para debatir sobre estas cuestiones. Pues, no debe olvidarse que muchas de las bases de los retos que hoy tiene que abordar el Derecho penal, se construyeron en sus aulas: aquí profesó Alfonso de Castro y muy especialmente aquí dictó sus elecciones Francisco de Vitoria.

Continuar con esta tradición y vincularla a las actuales líneas de investigación de los que hoy somos profesores en Salamanca es el sentido que tiene este libro, al que como segundo paso se une la participación en el mismo de profesores de la América ibérica, hispana y lusa, pues con ello se enlaza también con otro de los signos de identidad del ocho veces centenario Estudio salmantino.

Las aportaciones contenidas en este volumen se centran en manifestaciones de la delincuencia internacional. Tras la problemática de la justicia transicional, se encuentra la reflexión sobre las consecuencias de los delitos internacionales en sentido estricto, los que contradicen el contenido del *ius cogens*, y que, en muchos casos, son llevados a cabo por quienes detentan en el poder. Los pasos de la dictadura a la democracia o la finalización de largas situaciones de conflicto interno, hacen que pasen a un primer plano delitos de esta naturaleza, muy especialmente los crímenes de lesa humanidad. El caso de Colombia es objeto de varios de los trabajos aquí contenidos, en los que se pretende dar respuesta a la contraposición entre exigencias políticas, que algunos entienden que invitan al olvido del pasado, y exigencias de justicia transicional que, por el contrario, priorizan no renunciar a conocer la verdad y subrayan la necesidad de una respuesta frente a los delitos cometidos que constituyen *ius cogens*. Tras toda esta problemática esta también todo el debate sobre la jurisdicción universal y sobre las Cortes internacionales.

Pero junto a estos delitos en los que su carácter internacional está vinculado al interés que se protege, están los que adquieren tal condición por haberse llevado a cabo superando el límite jurídico de las fronteras. Estos, por otro lado, en su mayor parte son manifestaciones de la criminalidad organizada, que constituye la forma de delinquir que caracteriza a nuestra época y que posee un elevado potencial de lesividad. La existencia de una estructura estable creada para delinquir y su muy frecuente carácter transnacional.

Esta forma de criminalidad tiene una especial proyección en dos de los campos que se abordan en este volumen, el terrorismo, que dramáticamente ha pasado de ser un problema nacional a adquirir una dimensión internacional y distintas manifestaciones de la gran delincuencia económica, obvia consecuencia de la internacionalización de las relaciones económicas con el desembarco en ella de las grandes corporaciones, que en buena medida están detrás de las razones que en el año 2000 llevaron a las Naciones Unidas a impulsar la Convención de Palermo, para impulsar una política común que hiciera frente a este tipo de criminalidad.

El terrorismo internacional hace pasar a primer plano el debate sobre el mantenimiento de garantías que están en la base de nuestros modelos de Estado y su dimensión internacional acusa las carencias de una definición de terrorismo universalmente aceptada y condiciona el contenido de los modelos de respuesta regionalmente aceptados, muy especialmente en el marco de la Unión Europea. En este punto, los condicionantes internacionales son claves para el contenido de la respuesta desde las legislaciones nacionales, la española incluida.

La internacionalización de las relaciones económicas da protagonismo como nuevos actores internacionales a las grandes corporaciones, lo que lleva a la reflexión sobre la necesaria búsqueda de nuevas respuestas distintas de las utilizadas hasta este momento. Las normas de *compliance* implican una privatización de los controles internos de la empresa, un carácter de medida preventiva, que se presenta como la gran panacea frente a la gran delincuencia económica. Entiendo que abre una serie de interrogantes vinculadas al distinto sentido que tiene en sus orígenes estadounidenses, donde se integra dentro del proceso, a los que se le adjudican en las legislaciones europeas y en concreto en la española, donde hay que situarla en el Derecho penal sustantivo, como causa que puede llevar a excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Este es el primer volumen, tengo la esperanza, que no el último, de una serie de Estudios Penales hechos desde Salamanca. La profesora Nuria Matellanes, puede sentirse muy satisfecha con la coordinación, no fácil, que ha llevado a cabo. En lo personal a mí me enorgullece tener como discípula a una profesora de su capacidad y compromiso académico.

Salamanca, marzo 2020
IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Salamanca

LA FORMACIÓN DE INTERSUBJETIVIDAD Y LA POLÍTICA CRIMINAL POPULISTA

JUAREZ TAVARES

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del Estado de Río de Janeiro
(Brasil)*

RESUMEN

El texto busca conducir una investigación sobre la relación entre la formación de intersubjetividad en una sociedad desigual y el desarrollo de una política criminal populista. Para enfrentar el tema, se propone establecer una verificación del concepto de intersubjetividad, un análisis modelar del contexto fáctico, discutir los conceptos clásicos del populismo penal y su relación con la realidad e intentar proponer algunas indicaciones sobre la función de la dogmática penal.

Palabras clave: *política criminal; función de la dogmática penal; populismo.*

ABSTRACT

The text seeks to lead a research into the relationship among the formation of intersubjectivity in an unequal society and the development of a populist criminal policy. To address the issue, it is proposing to establish a verification of the concept of intersubjectivity, to conduct a model analysis of the factual context, to do a discussion about the classical concept of criminal populism and its relationship with the reality and to try to propose some indications on the role of the criminal theory in this context.

Keywords: *criminal policy; the role of the criminal theory; populism.*

1. LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

EL TEMA DE ESTE TRABAJO se refiere a la formación de intersubjetividad y su relación con la política criminal populista. Para enfrentar ese tema será necesario seguir el siguiente esquema: 1) verificar lo que se puede entender por intersubjetividad en una sociedad confrontada; 2) investigar los datos facticos que fomentan la formación de esta intersubjetividad; 3) discutir los conceptos de una política criminal populista; 4) establecer la relación entre la formación de intersubjetividad y la política criminal populista; 5) intentar proponer algunas condiciones limitativas a esa política en confrontación con los datos de la realidad.

En general, la formación de intersubjetividad está asociada a dos parámetros: a) al proceso de cooptación, engendrado por la capacidad del poder dominante para interferir sobre el comportamiento de los ciudadanos y sus propósitos; b) los datos de la realidad favorables a que los ciudadanos adhieran a la interferencia del poder.

2. LA FORMACIÓN DE EXPECTATIVAS

Cuando se habla de un proceso de formación de las expectativas de la persona en determinado contexto, no siempre se puede decir que eso sea de exclusiva responsabilidad del Estado. Con las alteraciones que se procesan en el desarrollo de la modernidad, en que el Estado cede a las corporaciones la ejecución de tareas esenciales, por medio de las privatizaciones en gran escala y la asunción de contratos de autorización o de concesión de servicios, el poder se desplaza del ente público al privado. El ejercicio por entidades privadas de actividades propias del Estado, aunque se anuncie como producto del desarrollo social, va a implicar, en cierto modo, un retroceso, movido por el dominio del sector privado sobre el público, y a caracterizar a lo que HABERMAS denomina de refeudalización de la modernidad. La refeudalización de la modernidad implica, desde luego, la confusión entre intereses públicos e intereses privados, de tal modo que las personas dejan de ser ciudadanos de un determinado Estado, para incorporar a sus designios los objetivos e intereses de las corporaciones que lo dominan. Si lo privado domina a lo público, hay necesidad de investigar la base empírica de ese dominio, que no resulta de un simple acto de retórica, sino que es real, que está presente en la vida de las naciones, principalmente después de la gran depresión de 1873, que derrocó a la producción industrial, y de la crisis de 2008, que hundió los países productores de petróleo. No importa aquí el análisis económico de esa evolución, sino sólo sus consecuencias sociales, políticas y jurídicas. Socialmente, se puede ver que las crisis económicas conllevan un proceso paralelo de marginalidad social, con la creación de guetos, favelas y villas miseria y también de una población en situación callejera o sin techo y campesina sin tierra. Políticamente, la marginalidad induce a una aguda contradicción entre las capas de la población, entre los que detentan y los que no detentan las condiciones de supervivencia,

entre ricos y pobres, entre marginados e integrados, entre ciudadanos y no ciudadanos. Jurídicamente, será preciso entender cómo la marginalización debe ser tratada en el ámbito del derecho penal, qué rol puede desempeñar en la construcción de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad y cómo fortalece la selectividad, cuando sirve de motivación a una política criminal populista.

Si en la postmodernidad hay partes de modernidad y partes del feudalismo, que componen la estructura social y política de la sociedad sobre una base empírica de desigualdad económica y jurídica, el análisis de la formación de intersubjetividad no puede alejarse de esa base. Por tanto, la formación de intersubjetividad no puede ser entendida bajo un modelo universal, sino conforme su vinculación a determinado contexto. Incluso, si la norma debe ser tomada como un mensaje del poder a sus destinatarios, su legitimidad está también en dependencia de su contexto de aplicación.

3. EL CONTEXTO FÁCTICO

Sólo para mostrar cómo el contexto está sujeto a variaciones, conforme los diversos países, se puede tomar como punto de arranque su condición en la sociedad brasileña. Brasil es un país muy grande, con 8.550.000 Km², y una población de 220 millones, según el censo oficial. Tomando como muestra la ciudad de Río de Janeiro, tenemos una población de 8 millones de personas conferida en la zona urbana, de los cuales 3,5 millones habitan las zonas pobres llamadas favelas. Con la crisis actual, se estima que habitan las calles de la ciudad cerca de 30 mil personas, como son los mendigos, los desempleados, los que han decrecido de la escala económica y los que trabajan lejos de la ciudad y que se quedan en ella por la noche para ahorrar el billete de transporte. Esos son datos de múltiples institutos censitarios, oficiales y no oficiales, pero confiables. Para tener otra idea de la relación entre contexto factico y poder, se puede tomar por base la composición del poder judicial. De los 220 millones de habitantes, Brasil tiene una población de negros de exactamente el 54,5%. A pesar de eso, el poder judicial tiene sólo el 1,7% de jueces negros. Fuera del poder, en todas las actividades humanas de la sociedad brasileña, el tratamiento entre negros y blancos es completamente desigual, incluso en sectores que se dicen más progresistas. Así, la investigación hecha por la Universidad del Estado de Río de Janeiro sobre los protagonistas de las películas ha demostrado que sólo el 2% de los directores, solo el 4% de los guionistas y 0% de los operadores de cámaras son negros. Otra investigación, de la Universidad de Brasilia, indica que únicamente el 10% de los libros escritos en Brasil son atribuidos a autores negros. Aparte de la cuestión racial, según el censo oficial, sólo 8,3% de los pobres acceden a las universidades pública, y menos de 4% a los institutos privados. Específicamente al sistema carcelario, según datos del Departamento Penitenciario Nacional, órgano del Ministerio de Justicia, Brasil tiene hoy la tercera población carcelaria del mundo, con 726.712 detenidos, de los cuales 64% son negros, o sea, 465.095 personas.

Hay otro dato importante: Brasil tuvo un largo periodo de esclavitud. La esclavitud empezó en 1538, con el inicio de la producción de azúcar, y ha terminado en 1888, con la liberación. Son más de 350 años de esclavitud. Para tener una idea de la formación brasileña, es importante informar que, desde el censo oficial de 1798, la población estaba constituida por un 33,7% de blancos, 14% de negros libres y 52,3 de negros esclavos. Entonces, cuando se quiere discutir sobre la formación de intersubjetividad, ese contexto racial y de marginalidad no puede ser descartado, incluso no puede ser eliminada la relación entre el poder y la población. Justamente esa relación entre el poder y la población, especialmente la población pobre y marginalizada, es la que sirve de base a su política criminal.

4. LA DEFINICIÓN DE INTERSUBJETIVIDAD

La definición de intersubjetividad puede comportar variados enfoques, que son muy largos para caber en este trabajo. Como el objeto tematizado aquí es la relación entre política criminal y los ciudadanos, poco interesa investigar cómo la psicología, especialmente el psicoanálisis trabaja la formación de conciencia del niño y cómo esa formación se proyecta para la fase de la madurez. Importante es, aquí, establecer un concepto de intersubjetividad que pueda ser adecuado a los postulados del derecho. Claro que el derecho por sí solo no es capaz de concluir una definición de intersubjetividad, salvo para aspectos muy especiales en el proceso de imputación, en cuanto a la noción de conciencia e intencionalidad. Lo importante es verificar cómo el pensamiento filosófico o sociológico lo tematiza. Vamos a hacer entonces un rápido recorrido de esos enfoques y después centrarlos, exactamente, en el escenario jurídico.

Primero hay que partir de la idea central de que la intencionalidad es un concepto muy complejo, cuya definición está bajo la dependencia de la metodología que se adopte. A pesar de esa dependencia metodológica, se puede decir que en el fondo toda intersubjetividad tiene que pasar por un proceso de reconocimiento del otro. HUESERL, en sus *Meditaciones Cartesianas*, ha intentado indicar cómo se procesa la intersubjetividad en la fenomenología. HUSSERL entiende, inicialmente, que el mundo no puede ser otra cosa que nuestra experiencia consciente, o sea, no hay conocimiento allá de nuestra experiencia consciente. Pero esa experiencia consciente no es vacía de contenido: es necesariamente intencional. La intencionalidad es la que señala la relación de esa experiencia consciente con los objetos y también con los otros. El análisis fenomenológico de la intencionalidad conduce a posibilitar el conocimiento del otro, primero como cuerpo físico y después como consciencia, una vez concluido que el otro es análogo a mí¹.

¹ HUSSERL, Edmund: *Meditaciones cartesianas*, traducción de José Gaos y Miguel García Baró, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 180.

La problemática fenomenológica está en que el otro sólo tiene existencia, o sólo obtiene reconocimiento, cuando sea análogo a mí, lo que induce a una especie de solipsismo. A medida que el otro es, primero, un cuerpo y que se acerca a mí de ese modo, como un cuerpo, que tiene semejanza conmigo, y sólo después como conciencia por pasar a integrar mi propia experiencia, su emparamiento no conduce al reconocimiento de sus vivencias, que solo pertenecen a este otro. Claro que si el otro sólo es reconocido cuando sea análogo a mí, cuando se ajuste a mi experiencia consciente y no cuando tenga cualidades propias que le pueden caracterizar como otro, este reconocimiento no es un reconocimiento universal, solo vale por mí. En este enfoque, la intersubjetividad, como intercambio de experiencias conscientes, está ligada a ese mecanismo de reconocimiento y, por tanto, sólo se conforma de acuerdo con la experiencia del sujeto cognoscente.

A su vez, HEGEL trabaja, en la Fenomenología del Espíritu, de otro modo la relación entre dos yos. Si hay la necesidad de unir ser y pensar, el yo propio no puede existir sino en función del yo ajeno. Eso conduce a que la formación de la autoconsciencia solo será posible por medio del reconocimiento de otra autoconsciencia, por su intervención. Como dice KOJEVE, «el hombre, por ser libre y autónomo, reconoce que los otros son igualmente libres y autónomos. E inversamente sólo es libre y autónomo si es libremente reconocido como tal por los otros. El movimiento dialéctico es doble; es una interacción. Es el hombre social, histórico»². La intersubjetividad es, así, medio de garantizar que uno se sienta libre y pueda ejercer su libertad, mientras reconozca al otro también su libertad. Si la intersubjetividad es la interacción de otros sujetos individuales, nunca de una autoconsciencia que se proyecta al colectivo, su formación supone, por tanto, una previa libertad para aceptar lo que se les comunica frente a los otros.

La concepción dialéctica también ha influido de forma intensa a los pedagogos. PAULO FREIRE, el más conocido pedagogo brasileño, teniendo por base sus investigaciones empíricas en el ámbito de la educación, ha presentado la formación de intersubjetividad como consecuencia de la confrontación entre la consciencia y el mundo, como algo objetivo. En este sentido, estima que la consciencia, como autoconsciencia y consciencia de los otros, sólo puede ser comprendida en su unidad dialéctica de la subjetividad humana y la objetividad del mundo. Firmando otra interpretación a la metáfora hegeliana sobre la relación entre señor y esclavo, PAULO FREIRE observa que, en la formación de la intersubjetividad, el opresor siempre tendrá la tendencia a mistificar la realidad para que el oprimido la capte como realidad estática. Entonces, sólo por medio de una consciencia crítica sobre sí mismo y el mundo objetivo será posible llegar a una consciencia correcta de la realidad y su desmitificación, no como realidad estática, sino como realidad transformable. Eso se consigue a medida que se pase a ejecutar un trabajo que corresponda

² KOJEVE, Alexandre: *La dialéctica del amo y del esclavo en Hegel*, Fausto Ediciones, Buenos Aires, 1999, p. 52.

al interés general y no de grupos o al servicio de los opresores. Diversamente de HEGEL que llega a admitir que el trabajo del esclavo libera, porque con ello el esclavo se vuelve amo del señor, PAULO FREIRE llama la atención de que el único trabajo liberador es el trabajo humanizante, que es aquel que tiene como consecuencia la desmitificación de la realidad³. El educador tendría, por eso, la misión de desarrollar ese tipo de trabajo que se traduce en el lenguaje que no sólo describe los objetos, sino que los pone en confrontación dialéctica. El conflicto dialéctico, empero, no puede alejarse de su proyección histórica, que señala la comprensión de los actos, de las cosas y del pensamiento. Hay, por tanto, en la formación de intersubjetividad un desarrollo histórico.

Los estudios de NORBERT ELIAS han demostrado cómo el desarrollo histórico ya se viene formando desde la infancia⁴. Lo mismo dicen GOFFMANN, MELTZOFF y MOORE, para quienes los scripts intersubjetivos se forman a partir de la apropiación mental de las acciones que se transmiten, respectivamente, como enseñanza o imitación⁵. Más tarde, ADORNO también ha demostrado la vinculación de las personas adultas a acciones institucionalizadas, internalizadas en el sujeto desde el mundo de la vida⁶. Cuando alguien se prepara para aprender a conducir un vehículo, ya ha visto en su niñez como su padre o los conductores de autobús lo hacían, manteniéndose a la derecha de las rutas, frenando frente a semáforos rojos, atendiendo a la velocidad autorizada y cambiando las marchas en las curvas o en las rampas. Esas acciones institucionalizadas se incorporan a la consciencia para siempre y suelen ser actualizadas en determinados momentos de la vida posterior. La formación de la intersubjetividad no es, así, el resultado de un acto puro de consciencia.

Aunque la filosofía hegeliana siga un recorrido liberador, no fue suficiente para explicar cómo es posible, en las sociedades complejas, que la víctima de una política criminal populista acepte, sin más, las normas editadas por los victimarios. Desde el segundo WITTGENSTEIN será posible notar que el lenguaje afecta no sólo los objetos, al nominarlos e identificarlos, sino que se corporifica en la autoconsciencia. El significado de las palabras, empero, no es determinado por un acto interno de la consciencia, sino por su uso en determinado contexto, que supone un cambio de

³ FREIRE, Paulo: *Pedagogía del oprimido*, traducción de Jorge Mellado, Siglo XXI, México, p. 37

⁴ ELIAS, Norbert: *O processo civilizador*, traducción de Ruy Jungmann, Zahar, Rio de Janeiro, 2011, p. 78.

⁵ GOFFMANN, Erwing: *The Presentation of Self in everyday Life*, Penguin, New York, 1990; MELTZOFF, Andrew/MOORE, M. Keith. Early Imitation within a functional framework: the importance person identity movement, and development, in *Infant Behavior and Development*, n.º 15, 1992, p. 479; BRÅTEN, Stein. *The Intersubjective Mirror in Infant Learning and Evolution of Speech*, John Benjamin, Amsterdam 2009, p. 301.

⁶ ADORNO, Theodor W: «Soziologie und empirische Forschung», in *Der Positivismusstreit der deutschen Soziologie*, Neuwied-Berlin, Luchterhand, 1972, p. 172.

expresiones entre los parlantes⁷. En ese sentido, se puede llegar a la conclusión, ya propuesta por AUSTIN, de que si nuestro mundo social es la realización de actos de habla⁸, todos esos actos se encierran en un proceso de aceptación mútua, capaz de generar una relación intersubjetiva. Eso corresponde a lo que informa CROSSLEY, que toda relación intersubjetiva deviene de una práctica social de interacción⁹, que permite concluir que toda persona, por eso mismo, está capacitada a actuar consciente y volitivamente, incluso a proponerse determinados fines en consonancia con la vida de relación. Eso integra el proceso de socialización, que tiene por base un sentido de mutuo reconocimiento, como proponía KOJEVE e incluso lo propone HONNETH¹⁰. Aunque fuera de esa versión hegeliana, se puede ver que, para el interaccionismo simbólico, la formación de intersubjetividad está siempre imbricada en un proceso reflexivo, que posibilita los actos de interacción.

Pero lo que pasa con las relaciones entre política criminal y aceptación colectiva no puede ser explicado simplemente por un proceso lineal e individualizado. Es preciso comprender que la política criminal es expresada por normas jurídicas, bajo condiciones institucionales que establecen su grado de legitimación a medida que pueden ser aceptadas por sus destinatarios. Las condiciones institucionales determinan, por eso, quién es capaz de hablar y lo que puede hablar, o sea, establecen límites a los actos. Las condiciones institucionales son también acciones, que se dirigen a los ciudadanos y en ellos se internalizan como parte de su vida. Si los actos individuales son delimitados desde afuera y sometidos a una forma de jerarquía, eso demuestra en que en todas las situaciones de habla hay roles sociales definidos a los participantes, conforme su posición en la escala social. La formación de intersubjetividad no es, entonces, una tarea de parlantes neutros, sino también resultado de un poder simbólico. Siguiendo a BOURDIEU, podemos decir que el poder simbólico está tramado en los textiles de la intersubjetividad¹¹.

5. LA DOGMÁTICA PENAL Y LA RELACIÓN INTERSUBJETIVA

Antes de verificar como esas aproximaciones teóricas se presentan en la discusión actual, será preciso asentar que la dogmática del derecho penal, desde

⁷ SAVIGNY, Eike von: «Sprachspiele und Lebensformen: woher kommt die Bedeutung?», in Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Akademie Verlag, Berlín, 1998, p. 8.

⁸ AUSTIN, John L: *How to do things with words*, Harvard University Press, Cambridge, 1975, p. 12.

⁹ CROSSLEY, Nick: *Intersubjectivity, the Fabric of social Becoming*, 1996, SAGE, Londres, p. 46.

¹⁰ HONNETH, Axel: *Das Ich in Wir*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2013, p. 12.

¹¹ BOURDIEU, Pierre: *Language and Symbolic Power*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, p. 222.

FEUERBACH, está orientada para trabajar sobre un autor individual¹². Como lo que interesa es establecer criterios de responsabilidad para un autor o autores, pero todos tomados como individuos y no como colectivos, estos criterios pueden ser trabajados bajo la perspectiva de la causalidad, de la orientación final, de la relevancia social de la conducta o de la negatividad del resultado, o incluso según la personalidad. El método no cambia en su substancia, cuando se alteran esos fundamentos. Las discusiones de los tratamientos de la conducta imputable a un autor se mantienen como cuestiones internas sobre la mejor solución lógica para los hechos, sin ninguna relación con sus efectos sociales. Por eso, al derecho penal no le importa cómo el poder del Estado puede generar normas de conducta para todos los ciudadanos y de tal forma que sean aceptadas por ellos.

La extrema especialización de la dogmática penal la conduce a un camino muy angosto, que impide cualquier extensión de la discusión a las bases de legitimación de las normas. Cuando se trabaja, al revés, con la política criminal, esos límites no pueden impedir que cuestiones dogmáticas sean confrontadas con otros aspectos del ambiente social.

Atendiendo a los propósitos de hacer una investigación sobre la relación entre política criminal populista y la formación de subjetividad, podemos partir de tres aspectos, que pueden constituir la base hipotética de un trabajo: el primero, a partir del concepto de docilidad, que es manejado por MAX WEBER; segundo, de su concepto de acción estratégica; tercero, de la explicación sobre la formación social de intersubjetividad en el capitalismo tardío, que HABERMAS ha trabajado de modo muy insistente.

MAX WEBER, como es conocido, parte en sus escritos de dos bases teóricas: el fraccionamiento de los elementos sociales en diversos tipos de investigación, de un lado, y la acción social, como modelo de relación intersubjetiva entre personas, de otro lado. Al mismo tiempo, MAX WEBER ha hecho una exposición muy clara de lo que llama de docilidad. Dice: «*La docilidad (Fügsamkeit) frente a la imposición de órdenes a una o más personas supone la creencia, en algún sentido, en un poder legítimo de dominación de los impositores, a medida que no sean decisivos el simple miedo o motivos racionalmente orientados, mas representaciones de legalidad que deben ser tratadas separadamente*»¹³.

En complemento, afirma: «*Normalmente la docilidad frente a órdenes está condicionada, además, por condiciones de intereses de todos los matices, por una mezcla de tradición vinculante y representación de legalidad, a medida que no se trate de estatutos enteramente nuevos. En muchos casos, la acción dócil no es, naturalmente, consciente, sea por fuerza de la costumbre, de convención o del derecho*»¹⁴.

¹² FEUERBACH, Anselm Ritter von: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Georg Friedrich Heyer, Giessen 1828, p. 27.

¹³ WEBER, Max: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1922, p. 20.

¹⁴ WEBER, Max: *Wirtschaft...*, *op. cit.*, p. 20.

Por medio del instrumento de los tipos ideales se puede quizás trabajar a la política criminal no a partir de sus puras condiciones jurídicas, sino en el sentido de su estructura burocrática en el Estado moderno. Si, como dice BOURDIEU, la formación de intersubjetividad está también subordinada a la estructura del poder simbólico, la burocracia representa en el Estado moderno, por su aparente neutralidad y vinculación al interés público, el instrumento adecuado para imponer órdenes a los ciudadanos, que las aceptan en la creencia de que son todas legítimas y destinadas a su protección. La burocracia sirve, en este sentido, para camuflar los objetivos latentes de una política criminal populista.

En atención a la marginalidad social, el concepto de acción estratégica puede formular otra solución para hechos que son cometidos por marginalizados, sin que esos puedan ser involucrados en la protección de bienes jurídicos. Una política criminal populista no puede apartarse del concepto de acción estratégica como acción social. Aunque ella suponga la relación de los ciudadanos bajo la admisión de una vida armónica, sus fines estratégicos no pueden ser extraídos de una estrategia formal, que se extiende a todas las acciones individuales.

Bajo el enfoque de la relación de causalidad, la formación de intersubjetividad es tratada como producto de una relación individual. A medida que la acción social no sea un producto de propia voluntad, sino también un efecto de relaciones estratégicas, que impregnan a todas las sustancias sociales, se abre un campo muy fructífero para medidas burocráticas estratégicas, que corresponden a las acciones practicadas por los ciudadanos. En este punto, en que la burocracia aparece impersonalmente y su política estratégica alcanza los ciudadanos, se produce una intersubjetividad asimilada por el poder. Los ciudadanos, entonces, se sienten como normales destinatarios de tal política, que en principio será conducida en provecho de su propia vida. El fraccionamiento de la estructura del Estado en una formación burocrática, en el sentido que MAX WEBER ha concebido como tipos ideales, posibilita que la investigación no se vea limitada solamente sobre acciones individuales, sino que se extienda a una formación social con todas sus condiciones y factores. Para definir a una política criminal, se necesita, empero, también de la noción de poder.

Todavía MAX WEBER: «*En términos de definición, se debe llamar de poder a la chance de conseguir obediencia para órdenes específicas o para todas las órdenes por parte de un grupo determinado de personas. No, por tanto, cualquiera especie de chance de ejercer poder e influencia sobre otras personas. El poder (la autoridad) en este sentido puede tener por base, en hechos concretos, diversos motivos de docilidad: desde una costumbre más fuerte hasta ponderaciones racionales. Un mínimo querer hacia la obediencia, entonces, interés (externo o interno) a la obediencia, pertenece a cualquiera genuina relación de poder*»¹⁵. Cuando es exigido un mínimo determinado

¹⁵ WEBER, Max: *Wirtschaft...*, *op. cit.*, p. 29.

de obediencia, el interés por la obediencia, se necesita investigar dónde el interés de la mayoría se sitúa bajo una indeseable y reactiva política criminal.

Hay muchas explicaciones sobre esos temas, que la criminología ya ha desarrollado con base a variadas escuelas. Aunque la criminología haya ofrecido buenas exposiciones, intento aquí vincular la discusión a otra base teórica. Aún siguiendo a MAX WEBER, podemos conducir la investigación a otro sector, no al sector de la ciencia del derecho penal, tampoco de la criminología, sino del propio Estado y su política pública. MAX WEBER ha señalado que el poder, para que sea eficaz, supone una confianza en su política de gobierno. Esta política puede cooptar a las personas por medio de las costumbres, afectos, intereses y motivos ideales. Está claro, empero, para que eso sea alcanzado, el poder necesita de otro medio: un sistema eficiente de comunicación, que pueda conducir a las personas al núcleo de esa política estatal. En este punto se interpone también la cuestión de cómo el poder puede conducir a las personas, cuando la propia política es manejada por una élite en contra de la mayoría.

Cuando MAX WEBER ha fraccionado la sociedad en tipos ideales, ha afirmado muy claramente que *«según la experiencia, ningún poder se satisface voluntariamente a sí mismo sólo por motivos materiales o afectivos como chances de su subsistencia»*. Más: *«Cada poder busca todavía despertar y mantener la creencia en su legitimidad. Conforme la especie de la pretendida legitimidad, será diverso el tipo de obediencia, variable para con la garantía de determinada unidad administrativa y el carácter del ejercicio del poder, y también para sus efectos. Por tanto, se debe diferenciar, finalísticamente, la especie de poder según su típica pretensión de legitimidad»*¹⁶.

6. LA POLITICA CRIMINAL POPULISTA

La pretensión de legitimidad es, por tanto, una finalidad que es buscada por el poder para que se establezcan las bases del proceso de cooptación. En este sentido, se puede hacer una diferenciación entre dos modelos de política criminal: la *política criminal popularista*, como dice ZAFFARONI, que se asemeja a la política criminal desarrollada en el Tercer Reich, *«die völkische Kriminalpolitik»*, y la *pura política criminal populista*. La pura política criminal populista sigue un modelo del líder carismático populista, especialmente en América Latina, que tiene origen en la pequeña burguesía y que es elegido y aceptado por el pueblo como su salvador. Tal política criminal se orienta según la criminalización de hechos que son cometidos especialmente contra los intereses de la pequeña burguesía e incluso de las personas pobres. Corresponde a la manutención del carisma del líder insertar en sus tareas aquellas que, simbólicamente, puedan satisfacer a los deseos de las masas. El salvador del pueblo es quién lo

¹⁶ WEBER, Max: *Wirtschaft...*, op. cit., p. 122.

protege y también quien castiga a los ricos explotadores. Típica de esa política criminal es, en Brasil, por ejemplo, la ley que define los delitos en contra de la economía popular, de 1951, pero que tiene como modelo una ley del período Vargas de 1938 y que castiga los hechos de especulación con comestibles y otras mercaderías necesarias al consumo del pueblo. Esta política criminal, empero, se va diluyendo a medida que los líderes carismáticos se vean alejados del escenario político. Desde ahí, entonces, pasa a firmarse otro modelo de populismo: el *populismo*. El populismo corresponde a lo que se llama en ciencia política democratismo. Ese populismo se asemeja, pero no se confunde con el populismo alemán del nacionalsocialismo. El populismo alemán estaba interesado en la solidificación del régimen con vistas a una propuesta hegemónica del plan político para la comunidad racial, en contra de los enemigos comunes, que eran todos los grupos étnicos minoritarios, judíos, gitanos, negros y también grupos políticos, como los comunistas y sus simpatizantes. El populismo actual, aunque en algunos casos trabaje con la idea de una superioridad racial de los blancos, está muy comprometido económicamente con los grandes conglomerados, que dominan el poder del Estado. La política criminal sirve, en este sentido, a dos propósitos: la manutención de la hegemonía política de las grandes organizaciones, por medio de la criminalización de los desvíos de los pequeños empresarios o de las pequeñas empresas nacionales, y también de determinada clase política, por un lado, y, simbólicamente, a la seguridad ciudadana o, incluso, a los intereses de grupos minoritarios, desde que no puedan intervenir en la política económica y en la orientación política general, por otro lado. Como esa política criminal popularista nunca es absolutamente transparente, se vale de normas cada vez más abstractas de definición de conductas criminales, lo que hace camuflar sus objetivos latentes.

Esta política criminal difusa supone, empero, otra estructura del Estado, que tiene por base, como dice MAX WEBER, una relación jurídica burocrática, aparentemente neutra. Aunque la estructura burocrática neutra sirve de modelo de la moderna administración estatal, su pura relación jurídica formal posibilita la manutención de un cúmulo de privilegios y discriminaciones, que garantizan condiciones sociales desiguales e injustas. Por medio de una estructura difusa de poder es también posible emitir un mensaje al pueblo sobre los efectos positivos de una legislación penal cada vez más autoritaria, que es tomada como medio para una administración ultramoderna. De facto, esta política criminal nada tiene que ver con lo moderno, sino solamente con el mantenimiento de las condiciones sociales vigentes. En nuestros países es muy nítido este efecto latente de esa política criminal.

La confrontación entre datos empíricos y los datos aparentes de la real ejecución de la política criminal permite mostrar cómo la política criminal burocrática y popularista corresponde a un código real, que es adecuado a la cooptación del consenso de la población y a conservar la confianza en los aparatos del poder. Pero ¿por qué las personas son cooptadas? De acuerdo con las categorías de MAX

WEBER podemos tomar, como motivos de esa docilidad, a la ley y al método de cooptación. La tradición de los pobres en Brasil está anclada en la esclavitud, lo que permite que ellos convivan con órdenes y el poder autoritario y entonces puedan aceptar una política criminal autoritaria. Su docilidad intersubjetiva es, por cierto, casi producida por el poder. Además, por causa de una desigualdad social muy acentuada, la ley no puede ser considerada como producto perfecto de una voluntad universal, sino sólo de una élite o de algunos, por ejemplo, los grupos empresariales, que dominan el poder.

Bajo estas condiciones se fortalecen también todas las fuerzas de cooptación y, correspondientemente, es asentada una intersubjetividad definitivamente domesticada. Al lado de esa intersubjetividad configurada para la docilidad, que sirve inconscientemente a una política criminal represiva, pero aceptada por todos, subsiste todavía en todas las grandes ciudades una parte significativa de personas, que viven marginadas del orden jurídico. Esas personas, que viven en un estado de absoluto abandono, tienen una cualidad común, que es la lucha por la supervivencia. En las palabras de BOLTANSKI e CHIAPELLO, *«los excluidos son aquellos que han perdido sus ligaciones con los otros, aquellos que fueran remitidos al margen del tejido social, donde toda visibilidad ha desaparecido, toda necesidad y, prácticamente, toda la existencia»*¹⁷.

7. LAS SOLUCIONES DOGMÁTICAS

Por esta simple exposición, incompleta y llena de dudas, ya se puede notar que las tareas de la ciencia del derecho penal deben cambiar frente a esa política criminal popularista y difusa. ¿Cómo puede la dogmática penal contraponerse a esa política criminal y cómo puede incorporar a los marginados a los esquemas de la teoría del delito? Esas son dos cuestiones cruciales de la dogmática penal.

Frente a una política criminal represiva y discriminatoria, la dogmática penal debe llenar una importante tarea: debe ser un instrumento eficiente para limitar esa política criminal. Frente a las condiciones sociales desfavorables parece dudoso que se pueda proponer un proyecto de dogmática penal, capaz de someter los fines de la política criminal popularista, una vez que siempre depende de las imposiciones y de las finalidades de la pena.

Para superar este impase político, se necesita someter la dogmática penal a los tradicionales principios constitucionales de protección de derechos personales fundamentales. Aquí, entonces, tenemos que tener en cuenta una visión más clara de la relación entre el Estado y el ciudadano en una auténtica democracia. Se trata de determinar, como dice GARCÍA AMADO, las condiciones de legitimidad del

¹⁷ BOLTANSKI, Luc/CHIAPELLO, Ève: *El nuevo espíritu del capitalismo*, Akal, Madrid, 2002, p. 448.

derecho para que pueda ser captado y aceptado por todos¹⁸. No se trata de desarrollar sentimientos de placer, que pueden satisfacer a pretensiones de grupos, sino de condiciones reales que puedan garantizar la defensa de derechos fundamentales.

Desde el giro lingüístico que se ha dado sobre el concepto de conducta e incluso sobre la norma jurídica como acto de comunicación, se puede trabajar una contribución de la ciencia política para que la dogmática penal pueda enfrentar a una política criminal populista. Se puede decir que la formación de intersubjetividad pasa también por un discurso democrático. Si la norma jurídica es un acto de comunicación que el Estado dirige a los ciudadanos, una formación de intersubjetividad no cooptada, sino libremente deliberada, debe ser evaluada de conformidad a cómo lo que se formule como política criminal pueda ser tomada por todos con pretensión de validez.

Como dice HABERMAS, «(...) *las normas son legítimas cuando sus destinatarios pueden al mismo tiempo sentirse, en su conjunto, como autores racionales de esas normas*»¹⁹. La pretensión de validez, por tanto, sólo puede existir cuando los propios destinatarios de la política criminal sean capaces de efectuar una autocrítica de su conducta y de la conducta de los otros bajo la perspectiva de protección de sus derechos fundamentales. Esta condición no es llenada, bajo situaciones de grandes desigualdades, por el simple ejercicio del sistema representativo parlamentario. Independientemente si el sistema puede ser mismo perfeccionado o no, se puede trabajar, aquí, con otros medios.

Podemos partir, como hipótesis de trabajo, de la propuesta que se ha desarrollado en Alemania por HABERMAS y KLAUS GÜNTHER. Para trazar un contorno limitativo de la relación Estado/Ciudadano parece importante buscar, aquí, la construcción de su concepto de persona deliberativa.

Una democracia sólo se establece de modo estable cuando todos los destinatarios de las normas puedan ser tomados como personas deliberativas, no como personas ideales, sino como personas que puedan actuar sin que sean cooptadas por medio de una burocracia que mistifique la realidad, que oculte los objetivos latentes del poder, que puedan actuar, pues, en consonancia con una voluntad universal. Una política criminal que distorsione la realidad no es una política criminal legítima, no importan los fines que pueda perseguir.

¿Frente a eso, qué debe hacer la dogmática penal? La dogmática penal, como forma de un saber comprometido con la verdad, debe ser el instrumento de crítica y de control de la política criminal. Pero hay que señalar que la política criminal no es producto sólo del poder legislativo o del poder ejecutivo, sino también del judicial. Y frente al judicial, cabe a la dogmática penal demostrar que sus decisiones no se pueden apartar de la Constitución, que su racionalidad está siempre

¹⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio: «La filosofía del derecho de Jürgen Habermas», en DOXA, n.º 13, 1993, p. 235.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen: *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, p. 52.

vinculada al derecho legítimamente legislado. Por eso, el llamado activismo judicial sólo puede valer en cuanto se manifieste como forma de garantizar la extensión de los derechos fundamentales.

Cuando se atribuye a la dogmática penal un poder de control, se puede contestar que como ese poder de control no es un poder de coerción, sino un poder simplemente epistemológico, no tiene efecto vinculante y es, pues, un poder puramente simbólico. Esa es una contestación relevante. Pero en una democracia lo que importa no es propiamente el poder de coerción, sino su justificación en la esfera pública. Si la legitimidad de las normas depende de un proceso de comunicación válido, en el que sus destinatarios puedan discutir libremente sobre su aceptación, con pretensión de validez universal, el control de la dogmática puede ser ejercido a medida que pueda mostrar su irracionalidad y, por tanto, sus deficiencias y sus cebos legitimantes. Frente a la creciente burocratización de la administración estatal, por medio de profesionales altamente especializados, como ocurre con el poder judicial, la dogmática penal, con su desarrollo preciso, acerca de los fundamentos del proceso de imputación en el injusto y en la culpabilidad, bajo el principio de protección de la persona y de sus derechos fundamentales, se torna un instrumento necesario a la contención del poder punitivo. De modo que, como señala HABERMAS, para que los propios partidos pudieran ejercer un control de la burocracia estatal también necesitarían ser sometidos a un propio control en su esfera pública interna²⁰, la dogmática penal, para interponerse como instrumento de control de la política criminal, también necesita de una transformación en su esfera pública: pasar de una dogmática conformada y puramente legitimante a una dogmática crítica, única forma de no dejarse esclerosar por esa burocracia.

Para terminar, una última cuestión: con la proposición de control que aquí se hace, ¿será posible que la dogmática penal pueda contribuir al incremento de un derecho legítimo? Tengo muchas dudas, pero estoy seguro de que con el fortalecimiento de una política criminal cada vez más punitivista, el problema de legitimidad jamás será resuelto.

²⁰ HABERMAS, Jürgen: *Mudança estrutural da esfera pública*, traducción de Denilson Luís Werle, UNESP, São Paulo, 2014, p. 483.

LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA Y DELITOS DE TERRORISMO: LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS

CARMEN LAMARCA PÉREZ

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Carlos III (España)

LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO ha venido provocando en las democracias occidentales la aparición de una normativa cada vez más rigurosa que constituye una paulatina degradación, cuando no sencillamente una supresión, de las garantías propias de un Estado de Derecho; la aparición de centros especiales de detención como Guantánamo, pero también de jurisdicciones o tribunales excepcionales, como nuestra propia Audiencia Nacional, la expropiación de facultades judiciales en favor de las policiales y, en general, la utilización del fácil recurso a la suspensión de determinados derechos es, junto a la agravación de los tipos penales y del cumplimiento de las penas, las medidas que más habitualmente ofrece el sistema jurídico en los últimos tiempos consagrando un auténtico derecho penal y procesal del enemigo.

Lo cierto es que la promulgación de leyes excepcionales en materia antiterrorista no constituye sin embargo un fenómeno nuevo sino que resurge o se acentúa con el recrudecimiento de este tipo de acciones como sucedió en Europa en los años setenta¹ o ha sucedido más recientemente tras los conocidos atentados de Estados Unidos, Madrid o Londres²; bajo la bandera de la seguridad o

¹ Un análisis de la legislación europea de esta época muchas de cuyas medidas han vuelto a ponerse en vigor tanto en el aspecto sustantivo penal como sobre todo en el de garantías en LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 196 y ss. y 369 y ss.

² Sobre los cambios legislativos que tras la realización de estos atentados se han producido tanto en las legislaciones nacionales internas como en las resoluciones de carácter internacional véanse, especialmente, los trabajos que se contienen en el volumen *Terrorismo y Estado de Derecho*, J.R. SERRANO-PIEDRECASAS y E. DEMETRIO CRESPO (Dir.), Iustel, Madrid, 2010. portilla

de la máxima de que no debe haber libertad para los enemigos de la libertad, se produce, como decían los juristas italianos en la época de las Brigadas Rojas, una dialéctica agresión-legislación que termina difuminando la frontera entre la normalidad y la excepcionalidad jurídica³ y que, hoy podemos decirlo, termina por persistir más allá de los acontecimientos que dieron lugar a su promulgación. En realidad, lo que sucede es que el ataque al Estado, al poder, sigue siendo, como desde el inicio de los tiempos, el crimen más grave, el crimen por excelencia, por más que otras conductas delictivas causen muchas más víctimas como la violencia de género, por ejemplo.

Y en este juego de normalización de lo excepcional hay que comenzar señalando que nos cabe el honor de haber sido en 1978 la primera nación europea que otorgó carta de naturaleza constitucional a la creación en esta materia de un derecho de emergencia, como es el artículo 55,2 de la Constitución española, que no tiene precedentes en nuestro país ni en los de nuestro entorno cultural⁴ y que se refiere a los supuestos en que cabe suspender determinados derechos por la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Como es sabido, las leyes, y las Constituciones son las primeras, tienen como función esencial limitar el poder, y si inicialmente sólo se reguló constitucionalmente el ejercicio del poder en tiempos de normalidad, pronto se comprobó que era en las situaciones de emergencia cuando se volvía a incurrir en el despotismo por ello hoy en día todos los textos constitucionales recogen los casos de situaciones excepcionales en los que cabe suspender las garantías o derechos fundamentales de los ciudadanos reglamentando el modo y los límites de esta suspensión⁵. En la vigente Constitución española esta situación de suspensión de derechos está prevista en el Título I, Capítulo V cuyo único precepto, el artículo 55, prevé dos supuestos muy diferentes: el primero hace referencia a la clásica suspensión de derechos con motivo de la declaración de los estados de alarma, sitio o excepción, mientras que en el segundo, como acabamos de señalar, se contiene la suspensión de derechos en materia antiterrorista.

De entrada, y con carácter general, hemos de decir que la suspensión de derechos aunque haya sido consagrada constitucionalmente sigue suponiendo un límite al poder del Estado y éste en ningún caso puede derogar o hacer perder, ni siquiera temporalmente, la vigencia de los derechos sino que únicamente puede transformar esos derechos o, lo que es lo mismo, sustituir su regulación

³ Vid. MARLETTI, C.: «Il moderno como strategia di comunicazione. Alcune consideración a partire del caso italiano», en *La violenza interpretata*, a cura di Renzo Villa. Quaderni La Questione Criminale 3, Il Mulino, Bologna, 1979 y FERRAJOLI, L.: «Terrorismo y crisis tardocapitalista», en *Justicia y Delito*, Universidad Menéndez Pelayo, 1981, p. 59.

⁴ LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., p. 360 y ss.

⁵ GARCIA PELAYO, M.: Derecho constitucional comparado, *Revista de Occidente*, Madrid, 1967, p. 168.

ordinaria por una extraordinaria⁶ lo que tiene las siguientes consecuencias. En primer lugar, hay que tener presente que la suspensión sólo adquiere relevancia frente a los poderes públicos pero no se altera la eficacia de los derechos en las relaciones entre los particulares y de este modo, por ejemplo, la detención o la violación de la correspondencia efectuada por un particular sigue siendo delito⁷. Pero incluso frente al Estado la suspensión no opera de un modo absoluto; los derechos no perecen de forma radical sino que se limitan y condicionan en atención a la preservación de otros bienes y valores que se consideran transitoriamente prevalentes. Propiamente de lo que cabe hablar es de una regulación específica de los derechos y libertades en el Derecho de emergencia, una regulación que se concreta en una reformulación de los derechos o en una merma de sus garantías lo que ciertamente es importante y limita en algunos casos en una gran medida el ejercicio de ese derecho pero el derecho no desaparece ni se instaaura el reino de la arbitrariedad, ello al menos en teoría pues, como seguidamente veremos, la práctica ha ido desmintiendo estas afirmaciones que cada día más forman parte del deber ser y no del ser del Derecho.

Ahora bien, la pulcritud jurídica con que nuestra Constitución diseña el tradicional Derecho de excepción del artículo 55,1.º contrasta ciertamente con la previsión contenida en el 55,2.º porque el mencionado precepto, catalogado por la doctrina como un supuesto de «suspensión individualizada de derechos fundamentales»⁸, no goza de las garantías del primer supuesto ni cumple con las expectativas de la denominación que le ha dado la doctrina. No goza de las garantías porque, por ejemplo, a diferencia de lo que sucede en los supuestos del 55,1 no se prevén, ni constitucional ni legalmente, límites temporales para la aplicación de la suspensión de derechos en materia antiterrorista lo que, a mi juicio, es incompatible con un derecho de emergencia⁹ pero además, como veremos, no se trata de una suspensión de derechos individual, porque afecta potencialmente a todos los ciudadanos, ni se trata tampoco de una suspensión de derechos en sentido riguroso sino más bien de una restricción permanente que deroga el régimen establecido por la Constitución para ciertos derechos fundamentales. Y a esto podemos unir otras cuestiones no menos importantes como que la legislación de desarrollo de este precepto ha ido más allá de la habilitación concedida

⁶ CRUZ VILLALÓN, P.: «El nuevo Derecho de excepción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 2, 1981, p. 124 y PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid 1990, p. 247 y ss.

⁷ PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, p. 250

⁸ Así FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 35, 1983, p. 123 y ss.

⁹ Creo que no someter a término cierto la suspensión de derechos fundamentales resulta contrario al espíritu constitucional y a la propia lógica interna del sistema jurídico. En igual sentido CRUZ VILLALÓN, P.: *La protección extraordinaria del Estado*, CEC, Madrid 1979, p. 679-680.

suspendiendo derechos que no están previstos en la norma constitucional como, por ejemplo, el derecho de defensa proclamado en los artículos 17,3 y 24,2.

En primer lugar hay que preguntarse a quién cabe aplicar la normativa de desarrollo del artículo 55,2 de la Constitución, esto es, cuál es el ámbito de aplicación del régimen de suspensión de derechos fundamentales que, según reza este precepto, sólo podrá operar «para personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas»¹⁰. No voy a insistir en esta cuestión, pero quizás uno de los mayores problemas de la legislación antiterrorista ha consistido siempre en determinar su ámbito de aplicación, esto es en establecer quién puede ser considerado como terrorista concepto que tiene una desmedida «vis expansiva» o sobre el que reina una estudiada confusión. Así, por ejemplo, en la actualidad y conforme a lo previsto por el Código penal, terrorista no sólo es aquél que pertenece a una organización que atenta contra la vida, la libertad, etc, con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública sino también aquellas personas que sin estar integradas en bandas armadas cometan determinados delitos: son los casos del llamado terrorismo individual previstos en el rt. 577 del CP que en especial durante una cierta época se aplicó a los supuestos de la denominada «kale borroka» o violencia callejera.

Pero tenemos que recordar también que existe además un caso, tradicionalmente vinculado al terrorismo, donde hoy no cabe aplicar esta restricción de garantías según lo establecido expresamente por la sentencia del Tribunal Constitucional 199/87 que, contra lo previsto en la legislación anterior, dictaminó la ilegalidad de aplicar la suspensión de derechos en esta materia a los que hicieren la apología de las organizaciones terroristas o de sus actividades delictivas. Que la suspensión de derechos en estos casos resultaba inconstitucional ya lo habíamos denunciado en numerosas ocasiones, pues lo cierto es que suponía partir de la presunción de que tras una identificación ideológica existía una vinculación real con el terrorismo, presunción que claramente resulta contraria a nuestra Carta Magna¹¹. No cabe pues considerar terrorista a quién hace apología del terrorismo y, en consecuencia, no cabe limitar sus derechos pero, si esto es así ¿porqué sigue juzgando la Audiencia Nacional los casos de apología o enaltecimiento?¹².

¹⁰ Señala acertadamente Antonio CUERDA RIEZU que la primera limitación viene determinada en el propio tenor literal del art. 55,2 que circunscribe la suspensión de derechos a la investigación sobre la «actuación» y no sobre la «existencia» de las bandas armadas o elementos terroristas, «La necesidad de modificar la normativa antiterrorista por motivos constitucionales tras el fin de la actividad armada de ETA», *Revista Hermes*, n.º 24, octubre 2012, p. 34.

¹¹ Vid. LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, *op. cit.*, p. 395

¹² Vid. LAMARCA PÉREZ, C.: «Apología: un residuo de incriminación de la disidencia», en *La Ley Penal*, n.º 28, junio 2006, p. 51, donde expresamente se sostiene y argumenta la competencia de la jurisdicción ordinaria.

LO 4/1988 de 25 de mayo de reforma de la LECrim. DISPOSICION TRANSITORIA:

«Los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional continuarán conociendo de la instrucción y enjuiciamiento de las causas por delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores.

La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de inmediación judicial»

Precisamente la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción y de la Audiencia Nacional en los casos de terrorismo es la primera cuestión a analizar pues se trata del órgano jurisdiccional que aplica esta suspensión de derechos. Esta es, sin duda, una de las cuestiones más polémicas pues cabe señalar que la referida atribución de competencia también es de carácter excepcional y, como es sabido, en la actualidad deriva de lo previsto en la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988 que, según señala reiteradamente la doctrina, vulnera el derecho al juez natural y el principio de inmediación¹³ y pone en duda la eficacia de la intervención judicial como forma de control de la suspensión de derechos. No obstante, el propio Tribunal Constitucional ha declarado expresamente que esta jurisdicción no es contraria al sistema de organización judicial diseñado por la Constitución¹⁴ y ello a pesar de que su origen enlaza directamente con el Tribunal de Orden Público.

Pero, al margen del juicio que nos merezca la Audiencia Nacional, creo que lo más importante es destacar aquí la discutida eficacia de la intervención judicial como forma de control de la suspensión de derechos. De todos es sabido que los citados órganos judiciales se ubican en Madrid y aunque es cierto que el Juez Central puede desplazarse o delegar en el de Instrucción del lugar donde se halle el detenido la importancia y severidad de las medidas a aplicar así como su urgencia exigen que, desde el inicio de las investigaciones, debiera ser atribuida

¹³ En este sentido, LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., p. 396 y ss. y, asimismo, ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «Democracia autoritaria y administración de justicia en España», en *Justicia y Delito*, op. cit., p. 20, GIMENO SENDRA, J.V.: *Fundamentos de Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Civitas, Madrid, 1981, p. 93 y ss. y SERRANO-PIEDRACASAS, J.R.: *Emergencia y crisis del Estado social*, PPU, Barcelona 1988, p. 213. Curiosamente, el segundo apartado de la citada Disposición Transitoria señala que la normativa que modifique este régimen «se inspirará en el principio de inmediación judicial», lo que prácticamente supone realizar una confesión de que hoy no se garantiza la vigencia de este principio.

¹⁴ Vid. las STC 199/1987 y 153/1988, así como la STS de 11 de octubre de 2001.

la competencia al juez natural que es el único que en la práctica puede mostrarse eficaz en esta labor de control¹⁵. Creo que la competencia de la Audiencia Nacional constituye, tal vez, el elemento central del régimen de suspensión de derechos y ello porque sustituye una intervención real y directa por una intervención ritual y honoraria que difícilmente puede garantizar una auténtica fiscalización de la actuación gubernativa. Por todo ello, creo que debería retornarse al régimen ordinario otorgando la competencia al Juez natural¹⁶ y que mejor ocasión que esta del fin de ETA para este retorno¹⁷ incluso en aquellas causas aún pendientes.

Artículo 520 bis LECrim

1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada.

2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente.

3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.

¹⁵ MARTÍN PALLÍN llegó a calificar la intervención del Juez durante la detención en estos casos como inconstitucional, contemplativa y degradante; «Realidad actual de las funciones de Jueces y Fiscales en la aplicación de las leyes contra el terrorismo», en *Actualidad Jurídica*, n.º 9, 1981, p. 12.

¹⁶ Esta es también la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal. Vid. *Una alternativa a la actual política criminal sobre Terrorismo*, Gráficas Mahave, Málaga, 2008, p. 61-62.

¹⁷ Advierte el mismo Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Javier ZARAGOZA AGUADO, que «el día que desaparezca el terrorismo de ETA habrá que redefinir su trabajo (de la Audiencia Nacional) y las competencias de éste órgano judicial...». «Delitos de terrorismo: aspectos sustantivos y procesales», en *El nuevo panorama del Terrorismo en España*, Universidad de Alicante, 2013, p. 102.

En cuanto a los concretos derechos que pueden ser suspendidos con motivo de las investigaciones por actuaciones antiterroristas, el primer derecho afectado es lógicamente el derecho de libertad pero aquí lo excepcional es que cabe una prórroga de la detención conforme a lo previsto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como es sabido, la detención gubernativa puede durar en el régimen ordinario hasta tres días, pero en los casos de terrorismo la suspensión consiste en que cabe su prolongación por cuarenta y ocho horas más, es decir, la detención policial puede llegar a ser de hasta de cinco días límite máximo para que se produzca la puesta a disposición judicial del detenido. En realidad, la detención gubernativa tuvo inicialmente un plazo previsto de hasta siete días de duración, pero fue reducido a los actuales cinco días en virtud de lo establecido por la ya mencionada STC 199/87 que rodeó también de mayores garantías el régimen de concesión de esta prórroga pues, tanto su petición a la autoridad judicial como su correspondiente autorización o denegación por la misma, han de ser motivadas.

Con todo, creo que faltan buenas razones para ampliar un plazo que ya es suficientemente dilatado en situaciones ordinarias y que, a mi juicio, responde a una concepción equivocada del significado de la detención gubernativa que en nuestro sistema procesal no debe señalar el comienzo de las investigaciones policiales sino su culminación; esto es, primero se debe investigar para posteriormente detener excepto en casos muy excepcionales como ante el temor de huida del culpable o de destrucción de pruebas. Desde estos presupuestos, la medida de ampliación del plazo de la detención en los supuestos de investigación por actuaciones terroristas resulta entonces innecesaria y peligrosa; innecesaria porque el plazo de setenta y dos horas resulta más que suficiente para que, con los medios técnicos actuales, se lleve a cabo cualquier comprobación o averiguación; peligrosa, porque se presta a convertirse en un instrumento de doblegamiento de la voluntad que contradice los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable¹⁸.

Por todo ello, si bien es cierto que es preferible la situación actual, creo que las mismas razones que señaló el Tribunal Constitucional en 1987 para declarar la inconstitucionalidad de los siete días de prórroga pueden esgrimirse ahora respecto de los cinco días. Para realizar el tramite de confesión o para tomar nota de su negativa, creo que setenta y dos horas son más que suficiente e incluso aún resulta un plazo dilatado; y si lo que se desea es tener incomunicado al detenido

¹⁸ La posible vulneración de estos derechos recogidos en el artículo 24 de la Constitución, fue precisamente el argumento utilizado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 199/1987 para declarar la inconstitucionalidad de la prórroga de siete días inicialmente establecida por la LO 9/1984. Vid. LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento jurídico del Terrorismo*, op. cit., p. 402 y ss. y, en el mismo sentido crítico las conclusiones del Grupo de Estudios de Política Criminal en *Una alternativa a la política criminal sobre terrorismo*, op. cit., p. 62.

para realizar otras investigaciones o proceder, por ejemplo, a la captura de otros implicados, no vemos obstáculo alguno para que esta incomunicación se produzca en prisión bajo la tutela de la autoridad judicial.

Precisamente la medida de incomunicación de los detenidos es la que constituye a mi juicio la piedra angular del sistema de suspensión de garantías y también sufrió importantes modificaciones tras la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de 1987. Ciertamente, resultaba contrario a nuestro texto fundamental entender, como venía siendo práctica habitual antes de esta resolución, que la incomunicación podía ser decretada por la autoridad gubernativa sin la necesaria intervención judicial y en este sentido se pronunció nuestro más alto Tribunal exigiendo expresamente que la incomunicación sea «objeto de simultánea solicitud al órgano judicial competente», exigencia que ahora viene recogida en el artículo 520 bis 2 de la LECrim donde se prevé que la autoridad judicial, por medio de resolución motivada¹⁹, confirme o deniegue la medida en el plazo de veinticuatro horas.

Lo cierto es, sin embargo, que, aunque también en este caso resulta preferible la normativa vigente, durante veinticuatro horas la competencia para proceder a la incomunicación se atribuye a la autoridad gubernativa y además hay que poner de manifiesto que la medida ha venido aplicándose por los jueces de una manera sistemática y burocratizada, sin más justificación que la mera referencia general al delito de terrorismo sin explicar, por tanto, su necesidad en el caso concreto²⁰; pero sobre todo y lo que es más grave hay que señalar la falta de cobertura de esta medida que no está prevista en el artículo 55,2.º de la Constitución lo que no le ha parecido reprochable al Tribunal Constitucional²¹ siendo así que, a mi juicio, esta falta de previsión genera su palmaria inconstitucionalidad²².

¹⁹ Como señala la STS 800/2006, de 13 de julio, debe exigirse un especial rigor en las resoluciones que acuerdan la incomunicación al afectar y limitar derechos tan fundamentales como el de defensa. Otros veredictos del Tribunal Supremo no se han mostrado, sin embargo, tan exigentes y, en este sentido, la STS de 22 de abril de 2005.

²⁰ Quizás por todo ello el Informe del Relator Especial de la ONU, Martin SCHEININ «recomienda la completa erradicación de la detención incomunicada por cuanto ese régimen excepcional no sólo supone el riesgo de que se inflija un trato prohibido a los detenidos, sino que también expone a España a denuncias de torturas y, en consecuencia, debilita la legitimidad de sus medidas antiterroristas». *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Misión a España*, 2008.

²¹ Vid. la STC 127/2000.

²² Aunque es cierto que la Constitución no establece ninguna garantía específica sobre el régimen de comunicaciones o incomunicaciones de los detenidos o presos, por lo que pudiera entenderse que la legislación no limita ningún derecho o garantía constitucional, hay que tener en cuenta, sin embargo, las consecuencias que la incomunicación tiene para el ejercicio del derecho de asistencia letrada y, en definitiva, para el derecho de defensa, reconocido en los artículos 17,3 y 24,2 de la Constitución que no admiten ningún género de suspensión al no estar expresamente prevista en el art. 55,2.

Artículo 527 LECrim. El detenido o preso, mientras se halle incomunicado, no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo, con excepción de los establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones:

- a) En todo caso, su Abogado será designado de oficio.
- b) No tendrá derecho a la comunicación prevista en el apartado d) del número 2.
- c) Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su Abogado prevista en el apartado c) del número 6.

En todo caso, la incomunicación se realiza sin perjuicio del derecho de defensa pero con las siguientes excepciones, previstas en el artículo 527 LECrim., que suponen gozar de un derecho a la asistencia letrada restringido, restricción que, por cierto, tampoco está autorizada por el art. 55,2 de la Constitución y que se traduce en que la designación de abogado en estos casos es de letrados del turno de oficio y no del abogado libremente elegido por el detenido, existiendo además expresa exclusión del derecho a la entrevista privada con el abogado defensor al término de la práctica en que éste hubiere intervenido y, finalmente, también queda suspendido el derecho a comunicar la detención a familiares u otras personas libremente elegidas por el detenido.

En primer lugar, y comenzando por la última de las restricciones, que no se pueda comunicar la detención, ni el hecho que la produce ni el lugar donde se encuentra el detenido, me parece una medida sin justificación alguna. Recuerda las disposiciones del tristemente famoso Decreto Nacht und Nebel del nacional-socialismo donde la instauración de este tipo de medidas perseguía sembrar el terror entre la población y ha sido el sistema utilizado por las Dictaduras de toda condición. La tragedia de los desaparecidos comienza siempre de este modo y precisamente por ello la Convención sobre desapariciones recientemente firmada por España se muestra contraria al régimen de incomunicación.

En cuanto a las restricciones al derecho de defensa vamos camino de lo que ya preveía la legislación alemana de 1974 que, entre otras medidas, permitía excluir al defensor del proceso, limitaba el número de abogados en la causa y prohibía que un mismo letrado pudiera defender a varios imputados²³. La exclusión del abogado de confianza, se ha dicho hasta la saciedad, convierte al abogado del sospechoso en abogado sospechoso sin que al estar éste imputado pueda a su vez ejercer su propio derecho de defensa y, en todo caso, resulta una injerencia inadmisibles al identificar al abogado con la causa o la persona que defiende.

Creo que la libre designación de abogado defensor forma parte del núcleo esencial del derecho de defensa y por lo tanto no cabe suspender en este sentido el

²³ Vid. más ampliamente, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., p. 375 y ss. y la bibliografía allí citada.

derecho²⁴. Contra lo que en ocasiones han señalado nuestros tribunales, el abogado no es un mero convidado de piedra que se limita a garantizar con su presencia un mejor trato al detenido y a controlar la transcripción de las declaraciones²⁵; para esto no es ni siquiera necesario un abogado. El abogado es algo más, especialmente en los procesos penales el letrado debe ejercer su papel defensor desde los primeros momentos y sobre todo en la primera declaración policial y judicial del detenido, por ello cabe decir que el derecho de defensa no sólo está contenido en el artículo 24 de la Constitución sino, asimismo, en el artículo 17,3 que no puede dejar a la ley el desarrollo de aspectos tan esenciales como la libre elección de letrado; libre elección que, además y como venimos señalando, no está tampoco previsto que pueda ser suspendida al amparo de la legislación antiterrorista.

Se desconfía del abogado libremente elegido porque, se dice, suele existir una afinidad ideológica con el imputado que puede conducir a entorpecer la investigación o a servir de transmisor de informaciones²⁶. En cuanto a la táctica del entorpecimiento, como todo el mundo sabe no es ni mucho menos privativa del ámbito de la defensa antiterrorista, es más, en estos casos es el propio sistema judicial y sobre todo de la Audiencia Nacional con la habitual existencia de macrojuicios, los auténticos entorpecedores del procedimiento; en cuanto a la transmisión de informaciones, tampoco nos parece que pueda ser considerada privativa del abogado de confianza máxime si tenemos en cuenta que en estos casos se ha excluido el derecho a la entrevista privada entre abogado y cliente²⁷.

En cuanto a la suspensión de otros derechos o garantías hay que señalar, con respecto a la prisión provisional, que son aquí de aplicación las reglas generales

²⁴ En el mismo sentido vid. GÓMEZ COLOMER, J.L.: *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Bosch, Barcelona 1988, p. 125 y MORENO CATENA, V.: «El enjuiciamiento de delitos de terrorismo y el derecho de defensa», en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, J.L. Gómez Colomer y J.L. González Cussac (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 392, así como las conclusiones del GEPC en *Una alternativa...*, *op. cit.*, p. 63. No obstante, hay que señalar también que desde la STC 196/1987, el Tribunal Constitucional ha venido declarando la constitucionalidad de la medida de imponer un abogado de oficio prevista en el art. 527 LECrim.

²⁵ En igual sentido MORENO CATENA, V.: *op. cit.*, p. 395

²⁶ GÓMEZ COLOMER, J.L.: *op. cit.*, p. 146.

²⁷ Es evidente que la afinidad ideológica por sí sola no puede suponer ni siquiera un indicio de la conducta de entorpecimiento o transmisión de informaciones; tanto el detenido como su abogado, como todas las partes del proceso penal, y así el mismo Juez o Fiscal o la Policía Judicial, tienen todo el derecho, reconocido en la Constitución, a sostener y defender cualquier posición ideológica incluso por muy radical que pueda ser su contenido. Pero es más, en el ámbito de los procedimientos penales cabe decir incluso que resulta lógico que el imputado reclame la elección de un abogado de confianza, precisamente para que pueda existir esa afinidad ideológica con él mismo y no sólo en el enjuiciamiento de los delitos de carácter más político o de motivaciones de índole religiosa, sino también, por ejemplo, en el caso de defraudaciones fiscales o de defensa de los grandes delitos de ingeniería financiera. En muchos casos, la base de una auténtica defensa deberá partir de la comunión de ideas entre letrado y cliente pues puede resultar muy recomendable para convencer mostrarse convencido.

previstas en los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la única especialidad en los supuestos de terrorismo consiste en que se podrá suspender excepcionalmente la excarcelación por el plazo máximo de un mes si la medida de libertad es recurrida por el Ministerio Fiscal siempre que no se hayan agotado los plazos y prórrogas previstos en el artículo 504. Afortunadamente, esta suspensión es ahora potestativa y no obligatoria para el Tribunal pero, en todo caso, se conculca el derecho de igualdad de las partes cuando sólo una de ellas, el Ministerio Fiscal, puede tener opción a suspender una resolución judicial con la mera interposición de un recurso.

Artículo 553 LECrim. Los Agentes de policía podrán asimismo proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido.

Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos.

Más importancia tiene, a mi juicio, lo relativo a la inviolabilidad del domicilio que, como es sabido, constituye un derecho relativo, es decir, un derecho que la propia Constitución autoriza su restricción en los supuestos contemplados por la ley y siempre que medie una autorización judicial o en caso de flagrante delito. La especialidad de la legislación antiterrorista en estos casos reside únicamente, aunque no es poco, en lo que podemos denominar una expropiación de las competencias judiciales en favor de las policiales pero, eso sí, a mi juicio, ello no supone que no deban observarse también en estos casos todas las garantías o requisitos generales de la práctica de un registro domiciliario establecidos en la legislación procesal como, por ejemplo, la exigencia de una orden formal y escrita donde figuren los datos de la persona y domicilio a registrar o la ineludible presencia de testigos en el acto de registro²⁸.

Con respecto a la suspensión de este derecho, y según señala el artículo 553 de la LECrim., sólo «en casos de excepcional o urgente necesidad» puede procederse

²⁸ Más ampliamente en LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., p. 416 y ss.

a la detención inmediata de las personas relacionadas con actividades terroristas, así como al registro del domicilio donde se oculten y la ocupación de los efectos que en ellos se hallen y guarden relación con la actividad delictiva. La medida debe estar motivada y hay obligación de comunicar al juez por medio de informe del resultado del registro y de las detenciones practicadas en su caso y, tras la STC 199/1987, debe comunicarse asimismo las personas que han intervenido en el registro y los incidentes que hayan podido registrarse.

La verdad es que el registro del domicilio del sospechoso no es una medida infrecuente y no sólo en el ámbito de la legislación antiterrorista, aunque aquí lo extraordinario es que lo decida la policía y no la autoridad judicial; lo que resulta menos frecuente, aunque a veces ha tenido lugar en determinadas circunstancias como, por ejemplo, ante secuestros, son los llamados «peinados» de zona con registros indiscriminados de viviendas en un cierto barrio etc. medida que hasta la fecha, por cierto, ha tenido escasos resultados. En todo caso, lo que no tiene mucho sentido es la suspensión de este derecho pues, si se trata de un delito flagrante o de la persecución de un delincuente, basta con aplicar lo previsto con carácter general por el artículo 553 de la LECrim y, en otros supuestos, no se comprende como con los medios tecnológicos que hoy existen (petición por Fax o correo electrónico) no se recurra siempre a la solicitud de autorización judicial.

Artículo 384 bis LECrim. Firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión.

Un supuesto especialmente polémico que también experimentó notables mejoras tras la citada STC 199/1987, es el que hace referencia a la suspensión de función o cargo público, medida que supone que a toda persona detenida o acusada por actividades terroristas se le suspende automáticamente en el cargo o función pública que ejerce o se le impide acceder al mismo resultando ciertamente curioso su previsión sólo para los casos de terrorismo, donde resulta escasísimamente aplicable, y no para aquellos delitos relacionados directamente con el ejercicio de cargo o función pública como, por ejemplo y paradigmáticamente, los casos de corrupción.

La referida suspensión se contempla en el artículo 384 bis de la LECrim. y se denominó en los debates parlamentarios de la Ley de 1984, de donde procede, como «artículo Yoldi» pues era el supuesto al que hacía referencia; como algunos recordarán, Juan Carlos Yoldi quiso presentarse desde prisión a la elección de Lehendakari por Herri Batasuna siendo el único contrincante del posteriormente elegido Lehendakari Ardanza. Tras la STC de 1987 también esta medida hubo de ser reformada al encontrar nuestro más alto Tribunal que estaba falta de garantías y así en la actualidad no cabe aplicar esta suspensión de cargo o función pública

ante la mera acusación o detención por terrorismo, sino que debe existir un auto de procesamiento firme por esta causa y además debe haberse decretado la prisión provisional operando la medida únicamente mientras dure esta situación.

Con todo, y a pesar de las mejoras introducidas por la citada STC 199/1987, pueden seguir haciéndose al precepto los mismos reproches que suscitó su inicial previsión por la Ley de 1984; la aplicación de la medida de suspensión de cargo o función pública supone la imposición anticipada de una pena privativa de derechos contraria al principio de presunción de inocencia que consagra el artículo 24,2.º de la Constitución. Sólo por sentencia firme puede ser acordada la suspensión de un derecho fundamental y además, también en este caso como en algún otro ya señalado anteriormente, la medida no se encuentra expresamente autorizada por el art. 55,2.º de nuestro texto fundamental.

Artículo 579 LECrim. 1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

Pero quizás la cuestión más importante, o al menos la más sorprendente, dentro de la suspensión de derechos antiterrorista sea la que concierne a la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones reformada tan sustancialmente por la LO 4/88 que la modificación no sólo afecta al ámbito antiterrorista, sino que incluso ha servido para alterar el régimen procesal ordinario de esta medida. Según lo previsto en el artículo 579 de la LECrim., cabe que, en primer lugar, la

autoridad judicial pueda ordenar la observación postal, telegráfica y telefónica de los procesados y, en segundo lugar, incorporado por la reforma de 1988, se prevé la misma medida pero en relación con las personas «sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal» atribuyéndose asimismo, la competencia a la autoridad judicial. Un tercer supuesto autoriza también la suspensión del derecho para aquellas personas relacionadas con actividades terroristas lo que, en estos casos, supone una alteración de la regla de competencia, pues la medida puede acordarse por el Ministro del Interior o Director General de la Seguridad del Estado y, en caso de urgencia, con comunicación inmediata a la autoridad judicial que debe confirmar o revocar la medida en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada. Por lo demás, la observación puede ser decretada por un plazo máximo de tres meses prorrogables, prórroga que siempre ha de ser acordada por la autoridad judicial, incluso en los supuestos antiterroristas pues, no sólo ya no podrán alegarse razones de urgencia, sino que en realidad la medida ha pasado a ser competencia judicial desde el momento de su confirmación.

Ahora bien, entre el primer supuesto y los otros dos existe una diferencia que puede pasar desapercibida pero que resulta de capital importancia. En el primer caso, los procesados, cabe intervenir «su» correspondencia y «sus» comunicaciones, pero, tanto en el segundo como en el tercero, es decir en los casos de personas sobre las que existen indicios racionales de criminalidad o de terrorismo, no sólo se puede suspender el derecho al secreto de sus propias comunicaciones sino que también cabe intervenir aquellas «de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos»; es decir, la medida puede recaer, por ejemplo, sobre el teléfono de una cafetería u otro establecimiento público o incluso sobre el de un vecino condescendiente que nos deja usar su teléfono y cabría, asimismo, interceptar la correspondencia privada de cualquiera que se relacionara con una persona sobre la que pesan indicios racionales de criminalidad. Esta previsión ya estaba contemplada en la legislación antiterrorista precedente²⁹ pero ahora, y aquí la vis expansiva de la legislación antiterrorista, puede afectar además a cualquier sospechoso de haber cometido un hecho delictivo.

En mi opinión, incluso para los supuestos de terrorismo, esta última facultad de poder suspender en definitiva todas las comunicaciones a las que tienen acceso los sospechosos de realizar una actividad delictiva, creo que resulta contraria a la Constitución porque, en definitiva, supone la posibilidad de suspender derechos de personas (el vecino, los clientes de la cafetería, etc.) sobre las que no pesa ningún indicio de responsabilidad criminal, que no son sospechosas de nada. Que en algún caso se incrementen las garantías judiciales tampoco nos tranquiliza pues ni la autoridad judicial, ni por supuesto la gubernativa, pueden adoptar una medida de suspensión de derechos que no se halla autorizada en ningún momento por

²⁹ Vid. LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., p. 420 y ss.

nuestro texto fundamental. En este caso, la suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones resulta de carácter tan general como puede ser la prevista por el artículo 55,1.º de la Constitución, es decir, al amparo de la declaración de estado de excepción y, por ello, resulta a mi juicio y como todo lo que venimos analizando hasta ahora claramente inconstitucional.

Podemos pues concluir este trabajo señalando que, si en un sentido formal, el Estado de Derecho se caracteriza por el sometimiento del poder a las leyes, este sometimiento debe alcanzar a todas las leyes incluso a las dictadas para situaciones excepcionales. Pero es más, la legislación de un Estado, incluso la legislación que se dicta para combatir fenómenos de extrema violencia, debe ser siempre respetuosa con los derechos y garantías consagrados precisamente en nuestra Constitución que es el texto legal que define cuál es la materia irrenunciable para que podamos definirnos como un Estado de Derecho y la suspensión de un derecho no puede nunca, como sucede en la actualidad, desnaturalizar ese derecho hasta el punto de que resulte inexistente. Por ello, y para lograr la armonización de la legislación europea en esta materia, proponemos, finalmente, el siguiente texto a incluir en una Directiva:

«La competencia para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo deberá corresponder a los tribunales ordinarios de acuerdo con el sistema general legalmente establecido por cada Estado. Quedan expresamente prohibidos los tribunales especiales.

Sólo por ley, y con carácter temporal, podrá limitarse los derechos de las personas investigadas por delitos de terrorismo.

Toda persona detenida por esta causa deberá ser puesta a disposición judicial a la mayor brevedad posible y, en todo caso, en un plazo máximo de setenta y dos horas.

La incomunicación del detenido requerirá resolución judicial motivada y deberá realizarse sin perjuicio del derecho de defensa, del derecho a ser reconocido por un médico forense, a ser asistido de un intérprete y a ser comunicada la detención a sus familiares. Sólo de forma excepcional, y también por resolución judicial motivada, podrá denegarse el derecho a la entrevista privada con el abogado defensor o el acceso a las actuaciones».

INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA VERSIÓN DEL
«DISCURSO DEL ODIO» OFRECIDA POR
EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
Y CIERTAS INTERPRETACIONES DE
LOS DELITOS DE LOS ARTÍCULOS 510 Y 578
DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL¹

GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Jaén (España)

RESUMEN

Si analizamos los artículos 510 y 578 del Código penal desde la perspectiva del concepto de «discurso del odio» defendido por el TEDH, por el que únicamente debe sancionarse la incitación directa a la violencia o a la discriminación, gran parte de los comportamientos recogidos en aquéllos responde al ejercicio de la libertad de expresión.

Palabras clave: *Odio; apología; enaltecimiento; discriminación; incitación directa e indirecta; hostilidad.*

ABSTRACT

When we analyze articles 510 and 578 of the Criminal Code from the perspective of the concept of «hate speech» defended by the ECHR, for which only direct incitement to

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, «*El terrorismo en la actualidad. Un nuevo enfoque político criminal*», Referencia DER2015-64983-R, 2016/2018, de la Universidad de Salamanca, cuya Investigadora Principal es Dña. Ana Isabel Pérez Cepeda.

violence or discrimination should be sanctioned, a large part of the behaviors included in those precepts responds to the exercise of freedom of expression.

Keywords: *hate; apology; exaltation; discrimination; direct or indirect incitement; hostility.*

1. EL «DISCURSO DEL ODIOS» SEGÚN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH)

UNO DE LOS ARGUMENTOS MÁS ESGRIMIDOS al fin de justificar la sanción penal de la incitación al odio, a la hostilidad, la justificación de los delitos de terrorismo, es el denominado «discurso del odio» elaborado por el TEDH (citado expresamente por la Recomendación núm. R (97) 20, Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de octubre de 1997).

Pese a la hipotética prohibición de cualquier expresión que pueda engendrar odio, la realidad es que, según la interpretación que viene realizando el TEDH, no suele condenarse tal hecho salvo que contribuya de forma directa a la discriminación o violencia. Cierto es que de alguna sentencia parece desprenderse lo contrario, la legitimidad de cualquier forma directa o indirecta de incitar al odio: «... la libertad de expresión tiene un límite en el discurso del odio y que es necesario tipificar penalmente las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen un odio basado en la intolerancia...». (Caso Müslüm Gündüz contra Turquía (TEDH, 2003/81); Caso Féret contra Bélgica (TEDH 2009\82). Sin embargo, pese a esta declaración de principios, el TEDH en escasas ocasiones ha permitido que el Estado limite la libertad de expresión cuando no se incita a la discriminación o violencia. Así, el TEDH, 1994\36, en uno de los primeros asuntos sobre los límites de la libertad de expresión y el discurso del odio (Caso Jersild contra Dinamarca), analizó la condena sufrida por un periodista que fue considerado cómplice en la difusión de declaraciones racistas. Realizó un documental en el que recogía las declaraciones discriminatorias de varios jóvenes fascistas (afirmaciones que en sí mismas no estaban amparadas en la libertad de expresión). Pues bien, en este supuesto, el Tribunal estimó que la injerencia del Estado en el derecho a la libertad de expresión no era «necesaria en una sociedad democrática». En otro supuesto, en el Caso Müslüm Gündüz contra Turquía (TEDH, 2003/81), se estudia como constitutivo de provocación al odio el hecho de calificar las instituciones democráticas contemporáneas de laicas e «impías», criticar violentamente nociones como la laicidad y la democracia y el hecho de militar abiertamente a favor de la *sharia*. En esta ocasión, el Tribunal explica que tales palabras no pueden considerarse una llamada a la violencia ni un discurso de odio basado en la intolerancia religiosa. Más concretamente, respecto a la defensa de la *sharia*, con lo que representa de desigualdad de la mujer y opuesta a principios y garantías básicas del Derecho penal y procesal occidental, el Tribunal considera que el simple hecho de defenderla, sin emplear la violencia para establecerla, no podría ser considerado como un «discurso de odio». Igualmente, en

el caso Otegi Mondragón, contra España (TEDH 2011/30), aunque se recuerda que el discurso político también se encuentra limitado por el discurso del odio y la incitación a la violencia (Caso Féret contra Bélgica (TEDH 2009\82), el Tribunal admite como lícito el recurso a un lenguaje provocador: «¿Cómo es posible que se fotografíen hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del ejército español, es decir, el responsable de torturadores y que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?». Se sustenta que «le está permitido recurrir a cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, ser algo inmoderado en sus declaraciones». En cuanto a las críticas al Rey, se considera que, pese a llegar a tener una connotación hostil, no exhortan al uso de la violencia ni se trata de un discurso de odio. De modo semejante, en el Caso Stern Taulats et Roura Capellera contra España (Sentencia de 13 marzo 2018. JUR 2018\77338), el Tribunal estima que quemar las fotos de la familia real no es más que un mensaje crítico y provocador al amparo de la libertad de expresión. En ningún momento se tuvo intención de incitar a cometer actos de violencia contra la persona del Rey, sino que fue una forma de criticar la institución monárquica. En consecuencia, el Tribunal concluye que equiparar tales hechos con una incitación al odio o a la violencia «pondría en riesgo la pluralidad, la tolerancia y el espíritu aperturista sin los cuales no existe la «sociedad democrática».

Un argumento similar fue el empleado en el caso Jiménez Losantos contra España (Sentencia de 14 junio 2016. TEDH 2016\51). El periodista fue condenado en España como autor de un delito continuado de injurias graves con publicidad al, entonces, alcalde de Madrid. Sin embargo, el TEDH insiste en que «el párrafo 2 del artículo 10 del Convenio «se aplica no solo a las «informaciones» o «ideas» acogidas con favor o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que duelen, molestan o inquietan: así lo quiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe «sociedad democrática». Con parecidos argumentos una serie de SSTEDH cuestiona la legislación de excepción turca en materia de terrorismo, denuncia la vulneración del artículo 10 del Convenio y confirma la inexistencia de discurso del odio en los comportamientos analizados. Esto acontece en el caso Belek contra Turquía (Sentencia de 20 noviembre 2012. JUR 2012\360181). La condena en Turquía se produce por la publicación de un artículo titulado «Kongra-Gel solicitó el cese de las operaciones» en el que se realiza un llamamiento para el cese de las operaciones militares dirigidas contra el Partido de los trabajadores del Kurdistán. Se les acusa de propaganda, a través de la prensa, contra la unidad indivisible del Estado y de publicación de una declaración que emanaba de una organización ilegal armada. Tales conductas son delitos previstos en la legislación anti terrorista de aquél país. En este supuesto, el TEDH certifica la vulneración de la libertad de expresión ya que el texto no contenía ningún llamamiento al uso de la violencia, a la resistencia armada, ni a la sublevación, y, por tanto, no

hay un discurso de odio. De nuevo, en el caso Belek y Özkurt contra Turquía (Sentencia de 17 junio 2014. TEDH 2014\44), se valora la condena de una publicación de dos miembros del Kongra-Gel –una facción del Partido de los trabajadores del Kurdistan (PKK) que acusaba a un disidente del PKK, de ser confidente de las autoridades americanas. Se les imputa publicar declaraciones que emanan de una organización ilegal armada. Pues bien, en la misma línea de sentencias anteriores, el TEDH declaró que tal sanción vulneró la libertad de expresión ya que el escrito no contenía ningún llamamiento al uso de la violencia, a la resistencia armada o a la sublevación. Del mismo modo, en el caso Öner y Türk contra Turquía (Sentencia de 31 marzo 2015. TEDH 2015\44), se analiza un supuesto en el que un grupo de personas realizaron proclamas con respecto a los problemas de los kurdos: Entre ellas destaca: «El Estado no dio ningún paso para la democratización o para resolver el problema kurdo. Creemos en la paz y el Estado debe tomar las medidas adecuadas para resolver el problema kurdo». Una frase que fue interpretada por el tribunal turco como un delito de enaltecimiento del terrorismo. Ante tal sanción, el TEDH razona que supone una injerencia en la libertad de expresión y, aunque inicialmente acepta que las medidas antiterroristas pueden pretender objetivamente la «seguridad nacional», tal obstrucción no es «necesaria en una sociedad democrática». Concluye el Tribunal que la frase citada es solo una valoración crítica de la gestión política turca sobre el problema kurdo que no fomenta la violencia, la resistencia armada o un levantamiento y, por lo tanto, no constituye incitación al odio. Esta misma tesis es reiterada en el caso Belek y Velioglu contra Turquía (Sentencia de 6 octubre 2015). Un tribunal turco prohibió la publicación de un artículo titulado: «Los presos de Kadek piden una solución democrática» que reclamaba un arreglo pacífico para la resolución de la cuestión kurda y la necesidad de una Ley de amnistía. Al igual que en caso anterior, el TEDH considera que la condena es un atentado a la libertad de expresión puesto que el texto no contenía ninguna apelación al uso de la violencia, a la resistencia armada o a la sublevación. Igualmente, en el caso Savda contra Turquía (Sentencia de 15 noviembre 2016, TEDH 2016\116), se analiza el comportamiento de cinco personas, miembros de la Plataforma antimilitarista («la plataforma»), que se reunió ante el Consulado de Israel, en Estambul, apoyando a los objetores de conciencia israelíes. En realidad, se les imputa haber incitado a la objeción al servicio militar por la lectura de un documento en el que se decía: «... Los antimilitaristas no se callan ni se callarán. El señor Paster debe ser puesto en libertad, y hay que poner fin al asalto y a la intervención en Líbano. Invitamos a todo el mundo a sustraerse al servicio militar». En este caso el TEDH decidió por unanimidad que la condena suponía un ataque a la libertad de expresión y que, en consecuencia, se violó el artículo 10 del Convenio para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas. En esa misma dirección, recientemente, la Sentencia de 10 julio 2018. TEDH/2018/75 (Caso Fundación Zehra y otros contra Turquía).

En otras ocasiones, es verdad que se persigue y condena el discurso del odio, pero interpretado, no como incitación al odio u hostilidad sino en su versión más estricta, concebido como incitación a la violencia o la discriminación. Un ejemplo de esa dirección jurisprudencial es el caso *Sürek contra Turquía* (TEDH 1999/28). En esta sentencia, se analiza la condena del propietario de la revista semanal *Haberde Yorumda Gerçek*, por la publicación de dos artículos redactados por lectores, titulados «*Silahar Izgürlüğü Engellemez*» («Las armas nada pueden contra la libertad») y «*Suç Bizim*» («Es nuestra culpa»). La cuestión principal no reside en si determinadas expresiones incurren en el discurso del odio o no («el ejército turco fascista», «la banda de asesinos de la TC», «los asesinos a sueldo del imperialismo», «masacres», «brutalidades» y «matanza»), o si se difundía propaganda separatista. El asunto nuclear, según el TEDH, es si el contenido de las cartas publicadas «era susceptible de favorecer la violencia en la región, insuflando un odio profundo e irracional contra los que eran presentados como responsables de las atrocidades que se alegaban. De hecho, el lector saca la impresión de que el recurso a la violencia es una medida de autodefensa necesaria y justificada de cara al agresor». En este caso, en una de las cartas se citaban a las personas por sus nombres, con lo que realmente se las expuso a un eventual riesgo de violencia física. Por tanto, aunque no existiera adhesión al contenido de la carta, el proporcionar un medio para incitar a la violencia y discriminación fue el motivo que llevó al tribunal a considerar que esa condena no vulneraba la libertad de expresión. En definitiva, como se observa, lo que realmente veta el TEDH son aquellas expresiones que generan un peligro objetivo de discriminación o violencia. Del mismo modo, en el *Caso Féret contra Bélgica*, (TEDH 2009\82), se juzga al presidente del partido político «*Front National-National Front*», editor responsable de los escritos de este partido y propietario de su sitio web. En plena campaña política, el partido repartió octavillas en las que se afirmaba que había que restablecer la prioridad del empleo para los belgas y europeos, excluir a los extranjeros, repatriar a los inmigrantes, aplicar el principio de la preferencia nacional y europea, convertir los centros de refugiados políticos en albergue para los sin techo belgas, crear cajas de seguridad social separadas para los inmigrantes, interrumpir la política de la pseudointegración y detener la bomba aspirante de «seguridad social para todos». Aunque el Tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo, lo que condena realmente en este supuesto es la incitación a la exclusión de los extranjeros, esto es, la incitación a la discriminación. Lo mismo sucede en el caso *Vejdeland y otros contra Suecia* (Sentencia de 9 febrero 2012. TEDH 2012\11). La tesis defendida por el tribunal es que la sanción no vulnera la libertad de expresión, aunque tampoco se incita al odio o a la violencia, sino que se trata de una incitación a la discriminación por orientación sexual. Los hechos valorados como incitación a la discriminación consistieron en repartir en una escuela secundaria superior un centenar de panfletos dejándolos en o sobre

las taquillas de los alumnos. El contenido de los folletos aludía a que los profesores, pese a conocer que la homosexualidad tiene un efecto moral destructivo en la sociedad, la consideran como algo normal y positivo y, además ocultan que el HIV y el SIDA es consecuencia de su modo de vida promiscuo y que las organizaciones homosexuales están tratando de minimizar la importancia de la pedofilia. En esta ocasión, el TEDH expresa que las frases citadas, si bien no incitaban directamente a las personas a cometer actos de odio, sí son injurias, calumnias y estima que la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como la discriminación basada en la raza, origen o color.

De lo expuesto se deduce que las meras expresiones, discursos o informaciones de odio únicamente se castigan en la medida en que suponen una incitación a la discriminación o violencia, es decir, cuando engendran un peligro objetivo de realización de actos discriminatorios o violentos.

2. RELACIÓN DE CONDUCTAS SANCIONADAS EN EL ARTÍCULO 510 CP QUE NO RESPONDEN A LA TESIS SOBRE EL «DISCURSO DEL ODIO» SUSTENTADA POR EL TEDH

Si analizamos el artículo 510 desde la perspectiva de la noción defendida por el TEDH, esto es, que únicamente debe sancionarse la incitación directa a la violencia o a la discriminación, no serían ilícitos la mayoría de los comportamientos allí recogidos.

Para empezar, desde la versión citada del TEDH, carece de sentido la sanción de fomentar, promover, incitar directa e indirectamente al odio, hostilidad, o el fomentar, promover la discriminación o violencia. Su punición encarna el castigo de participaciones intentadas, actos preparatorios de actos preparatorios al odio, hostilidad y actos preparatorios odio y hostilidad. En definitiva, se convierte en un delito autónomo lo que no son más que actos preparatorios de sentimientos y otros actos de complicidad en sentimientos sin inicio de la tentativa que no llegan a la categoría de actos preparatorios. Estas conductas del apartado 1.º, a) del 510 pueden contribuir a crear situaciones, más o menos lejanas, de odio u hostilidad. Ahora bien, si es lógico sancionar la puesta en peligro abstracto de la igualdad (incitación directa a la discriminación) y de la seguridad de los grupos (incitación directa a la violencia), puesto que en ambas situaciones se genera el riesgo de lesión de los bienes jurídicos de determinados colectivos y lo que se pretende es preservar el derecho a no ser discriminado o sufrir violencia por móviles discriminatorios en una fase inmediatamente anterior al ejercicio efectivo de la discriminación o la práctica de la violencia. Sin embargo, el castigo del fomento, promoción, incitación directa o indirecta al odio u hostilidad no consigue el objetivo pretendido. No se protege la igualdad ni la seguridad de los grupos en la fase previa a la lesión, sino que representa simplemente la censura de opiniones, hechos, que podrían llegar a ser un germen de actos preparatorios relativos a la

discriminación o violencia por móviles discriminatorios. En realidad, se está sancionando la gestación de antipatía hacia determinados colectivos porque en un futuro, cercano o no, puede generar condiciones tendentes a la incitación de comportamientos discriminatorios o violentos por móviles discriminatorios. Cuando se sanciona como incitación al odio la emisión de opiniones que contienen cierta animadversión hacia determinado colectivo (que, en todo caso, podría afectar a la dignidad del grupo a través de ofensas injuriosas reguladas en el apartado a) del n.º 2 del 510), no se está sancionando la puesta en peligro de la igualdad o la seguridad del grupo sino el peligro de peligro abstracto para la igualdad y seguridad del grupo. Se está penando la presunta peligrosidad de ciertas expresiones o hechos que pueden llegar a ser asumidas por quienes, probablemente, puedan llegar a desencadenar una situación de riesgo para aquellos bienes, esto es, puedan potencialmente representar una puesta en peligro del derecho a no ser discriminado o de la seguridad de los grupos. En conclusión, si los bienes jurídicos protegidos en este precepto son la igualdad y seguridad de esos grupos, carece de sentido la criminalización de las conductas favorecedoras del odio u hostilidad.

Uno de los argumentos empleados por la Exposición de Motivos del Código actual para justificar la ampliación de la conducta típica del apartado a) del número 1 del artículo 510, es, por un lado la necesidad de transposición de la Decisión Marco, 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia (DM 2008), y también el hecho de tener que asumir la interpretación realizada por la STC 235/ 2007, de 7 de noviembre, en torno a la negación del genocidio. Sin embargo, tales explicaciones no son correctas.

En realidad, la letra a) del apartado 1.º del 510, no respeta la DM que sólo sanciona los supuestos de incitación pública al odio y violencia. Por tanto, lejos de asumir la idea de reducción de la conducta típica a la incitación directa a la discriminación o violencia, el castigo se extiende a otros actos que, sin llegar a la categoría de actos preparatorios, previos a los mismos, o participaciones intentadas, pueden fomentar, promover, o incitar indirectamente al odio. Bien es cierto que el artículo 2 de la DM de 2008 exige que cada Estado miembro castigue la participación (complicidad) en la incitación, apología, negación y trivialización flagrante y el acto preparatorio de actos preparatorio, es decir, la incitación a la apología, la negación o trivialización flagrante.

Pero, no sólo se aleja del contenido de la DM, tampoco respeta la línea emprendida por la STC 235/ 2007, de 7 de noviembre. El Tribunal admite la constitucionalidad de la incitación indirecta cuando la justificación o negación del delito genere o incremente el riesgo de lesión del bien jurídico, esto es, forje un peligro cierto de generar un clima de hostilidad que pueda desembocar en actos discriminatorios o violentos. Sin embargo, el CP vigente no respeta ese límite y, junto a los casos de incitación –directa e indirecta–, amplía la conducta típica a los supuestos de fomentar (sinónimo de promover), promover (impulsar el

desarrollo de una acción), que serían participaciones impunes en tentativas. Además, se incluye, junto a los términos, odio, violencia o discriminación, un nuevo concepto, «hostilidad», que tampoco exige la DM, interpretado como creación de un contexto de conductas abusivas o agresivas por un móvil discriminatorio.

Al no existir un único bien jurídico sino diversos caracterizados todos ellos por la existencia de un móvil discriminatorio: el derecho a no ser discriminado (igualdad) en los supuestos en los que se incita directamente a delitos discriminatorios; la seguridad, interpretada como peligro para la integridad física, en los casos de incitación directa a la violencia. En ambos casos estaríamos ante un delito de peligro abstracto que no precisa de un resultado de puesta en peligro, no es necesario que la incitación a la discriminación o violencia exija la proximidad de la lesión del bien jurídico igualdad o seguridad del grupo, basta con la peligrosidad de la conducta que se mide *ex ante* en el instante en el que se lleva a cabo la incitación directa. Por el contrario, en los casos de incitación indirecta no existe siquiera un peligro abstracto para la igualdad o seguridad de los grupos sino el peligro de un hipotético peligro, al igual que ocurre con los supuestos de promoción o favorecimiento de sentimientos o de actos discriminatorios o violentos que no sean participaciones delictivas sino meros actos de colaboración en tentativas.

En cuanto al apartado 1.º, b) del 510, se sancionan conductas que contienen un menor desvalor y que no responden al criterio exigido por el TEDH. De hecho, se equipara la creación de un peligro abstracto para la igualdad o seguridad de los grupos con la capacidad potencial para poner en peligro abstracto tales bienes jurídicos. En el 1, b) no se trata de actuaciones que fomentan, promueven, incitan directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra determinados grupos sino que lo que se sanciona es la idoneidad del contenido de los escritos materiales o soportes para el fomento, promoción, incitación directa e indirecta... Al igual que ocurría con el 510,1.º a), que sanciona uniformemente modalidades de comportamiento que responden a naturalezas jurídicas desiguales: los supuestos de incitación directa e indirecta y otras conductas favorecedoras, en el 510, 1.º, b), se castigan con la misma pena conductas diferentes: de una parte, los casos en los que la producción, elaboración..., de escritos y otros... es idónea para lograr un acto preparatorio con capacidad objetiva *ex ante* para generar directamente el riesgo de efectiva lesión del derecho a no ser discriminado o la seguridad. De otra parte, la producción..., de escritos y otros, idóneos para generar una participación con capacidad objetiva *ex ante* para incrementar el riesgo de lesión del bien jurídico mencionado. Entre esos comportamientos, carece de sentido sancionar la posesión con la finalidad de distribución pues no hay riesgo de lesión o peligro para el bien jurídico.

Sólo tendría sentido aplicar la misma sanción si, eludiendo el principio de legalidad, se interpreta que el apartado 1.º, b) del 510, es una modalidad expresa y concreta del 1.º, a). Puede acreditar esta tesis el que sea, en parte, una transposición de la letra b, del apartado 1.º, del artículo 1 de la DM 2008, referente a «la comisión

de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales». Digo en parte porque no respeta lo ordenado en la DM que sólo recomienda la sanción de los supuestos de difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales que inciten públicamente al odio o violencia, esto es conductas provocadoras, no de mero favorecimiento. Sin embargo, el vigente 510 extiende la aplicación del tipo a otros supuestos diferentes a los de difusión y reparto, aunque la finalidad no sea sólo incitar directa e indirectamente. Nuevamente, se va más allá de lo recomendado por la DM que no sanciona los actos de promoción, fomento e incitación indirecta ni los supuestos de producción, elaboración o los de difusión o reparto que no suponen una incitación directa.

De sostenerse que las figuras del 510, 1.º, b), están contenidas en la letra a), del n.º 1 del 510, sería una previsión superflua ya que este último apartado describe conductas, engloba todos los comportamientos de editores, libreros, que tengan escritos... que inciten directamente y también la de aquellos soportes o materiales que tengan la capacidad de incrementar el riesgo de lesión del bien jurídico. Pudiendo interpretarse, por tanto, que el apartado b), del n.º 1 del 510, sólo especifica algunos de los medios a través de los que se puede llegar a realizar el apartado a).

En cualquier caso, sea cual sea la interpretación adoptada, los comportamientos del editor, librero, el director de la publicación que difunde los comentarios a favor de actividades discriminatorias efectuadas por un tercero, o que publica libros, revistas, artículos, etc., que recojan alabanzas, ideas y opiniones favorables hacia tales conductas discriminatorias, pueden ser sancionados a través del 510, 1.º b). Ya no se exige el criterio de la identificación expresa con el mensaje contenido en el escrito, el delito se consuma con la mera posesión para difundir o la difusión misma de esas ideas, siempre que el escrito o mensaje sea idóneo para contribuir a participaciones intentadas u actos preparatorios con capacidad objetiva *ex ante* para lesionar los diferentes bienes jurídicos mencionados.

De este modo, se castiga la conducta que se limita a reproducir o publicar en un medio de difusión un escrito con vocación discriminadora, aunque no haya adhesión o no se asuma su contenido. La simple publicación del mensaje lesiona el bien jurídico protegido (el peligro del peligro potencial de lesión de la igualdad y la seguridad), reitero, aunque el director, librero, editor, productor, no comparta lo expuesto en el texto. En definitiva, es la sanción de actos preparatorios de los actos preparatorios discriminatorios, conductas relacionadas con textos que poseen capacidad objetiva *ex ante* para incrementar un contexto de hostilidad que puede llegar a convertirse en actos violentos o discriminatorios. Muy lejos queda la tesis del TEDH consistente en perseguir conductas que inciten directamente a la violencia o discriminación. En esa dirección, contraria al criterio del TEDH, tras la derogación del artículo 607.2 se han trasladado al artículo 510, 1.ºc) los supuestos de negación, trivialización o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra personas y bienes protegidos en casos de conflicto

armado, que inciten *indirectamente* (pongan en peligro cierto de crear un clima de hostilidad que pueda culminar en actos violentos o discriminatorios), esto es genere o incremente el riesgo de lesión del valor tutelado) a la violencia, discriminación, odio y hostilidad.

El 510, 1.º, c), hace desaparecer la mención a la apología, incumpliendo el mandato de la DM, y en su lugar castiga el enaltecimiento del delito o de los autores (resulta curioso que emplee el término enaltecimiento tanto para los autores como para el delito cuando en realidad debería hablarse de enaltecimiento del autor y justificación de los delitos (genocidio, lesa humanidad, contra las personas y bienes protegidos en casos de conflicto armado). Conjuntamente, el enaltecimiento se convierte en un tipo autónomo sin los requisitos propios de la apología como modalidad de incitación directa, y se sanciona el resto de figuras contenidas en el Anteproyecto. Esto es, la negación y la trivialización grave (por cierto, la DM no habla de trivialización grave sino «flagrante»), esto es, restar importancia o menospreciar los delitos, satisfaciendo aparentemente la consigna de la DM. Digo en apariencia porque como la DM establece (artículo 1, apartado 1, c) y d), no basta con negar, trivializar esos determinados delitos, sino que se reclama una *incitación* a la violencia o al odio mientras que el actual 510 1, c), únicamente exige la existencia del germen previo a una incitación indirecta: «cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

Por otra parte, la desaparición de la apología como una de las conductas sancionadas puede obedecer a varias razones: la primera es que tal comportamiento está previsto como delito contra la comunidad internacional en el art. 615 (acto preparatorio de esos delitos). En segundo lugar, en la apología el autor debe poseer un ánimo de incitar a la comisión del delito que alaba, no es suficiente con la presencia del elogio, es necesario que concurra un elemento subjetivo: el ánimo de incitar que sería incompatible con el hecho de promover o favorecer el «clima».

En conclusión, son tres las conductas sancionadas en el 510, 1.º, c): la negación (tras la supresión mencionada del apartado segundo del artículo 607), la trivialización grave y el enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado o de sus autores, cuando se realicen públicamente y puedan llegar a generar un estadio previo de hostilidad, odio... que puede llegar a favorecer la comisión de delitos discriminatorios, violentos o de odio.

Es cierto que la DM sanciona alguno de los comportamientos recogidos en este apartado del 510 (negar, trivializar) pero exige obligatoriamente una incitación directa (apología pública) o indirecta (negación, enaltecimiento) «cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio...», mientras que el 510 vigente no habla de incitación sino de actos previos a la incitación, esto es, comportamientos que promuevan o favorezcan un clima de hostilidad, violencia, etc. De ello se desprende que no es necesario que se cree el designio delictivo ni que se

genere un peligro cierto de lesión del bien jurídico, es suficiente con actos de negación, de trivialización o enaltecimiento que hipotéticamente puedan favorecer en un futuro la creación de un ambiente hostil, discriminatorio o violento hacia determinados colectivos. Ahora bien, si es delito la negación o ensalzamiento que promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos, tal previsión era innecesaria al estar conductas recogidas en el apartado 1.º, a) del art. 510.

Como se ve, el 510, 1.º c) se distancia tanto de la posición del TEDH de la STC 235/2007 y de la propia DM, al sancionar el ámbito de preparación de esas conductas. Resulta incomprensible cómo mediante la pública negación, trivialización, aunque sea grave, o el enaltecimiento pueden ponerse el peligro los bienes jurídicos protegidos (igualdad o seguridad de los diversos colectivos discriminados). En realidad, no existe ningún peligro para los valores tutelados y sí un ataque permanente a la libertad de expresión.

De otro lado, el artículo 510, 2.º a), *in fine*, también elude los requisitos requeridos por el TEDH. Es un delito de peligro abstracto similar al artículo 510,1.º b). La única diferencia, además de la sanción, es que el 510,2, a) *in fine*, no defiende, como aquél, la igualdad y seguridad del grupo o persona integrada en determinados colectivos sino la dignidad y la igualdad frente al peligro de lesión. En resumen, se sanciona con la misma pena la lesión de la dignidad y su puesta en peligro, lo que resulta absolutamente desproporcionado.

Finalmente, el artículo 510, 2.º b) es una figura que tampoco respeta la tesis del TEDH, y que, además, no aparece expresamente en la DM de 2008, que recomienda únicamente la persecución de supuestos de apología directa, negación o trivialización flagrante de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra de los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la CP internacional., cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo más la apología pública, negación o trivialización flagrante de los delitos definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (crímenes contra la paz, de guerra, contra la humanidad) adjunto al acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945... cuando puedan incitar a la violencia o al odio... Sin embargo, ahora se sanciona el enaltecimiento o justificación pública de delitos discriminatorios sin respetar la jurisprudencia del TEDH, el contenido de la DM y sin requerir el elemento adicional exigido por la STC 235/ 2007, la presencia de una incitación indirecta. Por el contrario, la reclamación de una incitación indirecta aparece exclusivamente como una agravante de la conducta que eleva la pena entre 1 y 4 años de prisión y multa de 6 a 12 meses emparejándola así con la sanción del 510, 1.º.

Al equiparar el enaltecimiento de los autores de los delitos discriminatorios y la justificación de esos delitos con el enaltecimiento y justificación de los delitos de terrorismo, se genera una modalidad *sui generis* de apología, que no requiere la concurrencia de la lesión, puesta en peligro, o el peligro del peligro para los

valores de igualdad, dignidad o seguridad. En resumen, basta con enaltecer al autor o justificar el delito sin necesidad de demostrar que tales conductas tienen la capacidad de generar *ex ante* un clima de hostilidad, odio, violencia o discriminación hacia determinados colectivos.

Como ha quedado demostrado el castigo de estas conductas no es una exigencia del TEDH ni de la DM, que sólo habla de apología pública (incitación directa) respecto a determinados delitos, siempre que tengan capacidad para crear el clima de hostilidad. Por tanto, lo que hace el 510 es convertir en tipo autónomo el enaltecimiento o justificación sin exigir un elemento subjetivo respecto a los delitos discriminatorios, sin demandar la creación del clima de hostilidad, adoptando la excepcionalidad propia del Derecho penal de autor de los artículos 578 y 579 del CP.

3. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 578 SEGÚN LA LEGISLACIÓN EUROPEA Y LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL TEDH

La sanción penal de la justificación de delitos terroristas o el enaltecimiento de sus autores que no genera un riesgo objetivo de peligro real para la integridad física de las personas es contraria a la tesis defendida por el TEDH. Cualquier otra versión del artículo 578 supondría una vulneración de los criterios legales y jurisprudenciales del ordenamiento europeo, pues se estaría condenando en supuestos en los que no se produce, al menos, una afección indirecta de bienes jurídicos, riesgos personales de terceros o transgresión del ordenamiento constitucional. Hay que recordar que el artículo 5.1 del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, 16 de mayo de 2005, bajo la rúbrica «provocación pública para cometer delitos terroristas», establece que «a los efectos del presente Convenio, se entenderá por “provocación pública para cometer delitos terroristas”, la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando ese comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos». Por su parte, en el marco de la Unión Europea, la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, indica que se entenderá por «“provocación a la comisión de un delito de terrorismo”, la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos enumerados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), cuando dicha conducta, independientemente de que promueva o no directamente la comisión de delitos de terrorismo, conlleve el riesgo de comisión de uno o algunos de dichos delitos». Recientemente, la Directiva (UE) 2017/541, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, ha exigido como requisito esencial en los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo (la apología, la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes)

que exista un riesgo real y objetivo de que puedan cometerse actos terroristas. La concreción del peligro va a depender de diversos factores: características del autor, los destinatarios del mensaje, y el contexto en el que se haya cometido el acto. De ese modo, el artículo 5, prevé la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionalmente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos». A su vez, el artículo 14 sanciona la complicidad, la inducción y la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos.

Esta legislación europea edifica los delitos de enaltecimiento del terrorismo sobre la base de los delitos de aptitud o idoneidad que no son clásicos delitos de peligro abstracto sino de peligro concreto para determinados bienes jurídicos. Ese parece también el rumbo que adopta el Tribunal constitucional al demandar la necesidad de probar un riesgo objetivo para bienes personales en cada supuesto de justificación delictiva del terrorismo (Sentencia n.º 112/2016, de Tribunal Constitucional, 20 de junio de 2016). Sin embargo, lo que parece evidente como exposición teórica del Tribunal constitucional, no lo es tanto en el momento de interpretar los hechos. Así, se es incoherente con la propia fundamentación teórica al sancionar comportamientos que entran de lleno en el ámbito de la libertad de expresión. Si se sustenta que en estos delitos es imprescindible la creación de una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades, como condición para justificar la injerencia en la libertad de expresión en una sociedad democrática. Si se insiste en que sólo es punible como manifestación del discurso del odio cuando se propicia o alienta, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para aquéllos valores, cómo puede interpretarse como enaltecimiento, qué incitación directa o indirecta se percibe en la frase pronunciada en el homenaje a Argala: «La lucha armada es imprescindible para avanzar, no gusta a nadie, es desagradable, se va a la cárcel, se es torturado, se puede morir, pero es imprescindible para avanzar».

Si se evalúa al autor de la citada frase, las personas a las que iba destinadas y el contexto en el que se desarrolló, puede concluirse que la citada locución no generaba ni incrementaba la situación de riesgo concreto para personas, derechos o el propio sistema de libertades. Sin embargo, el Tribunal defiende que: «acciones como las que nos ocupan crean un determinado caldo de cultivo, una atmósfera o ambiente social proclive a acciones terroristas, antesala del delito mismo, singularmente si se tienen en cuenta las circunstancias en las que cursaron los hechos:

fue un acto público, previamente publicitado mediante carteles pegados en las calles, en un contexto en el que la actividad terrorista seguía siendo un importante problema social. Por consiguiente, es incuestionable que, para un espectador objetivo, la conducta del recurrente era idónea para contribuir a perpetuar una situación de violencia».

Pese a lo expuesto por el Tribunal, el discurso pronunciado en el homenaje a Argala no responde a la naturaleza jurídica de un delito de aptitud abstracta, no se aprecia indicio alguno de incitación directa o indirecta a la violencia o cualquier otro delito, por el contrario, se está en el ámbito, no sobrepasado, de la libertad de expresión. En esta dirección, igualmente se expresa el voto particular que formula Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2514-2012. Como confirma este Magistrado: «en el ejercicio de la libertad de expresión en este tipo de conductas queda estrictamente vinculada a que se acredite que supone una incitación, aunque sea indirecta, a la comisión de ilícitos penales, poniendo en riesgo los derechos de terceros o el propio orden constitucional..., lo que no concurre en los hechos analizados».

Para finalizar, aún queda una duda por resolver: ¿siguen las más recientes sentencias de los Tribunales españoles las líneas teóricas marcadas por el TEDH, la Directiva de 2017 o la STC 112/ 2016? Una primera conclusión es que en una mayoría de supuestos sólo se sanciona cuando se demuestra la existencia de un peligro concreto para determinados bienes jurídicos. De ese modo, la STS Sentencia núm. 52/2018 de 31 enero, (RJ 2018\719)², no condena, al interpretar que los mensajes no enaltecen ni justifican porque no incitan o alientan ni instigan a la violencia terrorista, ni siquiera de forma indirecta, ni generan un peligro o riesgo de comisión de actos violentos, ni tampoco incrementan el que pudiera existir. Son expresión de opiniones o deseos, actos de comunicación no seguidos de incitación a la acción, porque no contienen llamamiento a la violencia terrorista ni han generado riesgo alguno para las personas, ni los derechos de terceros ni para el orden jurídico. La mejor demostración de la ausencia de riesgo alguno es que los tuits solo fueron detectados cuando los investigadores policiales realizaron prospecciones en la red social, que se convirtieron en destinatarios de los mensajes. Por lo tanto, no habían tenido impacto alguno en la opinión pública». Igualmente, la Sentencia de Audiencia Nacional de Sentencia núm. 6/2018

² Los mensajes analizados fueron, entre otros: «Con motivo del aniversario de la ejecución el 27.9.1975 de los señores Jesús Ángel y Diego, condenados a pena de muerte por tribunales militares en procedimiento sumarísimo de Consejo de guerra, el 27.9.2015 tuiteé «40 años sin Jesús Ángel “Culebras” y Diego. Siempre os recordaremos con orgullo. #GUDARIEGUNA». Debajo insertó la imagen de un cartel donde aparecían las fotos del rostro de las dos personas fusiladas, siluetas en negro de cuatro soldados con fusiles, bandera y estrella de cinco puntas y la leyenda Gudari Eguna. «Tras conocer que el Ayuntamiento de Madrid homenajeará de nuevo a Ildefonso, sólo puedo decir una cosa: ESKERRIK ASKO ARGALA!»; «No entiendo por qué la placa a Ildefonso no se la ponen los productores de cava. El día que ETA lo hizo volar, se descorcharon muchas botellas!».

de 1 marzo. JUR 2018\59074³, siguiendo la tesis de la STC 112/2016, estima que los tuits expresados por la acusada, no han generado ni son potencialmente actos para que incremente mínimamente el peligro de comisión de delitos terroristas... son expresión de opiniones o deseos, actos de comunicación no seguidos de incitación a la acción, porque no contienen llamamiento a la violencia terrorista ni han generado riesgo alguno para las personas, ni los derechos de terceros ni para el orden jurídico. Tesis también defendida por la STS núm. 334/2018, de 4 junio (RJ 2018\2804). Finalmente, la SAN núm. 11/2018, de 15 marzo (JUR 2018\82215), respecto a la frase: «Qué tiro en la nuca tienes, cabrón», y otras expresiones, sustenta que no hay incitación, «si quiera indirecta, al odio, a la violencia o al terrorismo, ni como discurso, ni por medio de ninguna de las expresiones o mensajes individualmente considerados sueltas; sin que impliquen en absoluto un riesgo, o un incremento de él, si quiera genérico, de comisión de posibles delitos, y menos de carácter terrorista».

Esta sentencia fue recurrida y la Sala de Apelación en Sentencia de la Audiencia Nacional n.º 4/2018 de 10 julio (ARP\2018\1479), estimó, por el contrario, que sí concurría el delito de enaltecimiento, pese a reconocer que el artículo 578 requiere algún tipo de incitación, aunque fuere indirecta y la valoración del riesgo de que puedan cometerse actos terroristas.

En realidad, en esta sentencia se lleva a cabo una interpretación de los delitos de aptitud abstracta, de los delitos de idoneidad, que no se corresponde con su verdadera naturaleza jurídica. No sólo hay que demostrar la justificación de los delitos de terrorismo, sino que los mensajes de apoyo implican necesariamente la generación o incremento del riesgo de lesión de bienes jurídicos personales. No puede identificarse la formulación de un mensaje de aliento a los terroristas o sus delitos con un delito de idoneidad. No puede confundirse esta modalidad de delitos con los de riesgo abstracto en los que el mensaje en sí mismo es potencialmente peligroso para el bien tutelado. Por el contrario, en cada supuesto hay que motivar que, por las características del autor, los destinatarios y el lugar en que se produce, existe, por lo menos, un riesgo objetivo de producción del resultado lesivo de bienes jurídicos concretos⁴.

³ Las expresiones, entre otras, que se valoran en esta sentencia son las siguientes: «Rey muerto, abono para el huerto»; «Gora ETA»; «Los que decís NO a Isidoro tengo que deciros una cosita: «Euskadi Ta Askatasuna y la lucha sigue» y «Cuando vaya a votar preguntaré por la papeleta de los Grapo»; «Una bomba para estos no es una amenaza, es que se merecen al cielo»; «Soy de El Grapo, puta España».

⁴ Según la Sala de Apelación de la Audiencia, «en el presente caso los mensajes del acusado rezuman un discurso de aniquilación del adversario ideológico en un marco de clara hostilidad y deseo de violencia, incardinado en un típico discurso de odio, en el que se propone el terrorismo por un lado como solución y por otro lado se justifican actos tales como los atentados de 11 de septiembre en Nueva York. Por otro lado, en cuanto al riesgo abstracto ínsito en el tipo, la literalidad, la reiteración y la claridad de las expresiones determina este alto grado de peligrosidad intrínseca a este tipo de mensajes, suponiendo una incitación indirecta a la comisión de hechos de naturaleza terrorista.

De forma similar, varias sentencias condenan sin requerir la presencia de un peligro concreto para los bienes jurídicos. Es el caso de la SAN, n.º 3/2018, 2 de marzo de 2018 (ARP 2018\152)⁵, que condena con el argumento de que hay «perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos. Así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal (...)». Del mismo modo, la STS n.º 79/2018 de 15 febrero, condena como enaltecimiento algunas referencias sobre las supuestas actividades ilegales y delictivas del Rey emérito⁶.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, R.: «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-2-2012.
- ALCÁCER GUIRAO, R.: «Cocinar Cristos y quemar coranes», *Identidad religiosa y Derecho Penal, Jueces para la Democracia*, n.º 90, diciembre 2017.
- BERNAL DEL CASTILLO, J.: *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1998.
- BERNAL DEL CASTILLO, J.: «Protección penal de minorías en países multiculturales: Estudio comparado de la incitación al racismo, violencia y odio en Israel y España», en

Podemos concluir que este riesgo abstracto en la forma que hemos determinado con anterioridad esta ínsito en las declaraciones públicas del acusado a través de los mensajes, siendo aptos o idóneos para desplegar una actividad suponiendo un caso claro de incentivo indirecto al lector potencial a apreciar de manera positiva la realización de un acto criminal».

⁵ Se analizan los siguientes mensajes: «¿50 policías heridos? Estos mercenarios de mierda se muerden la lengua pegando hostias y dicen que están heridos»; «orgulloso de quienes respondieron a las agresiones de la policía». «Ahora van de llorones los antidisturbios cuando han golpeado y torturado siempre a miles y miles de personas, han desahuciado a porrazos, etc.»; «La policía asesina a 15 inmigrantes y son santitos. El pueblo se defiende de su brutalidad y somos «violentos terroristas, chusma»; «Pretenden ocultar que muchas personas han salido hoy a exigir el fin de la monarquía fascista y golpean hasta a periodistas»; «Policía Nazi-onal torturando hasta delante de las cámaras»; «¿Matas a un policía? Te buscan hasta debajo de las piedras. ¿Asesina la policía? Ni se investiga bien».

⁶ Expresiones como: «para hacer de diana utilizaba a su hermano», ciertas descalificaciones personales sobre su vida privada o la atribución de negocios irregulares. El Tribunal considera que «la pluralidad de mensajes contenidos en las canciones publicadas en Internet y con acceso abierto por el acusado tienen un indudable carácter laudatorio de las organizaciones terroristas GRAPO y ETA y de sus miembros, el cual va más allá de la expresión de coincidencia con objetivos políticos, solidaridad con los presos o camaradería nacida de vínculos ideológicos y que comporta una alabanza, no ya de los objetivos políticos sino de los medios violentos empleados por la citadas organizaciones terroristas y por sus miembros y contienen una incitación a su reiteración. Los referidos contenidos no quedan amparados por la libertad de expresión o difusión de opiniones invocada por el acusado y su defensa».

- Delito y minorías en países multiculturales. Estudios jurídicos y criminológicos comparado*, Atelier, Barcelona, 2014.
- CANCIO MELIÁ, M.: *Comentarios al Código Penal*, Dir. RODRIGUEZ MOURULLO, Civitas, Madrid, 1997.
- CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M., (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial. Tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 2004
- CARBONELL MATEU, JC., GONZÁLEZ CUSSAC, JL., VIVES ANTÓN, T., MARTÍNEZ BUJÁN, C.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- CUERDA ARNAU, ML.: «Terrorismo y libertades políticas», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico. El Estado de Derecho frente a la amenaza del nuevo terrorismo* 3/2008.
- CUERDA ARNAU, ML.: «Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología», *Boletín de Información, Ministerio de Justicia e Interior*, n.º 1757, 5 de octubre de 1995.
- FUENTES OSORIO, JL.: *La preparación delictiva*, Comares, Granada, 2006;
- FUENTES OSORIO, JL.: «El odio como delito», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19, 2017.
- FUENTES OSORIO, JL.: «Concepto de “odio” y sus consecuencias penales», en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P.: *El derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- GARROCHO SALCEDO, A./PORTILLA CONTRERAS, G.: «Delitos de incitación al odio, hostilidad, la discriminación o la violencia», en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: «Discurso del odio y principio del hecho», en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO (Dirs.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- LAMARCA PÉREZ, C.: *Delitos y Faltas. La Parte Especial del Derecho Penal*, Colex, Madrid, 2013.
- LANDA GOROSTIZA, JM.: *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al «delito de provocación» del artículo 510 del Código penal*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1999, Bilbao
- LANDA GOROSTIZA, JM.: «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege data», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 7, enero 2012.
- LAURENZO COPELLO, P.: «La discriminación en el código penal de 1995», *Estudios penales y Criminológicos*, t. XIX, 1996.
- LAURENZO COPELLO, P.: «Racismo y xenofobia», en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996.
- MIRA BENAVENT, J.: «El caso del diario Egin: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986», *ADPCP*, 1987.

- MIRÓ LLINARES, F. «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en internet», *Revista de Internet, derecho y política*, n.º 22, junio 2016.
- MIRÓ LLINARES, F. (dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- MIRÓ LLINARES, F.: «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- RAMOS VÁZQUEZ, JA.: «Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 2008.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S.: «Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio», en *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: «La tutela penal del derecho a no ser discriminado (análisis de los artículos 511 y 512 del Código Penal)», Bomarzo, Alicante, 2007.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: *Comentarios al Código Penal*, ARROYO ZAPATERO y AAVV, Iustel, Madrid, 2007.
- DEL ROSAL BLASCO, B.: «Delitos Contra la Constitución. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Dykinson, Madrid, 2005.
- TAPIA BALLESTEROS, P.: *Comentarios al Código Penal*, Dir, GÓMEZ TOMILLO. Lex Nova, Valladolid, 2010.

TERRORISMO: UN NUEVO ENFOQUE POLÍTICO CRIMINAL EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA. *La incidencia de la directiva de 15 de marzo de 2017 de nuevas medidas en la lucha contra el terrorismo*¹

SILVIA MENDOZA CALDERÓN²

Profesora Titular Acreditada de Derecho penal.

Profesora Contratada Doctora de la Universidad Pablo de Olavide (España)

I. INTRODUCCIÓN

EL TERRORISMO SIGUE SIENDO UNA CONSTANTE PREOCUPACIÓN a nivel internacional. En el Informe de la **Conferencia de Alto Nivel de Naciones Unidas sobre el Terrorismo** celebrada el 28 de junio de 2018, se marcaron como líneas principales de actuación la necesidad de afianzar la cooperación internacional para lograr una lucha eficaz contra el terrorismo; abordar la problemática de los combatientes extranjeros; y sobre todo prevenir radicalización terrorista, principalmente a través de Internet.

El 8 de septiembre de 2006, la Asamblea General de Naciones Unidas habría aprobado la **Estrategia Global contra el Terrorismo**³ como un instrumento

¹ Cfr. nota 13 del presente estudio.

² Profesora Titular Acreditada de Derecho penal. Contratada Doctora en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla (España). Este trabajo se inserta dentro del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad, «*El terrorismo en la actualidad. Un nuevo enfoque político criminal*», Referencia DER2015-64983-R, de la Universidad de Salamanca, cuya Investigadora Principal es Dña. Ana Isabel Pérez Cepeda.

³ Cfr. <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/un-global-counter-terrorism-strategy>, consultada en marzo 2017.

único para intensificar las iniciativas nacionales, regionales e internacionales de lucha contra el terrorismo. Mediante su adopción, por primera vez, todos los Estados Miembros habrían acordado un enfoque común estratégico y operativo para luchar contra este fenómeno, enviando un mensaje claro de que el terrorismo se considera inaceptable en todas sus formas y manifestaciones, acometiéndose prácticas a nivel individual y colectivo para prevenirlo y combatirlo. En julio de 2016 se habría procedido a su quinta revisión⁴.

Desgraciadamente, como se ha puesto de relieve tras los atentados terroristas sufridos en Europa durante la última década, las directrices estratégicas del terrorismo (sobre todo el denominado terrorismo islámico) habrían cambiado. Desde los atentados del 11 de septiembre en Estados Unidos se evidenció una red de organizaciones y células terroristas transnacionales dirigidas a subvertir el orden internacional mediante actos de una violencia extrema y repercusión mediática global. Se habría producido una autentica materialización de la inseguridad globalizada, bajo el fenómeno del terrorismo transnacional⁵. El terrorismo yihadista respondería a la supuesta existencia de una guerra asimétrica y global emprendida por sus integrantes y partidarios contra los países que consideran contrarios o enemigos de su «pueblo» o comunidad religiosa y de los valores que los caracterizan con un marcado carácter supra- o transnacional, y no exclusivamente político, sino dotado de un fuerte fundamento y discurso ideológico-religioso, que se habría demostrado como tremendamente atractivo para determinadas capas de las sociedades actuales⁶. Según los especialistas, la amenaza principal actual no provendría de células cuidadosamente organizadas que actuarían siguiendo planes, instrucciones y órdenes de una jerarquía, sino que las acciones de las células independientes o semiindependientes y de los denominados «lobos solitarios» se habrían transformado en la principal preocupación de las fuerzas de seguridad europeas⁷.

⁴ El 2 de febrero de 2017, se realiza el Cuarto Informe del Secretario General sobre la amenaza que plantea el EIIL (Daesh) para la paz y la seguridad internacionales y la gama de actividades que realizan las naciones unidas en apoyo de los Estados miembros para combatir la amenaza. Cfr. <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/un-global-counter-terrorism-strategy>, consultada febrero 2019.

⁵ PÉREZ CEPEDA, A.I.: *El pacto antiyihadista. Criminalización de la radicalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 27.

⁶ GALÁN MUÑOZ, A.: «¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015», *Revista De Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 15 (enero de 2016), pp. 101 ss.

⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.F.: «La amenaza terrorista en la Unión Europea: reacción legislativa común y estatal», *Revista Aequitas*, Volumen 2, pp. 113-153. ALONSO MARCOS, A.: «Terrorismo, Yihadismo y Crimen Organizado en la Estrategia Global de Seguridad de la Unión Europea», *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, n.º 42, Octubre, 2016, pp. 2 ss. Desde este punto de vista, el Estado Islámico seguiría tanto tácticas militares en el campo de batalla (Irak y Siria, aunque también en Libia) como tácticas de guerrilla (golpear y esconderse). En Europa se habrían puesto en marcha tácticas suicidas, y en varios ataques yihadistas, después de perpetrar el ataque los terroristas

Según indica la prensa⁸, el fenómeno de la radicalización yihadista en Europa Occidental tendría la peculiaridad común de que en vez de afectar en un modo uniforme a las respectivas poblaciones musulmanas, incidiendo sobre ellas de manera proporcional al tamaño y la distribución territorial de las mismas, teniendo lugar en bolsas dentro de determinadas áreas geográficas. En España, el 78% de los 178 individuos con actitudes y creencias propias del salafismo yihadista detenidos en nuestro país de 2013 a 2016 por actividades de terrorismo, se habrían radicalizado según estas informaciones en tan sólo cuatro demarcaciones administrativas: Barcelona, la ciudad autónoma de Ceuta, Madrid y, finalmente, Melilla.

El *TE-SAT 2016 (European Union Terrorism Situation and Trend Report)*, que relata la colaboración entre Europol y los Estados miembros de la Unión Europea, destaca que en durante el año 2015, 151 personas murieron y más de 360 personas resultaron heridas como consecuencia de ataques terroristas en la Unión Europea. Se indica que se habrían detenido a 1077 personas por delitos relacionados con el terrorismo y habrían concluido procesos contra 514 personas por este motivo.

Según el Eurobarómetro de 2015, el terrorismo sería la principal preocupación para el 17% de los europeos, un 6% más con respecto al Eurobarómetro anterior⁹. Igualmente, en los datos recogidos en el Eurobarómetro 2016, la lucha contra la financiación de los grupos terroristas sería la medida más nombrada en Chipre (53%), España (51%), Finlandia (50%), Francia (46%), Eslovenia (43%) y Croacia (36%), mientras que la lucha contra las causas del terrorismo y la radicalización sería la medida más nombrada en Suecia (56%), Alemania y Reino Unido (ambos con un 48%), Bélgica (47%), Malta (41%) e Irlanda (40%)¹⁰.

Desde esta perspectiva, se habría hecho hincapié en que la radicalización violenta predispondría a la militancia terrorista, aunque no siempre desembocaría en ella, por ello, se habría insistido en que habría que prevenir la radicalización como medio insoslayable en el diseño de una estrategia antiterrorista eficaz, orientada a largo plazo¹¹.

no habrían huído sino que se habrían mantenido en el lugar de los hechos, esperando a la policía o a las cámaras, como sucedió en el atentado de Woolwich y en el de Rouen. Cfr. Igualmente, EL PAÍS, en sus ediciones de 23 de marzo de 2016 (atentados en metro y aeropuerto de Bruselas), 15 de julio de 2016 (atentado en Niza), 20 de diciembre de 2016 (atentado en Berlín) y EL PAÍS, en su edición de 25 de mayo de 2017 (atentado en Manchester).

⁸ Cfr. EL PAÍS, Opinión, en su edición de 6 de agosto de 2017.

⁹ ALONSO MARCOS, A.: «Terrorismo, Yihadismo y Crimen Organizado en la Estrategia Global de Seguridad de la Unión Europea», *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, n.º 42, Octubre, 2016, pp. 2 ss.

¹⁰ Cfr. Eurobarómetro 2016, doi 10.2861/561172 QA-02-16-466-ES-N.

¹¹ JORDAN, J.: «Políticas de prevención de radicalización violenta en Europa: elementos de interés para España», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología, RECPC* 11-05 (2009), pp. 3 ss. Cfr. pp. 21 ss., donde se indica que los movimientos islamistas pretenden islamizar el estado

En el presente estudio se realizará un examen de la evolución de las medidas previstas en el entorno europeo para combatir dicho fenómeno, sobre todo, la aprobación de la *Directiva de 15 de marzo de 2017*, de nuevas medidas en la lucha contra el terrorismo en la Unión Europea. En este sentido se intentará aportar asimismo un análisis desde la perspectiva de *lege ferenda*, partiendo principalmente de la importancia de distinguir los conceptos de radicalización y terrorismo, así como deslindar las formas de «**integración**» y «**colaboración**» con **organización o grupo terrorista**, y su distinción entre los conceptos de «**captación**», «**adocctrinamiento**» y «**enaltecimiento**» del terrorismo¹², en la defensa de una concepción en el ámbito europeo del terrorismo internacional centrada en el respeto de principios tan esenciales para el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, como serían el de lesividad y el principio de intervención mínima o *ultima ratio* penal¹³.

II. LAS PRINCIPALES INICIATIVAS A NIVEL EUROPEO EN MATERIA ANTITERRORISTA: CONSEJO DE EUROPA Y UNIÓN EUROPEA (1977-2018)

El primer tratado europeo específicamente antiterrorista fue el *Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 1977*. Sin embargo, los atentados terroristas del 11 de septiembre del 2001, en Estados Unidos, implicaron el nacimiento de nuevos textos internacionales a nivel europeo para luchar contra estas graves formas de criminalidad¹⁴.

en los países de mayoría musulmana y su reconocimiento de la democracia, del pluralismo, de los derechos de las minorías y de la mujer es en ocasiones dudoso. Por su parte, los salafistas, promueven una interpretación del Islam que, dependiendo de la corriente, posee elementos intolerantes contra los no musulmanes. Cfr. asimismo, DIAZ MATEY, G; RODRIGUEZ BLANCO, P.: «La Unión Europea y el terrorismo islamista», *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, n.º 39, Octubre, 2015, p. 180, donde recalcan que la falta de integración o el fracaso del multiculturalismo no son las únicas fuentes vías de radicalización en los últimos años en Europa, sino que las prisiones serían otro de los principales focos de radicalización o la ayuda de Internet al poner a disposición de personas con inquietudes radicales, propaganda, entrenamiento y planeamiento operacional.

¹² Cfr. Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 24 de septiembre de 2014, (Resolución 2178 (2014), Sesión 7272ª.

¹³ Asimismo, se procederá a incluir al respecto como Anexo una Propuesta de Directiva, realizada en el marco del análisis y la línea político criminal sostenida en el Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad, «*El terrorismo en la actualidad. Un nuevo enfoque político criminal*», Referencia DER2015-64983-R, de la Universidad de Salamanca, cuya investigadora principal es la Profª. Dra. Ana Pérez Cepeda, acorde con la necesidad de delimitación del concepto de terrorismo desde un punto de vista internacional, respetuoso con el principio de lesividad penal.

¹⁴ En materia de regulación europea en el contexto del espacio europeo de seguridad, libertad y justicia, cfr. VERVAELE, J.: «Terrorismo e intercambio de información entre los servicios de inteligencia y las autoridades de investigación judicial en los Estados Unidos y en los Países Bajos: ¿Derecho penal de emergencia?», en Oliveros Alonso, M. (ed.), *Libro en Homenaje al maestro Alvaro Bunster*, Ubijus, México D.F., 2010, pp. 323 ss.

El Consejo de Europa decidió crear un Grupo multidisciplinar sobre la acción internacional contra el terrorismo, abriendo dicho Convenio con el fin de reforzar su eficacia, a países no miembros del Consejo. El resultado fue el *Convenio Antiterrorista para Europa, de 16 de mayo de 2005*, que amplía la lista de delitos que no pueden considerarse políticos a efectos de extradición¹⁵.

Se insistió en este texto normativo, en parcelas como el tratamiento jurídico de la apología del terrorismo y la instigación a cometer actos terroristas, la regulación y utilización de técnicas especiales de investigación, la protección de testigos y «colaboradores», la lucha contra la financiación del terrorismo y la protección de las víctimas¹⁶.

En el Convenio del Consejo de Europa se entiende por «**delito terrorista**» cualquiera de los delitos incluidos en el ámbito de aplicación y definidos en uno de los tratados enumerados en el anexo. Asimismo, también se incluye bajo el concepto de «**provocación terrorista**» la difusión o cualquier otra forma de puesta a disposición del público de mensajes con la intención de incitar a cometer delitos terroristas, cuando dicho comportamiento, ya preconice directamente o no la comisión de delitos terroristas, cree peligro de que se puedan cometer uno o varios delitos de este tenor.

Por otra parte, se detalla la definición de «**reclutamiento terrorista**», como incitar a otra persona a cometer o participar en la comisión de delitos terroristas, o a unirse a una asociación o a un grupo para contribuir a que éstos cometan uno o varios delitos terroristas. El «**adiestramiento terrorista**» consistiría en dar instrucciones para la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o para otros métodos y técnicas específicos con vistas a cometer delitos terroristas o a contribuir a su comisión, sabiendo que la formación facilitada tendría por objeto servir para la realización de tales objetivos.

De igual forma, en la Unión Europea la primera iniciativa conjunta se produjo en diciembre de 2001 tras la adopción de una Posición Común por el Consejo que establecía una lista de personas, grupos y entidades implicadas en actos de terrorismo, aplicándoles medidas preventivas de embargo de fondos y otros haberes financieros. Con el objetivo de homogeneizar las distintas regulaciones existentes en la Unión, se aprobó la *Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, por la que se establecen unas normas mínimas sobre los delitos de terrorismo*¹⁷.

¹⁵ MORAN BLANCO, S.: «La Unión Europea y la creación de un espacio de seguridad y justicia. Visión histórica de la lucha contra el terrorismo internacional en Europa», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 26, 2010, pp. 263 ss.

¹⁶ MORAN BLANCO, S.: «La Unión Europea y la creación de un espacio de seguridad y justicia. Visión histórica de la lucha contra el terrorismo internacional en Europa», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 26, 2010, pp. 263 ss.

¹⁷ MORAN BLANCO, S.: «La Unión Europea y la creación de un espacio de seguridad y justicia. Visión histórica de la lucha contra el terrorismo internacional en Europa», *Anuario Español De Derecho Internacional*, vol. 26, 2010, pp. 263 ss.

A pesar de ello, se ha destacado, que pese a la experiencia de determinados Estados miembros en la lucha antiterrorista, la Unión Europea habría tenido serias dificultades para definir un modelo de seguridad integral, a pesar de la experiencia que poseerían sus instituciones desde el año 1976 en que se constituyó el Grupo de Trevi, con el cual se inició la cooperación intergubernamental en materia de seguridad¹⁸.

Por ello, el nuevo carácter de la amenaza terrorista generó que los miembros de la Unión Europea se vieran en la necesidad de superar la tradicional reticencia que siempre habían mostrado a la hora de convertir la lucha contra el terrorismo en parte de la agenda europea y no solo en una cuestión interna que competía a los gobiernos de las naciones amenazadas, posibilitándose la creación de implementación de equipos de investigación conjuntos, así como la lista de personas y grupos implicados en actos de terrorismo, firmando incluso varios países otros acuerdos suplementarios como en el caso de España, Francia, Bélgica, Alemania, Luxemburgo, los Países Bajos y Austria, en relación al *Convenio de Prüm*, también denominado Schengen III), relativo a la profundización de la cooperación transnacional, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal¹⁹.

En este punto, uno de los instrumentos más reclamados consistía en la creación de una lista de personas y grupos considerados terroristas por la Unión Europea, revisable semestralmente bajo el acuerdo unánime de los Estados miembros. En este listado debe incluirse: *las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; los grupos y entidades que, directa o indirectamente sea propiedad o estén bajo el control de esas personas, y las personas, grupos y entidades que actúen en nombre de esas personas, grupos y entidades o bajo sus órdenes, incluidos los fondos obtenidos o derivados de los bienes que, de forma directa o indirecta, sean propiedad o estén bajo el control de esas personas y de las personas, grupos y entidades asociadas con ellos*²⁰.

El 30 de noviembre de 2005, se adoptó desde el Consejo de la Unión Europea, la *Estrategia de la Unión Europea en la lucha contra el terrorismo*, consolidándose los cuatro pilares fundamentales de actuación en esta materia: **prevenir, perseguir, proteger y responder**.

En mayo de 2010 el Consejo habría adoptado el *Programa de Estocolmo*: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, detallando un plan de

¹⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.F.: «La amenaza terrorista en la Unión Europea: reacción legislativa común y estatal», *Revista Aequitas*, Volumen 2, pp. 113-153.

¹⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.F.: «La amenaza terrorista en la Unión Europea: reacción legislativa común y estatal», *Revista Aequitas*, Volumen 2, pp. 113-153. Convenio de Prüm, de 25 de mayo de 2005, relativo a la profundización de la cooperación transnacional, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal

²⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.F.: «La amenaza terrorista en la Unión Europea: reacción legislativa común y estatal», *Revista Aequitas*, Volumen 2, pp. 113-153.

trabajo para la UE en el espacio de libertad, seguridad y justicia para el período 2010-2014, donde se recomendaba el desarrollo de una Estrategia de Seguridad Interior (ESI) centrada en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, especialmente contra cinco bloques: trata de seres humanos; abuso sexual, explotación sexual de menores y pornografía infantil; delincuencia cibernética; delincuencia económica, corrupción, falsificación y piratería; y tráfico de drogas, destacándose que se adoptarían medidas en la lucha antiterrorista en el marco del pleno respeto a los derechos y las libertades fundamentales, en conexión con el crimen organizadas, intentado evitar estigmatizar a un colectivo específico de personas y deberían desarrollar el diálogo intercultural para promover el conocimiento y la comprensión mutuos²¹. En noviembre de 2010 se aprobó *la Estrategia de Seguridad Interior de la UE (2010-2014)* siendo una de las principales preocupaciones el terrorismo²².

Asimismo, con el Tratado de Lisboa, el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia dejaba de ser una competencia exclusiva de cada Estado, para ser compartido por los Estados y la Unión Europea, creándose el Comité Permanente de Seguridad Interior (COSI), específicamente orientado a cuestiones de seguridad²³.

En este sentido, la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, sobre la política antiterrorista de la Unión Europea de 2010*²⁴ ponía de relieve que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en el primer campo, **prevención**, el principal objetivo sería evitar la radicalización y la captación que llevan a la voluntad de cometer delitos de terrorismo, incluyendo el uso de Internet con fines terroristas para comunicación, obtención de fondos, adiestramiento, captación y propaganda, siguiéndose lo establecido en el Programa de Estocolmo²⁵.

En el segundo aspecto, **protección** de personas y las infraestructuras se haría especial énfasis en las evaluaciones a escala comunitaria de las amenazas, la seguridad de la cadena de suministro, la protección de las infraestructuras críticas, la

²¹ ALONSO MARCOS, A.: «Terrorismo, Yihadismo y Crimen Organizado en la Estrategia Global de Seguridad de la Unión Europea», *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, n.º 42, Octubre, 2016, pp. 22 ss.

²² ALONSO MARCOS, A.: «Terrorismo, Yihadismo y Crimen Organizado en la Estrategia Global de Seguridad de la Unión Europea», *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, n.º 42, Octubre, 2016, pp. 22 ss.

²³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.F.: «La amenaza terrorista en la Unión Europea: reacción legislativa común y estatal», *Revista Aequitas*, Volumen 2, pp. 113-153.

²⁴ Cfr. SEC(2010) 911.20.07.2010.

²⁵ Cfr. SEC (2010) 911. No obstante, también se pondría de manifiesto que existen otras formas de radicalización a través de captación directa indicando el Informe de 2010 de Europol que muchas organizaciones terroristas o extremistas contarían con el apoyo de secciones juveniles activas, vectores potenciales de radicalización y captación. Se habría fijado un Plan de acción y en un Plan de ejecución aprobados en junio de 2009 y una Estrategia de comunicación con los medios informativos, contribuyendo también iniciativas para luchar contra el racismo, la xenofobia y la discriminación.

seguridad de transporte y los controles fronterizos, así como la investigación sobre seguridad.

En el tercer eslabón, se trataría la **persecución**, en materia de recogida y análisis de información, la limitación de los movimientos y actividades de los terroristas, la cooperación policial y judicial, y la lucha contra la financiación del terrorismo.

En lo que respecta a la **respuesta**, se valoran en la estrategia de la Unión Europea, la capacidad de respuesta civil para hacer frente a las consecuencias de un ataque terrorista, los sistemas de alerta rápida, la gestión de crisis en general y la ayuda a las víctimas del terrorismo. EUROPOL desempeñaría un importante cometido respecto a los actos terroristas cuando éstos tienen efectos transfronterizos coordinando las respuestas mediante sus mecanismos de intercambio de información.

En diciembre de 2014, *el Coordinador la Unión Europea en la lucha contra el terrorismo, insistió en la necesidad de adopción de nuevas medidas sobre Combatientes extranjeros y combatientes extranjeros retornados*²⁶, partiendo de la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de 24 de septiembre de 2014, que requiere que los Estados miembros de las Naciones Unidas tipifiquen como delitos los viajes al extranjero con fines terroristas y la financiación y facilitación de dichos viajes.

Por otra parte, en las *Conclusiones del Consejo de la Unión Europea y de los Estados miembros sobre la mejora de la respuesta de la justicia penal a la radicalización que conduce al terrorismo y el extremismo violento, de 20 de noviembre de 2015*, se recogen algunas de las líneas de actuación de la Declaración de Riga y la Comunicación de la Comisión sobre «La prevención de la radicalización de terrorismo y el extremismo violento: fortalecimiento de la respuesta de la UE», de 2015, y se adopta un enfoque transversal sectorial y multidisciplinario para abordar eficazmente la radicalización que conduce al terrorismo y el extremismo violento en Europa.

Por este motivo se incide en que deben desarrollarse herramientas e instrumentos de evaluación de riesgos para detectar los primeros signos de radicalización, y fortalecer el intercambio entre los diferentes actores de la cadena de justicia penal información; proporcionar un número suficiente de representantes religiosos bien entrenados en las cárceles y dar apoyo a los trabajadores sociales y consejeros, ofreciendo oportunidades de los internos para el aprendizaje y el desarrollo de habilidades de pensamiento crítico en la cárcel.

Igualmente, se aborda en particular, el uso de Internet con fines de radicalización del terrorismo y de reclutamiento, así como para el discurso de odio en línea que alimenta el miedo, los diferenciales de los conceptos erróneos y estereotipos dirigidos a las comunidades y grupos específicos, e incita a la violencia y el odio.

²⁶ Bruselas, 2 de diciembre de 2014 (OR. en) 15715/2/14 REV 2.

Los Estados miembros deben dirigir sus esfuerzos para involucrar a las víctimas y a los ex combatientes terroristas extranjeras rehabilitados²⁷.

Por otra parte, en *el Informe de 4 de marzo de 2016 del coordinador de la lucha contra el terrorismo de la UE* se recalcó la creación dentro de EUROPOL del Centro de Lucha contra el Terrorismo (CLTC), una Red de Intercambio Seguro de Información (SIENA), una Unidad de Notificación de Contenidos de Internet de la UE (IRU), y una red de unidades de información financiera (FIU.Net)²⁸.

Asimismo, se incide en la importancia de mecanismos puestos en marcha a través del Tratado de Prüm, sobre cooperación transfronteriza para compartir perfiles de ADN y huellas dactilares, e incluso todas las medidas orientadas a controlar los flujos de financiación de los grupos terroristas o de los grupos de delincuencia organizada y la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (*Terrorist Finance Tracking Programme (TFTP)* y *el Terrorist Finance Tracking System (TFTS)*)²⁹.

Dentro del marco general de *la Estrategia de 2016 contra el Terrorismo*, se han adoptado igualmente medidas de contraterrorismo, haciendo especial hincapié en

²⁷ MORAN BLANCO, S.: «La Unión Europea y la creación de un espacio de seguridad y justicia. Visión histórica de la lucha contra el terrorismo internacional en Europa», *Anuario Español De Derecho Internacional*, vol. 26, 2010, pp. 263 ss., indica que se han identificado tres áreas en Europa en relación con los procesos de conversión desde la radicalización hasta el reclutamiento activos: los entornos radicales de las mezquitas y los grupos de estudio privados; las cárceles; y el ciberespacio. Respecto a las primeras se indica que en ocasiones las mezquitas han sido instrumentalizadas por imames radicales para realizar labores de proselitismo y que, en otras ocasiones, se han convertido en núcleos para la captación de potenciales yihadistas. Una segunda área de reclutamiento de yihadistas en Europa serían las cárceles, como en los casos de Francia, Italia y los Países Bajos. En tercer lugar, se destaca que Al Qaeda, se caracterizaría por la utilización de los más modernos medios de comunicación para transmitir propaganda y reclutar nuevos militantes. En Contest (2009), la estrategia antiterrorista diseñada por Reino Unido, se afirmó que, mientras en 1998 las agencias de lucha antiterrorista conocían la existencia de 12 sitios web relacionados con el terrorismo, en 2009 se han detectado más de 4000 sitios de este tipo

²⁸ ALONSO MARCOS, A.: «Terrorismo, Yihadismo y Crimen Organizado en la Estrategia Global de Seguridad de la Unión Europea», *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, n.º 42, Octubre, 2016, pp. 29 ss. Se señala que EUROJUST, RAN, la REFJ, y, en su caso, Europol, así como el PAC y Europris, tienen que proporcionar el intercambio de las prácticas nacionales existentes y las lecciones aprendidas de los mismos, usando también el trabajo realizado en otros organismos pertinentes (en particular, el UNICRI y GCTF) sobre la respuesta de la justicia penal a la radicalización que conduce al terrorismo y el extremismo violento, sobre todo en las materias de estructura y organización de los centros de detención; las herramientas de evaluación de riesgos para ser utilizados por los jueces y fiscales y del personal penitenciario para evaluar el nivel de amenaza que representan los combatientes y repatriados terroristas extranjeros; medidas alternativas o adicionales para el procesamiento y / o detención, y en los programas de rehabilitación particulares, tanto dentro como fuera de las cárceles; la cooperación entre los actores involucrados, tanto dentro como fuera del contexto judicial, incluida la formación política criminal en materia de combatientes terroristas extranjeros.

²⁹ ALONSO MARCOS, A.: «Terrorismo, Yihadismo y Crimen Organizado en la Estrategia Global de Seguridad de la Unión Europea», *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, n.º 42, Octubre, 2016, pp. 29 ss.

la cooperación entre Estados, especialmente en materia de inteligencia, (alertas sobre extremismo violento, redes terroristas y combatientes extranjeros) y se insiste en la cooperación por parte de la sociedad civil para fomentar una educación que frene la radicalización (Red para la Sensibilización frente a la Radicalización (RSR), iniciada en 2011, que conecta a organizaciones y redes de toda la Unión, uniendo a más de 1000 profesionales directamente implicados en la prevención de la radicalización y el extremismo violento»³⁰.

Igualmente, también debe destacarse el *Acuerdo entre Estados Unidos de América y la Unión Europea sobre la protección de datos personales relativa a la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales (DOUE de 10 de diciembre de 2016)* y la *Directiva 2016/681, de 13 de diciembre, sobre identificación de pasajeros para la prevención, detención, investigación y persecución de actos terroristas*³¹.

A la vez que se producían estas iniciativas en la lucha contra el terrorismo a nivel de la Unión Europea, en los diferentes Estados miembros, en materia legislativa antiterrorista, existirían una serie de puntos comunes al respecto. En primer lugar, se habría producido un aumento del tiempo de duración de la detención preventiva (Reino Unido y Francia); en segundo, se asistiría a una reorganización del proceso judicial, con cambios en los sistemas de recursos y de presentación de pruebas (Reino Unido), atenuación del secreto de las comunicaciones telefónicas y cibernéticas, permitiendo, incluso, la «interceptación preventiva» (como ocurriría en Italia). En tercer lugar, se habrían ampliado las facultades tanto de los servicios secretos como de la policía en la lucha antiterrorista, facilitándose el intercambio de información entre las distintas agencias, y el acceso a determinados datos de carácter personal sin autorización judicial³². En Alemania habría adoptado el denominado «*Otto-Katalog*», un conjunto de medidas antiterroristas orientadas, fundamentalmente, a la limitación de una serie de derechos individuales, con el propósito de permitir el acceso a las fuerzas policiales y a los servicios de seguridad a datos financieros, económicos y a las comunicaciones de los

³⁰ ALONSO MARCOS, A.: «Terrorismo, Yihadismo y Crimen Organizado en la Estrategia Global de Seguridad de la Unión Europea», *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, n.º 42, Octubre, 2016, pp. 35 ss.

³¹ Cfr. igualmente, Reglamento de Ejecución (UE) 2019/24 del Consejo, de 8 de enero de 2019, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1071. Decisión (PESC) 2019/25 del Consejo, de 8 de enero de 2019, por la que se modifica y actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se deroga la Decisión (PESC) 2018/1084.

³² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.F.: «La amenaza terrorista en la Unión Europea: reacción legislativa común y estatal», *Revista Aequitas*, Volumen 2, pp. 113-153.

individuos susceptibles de ser considerados sospechosos de estar involucrados en actividades terroristas³³.

De la misma manera, se recogen los tres grandes objetivos en las principales líneas político-criminales de la legislación antiterrorista en la Unión Europea: por una parte, se habría incidido en la criminalización del terrorista, aproximándolo a la figura de los delincuentes comunes y apartándola de figuras de luchadores de la libertad o soldados; en segundo lugar, surgiría la necesidad de normalizar la legislación antiterrorista, de tal forma que su contenido y su proceso de elaboración y aprobación fueran lo más parecido posibles al del resto de la legislación; y, en tercer lugar, se aludiría a la tendencia a la vía ejecutiva en perjuicio de las instancias judiciales³⁴.

Por otra parte, en la *Resolución de la Asamblea Paritaria ACP-UE, en 2018*³⁵, se reconoció la necesidad urgente de adoptar nuevas medidas de lucha contra el terrorismo, al entenderse que la amenaza terrorista a las sociedades europeas procedería en gran medida de terroristas autóctonos y no de extranjeros; y que no existiría una conexión establecida entre el terrorismo y la migración.

En esta línea, se ha considerado que las estrategias de prevención en la lucha contra el terrorismo deben centrarse en abordar las causas profundas del terrorismo y de la radicalización, incluida la mala gobernanza, la corrupción, la ausencia del Estado de Derecho y la impunidad, así como factores socioeconómicos como la pobreza, la inseguridad alimentaria, la grave desigualdad social y económica, la falta de acceso a la educación, el desempleo, la discriminación por motivos de raza u origen étnico y la exclusión social, reclamándose medidas que profundicen en la integración educativa y social y también mediante programas que capaciten a las minorías étnicas y religiosas y a las comunidades marginadas y una adecuada financiación de los sistemas penitenciarios, evitando la superpoblación carcelaria y mejorando los sistemas administrativos a fin de identificar los reclusos radicalizados, vigilar y evitar los procesos de radicalización y proporcionar formación específica para el personal penitenciario, creándose programas educativos para asegurar la desradicalización y la reinserción social de antiguos delincuentes en riesgo de radicalización.

³³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.F.: «La amenaza terrorista en la Unión Europea: reacción legislativa común y estatal», *Revista Aequitas*, Volumen 2, pp. 113-153.

³⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.F.: «La amenaza terrorista en la Unión Europea: reacción legislativa común y estatal», *Revista Aequitas*, Volumen 2, pp. 113-153. Recalca el *Informe del Parlamento sobre la dimensión exterior de la lucha contra el terrorismo*, publicado el 1 de diciembre de 2006, y su visión garantista frente a la «guerra contra el terror» norteamericana.

³⁵ (2018/C 415/04). Reunión del 18 al 20 de junio de 2018. Se recoge que en 2017 se produjeron aproximadamente 1 800 atentados terroristas sólo en África, la mitad de ellos perpetrados por el grupo terrorista Al-Shabab; que, a raíz de sus grandes pérdidas en Irak y Siria, el Estado Islámico está buscando nuevos campos de batalla en el continente africano; que Al-Qaeda está desarrollando cada vez más redes en África Occidental y Central, en particular en Níger, Burkina Faso y Nigeria; que las víctimas de los terroristas yihadistas han sido en su inmensa mayoría musulmanes.

III. LA DIRECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 15 DE MARZO DE 2017 RELATIVA A LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

1. CONTENIDO Y DIFERENCIAS RESPECTO A LA DECISIÓN MARCO 2002/475/JAI

Conforme al artículo 83, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el Parlamento Europeo y al Consejo pueden establecer mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones que se consideren necesarias en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza, entre ellos el terrorismo³⁶.

La Decisión Marco 2002/475/JAI preveía la tipificación como delito de la comisión de atentados terroristas, la participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el apoyo financiero a dichas actividades, así como la provocación, la captación y el adiestramiento de terroristas³⁷. Sin embargo, no exigía de **forma explícita la tipificación penal del viaje a terceros países con fines terroristas ni la tipificación penal de la recepción de adiestramiento con fines terroristas**.

Tras el Informe y Enmiendas del Parlamento Europeo de 12 de julio de 2016³⁸, se recogen las siguientes conductas en los artículos 3 a 14 de *la Directiva de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo en la Unión Europea*³⁹.

³⁶ Se ha procedido a **adaptar los delitos de terrorismo ya tipificados a las nuevas amenazas terroristas** (exigiendo, por ejemplo, que se tipifiquen también como delito los viajes entre Estados miembros de la UE con fines terroristas). Cfr. LÓPEZ-JACOISTE, E.: «La Unión Europea ante los combatientes terroristas extranjeros», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 67, 2016, p. 63, indicando la conexión de la propuesta de Directiva de la Unión Europea con Resolución 2178 (2014), de Naciones Unidas.

³⁷ Cfr. GARCÍA RIVAS, N.: «La tipificación “Europea” del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas», en VV.AA., *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 283-306.

³⁸ Cfr. 2015/0281 (COD) LEX 1722, de 15 de marzo de 2017. Cfr. DIRECTIVA (UE) 2017/541 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, Diario Oficial de la Unión Europea, 31.3.2017.

³⁹ Aparte de la reciente Directiva de 15 de marzo de 2017, en materia de lucha contra el terrorismo también debe examinarse la denominada cláusula de solidaridad prevista en el Tratado de Lisboa. En este sentido, asimismo, conforme al art. 222 TFUE se establece que la Unión y sus Estados miembros actuarán conjuntamente **con espíritu de solidaridad si un Estado miembro es objeto de un ataque terrorista** o víctima de una catástrofe natural o de origen humano, destacándose que la Unión movilizará todos los instrumentos de que disponga, incluidos los medios militares puestos a su disposición por los Estados miembros, para prevenir la amenaza terrorista en el territorio de los Estados miembros; proteger a las instituciones democráticas y a la población civil de posibles ataques terroristas; prestar asistencia a un Estado miembro en el territorio de éste, a petición de sus autoridades políticas, en caso de ataque terrorista; y prestar asistencia a un Estado miembro en el territorio

Se indica en el art. 3 que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para tipificar conforme a su legislación nacional como **delitos de terrorismo** aquellos actos intencionados que, por su naturaleza o contexto, pueden perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional, cuando se cometan con uno de los fines enumerados en el apartado 2: atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; atentados contra la integridad física de una persona; el secuestro o la toma de rehenes; destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos incluidos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; el apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; la fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivos o armas de fuego, armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares inclusive, así como la investigación y el desarrollo de armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares; la liberación de sustancias peligrosas, o la provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; la interferencia ilegal en los sistemas de información a tenor del artículo 4 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 3 o apartado 4, letras b) o c)),

de este, a petición de sus autoridades políticas, en caso de catástrofe natural o de origen humano. Cfr. MARTINEZ GARNELO Y CALVO, G.K.: «La política exterior de la Unión Europea. Balance del Tratado de Lisboa en materia de prevención de conflictos», *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 33 (2012.1), pp. 3 ss. Cfr. igualmente, GONZÁLEZ ALONSO, L.N.: «¿Daños jurídicos colaterales?: La invocación del artículo 42.7 del Tratado de la Unión Europea y la lucha contra el terrorismo internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, n.º 32, 2016, pp. 1-23. Cfr. al respecto, OPINIÓN, en EL PAÍS, (López Garrido y Aldecoa Luzárraga), «Europa, una alianza defensiva», en relación a una política de seguridad a escala europea. Cfr. MOLINER GONZÁLEZ, J.A.: «La cooperación estructurada permanente como factor de transformación de las estructuras de seguridad y defensa», en VV.AA., *La cooperación estructurada permanente en el marco de la Unión Europea*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, pp. 27 ss. VILLALBA FERNÁNDEZ, A.: «El Tratado de Lisboa y la política común de seguridad y defensa», en *Panorama estratégico 2009/2010*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Madrid, 2010, pp. 173 ss., recalca el Consejo sería asistido por el COPS, con el apoyo de las estructuras creadas en el marco de la PCSD, y de un comité permanente encargado de garantizar dentro de la Unión Europea el fomento y la intensificación de la cooperación operativa en materia de seguridad interior. URREA CORRES, M.: «Una aproximación a la estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea a partir de la respuesta de la Unión y sus Estados al terrorismo internacional», *Cuadernos de Estrategia*, n.º 184, 2017, p. 298, que indica que la previsión en los Tratados de la Unión de la cláusula de asistencia mutua y de solidaridad son, en todo caso, una oportunidad y una necesidad ya que, «como afirma el propio Parlamento Europeo, solo con una capacidad de seguridad y defensa autónoma estará la UE equipada y preparada para afrontar las amenazas y los retos abrumadores que pesan sobre su seguridad interior y exterior».

y la interferencia ilegal en los datos a tenor de su artículo 5, (en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 4, letra c)); la amenaza de cometer cualquiera de los actos enumerados en las letras a) a i)⁴⁰.

En relación a los fines previstos en el apartado 2 del art. 3 de la Directiva serían: intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional.

Se prevé en el art. 4 la penalización, mientras que se comentan dolosamente, de la **dirección de un grupo terrorista, así como la participación en las actividades de un grupo terrorista**, incluida la consistente en el suministro de información o medios materiales, o en cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista.

En el Artículo 5 se contempla la conducta **de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo**, es decir, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de difundir o hacer públicos por cualquier otro medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que tal conducta preconice directa o indirectamente, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se puedan cometer uno o varios de dichos delitos.

⁴⁰ Cfr. en este aspecto la reciente *Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional, cuya Exposición de Motivos recoge que la transposición de la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo, requiere ajustar la legislación penal a las previsiones de aquella norma, pues, a pesar de que la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, se adelantó notablemente al contenido de la directiva, el artículo 15.3 de la Directiva 2017/541/UE impone una pena máxima a los dirigentes de una organización o grupo terrorista superior a la regulación actual, que exige una modificación del artículo 572 del Código Penal. Igualmente, se introduce una modificación en cuanto a la pena de inhabilitación, que pasa a ser absoluta. De la misma forma se especifica que la Directiva, en su artículo 12 apartado c) obliga a incluir entre los delitos terroristas la falsedad documental, que no estaba previsto en el artículo 573 del Código Penal. Por otro lado, el viaje con fines terroristas tiene una regulación mucho más amplia en la Directiva 2017/541/UE que el fijado en la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, al no exigir que el viaje tenga por destino un territorio controlado por terroristas. Por último, se extiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la comisión de cualquier tipo de delito de terrorismo, que sólo se preveía hasta ahora para los delitos de financiación del terrorismo. Cfr. BOE, n.º 45, 21 de febrero de 2019, Sec. I. pág. 16700.

En el art. 6 se sanciona, la **captación para el terrorismo**, contemplando la comisión dolosa de instar a otra persona a que cometa o contribuya a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), o en el artículo 4.

En el artículo 7 se considera **adiestramiento para terrorismo**, cuando se cometa intencionadamente, instruir en la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o en otros métodos o técnicas concretos, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), con conocimiento de que las capacidades transmitidas se utilizarán con tales fines.

En el artículo 8 se recoge la **recepción de adiestramiento para el terrorismo**, contemplando la comisión intencional de recibir instrucción en la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o en otros métodos o técnicas concretos, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i)⁴¹.

Igualmente, en la *Directiva de 15 de marzo de 2017* se estima conforme al art. 9 **viaje con fines terroristas**, la comisión intencional de viajar a un país que no sea ese Estado miembro a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del artículo 3, de la participación en las actividades de un grupo terrorista con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas de tal grupo a tenor del artículo 4, o del adiestramiento o la recepción de adiestramiento para el terrorismo a tenor de los artículos 7 y 8. 2.

Por otra parte, se incluye la previsión de tipificación como delito, cuando se cometa intencionadamente de: el viaje a un Estado miembro a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del

⁴¹ Cfr. *Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en su Resolución de 24 de septiembre de 2014*, que observa «que los combatientes terroristas extranjeros y quienes financian o facilitan de alguna manera sus viajes y actividades ulteriores pueden reunir los requisitos para su inclusión en la Lista relativa a las Sanciones contra Al-Qaida del Comité establecido en virtud de las resoluciones 1267 (1999) y 1989 (2011) en la medida en que participen en la financiación, planificación, facilitación, preparación o comisión de actos o actividades ejecutados por Al-Qaida, o realizados en o bajo su nombre, junto con ella o en su apoyo; en el suministro, la venta o la transferencia de armas y material conexo a Al-Qaida o cualquier otra célula, entidad afiliada, grupo escindido o derivado ella, o en el reclutamiento para estos, o el apoyo por otros medios de actos o actividades ejecutados por estos, y exhorta a que los Estados propongan a esos combatientes terroristas extranjeros y a quienes faciliten o financien sus viajes y actividades ulteriores para que se considere su designación»; y «encomienda al Comité establecido en virtud de las resoluciones 1267 (1999) y 1989 (2011) y al Equipo de Apoyo Analítico y Vigilancia de las Sanciones, en estrecha cooperación con todos los órganos competentes de las Naciones Unidas de lucha contra el terrorismo, en particular la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo, dedicar especial atención a la amenaza que significan los combatientes terroristas extranjeros que se unan al EILL, el Frente Al-Nusra y todos los grupos, empresas y entidades asociados con Al-Qaida, o que sean reclutados por ellos».

artículo 3, de la participación en las actividades de un grupo terrorista con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas de tal grupo a tenor del artículo 4, o del adiestramiento o la recepción de adiestramiento para el terrorismo a tenor de los artículos 7 y 8, o los actos preparatorios realizados por una persona que entre en dicho Estado miembro con ánimo de cometer o contribuir a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del artículo 3.

Asimismo se aborda en el art. 10 de la Directiva incluso la organización o facilitación de viajes con fines terroristas, cuando se cometa intencionadamente, todo acto de organización o facilitación con el que se ayude a cualquier persona a viajar con fines terroristas a tenor del artículo 9, apartado 1, y apartado 2, letra a), con conocimiento de que la ayuda prestada tiene dicha finalidad⁴².

Se prevé asimismo en el artículo 12, **otros delitos relacionados con actividades terroristas** siempre que se cometan dolosamente como el robo agravado con ánimo de cometer cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3; la extorsión con ánimo de cometer cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3; expedición o utilización de documentos administrativos falsos con ánimo de cometer cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), el artículo 4, letra b), y el artículo 9⁴³.

De igual forma, para que los delitos enumerados en el artículo 4 o el Título III sean punibles no será necesario que se cometa efectivamente un delito de terrorismo, ni tampoco, en lo que respecta a los delitos enumerados en los artículos 5 a 10 y 12, que guarden relación con otro delito específico establecido en la Directiva, previéndose asimismo en el art. 17 la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴⁴.

⁴² En lo relativo a la **financiación del terrorismo**, el art. 11 recoge la conducta intencional de aportar o recaudar fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con ánimo de que se utilicen o con conocimiento de que se vayan a utilizar, en su totalidad o en parte, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en los artículos 3 a 10.

Cuando la financiación del terrorismo contemplada en el apartado 1 se refiera a alguno de los delitos establecidos en los artículos 3, 4 o 9, no será necesario que los fondos se utilicen efectivamente, en su totalidad o en parte, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de dichos delitos, ni que el responsable criminal tenga conocimiento del delito o delitos concretos para los que se van a utilizar dichos fondos.

⁴³ Se estiman **circunstancias atenuantes** conforme a lo previsto en el art. 16, la reducción de las penas previstas en el art. 15 de la Directiva, siempre que el responsable criminal: abandone la actividad terrorista, y proporcione a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no hubieran podido obtener de otra forma, y, con ello, les ayude a: impedir que se cometa el delito o atenuar sus efectos, identificar o procesar a los otros responsables criminales, encontrar pruebas, o impedir que se cometan otros delitos indicados en los artículos 3 a 12 y 14.

⁴⁴ En el Informe y Enmiendas del Parlamento Europeo de 12 de julio de 2016 se preveía un **artículo 14 bis bajo el enunciado de «medidas contra los contenidos terroristas ilícitos en internet»**, recogiendo que 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la rápida retirada de los contenidos ilícitos que inciten públicamente a la comisión de delitos de terrorismo,

2. HACIA UNA NECESARIA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE TERRORISMO ACORDE CON EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA PENAL

Tras la exposición del contenido de la *Directiva de 15 de marzo de 2017*, de medidas en lucha contra el terrorismo en la Unión Europea, entendemos que en su análisis crítico deben sopesarse una serie de cuestiones: en primer lugar, entendemos que surge una absoluta necesidad de deslindar y distinguir adecuadamente entre los conceptos radicalización y terrorismo, puesto que la alarma social generada por los graves atentados ocurridos en el ámbito europeo, genera que desde el punto de vista político criminal, todas las medidas contra la radicalización automáticamente se conecten indisolublemente con el concepto de terrorismo internacional; por otra parte, en segundo lugar, es preciso analizar y entender en qué consiste el fenómeno de los llamados «combatientes extranjeros» y su apropiada delimitación con el terrorismo, y finalmente, en tercer lugar, desde nuestra perspectiva, es esencial distinguir la conexión entre las distintas fases de la radicalización terrorista y su repercusión en las formas de cooperación o autoría de delitos de terrorismo, analizando si el adelantamiento de las barreras de la intervención cumpliría con los postulados de los principios de lesividad y de proporcionalidad penal⁴⁵.

2.1. La diferenciación entre radicalización y terrorismo

Los expertos han destacado que la radicalización puede encontrarse en cualquiera de las ideologías y religiones existentes en cualquier sociedad, desde las

enumerados en el artículo 5, albergados en su territorio. Procurarán obtener, asimismo, la retirada de dichos contenidos albergados fuera de su territorio. En caso de que no sea posible, los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para bloquear el acceso a dichos contenidos.

2. Dichas medidas deberán ser conformes a procedimientos transparentes y ofrecerán garantías adecuadas, en particular con miras a garantizar que la restricción se limite a lo necesario y proporcionado, y que los usuarios estén informados del motivo de la restricción. Las medidas relativas a la retirada y el bloqueo serán objeto de control judicial».

⁴⁵ Cfr. ampliamente, CANCIO MELIÁ, M.: «El concepto jurídico-penal de terrorismo entre la negación y la resignación», en ALONSO RIMO, CUERDA ARNAU, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dirs.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 95-134. Recoge que la lógica perversa de la «guerra» contra el terrorismo ha envenenado la estructura política de los países de Occidente (y con ello, las bases de los sistemas penales), y el fenómeno del terrorismo se ha convertido en una magnitud de uso permanente en política, que lastra todo. El entramado de las relaciones internacionales pondría en tensión los ordenamientos jurídicos internos. Citando a SCHEERER, *Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien*, 2002, pp. 105 ss. Se afirma que se pasaría el límite entre el Derecho reactivo y un ordenamiento orientado exclusivamente a la prevención fáctica. Respecto a la Ley orgánica 2/2015, se sostiene que las hipótesis del concepto extensivo de terrorismo resultan mucho más difíciles de calificar en términos de bien jurídico, careciendo muchas de ellas de todo bien jurídico protegido, suponiendo meras muestras de «Derecho penal» del enemigo que persigue caracterizar a un determinado grupo de personas como delinquentes terroristas, con base exclusiva en una determinada actitud interna (que se les atribuye externamente).

ideologías de izquierdas hasta las de derechas, desde el cristianismo hasta el islamismo. Desde esta óptica, la radicalización no tiene por qué ser violenta pero sí tendría una carga emocional extrema y unas convicciones totalmente opuestas con respecto a otros grupos con ideas, culturas o religiones diferentes, no se persigue la convivencia sino la confrontación⁴⁶.

En lo que respecta a la radicalización terrorista se ha estimado como un proceso de formación en la que el ideario radical se iría insertando en el individuo hasta considerarlo como el único que le daría sentido a su vida. La radicalización yihadista sería el proceso mediante el cual el individuo va incorporando un sistema de creencias entre las que se encontraría la voluntad de emplear o apoyar activamente la violencia contra los que considera enemigos del Islam, en el caso de los yihadistas, con el fin de alcanzar los objetivos de la yihad islámica. A lo largo de la radicalización yihadista se lleva a cabo un proceso de aprendizaje principalmente a través del entorno social más próximo al individuo en el que los valores, las emociones y los objetivos son acordes con el movimiento yihadista global⁴⁷.

Se ha considerado que serían muy vulnerables a la radicalización aquellas personas que por motivos migratorios se encontrarían desarraigados en un entorno socialmente hostil⁴⁸. Sin embargo, como habría puesto de relieve COCHO PÉREZ, las causas de radicalización serían múltiples, por ello, valorar que la inmigración o la vinculación con delincuencia común previa a la radicalización sería un factor causal riguroso sería «una falacia que habría que desmontar; no por no existir vinculación sino porque sería un factor más que facilitaría la misma pero no la exclusivizaría»⁴⁹.

En este aspecto, algunos autores habrían señalado que si se estima que la radicalización violenta predispone a la militancia terrorista, (aunque no siempre desembocaría en ella), habría que concentrar esfuerzos en prevenir la radicalización como medio insoslayable en el diseño de una estrategia antiterrorista eficaz y orientada al largo plazo⁵⁰ indicándose que en estrategias llevadas a cabo en países como Holanda o Reino Unido se habría insistido en líneas comunes en torno a

⁴⁶ HOLGUIN POLO, J.: «Indicadores transversales en el proceso de radicalización de la segunda generación de inmigrantes de procedencia musulmana en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 15, 2014, pp. 297 ss.

⁴⁷ HOLGUIN POLO, J.: *op. cit.*, pp. 297 ss.

⁴⁸ HOLGUIN POLO, J.: *op. cit.*, pp. 297 ss.

⁴⁹ PÉREZ CEPEDA, A.I.: *El pacto antiyihadista. Criminalización de la radicalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 176, citando COCHO PEREZ, F.: «Riesgos a la Seguridad Nacional y el uso de las redes sociales en la adolescencia: Análisis de los mecanismos y procesos de captación y radicalización de adolescentes en redes sociales», en CUERDA ARNAU (Dir.), *Menores y Redes Sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 447.

⁵⁰ JORDAN, J.: «Políticas de prevención de radicalización violenta en Europa: elementos de interés para España», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología, RECPC* 11-05 (2009), pp. 2 ss.

la necesidad de mantener un enfoque principalmente local y multidepartamental, fomentándose principalmente la integración y cohesión social⁵¹.

Por ello, siguiendo a PÉREZ CEPEDA puede acordarse de que el terrorismo sería ante todo el uso de la violencia como una herramienta política, que independientemente de su tasa de éxito, se utilizaría en el intento de provocar un cambio político o social, por ello, puede sostenerse que existen individuos con ideas radicales, pero no todos legitimarían acciones violentas o se involucrarían en acciones terroristas. En el mismo sentido, no todos los terroristas se habrían visto implicados en un proceso de radicalización, dándose asimismo prácticas terroristas por parte de grupos donde su objetivo principal sería el mantenimiento del *status quo*⁵².

2.2. *El concepto de combatiente extranjero*

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en su Resolución de 24 de septiembre de 2014, sostuvo la creciente amenaza que planteaban los denominados «combatientes terroristas extranjeros», siendo considerados como aquellas personas que viajan a un Estado distinto de su Estado de residencia o nacionalidad con el propósito de cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o de proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, incluso en relación con conflictos armados, destacando la necesidad de hacer frente a este fenómeno.

En Europa, el Parlamento Europeo habría conectado el concepto de radicalización con esta manifestación destacando⁵³ que «radicalización» sería el término que designaría el proceso por el cual una persona abrazaría convicciones, opiniones e ideas que pueden conducir al extremismo violento; indicando que los ataques terroristas perpetrados en Francia, Bélgica, Túnez y Copenhague habrían puesto de relieve la amenaza derivada de presencia de combatientes «extranjeros» –a menudo ciudadanos de la UE– en el territorio europeo y sus desplazamientos dentro de éste y en los países vecinos. Sin embargo, también se habría considerado que las causas de la radicalización terrorista no se habrían estudiado lo suficiente; y que la falta de integración no podría estimarse la causa principal de la radicalización terrorista.

⁵¹ JORDAN, J.: *op. cit.*, p. 12 ss.

⁵² PÉREZ CEPEDA, A.I.: *El pacto antiyihadista, op. cit.*, p. 192. Cfr. asimismo, p. 189 donde se recoge que la radicalización se consideraría un proceso de socialización vinculado a vectores de intransigencia, mientras que el extremismo sería una vinculación a una idea u opinión extrema, de carácter político, ideológico, religioso, etc., de carácter no moderado.

⁵³ Cfr. Parlamento Europeo, 2014-2019, Documento de sesión A8-0316/2015, INFORME sobre la prevención de la radicalización y el reclutamiento de ciudadanos europeos por organizaciones terroristas (2015/2063(INI). Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, de 4.11.2005, pp. 10 ss.

Por estos motivos, se habría mantenido que habría que partir del *Protocolo adicional del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo* y la *Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de la ONU* a fin de acordar una definición común, que permita actuar penalmente contra las personas que se consideren «combatientes extranjeros», siendo esencial utilizar plena e íntegramente los instrumentos ya existentes para prevenir y combatir la radicalización y el reclutamiento de ciudadanos europeos por organizaciones terroristas⁵⁴.

Sin embargo, la doctrina habría puesto de relieve que la definición de combatiente terrorista extranjero construida por el Consejo de Seguridad se basaría en la intencionalidad de cometer actos terroristas o delitos ligados al terrorismo, tanto en las zonas de conflicto a las que se traslada, como en el territorio del que es nacional o residente una vez regrese⁵⁵, existiendo una importante confusión entre el grupo de combatientes extranjeros y otros individuos o grupos de individuos relacionados con el terrorismo, como por ejemplo, la célula terrorista que se crea en el interior de un Estado y que no estuviera vinculada realmente a una organización jerárquicamente superior, aunque sus integrantes tengan lazos con organizaciones terroristas internacionales, y alguno de ellos pueda haber sido combatiente extranjero o tener la intención de serlo en el futuro. Igualmente, también se les confundiría con individuos aislados, llamados «lobos solitarios», que en ocasiones tendrían problemas mentales, y que sufrirían un proceso de radicalización mediante la asimilación de mensajes que reciben desde la red, que les puede llevar a cometer atentados terroristas en nombre de la organización con la que más empatía tienen y la que les proporciona los medios, aunque, en ocasiones, sería la propia organización terrorista la que rentabiliza la situación y asume la autoría, sin haber dirigido la acción terrorista del individuo⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. Parlamento Europeo, 2014-2019, Documento de sesión A8-0316/2015, INFORME sobre la prevención de la radicalización y el reclutamiento de ciudadanos europeos por organizaciones terroristas (2015/2063(INI)). Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, de 4.11.2005, pp. 10 ss, recomienda a la Comisión y a los Estados miembros que recurran a los medios disponibles, en particular en el marco del Fondo de Seguridad Interior (FSI), a través del instrumento FSI-Policía, para apoyar medidas y proyectos destinados a prevenir la radicalización; hace hincapié en el papel primordial que pueden desempeñar la Red para la Sensibilización frente a la radicalización y su Centro de Excelencia en la consecución del objetivo de neutralizar de manera integral el fenómeno de la radicalización de ciudadanos europeos; pide que esta Red goce de más publicidad y visibilidad entre los actores de la lucha contra la radicalización.

⁵⁵ MARRERO ROCHA, I.: «Los combatientes «terroristas» extranjeros de la Unión Europea a la luz de la Resolución 2178(2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 54, 2016, pp. 555-594, <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.54.04>. Cfr. Resolución Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, S/RES/2178 (2014), de 24 de septiembre, Cooperación de las Naciones Unidas en la lucha contra la amenaza que plantean los combatientes terroristas extranjeros.

⁵⁶ MARRERO ROCHA, I.: *op. cit.*, pp. 555-594. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.54.04>. Cfr. asimismo, en relación al concepto de guerra global preventiva contra el terrorismo, JIMÉNEZ GARCÍA, F.: «Combatientes terroristas extranjeros y conflictos armados: utilitarismo

En este sentido, como ha reconocido la doctrina, esta línea político criminal introducida permitiría una implementación de esta visión expandida del terrorismo internacional en torno a la criminalización de la radicalización terrorista, siendo posible calificar de terrorista a una organización o a un grupo que tenga por finalidad cometer cualquier delito calificado como terrorismo (art. 571 CP); y que pueda existir un terrorismo individual sin requerirse la cobertura de una organización⁵⁷.

En este sentido habría que plantearse la necesidad de analizar cuestiones como el alcance del «terrorismo individual» debiendo examinarse si deben recibir tal calificación aquella serie de actos que no posean la capacidad suficiente para poner en peligro las estructuras fundamentales de un país o de una organización. Por otra parte, en la definición de delitos de terrorismo debería valorarse la existencia como mínimo (desde el punto de vista del principio de lesividad penal) de un peligro hipotético en el sentido de que los actos sean idóneos de crear un grave riesgo para las estructuras fundamentales de un país o de una organización, que sería lo que fundamentaría la gravedad de tales conductas y les conferiría su especial especificidad⁵⁸.

2.3. *La conexión entre las distintas fases de la radicalización terrorista y su repercusión en las formas de autoría o cooperación en delitos de terrorismo*

Como ha podido apreciarse la normativa de la Unión Europea, conforme al principio de subsidiariedad del Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en materia de delitos de especial gravedad

inmediato ante fenómenos no resueltos y normas no consensuadas», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, pp. 277-301 <http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.1.10>

⁵⁷ PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista. Criminalización de la radicalización*, Valencia, 2017, p. 335; PÉREZ CEPEDA, «La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista», en PORTILLA CONTRERAS, PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI*, Salamanca, 2016, pp. 18 ss.

⁵⁸ Se ha incidido en que la finalidad de la intimidación a la población resultaría un término difuso y difícil de determinar ya que ello dependerá de la percepción de la población, necesaria objetivización como recurso o modus operandi (uso de violencia indiscriminada y habitual contra la población civil, causando un estado de terror, para conseguir un fin político nacional o internacional). Cfr. capítulo de la presente obra de GARCÍA SÁNCHEZ, B.: «Modelo de propuesta de convención universal sobre los delitos de terrorismo y su persecución»; PÉREZ CEPEDA, A.I.: *El pacto antiyihadista. Criminalización de la radicalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 335; PÉREZ CEPEDA, A.I.: «La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista», en PORTILLA CONTRERAS, PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI*, Ratio Legis, Salamanca, 2016, pp. 18 ss. Respecto a la conexión fases de radicalización y delitos de terrorismo, cfr. MENDOZA CALDERÓN, S.: «Medidas contra la radicalización terrorista en la Unión Europea y su persecución penal en España», en PÉREZ CEPEDA (Dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 105 ss.

y dimensión transfronteriza como serían los delitos de terrorismo, habría seguido la orientación de los textos internacionales derivados de Naciones Unidas, en el sentido de ligar el concepto de delitos de terrorismo principalmente con la comisión de delitos violentos contra el orden público y la seguridad de la sociedad, manteniéndose la conexión con el elemento teleológico propio del concepto de terrorismo, al aludirse a «fines terroristas» cumpliéndose los propósitos reflejados a nivel internacional por parte de Naciones Unidas de exigir un *adelantamiento de barreras de punición*, con especial énfasis en *los fines de prevención general*, contemplándose en la legislación de la Unión Europea formas de provocación, reclutamiento y adiestramiento con finalidad terrorista conforme igualmente a lo previsto en el Convenio antiterrorista del Consejo de Europa.

En este sentido, se produce indudablemente una ampliación *del concepto de terrorismo a nivel internacional*, debiendo valorarse en la interpretación de la Directiva de 15 de marzo de 2017 la *interrelación entre delitos de terrorismo en sentido estricto, el concepto de grupo terrorista y conexión con actividades terroristas*, partiendo de que la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2017*⁵⁹, afirmaba que en lo referente a la Decisión Marco 2002/475, JAI (a la que vendría a sustituir la Directiva) que ésta tendría por objeto la aproximación de la definición de delitos de terrorismo en todos los Estados miembros, la previsión de penas y sanciones acordes con la gravedad de los mismos y el establecimiento de normas sobre competencia, para garantizar que puedan emprenderse acciones judiciales eficaces contra cualquier delito de terrorismo.

En la Directiva de 2017 se recoge como **delitos de terrorismo** aquellos actos intencionados que, por su naturaleza o contexto, pueden perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional, cuando se cometan con uno de los fines de intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional, encontrándonos incluso con otras conductas (otros delitos relacionados con actividades terroristas) que no tendrían *per se* un componente típico de violencia o intimidación, como en los casos de expedición o utilización

⁵⁹ Petición de decisión prejudicial en relación a la validez del Reglamento de Ejecución (UE) n.º 610/2010 del Consejo, de 12 de julio de 2010, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 2580/2001 y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1285/2009 (DO 2010, L 178, p. 1), en la medida en que mantiene a la organización «Tigres de Liberación de Eelam Tamil (LTTE)» (o, en lengua inglesa, «Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE)»; en la lista de grupos y entidades a la que se refiere el artículo 2, apartado 3, del Reglamento n.º 2580/2001. Se establece que el objeto de la Posición Común 2001/931 sería la aplicación mediante acciones, tanto a nivel de la Unión como de los Estados miembros, de la Resolución 1373 (2001), por la que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decide que todos los Estados deben prevenir y reprimir la financiación de los actos de terrorismo.

de documentos administrativos falsos, con ánimo de cometer cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), el artículo 4, letra b), y el artículo 9 de la Directiva.

Por lo tanto, puede entenderse que en la Directiva, siguiendo el constante incremento de la amplitud conceptual a nivel internacional en materia de terrorismo, giraría su sistematización en torno a los siguientes elementos: **delitos de terrorismo en sentido estricto, dirección y participación en un grupo terrorista y otros delitos conectados con actividades terroristas**. Es decir, en primer lugar, surge un concepto de qué tipos delictivos contemplados tradicionalmente en los textos penales se transformarían en la comisión de delitos de terrorismo cuando se cometen con las finalidades expresamente previstas en la Directiva; en segundo lugar, el punto de mira se colocaría en el concepto de grupo terrorista, sancionado su dirección y determinadas formas de participación, y finalmente, en tercer lugar, la Directiva se centraría en sancionar asimismo, otra serie de delitos relacionados con el concepto de actividades terroristas.

De este modo, los **delitos de terrorismo en sentido estricto** se contemplarían en el art. 3 de la Directiva; **la dirección y participación en un grupo terrorista** se hallarían en el art. 4 de la Directiva, entendiendo por grupo terrorista toda organización estructurada de más de dos personas establecida por cierto período de tiempo, que actuaría de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. Por «organización estructurada» se contemplaría a una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada, contemplándose en todos estos casos la dirección de un grupo terrorista y la participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales y la financiación de sus actividades.

Finalmente, **otros delitos relacionados con actividades terroristas**, se encontrarían en el art. 12 de la Directiva, como robo con agravante con ánimo de cometer cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3; la extorsión con ánimo de cometer cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3; o la expedición o utilización de documentos administrativos falsos con ánimo de cometer cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), el artículo 4, letra b), y el artículo 9.

De igual forma, la extensión de la tipificación penal seguiría expandiéndose, partiendo de los dos primeros conceptos, delitos de terrorismo y dirección o participación con un grupo terrorista, ya que se contemplarían **la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo** conforme al artículo 5 de la Directiva (en relación a los delitos enumerados en el art. 3); **la captación para el terrorismo** (instar intencionadamente a otra persona a que cometa o contribuya a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), o en el artículo 4); el **adiestramiento para el terrorismo** (instruir intencionadamente

en la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o en otros métodos o técnicas concretos, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i), con conocimiento de que las capacidades transmitidas se utilizarán con tales fines); **la recepción del adiestramiento para el terrorismo** (en este caso, igualmente solo para los delitos contemplados en el art. 3 de la Directiva); **y los viajes con fines terroristas** (viajar a un país que no sea ese Estado miembro a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del artículo 3, de la participación en las actividades de un grupo terrorista con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas de tal grupo a tenor del artículo 4, o del adiestramiento o la recepción de adiestramiento para el terrorismo; viaje a un Estado miembro a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del artículo 3, de la participación en las actividades de un grupo terrorista con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas de tal grupo a tenor del artículo 4, o del adiestramiento o la recepción de adiestramiento, incluyéndose los actos preparatorios realizados por una persona que entre en dicho Estado miembro con ánimo de cometer o contribuir a la comisión de un delito de terrorismo previsto en el art. 3 de la Directiva o todo acto de organización o facilitación con el que se ayude a cualquier persona a viajar con fines terroristas a tenor del artículo 9, apartado 1, y apartado 2, letra a), con conocimiento de que la ayuda prestada tiene dicha finalidad).

La represión de la **financiación del terrorismo** también giraría en torno a su relación con los delitos previstos en el art. 3 y 4 de la Directiva, ya que conforme al art. 11 se sanciona la comisión intencional de aportar o recaudar fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con ánimo de que se utilicen o con conocimiento de que se vayan a utilizar, en su totalidad o en parte, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en los artículos 3 a 10 de la Directiva.

En torno a esta delimitación, habría que resaltar que en cualquier caso, en torno al concepto de terrorismo habría que identificar tres planos: la comisión de delitos comunes mediante medios violentos; la pretensión de atemorizar a los ciudadanos; y el fin último de subvertir el orden constitucional⁶⁰. Como habría expuesto LARMARCA PÉREZ deben darse dos elementos esenciales: el **elemento estructural**⁶¹

⁶⁰ NUÑEZ CASTAÑO, E.: *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 78. Cfr. igualmente GONZALEZ CUSSAC, J.L.: «El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas», en GOMEZ COLOMER, GONZALEZ CUSSAC (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 72.

⁶¹ LARMARCA PÉREZ, C.: «Legislación penal antiterrorista: análisis crítico y propuestas», *IBLID* [1138-8552 (2008), 20; 199-214], Azpilcueta. 20, 2008, 199-214, pp. 200 ss., señala que el terrorismo es violencia política pero violencia política ejercida desde una estructura organizada, el grupo terrorista, que se presenta como un auténtico contraordenamiento frente al Estado. En cuanto

y el **teleológico**, entendidos como organización armada y el fin o resultado político, respectivamente⁶².

Por ello, también habría que plantearse si frente a la amplísima casuística que plante la Directiva de 2017, no sería deseable unificar las conductas dentro del concepto de delitos de terrorismo, sin la necesidad de abarcar figuras extensivas como actividades de grupo terrorista, y otras formas delictivas abarcables desde concepciones propias de grados de ejecución delictiva (formas imperfectas de ejecución) así como a través de la interrelación entre las distintas formas de autoría y participación en el delito⁶³.

A modo de reflexión, como se ha sostenido en apartado anteriores, en relación a la implementación de esta visión expandida del terrorismo internacional en la normativa penal española, la doctrina habría sostenido que actualmente sería posible calificar de terrorista a una organización o a un grupo que tenga por finalidad cometer cualquier delito calificado como terrorismo (art. 571 CP); que puede existir un terrorismo individual sin requerirse la cobertura de una organización (art. 573 bis. 4 CP)⁶⁴ y el adelantamiento de las barreras de punición penal en lo que respecta a criminalizar prácticamente cualquier conducta ligada a actividades terroristas, genera que se planteen actualmente numerosas relaciones concursales,

a los pertenecientes, se trata de las personas que forman parte de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; al margen del concreto papel que cumplan o de la jerarquía que ostenten en la organización lo que define la cualidad de pertenecientes es su total disponibilidad para desempeñar las acciones que les sean encomendadas. En todos los casos se debe tratar de auténticas asociaciones ilícitas, y no de meros casos de codelinquencia ocasional, que requieren una cierta estructura organizativa, relaciones de jerarquía entre sus miembros y una voluntad social que va más allá de la comisión de unos hechos concretos y de la voluntad personal de los asociados.

⁶² NUÑEZ CASTAÑO, E.: *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 81. Cfr. LAMARCA PÉREZ, C.: «Sobre el concepto de terrorismo. A propósito del caso Amedo», *ADPCP*, II, 1993, p. 536. Cfr. igualmente, LAMARCA PÉREZ, C.: «Legislación penal antiterrorista: análisis crítico y propuestas» (Criminal antiterrorist Legislation: critical analysis and proposals), *BIBLID* [1138-8552 (2008), 20; 199-214], Azpilcueta. 20, 2008, 199-214, pp. 200.

⁶³ Cfr. capítulo de la presente obra, GARCÍA SÁNCHEZ, B.: «Modelo de propuesta de convención universal sobre los delitos de terrorismo y su persecución»; PÉREZ CEPEDA, A.I.: *El pacto antiyihadista. Criminalización de la radicalización*, Valencia, 2017, p. 335; PÉREZ CEPEDA, A.I.: «La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista», en PORTILLA CONTRERAS, PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI*, Salamanca, 2016, pp. 18 ss. Respecto a la conexión fases de radicalización y delitos de terrorismo, cfr. MENDOZA CALDERÓN, S.: «Medidas contra la radicalización terrorista en la Unión Europea y su persecución penal en España», en PÉREZ CEPEDA (Dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 105 ss.

⁶⁴ PÉREZ CEPEDA, A.I.: *El pacto antiyihadista. Criminalización de la radicalización*, Valencia, 2017, p. 335; PÉREZ CEPEDA, A.I.: «La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista», en PORTILLA CONTRERAS, PÉREZ CEPEDA (Dir.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI*, Salamanca, 2016, pp. 18 ss.

sobre todo en los casos de concurso de leyes, que deberían ser adecuadamente examinadas y valoradas⁶⁵.

En cualquier caso debería deslindarse apropiadamente la progresión en el proceso de radicalización terrorista y su correspondiente repercusión penal, en el sentido, de delimitar apropiadamente los casos de integración en organización o grupo terrorista de los de colaboración, así como distinguir aquellas formas que sean susceptibles de ser consideradas como «captación», «adiestramiento», «adoctrinamiento», siempre respetando principios básicos de un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho, como serían el principio de intervención mínima y el principio de culpabilidad, evitando conculcar el principio *ne bis in idem*.

En segundo lugar, puede apreciarse que en estas relaciones de concurso de normas en lo que respecta al proceso de radicalización y su correspondiente traslación a formas de colaboración o integración en una organización o grupo terrorista, suele acudir principalmente a lo dispuesto por los principios de consunción y alternatividad.

En este sentido, en torno a la delimitación entre **las formas de integración y las de colaboración con organización o grupo terrorista**, se habría estimado que las llamadas células islamistas constituirían en sí mismas, bandas armadas, grupos u organizaciones terroristas; no siendo siempre preciso identificar a los dirigentes del grupo, ni establecer unas concretas misiones en sus integrantes, bastando con acreditar su colaboración o su disponibilidad a colaborar de forma continuada en la consecución de los fines. A pesar de ello, se entiende que habría que diferenciar siempre penológicamente entre promotores, directores y directivos de cualquiera de sus grupos, y los meros integrantes de las citadas organizaciones⁶⁶.

De la misma forma, se habría considerado⁶⁷ que la integración superaría la mera presencia o intervención episódica, aunque no se hubiera acreditado participación en los actos violentos, sino tan solo aportar una disponibilidad real y efectiva para la ejecución de distintos actos, en un principio indeterminados, de favorecimiento de las actividades de otro tipo realizadas por la organización terrorista. Deberá conocerse igualmente⁶⁸ por parte del sujeto activo, la existencia de la organización terrorista y la incorporación con vocación de duración con disponibilidad para la ejecución de tareas relacionadas con los fines de la misma o bien, con la realización efectiva de las mismas, no siendo una mera colaboración ocasional⁶⁹.

⁶⁵ MENDOZA CALDERÓN, S.: «Medidas contra la radicalización terrorista en la Unión Europea y su persecución penal en España», en PÉREZ CEPEDA (Dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 105 ss.

⁶⁶ Cfr. STS de 29 de diciembre de 2010.

⁶⁷ Cfr. STS de 29 de diciembre de 2010.

⁶⁸ Cfr. STS 30 de octubre de 2012, citando otras muchas anteriores, SSTS 8 de julio 2010, 31 de marzo de 2010. SSTS 28 de junio de 2001 y 17 de junio de 2002.

⁶⁹ STS de 2 de diciembre de 2014.

Por otra parte, se habría estimado que el delito de colaboración sería de carácter residual respecto al de integración y supondría un grado claramente inferior; aplicándose solamente cuando no concurriesen los requisitos para el perfeccionamiento del delito de mayor gravedad⁷⁰.

Finalmente, en lo que se refiere a la distinción **entre las formas de colaboración y adoctrinamiento, y la distinción de éste con el delito de enaltecimiento del terrorismo**⁷¹, se habría valorado que el delito de colaboración absorbería al

⁷⁰ Cfr. STS 17 junio de 2002.

⁷¹ Asimismo, la *Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª) núm. 10/2018, de 9 marzo*, se refiere a la actividad de abundante almacenaje y consumo propio de información de carácter yihadista radical y violenta y de la inclusión de ese material (imágenes, videos, composiciones), su muestra, difusión, propagación, confección de comentarios e intercambio de información, con carácter laudatorio de las actividades de organizaciones, significados y personajes terroristas del Estado Islámico y de otros, en redes sociales abiertas, accesibles por ello a otras personas, singularmente Facebook. No obstante, los acusados, no tenían alguna clase de implicación en las actividades de organizaciones terroristas, ni relación con ellas, ni con sus miembros o integrantes, ni ninguna intención ulterior de colaborar o participar en sus actividades, viajar a territorios en conflicto, ni en la realización de ningún acto o actividad de carácter terrorista, ni estuvieran obteniendo información para dichos fines, ni para formarse ni capacitarse en tal sentido, o que con sus publicaciones pretendieran o buscaran contribuir o contribuyeran de hecho a reclutar, formar o capacitar a otras personas para actividades terroristas o para su integración en grupos terroristas de carácter yihadista. Se considera cometido un delito de enaltecimiento del terrorismo, considerando que éste posee los siguientes elementos típicos: la existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica, considerando que «enaltecer» equivaldría a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo y «justificar» quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal; objeto del ensalzamiento puede ser cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 572 a 577 CP o cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos; y tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser periódico o un acto público con numerosa concurrencia y hoy día, dada la evolución tecnológica, a través de internet. Se detalla que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 112/2016, de 20 de junio, expone que «supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores, en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades». Se añade que la Directiva (UE) 2017/541 tipifica en su art. 5 la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, que conforme a su considerando 10, estos delitos «comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población», pero, y esto es un aspecto esencial, exige que conlleve el riesgo, aunque sea meramente abstracto o de aptitud (TEDH, en el asunto Leroy), de que puedan cometerse actos terroristas. Cfr. asimismo, TERUEL LOZANO, G.: «Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial», *Revista de Estudios Jurídicos* n.º 17, 2017, pp. 8 ss. Por otra parte, en la sentencia del caso César Strawberry, STS 4/2017, de 18 de enero, el Tribunal Supremo condenaba basándose en la difusión pública de un mensaje cuyo contenido podría considerarse que humillaba a las víctimas o enaltecía el terrorismo, aunque se había acreditado que no hubo ánimo ofensivo y que los tuits difundidos tenían simplemente un «tono provocador, irónico y sarcástico». Asimismo, en la STS 706/2017, de 27 de octubre, el Tribunal Supremo admitía la condena a un tuitero sin realizar ninguna valoración del efectivo peligro que se hubiera podido producir por la difusión de

delito de autoadoctrinamiento en una progresión delictiva natural y que actos, como la presencia y coordinación en foros informáticos para persuadir a los participantes de que la vía más efectiva para hacer valer sus ideas sería una actuación violenta terrorista, constituirían un adoctrinamiento por medios telemáticos que excederían de lo previsto en el delito de enaltecimiento de terrorismo.

IV. CONCLUSIONES

Como recoge la propia Exposición de Motivos de la reciente *Ley orgánica 1/2019, de 20 de febrero*, reconoce que la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo tiene un alcance más amplio que la propia Resolución 2178(2014) de Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en materia de tipificación de actividades terroristas.

Como ha destacado la doctrina el terrorismo sería ante todo el uso de la violencia como una herramienta política con el objetivo de generar un cambio político o social, sin embargo, no pueden identificarse automáticamente los conceptos de radicalización y terrorismo⁷².

Asimismo, en torno al destacado concepto de «combatiente extranjero» también se habría reconocido⁷³ que podría darse una importante confusión entre el grupo de combatientes extranjeros y otros individuos o grupos de individuos relacionados con el terrorismo, así como se les confundiría con la actuación de individuos denominados «lobos solitarios», que frecuentemente podrían padecer problemas mentales, y que sufrirían un proceso de radicalización mediante la asimilación de mensajes que reciben desde la red, pudiendo en última instancia la propia organización terrorista asumir la autoría, sin haber dirigido realmente la acción terrorista del individuo⁷⁴.

Por otra parte, también en la concepción de delitos de terrorismo debería valorarse la existencia como mínimo (desde el punto de vista del principio de lesividad penal) de un peligro hipotético en el sentido de que los actos sean idóneos

sus mensajes a través de esta red social. Incluso excluía *ratione materiae* del ámbito protegido por la libertad de expresión a «la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión policia, social o cultural», los cuales consideraba que dejan de ser «una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto colaborador de la intolerancia excluyente».

⁷² PEREZ CEPEDA, A.I.: *ul.op. cit.*, p. 192.

⁷³ MARRERO ROCHA, I.: «Los combatientes «terroristas» extranjeros de la Unión Europea a la luz de la Resolución 2178(2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 54, 2016, pp. 555-594; <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.54.04>.

⁷⁴ MARRERO ROCHA, I.: *ul.op. cit.*, JIMÉNEZ GARCÍA, F.: «Combatientes terroristas extranjeros y conflictos armados: utilitarismo inmediato ante fenómenos no resueltos y normas no consensuadas», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2016, Madrid, pp. 277-301 <http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.1.10>.

de crear un grave riesgo para las estructuras fundamentales de un país o de una organización, que sería lo que fundamentaría la gravedad de tales conductas y les conferiría su especial especificidad.

Finalmente, también debería delimitarse adecuadamente la progresión en el proceso de radicalización terrorista y su correspondiente repercusión penal, en el sentido, de delimitar apropiadamente los casos de integración en organización o grupo terrorista de los de colaboración, así como distinguir aquellas formas que sean susceptibles de ser consideradas como «captación», «adiestramiento», «adoc-trinamiento», siempre en el respeto de principios básicos de un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho, como serían el principio de intervención mínima y el principio de culpabilidad, evitando conculcar en última instancia el principio *ne bis in idem*, no pudiendo imponerse una doble sanción penal, cuando el contenido del injusto sea el mismo⁷⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO MARCOS, A.: «Terrorismo, Yihadismo y Crimen Organizado en la Estrategia Global de Seguridad de la Unión Europea», *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, n.º 42, Octubre, 2016.
- DIAZ MATEY, G.; RODRIGUEZ BLANCO, P.: «La Unión Europea y el terrorismo islamista», *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, n.º 39, Octubre, 2015.
- CANCIO MELIÁ, M.: «El concepto jurídico-penal de terrorismo entre la negación y la resignación», en ALONSO RIMO, CUERDA ARNAU, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.F.: «La amenaza terrorista en la Unión Europea: reacción legislativa común y estatal», *Revista Aequitas*, Volumen 2.
- GALÁN MUÑOZ, A.: «¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015», *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, 3.ª Época, n.º 15 (enero de 2016).
- GARCÍA ALBERO, R.: «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Cedesc, Barcelona, 1995.
- GARCÍA RIVAS, N.: «La tipificación “Europea” del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas», en VV.AA., *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Bomarzo, Albacete, 2007.

⁷⁵ GARCIA ALBERO, R.: «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Cedesc, Barcelona, 1995, pág. 24. En una primera concreción suele señalarse que el *non bis in idem* tiene una vertiente sustantiva y otra procesal. Desde el punto de vista material, el principio veta la plural imposición de consecuencias jurídicas sobre una misma infracción. Desde una perspectiva procesal, el *ne bis in idem* determina la imposibilidad de reiterar un nuevo proceso y enjuiciamiento del hecho sobre el que habría recaído sentencia firme o auto de sobreseimiento libre.

- GONZÁLEZ ALONSO, L.N.: «¿Daños jurídicos colaterales?: La invocación del artículo 42.7 del Tratado de la Unión Europea y la lucha contra el terrorismo internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, n.º 32, 2016.
- GONZALEZ CUSSAC, J.L.: «El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas», en GOMEZ COLOMER, GONZALEZ CUSSAC (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- HOLGUIN POLO, J.: «Indicadores transversales en el proceso de radicalización de la segunda generación de inmigrantes de procedencia musulmana en España», *Revista de Derecho penal y Criminología, UNED*, núm. 15, 2014.
- JORDAN, J.: «Políticas de prevención de radicalización violenta en Europa: elementos de interés para España», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología, RECPC* 11-05 (2009).
- LAMARCA PÉREZ, C.: «Legislación penal antiterrorista: análisis crítico y propuestas», *BIBLID* [1138-8552 (2008), 20; 199-214], Azpilcueta. 20, 2008.
- LAMARCA PÉREZ, C.: «Sobre el concepto de terrorismo. A propósito del caso Amedo», *ADPCP*, II, 1993.
- LÓPEZ-JACOISTE, E.: «La Unión Europea ante los combatientes terroristas extranjeros», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 67, 2016.
- MARTINEZ GARNELO Y CALVO, G.K.: «La política exterior de la Unión Europea. Balance del Tratado de Lisboa en materia de prevención de conflictos», *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 33 (2012.1)
- MARRERO ROCHA, I.: «Los combatientes «terroristas» extranjeros de la Unión Europea a la luz de la Resolución 2178(2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 54, 2016, <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.54.04>.
- MENDOZA CALDERÓN, S.: «Medidas contra la radicalización terrorista en la Unión Europea y su persecución penal en España», en PÉREZ CEPEDA (Dir.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MOLINER GONZÁLEZ, J.A.: «La cooperación estructurada permanente como factor de transformación de las estructuras de seguridad y defensa», en VV.AA, *La cooperación estructurada permanente en el marco de la Unión Europea*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011.
- MORAN BLANCO, S.: «La Unión Europea y la creación de un espacio de seguridad y justicia. Visión histórica de la lucha contra el terrorismo internacional en Europa», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 26, 2010.
- NUÑEZ CASTAÑO, E.: *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PÉREZ CEPEDA, A.I.: *El pacto antiyihadista. Criminalización de la radicalización*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2017.
- PÉREZ CEPEDA, A.I.; «La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista», en PORTILLA CONTRERAS, PÉREZ CEPEDA (Dirs.), *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI*, Ratio Legis, Salamanca, 2016.
- TERUEL LOZANO, G.: «Discursos extremos y libertad de expresión: un análisis jurisprudencial», *Revista de Estudios Jurídicos* n.º 17, 2017.

- VILLALBA FERNÁNDEZ, A.: «El Tratado de Lisboa y la política común de seguridad y defensa», en *Panorama estratégico 2009/2010*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Madrid, 2010.
- VERVAELE, J.: «Terrorismo e intercambio de información entre los servicios de inteligencia y las autoridades de investigación judicial en los Estados Unidos y en los Países Bajos: ¿Derecho penal de emergencia?», en Oliveros Alonso, M. (ed.), *Libro en Homenaje al maestro Alvaro Bunster*, Ibijus, México D.F., 2010.
- URREA CORRES, M.: «Una aproximación a la estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea a partir de la respuesta de la Unión y sus Estados al terrorismo internacional», *Cuadernos de Estrategia*, n.º 184, 2017.

ANEXO
MODELO DE PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DELITOS
DE TERRORISMO⁷⁶

EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y en particular su artículo 83, apartado 1,

Vista la propuesta de la Comisión Europea,

Prevía transmisión del proyecto de texto legislativo a los Parlamentos nacionales,

De conformidad con el procedimiento legislativo ordinario

Considerando lo siguiente:

- (1) La Unión se basa en los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Se fundamenta en los principios de la democracia y el Estado de Derecho, que son comunes a los Estados miembros.
- (2) Los actos terroristas constituyen una de las violaciones más graves de los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y el disfrute de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en los que se basa la Unión. También representan uno de los ataques más graves contra la democracia y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros y en los que se fundamenta la Unión.
- (3) La existencia de un marco jurídico común a todos los Estados miembros y, más concretamente, de una definición armonizada de los delitos de terrorismo, sirve como punto de referencia para el intercambio de información y la cooperación entre las autoridades nacionales competentes en virtud de la Decisión marco 2006/960/JAI del Consejo, las Decisiones 2008/615/JAI y 2005/671/JAI del Consejo, el Reglamento (UE) n.º 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y las Decisiones marco 2002/584/JAI y 2002/465/JAI del Consejo.
- (4) La Resolución 1456 (2003) del Consejo de Seguridad establece que los Estados deben garantizar que las medidas que se adopten para combatir el terrorismo cumplan con todas sus obligaciones en virtud del Derecho internacional y

⁷⁶ La presente propuesta se ha realizado en el marco del análisis llevado a cabo por los componentes del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad, «*El terrorismo en la actualidad. Un nuevo enfoque político criminal*», Referencia DER2015-64983-R, de la Universidad de Salamanca, cuya investigadora principal es la Prof^a. Dra. Ana Pérez Cepeda. Redacción de la propuesta de Directiva: Prof. Dra. Silvia Mendoza Calderón. Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla (en consonancia con lo sostenido en la propuesta de Convención internacional del citado Proyecto de Investigación).

que deben adoptar medidas de conformidad con el Derecho Internacional, en particular, con las normas internacionales de derechos humanos, derechos de los refugiados y el Derecho humanitario; así como las Resoluciones 2195 (2014) y la 2178 (2014), de 24 de diciembre, en la que se enumeran las medidas preventivas basadas en el control de los desplazamientos internacionales para prevenir la circulación de terroristas, mediante el intercambio de información y la cooperación.

- (5) Además, el carácter transfronterizo del terrorismo exige una firme y coordinada respuesta y una firme cooperación en y entre los Estados miembros así como con y entre las agencias y órganos competentes de la Unión para combatir el terrorismo, entre otros Eurojust y Europol. A tal fin, se debe hacer un uso eficaz de las herramientas y recursos de cooperación disponibles, como los equipos conjuntos de investigación y las reuniones de coordinación organizadas por Eurojust. El carácter mundial del terrorismo requiere una respuesta internacional, lo que exige que la Unión y sus Estados miembros refuercen la cooperación con los terceros países pertinentes. La respuesta firme y coordinada y la cooperación firme son también necesarias para proteger y obtener pruebas electrónicas.
- (6) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo n.º 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al TUE y al TFUE, y sin perjuicio del artículo 4 de dicho Protocolo, dichos Estados miembros no participan en la adopción de la presente Directiva y no quedan vinculados por la misma ni sujetos a su aplicación.
- (7) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo n.º 22 sobre la posición de Dinamarca anejo al TUE y al TFUE, Dinamarca no participa en la adopción de la presente Directiva y no queda vinculada por la misma ni sujeta a su aplicación.
- (8) La presente Directiva debe, por lo tanto, sustituir a la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017.

HAN ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

TÍTULO I OBJETO Y DEFINICIONES

Artículo 1

Objeto

La presente Directiva establece normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones en el ámbito de los delitos de terrorismo, así como medidas de protección, apoyo y asistencia a las víctimas del terrorismo.

Artículo 2

Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- 1) «**fondos**»: bienes de cualquier tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, con independencia de cómo se hayan obtenido, y los documentos o instrumentos legales, sea cual fuere su forma, incluida la forma electrónica o digital, que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos bienes, incluidos, sin que la enumeración sea exhaustiva, créditos bancarios, cheques de viaje, cheques bancarios, giros, acciones, títulos, obligaciones, letras de cambio y cartas de crédito;
- 2) «**persona jurídica**»: cualquier entidad que tenga personalidad jurídica con arreglo al Derecho aplicable, con excepción de los Estados u otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas;
- 3) «**acto de terrorismo**»: comete acto terrorista internacional el que, perteneciendo a una organización o grupo criminal, realice actos violentos **de manera indiscriminada y habitual** contra las personas (vida, integridad física, libertad...), siempre que por su naturaleza o contexto puedan lesionar gravemente un país u organización internacional, mediante la causación de un estado de terror en la población en general, en uno de sus grupos o en determinadas personas, con una finalidad política: desestabilizar o destruir gravemente las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional, obligando a un Gobierno o a una organización internacional a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto.
- 4) «**Organización o grupo terrorista**»: aquel conjunto de personas, organización armada o estatal que utiliza la violencia indiscriminada y habitual contra la población civil, causando un estado de terror, para conseguir un fin político nacional o internacional.

TÍTULO II DELITOS DE TERRORISMO

Artículo 3

Delitos de terrorismo

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los siguientes actos intencionados, tipificados como delitos con arreglo al Derecho nacional, que, por su naturaleza o contexto, pueden perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional, se tipifiquen como delitos de terrorismo cuando se cometan con uno de los fines enumerados en el apartado 2:

- a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte;
 - b) atentados contra la integridad física de una persona;
 - c) el secuestro o la toma de rehenes;
 - d) destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos incluidos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;
 - e) el apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías;
 - f) la fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivos o armas de fuego, armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares inclusive, así como la investigación y el desarrollo de armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares;
 - g) la liberación de sustancias peligrosas, o la provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;
 - h) la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;
 - i) la interferencia ilegal en los sistemas de información a tenor del artículo 4 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 3 o apartado 4, letras b) o c), y la interferencia ilegal en los datos a tenor de su artículo 5, en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 4, letra c);
 - j) la amenaza de cometer cualquiera de los actos enumerados en las letras a) a i).
2. Los fines a que se refiere el apartado 1 serían:
 - a) desestabilizar gravemente las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.
 - b) o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.
 3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, la tentativa de cometer los delitos enunciados en el párrafo primero, así como los actos que constituyan una incitación o instigación a otra persona para cometer cualquiera de los actos descritos en el artículo 3.1.
 4. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito de terrorismo, cuando se cometa intencionadamente, la conducta de aquel sujeto que perteneciendo a una organización criminal o grupo criminal, lo ejecute por sí mismo, conjuntamente, con propósito común, o por medio de un instrumento del que se sirva, siempre que sea intencional.

5. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito de terrorismo, cuando se cometa intencionadamente, los actos de quienes contribuyan, intencionalmente, con actos necesarios y no necesarios a la comisión de los delitos enunciados en el párrafo primero. En concreto, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de aportar o recaudar fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con ánimo de que se utilicen o con conocimiento de que se vayan a utilizar, a los fines de la comisión de cualquiera de los delitos descritos en el párrafo primero.
6. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito de terrorismo, cuando se cometa intencionadamente, la conducta del que, perteneciendo a una organización criminal o grupo criminal, dirige u organice los actos descritos en el párrafo primero.

Artículo 4

Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, cuando dichos delitos sean cometidos en favor de aquellas por cualquier persona que actúe de forma individual o como parte de un órgano de la persona jurídica y que tenga un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en:
 - a) poder de representación de la persona jurídica;
 - b) la autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica;
 - c) la autoridad para ejercer el control de dicha persona jurídica.
2. Asimismo, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de vigilancia o control por parte de alguna de las personas a que se refiere el apartado 1 del presente artículo haya posibilitado la comisión, en favor de la persona jurídica, de cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3 por parte de una persona sometida a su autoridad.
3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo se entenderá sin perjuicio de la incoación de acciones penales contra las personas físicas que sean autoras, inductoras o cómplices de cualquiera de los delitos enumerados en el art.3.

Artículo 5

Sanciones a las personas físicas

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los delitos enumerados en el art.3 sean castigados con sanciones penales eficaces,

proporcionadas y disuasorias, que podrán tener como consecuencia la entrega o la extradición.

Artículo 6

Circunstancia atenuantes

Los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar que las penas mencionadas puedan reducirse si el responsable criminal:

- a) abandona la actividad terrorista, y
- b) proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que estas no hubieran podido obtener de otra forma, y, con ello, les ayude a:
 - i) impedir que se cometa el delito o atenuar sus efectos,
 - ii) identificar o procesar a los otros responsables criminales,
 - iii) encontrar pruebas, o
 - iv) impedir que se cometan otros delitos indicados en el art.3.

Artículo 7

Sanciones a las personas jurídicas

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que toda persona jurídica que sea declarada responsable en virtud del artículo 4 sea castigada con sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, entre las que se incluirán las multas de carácter penal o no penal y entre las que se podrán incluir otras sanciones como las indicadas a continuación:

- a) inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas;
- b) prohibición temporal o definitiva del ejercicio de actividades comerciales;
- c) intervención judicial;
- d) disolución judicial de la persona jurídica;
- e) cierre temporal o definitivo de los establecimientos que se hayan utilizado para la comisión del delito.

TITULO III DISPOSICIONES GENERALES RELATIVAS A LOS DELITOS DE TERRORISMO

Artículo 8

Jurisdicción y enjuiciamiento

1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enumerados en el artículo 3 cuando:

- a) el delito se haya cometido total o parcialmente en su territorio;
- b) el delito se haya cometido a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave matriculada en él;
- c) el responsable criminal sea uno de sus nacionales o residentes;
- d) el delito se haya cometido en favor de una persona jurídica establecida en su territorio;
- e) el delito se haya cometido contra sus instituciones o ciudadanos, o contra una institución, órgano u organismo de la Unión que tenga su sede en él.

Cada Estado miembro podrá ampliar su jurisdicción cuando el delito se haya cometido en el territorio de otro Estado miembro.

2. Cuando un delito sea de la jurisdicción de más de un Estado miembro y cualquiera de los Estados miembros de que se trate pueda legítimamente emprender acciones judiciales por los mismos hechos, los Estados miembros de que se trate cooperarán para decidir cuál de ellos enjuiciará a los responsables criminales, con el fin de centralizar el proceso, en la medida de lo posible, en un solo Estado miembro. A tal efecto, los Estados miembros podrán recurrir a Eurojust con el fin de facilitar la cooperación entre sus autoridades judiciales y la coordinación de sus actuaciones.

Se tendrán en cuenta los siguientes elementos:

- a) que el Estado miembro sea aquel en cuyo territorio se hayan cometido los delitos;
 - b) que el Estado miembro sea el de la nacionalidad o residencia del responsable criminal;
 - c) que el Estado miembro sea el país de origen de las víctimas;
 - d) que el Estado miembro sea aquel en cuyo territorio se haya localizado al responsable criminal.
3. Todo Estado miembro que deniegue la entrega o extradición a otro Estado miembro o a un tercer país de una persona sospechosa o condenada por cualquiera de los delitos enumerados en el art. 3 adoptará las medidas necesarias para establecer también su jurisdicción respecto de tales delitos.
4. El presente artículo no excluye el ejercicio de la jurisdicción en materia penal establecida en un Estado miembro con arreglo a su Derecho nacional.

Artículo 9

Instrumentos de investigación y decomisos

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas, unidades y servicios encargados de la investigación o del enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo 3 dispongan de instrumentos de investigación eficaces, tales como los que se utilizan contra la delincuencia organizada u otros casos de delincuencia grave.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sus autoridades competentes embarguen o decomisen, según proceda, de conformidad con la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo el producto derivado de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en la presente Directiva y los instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados para tal comisión o contribución.

Artículo 10

Derechos y libertades fundamentales

1. La presente Directiva no tendrá por efecto la modificación de las obligaciones de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del TUE.
2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que en todo caso, sólo por ley y con carácter temporal podrán limitarse los derechos de las personas investigadas por delitos de terrorismo. La incomunicación del detenido requerirá resolución judicial motivada y deberá realizarse sin perjuicio del derecho de defensa, del derecho a ser reconocido por un médico forense, del derecho a ser asistido de un intérprete y a ser comunicada la detención a sus familiares.
3. Los Estados miembros podrán establecer condiciones exigidas por y en consonancia con los principios fundamentales relativos a la libertad de prensa y otros medios de comunicación, por las que se rijan los derechos y las obligaciones y las garantías procesales de la prensa u otros medios de comunicación, cuando tales condiciones se refieran a la determinación o a limitación de la responsabilidad.

TÍTULO IV DISPOSICIONES SOBRE PROTECCIÓN, APOYO Y DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

Artículo 11

Asistencia y apoyo a las víctimas del terrorismo

1. Los Estados miembros garantizarán que la investigación o el enjuiciamiento de los delitos a que se refiere la presente Directiva no dependan de la denuncia o acusación por una víctima del terrorismo u otra persona afectada por él, al menos si los hechos se cometieron en su propio territorio.
2. Los Estados miembros garantizarán que existan servicios de apoyo que respondan a las necesidades específicas de las víctimas del terrorismo de conformidad con la Directiva 2012/29/UE, y que dichos servicios estén a disposición de las víctimas del terrorismo inmediatamente después del atentado terrorista y

- durante el tiempo que sea necesario. Tales servicios se prestarán además, o como parte integrante, de los servicios generales de apoyo a las víctimas, los cuales podrán recurrir a los organismos existentes de apoyo especializado.
3. Los servicios de apoyo tendrán la capacidad de prestar asistencia y apoyo a las víctimas del terrorismo en función de sus necesidades específicas. Dichos servicios serán confidenciales, gratuitos y de fácil acceso para todas las víctimas del terrorismo y comprenderán, en particular:
 - a) apoyo emocional y psicológico, como, por ejemplo, apoyo y asesoramiento en casos traumáticos;
 - b) información y asesoramiento sobre cualquier asunto jurídico, práctico o financiero pertinente, incluida la facilitación del ejercicio del derecho de las víctimas del terrorismo a la información;
 - c) asistencia en lo que respecta a las solicitudes de indemnización a las víctimas del terrorismo en virtud del Derecho nacional del Estado miembro afectado.
 4. Los Estados miembros garantizarán que existan unos mecanismos o protocolos que permitan la activación de los servicios de apoyo a las víctimas del terrorismo en el marco de sus infraestructuras nacionales de respuesta en casos de emergencia. Dichos mecanismos o protocolos preverán la coordinación de las autoridades, agencias y órganos correspondientes con el fin de poder dar una respuesta global a las necesidades de las víctimas y de sus familiares inmediatamente después del atentado terrorista y durante el tiempo que sea necesario, incluyendo la provisión de medios adecuados para facilitar la identificación de las víctimas y la comunicación a estas y a sus familiares.
 5. Los Estados miembros garantizarán que se preste tratamiento médico adecuado a las víctimas del terrorismo, inmediatamente después del atentado terrorista y durante el tiempo que sea necesario con posterioridad. Los Estados miembros mantendrán el derecho a organizar la prestación de tratamiento médico a las víctimas del terrorismo con arreglo a sus respectivos sistemas de atención sanitaria.
 6. Los Estados miembros garantizarán a las víctimas del terrorismo el acceso a asistencia jurídica de conformidad con el artículo 13 de la Directiva 2012/29/UE, cuando tengan el estatuto de parte en el proceso penal. Los Estados miembros garantizarán que la gravedad y las circunstancias de la infracción penal queden correctamente reflejadas en las condiciones y normas procesales en virtud de las cuales las víctimas del terrorismo tengan acceso a asistencia jurídica conforme al Derecho nacional.
 7. La presente Directiva se aplicará con carácter adicional a las medidas establecidas en la Directiva 2012/29/UE y sin perjuicio de estas.

*Artículo 12***Protección de las víctimas del terrorismo**

Los Estados miembros garantizarán que se disponga de medidas para la protección de las víctimas del terrorismo y de sus familiares, con arreglo a la Directiva 2012/29/UE. Al determinar si, y en qué medida, las víctimas del terrorismo y sus familiares deben beneficiarse de medidas de protección en el transcurso de un proceso penal, se prestará especial atención al riesgo de intimidación y de represalias, así como a la necesidad de proteger la dignidad y la integridad física de las víctimas del terrorismo, inclusive durante el interrogatorio y cuando presten declaración.

*Artículo 13***Derechos de las víctimas del terrorismo residentes en otro Estado miembro**

1. Los Estados miembros garantizarán que las víctimas del terrorismo residentes en un Estado miembro distinto de aquel en el que se cometió el delito de terrorismo tengan acceso a información sobre sus derechos y a los servicios de apoyo y los sistemas de indemnización disponibles en el Estado miembro en el que se cometió. En este sentido, los Estados miembros de que se trate adoptarán las medidas necesarias para promover la cooperación entre sus autoridades competentes u organismos apoyo especializado, con el fin de garantizar el acceso efectivo de las víctimas de terrorismo a dicha información.
2. Los Estados miembros garantizarán que todas las víctimas del terrorismo tengan acceso a los servicios de asistencia y apoyo establecidos, en el territorio de su Estado miembro de residencia, aun cuando el delito de terrorismo se haya cometido en otro Estado miembro.

TITULO V
DISPOSICIONES FINALES

*Artículo 14***Transposición**

1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar... Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, estas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales medidas de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 15

Entrada en vigor

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

Artículo 16

Destinatarios

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros de conformidad con los Tratados.

Hecho en Estrasburgo,

MODELO DE PROPUESTA DE CONVENCION UNIVERSAL SOBRE LOS DELITOS DE TERRORISMO Y SU PERSECUCION¹

BEATRIZ GARCÍA SÁNCHEZ

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos (España)

RESUMEN

Esta contribución trata de ofrecer una propuesta de Convenio General/Universal sobre terrorismo como alternativa a la existente hasta la fecha de 1996, contenida en la Resolución de la Asamblea General 51/210, de 17 de diciembre de 1996. El borrador de Convención aquí propuesto parte de un determinado concepto de terrorismo internacional, restrictivo debido a que se intenta conjugar y respetar los principios que deben regir el Derecho penal en la actualidad con determinados criterios de política criminal. A su vez, una Propuesta de Convención Universal tiene que ser respetuosa, como es algo obvio pero que conviene recordar y reafirmar, con los derechos fundamentales de los individuos. Este trabajo parte de la idea de la necesaria adopción de un Convenio General sobre el delito de terrorismo pues, efectivamente, la pluralidad de instrumentos internacionales y regionales sobre el mencionado crimen y la disparidad que hay entre ellos sobre el concepto del mismo, hace que sea poco efectiva y eficaz la lucha contra el terrorismo que en la actualidad padecemos. De ahí, que hay que revisar las normas penales e internacionales para que la lucha contra la impunidad sea una realidad y, a su vez, respetuosa con los principios de derecho penal internacional.

Palabras claves: *Terrorismo; cooperación jurídica internacional; derechos fundamentales.*

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, «*El terrorismo en la actualidad. Un nuevo enfoque político criminal*», Referencia DER2015-64983-R, 2016/2018, de la Universidad de Salamanca, cuya Investigadora Principal es Dña. Ana Isabel Pérez Cepeda.

ABSTRACT

This contribution seeks to offer a proposal for a General/Universal Convention on terrorism as an alternative to the one existing to date in 1996, contained in General Assembly Resolution 51/210 of 17 December 1996. The draft Convention proposed here is based on a certain concept of international terrorism, which is restrictive because it tries to combine and respect the principles that should govern criminal law today with certain criteria of criminal policy. At the same time, a Proposal for a Universal Convention must be respectful of the fundamental rights of individuals, of course, but it should be remembered and reaffirmed. This work is based on the idea of the need to adopt a General Convention on terrorist offence. In fact, due to the plurality of international and regional instruments and different views on this concept, the fight against terrorism that affects us today is likely to lack effectiveness and efficiency. Hence, criminal and international standards must be checked so that the fight against impunity becomes a reality and, in turn, in compliance with the principles of international criminal law.

Keywords: *Terrorism; international legal cooperation; fundamental rights.*

PREÁMBULO

RECORDANDO LOS CONVENIOS INTERNACIONALES que desde finales del siglo pasado han sido acordados desde Naciones Unidas, que intentan reprimir ciertos actos que se consideran de especial gravedad, en particular el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963; el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971; la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, adoptada en Nueva York el 14 de diciembre de 1973; la Convención internacional contra la toma de rehenes, adoptada en Nueva York el 17 de diciembre de 1979; la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, adoptada en Viena el 26 de octubre de 1979; el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988; el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988; el Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, hecho en Montreal el 1 de marzo de 1991; el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos

con bombas, adoptado en Nueva York el 15 de diciembre de 1997; el Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, adoptado en Nueva York el 9 de diciembre de 1999; el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, adoptado en Nueva York el 13 de abril de 2005; las Enmiendas a la Convención sobre la protección física de los materiales nucleares, adoptada en Viena el 8 de julio de 2005; el Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Londres el 14 de octubre de 2005, donde se utiliza el término terrorismo; el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Londres el 14 de octubre de 2005; El Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional de 2010; y, finalmente las negociaciones que se están llevando a cabo para la aprobación del Proyecto de Convenio general sobre terrorismo internacional creado por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 51/210, de 17 de diciembre de 1996, los acuerdos acordados hasta la fecha sobre los distintos puntos regulados en tal Proyecto y los acontecimientos en torno al fenómeno acaecidos hasta el momento, interpretados en consonancia con los derechos fundamentales contenidos en el art. 1 del Pacto Internacional sobre derechos humanos de las Naciones Unidas de 1966, o en la Resolución 2625 de la Asamblea General, sobre la libre determinación de los pueblos y el derecho a la no opresión,

Teniendo en cuenta el ya consolidado **Derecho Internacional Humanitario** que regula el *ius ad bellum* y el *ius in bellum*, que regulan los crímenes de guerra cuando de conflictos armados tanto nacionales como internacionales se trata, a diferencia de los crímenes de terrorismo que dan lugar a la aplicación de otra legislación sobre los mismos delitos, y por tanto, hace necesario reservar estos últimos a situaciones de conflicto en tiempos de paz, y cuando se utilice la violencia indiscriminada contra personas o grupo de personas que sea de tal entidad que pueda lesionar gravemente a un país u organización internacional,

Recordando las declaraciones contenidas en las distintas **Resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la ONU**, desde 1972, en particular, la Resolución **49/60** de 1994 de la Asamblea General, de 9 de diciembre, sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, que dio lugar en 1996 a crear el Comité Especial de la Asamblea sobre terrorismo y según la cual «los actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas son injustificables en todas las circunstancias cualesquiera sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos»; la Declaración complementaria de la Declaración de 1994, sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional, que figura en el anexo de la resolución **51/210** de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1996; La Resolución **60/158** de la Asamblea General, de 16 de

diciembre de 2005, sobre la Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales como límites en la lucha contra el Terrorismo,

Por su parte, reafirmando también las **Resoluciones del Consejo de Seguridad en materia de Terrorismo**, tales como la Resolución del Consejo de Seguridad 1269 (1999), que estableció su disposición en «adoptar las medidas necesarias, de conformidad con la responsabilidad que le incumbe en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, para hacer frente a las amenazas terroristas contra la paz y la seguridad internacionales», incluida el uso de la fuerza armada y la legítima defensa; también la 1373 (2001), que afirmaba que «esos actos, al igual que cualquier acto de terrorismo internacional, constituyen una amenaza para la paz y seguridad internacionales», por ello se propone combatirlo tanto con medidas represivas como preventivas, exigiendo que se tipifiquen como delito la provisión o recaudación de fondos para perpetrar actos terroristas, y el reclutamiento, estableciendo, a partir de entonces el Comité contra el terrorismo que ha controlado la adopción de tales medidas por parte de los Estados; la Resolución 1535, la 1540(2004), la 1566, la 1624 (2005), en la que se condena todo acto de terrorismo así como la incitación o inducción de cometerlos y la captación de terroristas, incluso a través de internet, e insta a todos los Estados a la adopción de medidas necesarias y adecuadas para prohibir la incitación a cometer actos terroristas; la Resolución del Consejo 2170 (2014) sobre la condena de ataques por parte del EIIL y Al-Qaida, en Siria e Iraq recuerda que «los ataques generalizados o sistemáticos dirigidos contra cualquier población civil a causa de su origen étnico o político, su religión o sus creencias pueden constituir un crimen de lesa humanidad, pone de relieve la necesidad (...)» de que los grupos atacantes rindan cuentas de los abusos contra los derechos humanos y las violaciones del Derecho Internacional humanitario, expresa asimismo la preocupación por las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, en particular, internet con fines de reclutamiento e incitación para la comisión de actos delictivos, pero se establece a su vez la necesidad de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales; la Resolución 2178 (2014), referente a la preocupación por el castigo a la incitación a cometer actos terroristas motivados por el extremismo y la intolerancia, así como las amenaza que presentan los combatientes extranjeros, con lo que incluye la prevención de la radicalización y el reclutamiento como medidas para evitar tales actos,

Teniendo en cuenta, además, la declaración Presidencial del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (PRST/2010/19), según la cual «el terrorismo no será derrotado si solamente se aplica fuerza militar, medidas para el cumplimiento obligatorio de las leyes y operaciones de inteligencia, sino que existe necesidad de abordar las condiciones conducentes a la propagación del terrorismo, por ello se elaboran estrategias contra el terrorismo y se revisan», en Discurso del Presidente del 66º Periodo de Sesiones de la Asamblea General, Nassair Abdulaziz Al-Nasser; también en el tercer examen bienal de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, de 28 de junio de 2012, donde se afirma que «Sólo a través de una fuerte voluntad

política, su ejecución y plasmación, podemos conseguir nuestras esperanzas en un mundo libre de terrorismo (...). Esto requiere de esfuerzos multinacionales que van más allá de los enfoques locales y tradicionales. Ninguna Nación, por sí sola, no importa lo poderosa que sea, puede prevenir el cumplimiento de cualquier amenaza» (...); y según el Informe del Secretario General de Naciones Unidas en dicho Discurso «sólo enmarcando la lucha antiterrorista dentro del Estado de derecho podremos salvaguardar las normas de valor internacional que proscriban el terrorismo, atenuar las condiciones capaces de generar ciclos de violencia terrorista y mitigar los agravios y el resentimiento que pueden favorecer la captación de terroristas. Si transigiéramos con la protección de los Derechos humanos brindaríamos a los terroristas una victoria que no pueden lograr por sí solos»; la Resolución 1456 (2003) del Consejo de Seguridad «Los Estados deben garantizar que las medidas que se adopten para combatir el terrorismo cumplan con todas sus obligaciones en virtud del Derecho internacional y que deben adoptar medidas de conformidad con el Derecho Internacional, en particular, con las normas internacionales de derechos humanos, derechos de los refugiados y el Derecho humanitario»; Resoluciones 2195 (2014) y la 2178 (2014), de 24 de diciembre, en la que se enumeran las medidas preventivas basadas en el control de los desplazamientos internacionales para prevenir la circulación de terroristas, mediante el intercambio de información y la cooperación.

De conformidad con la Estrategia Global contra el terrorismo de Naciones Unidas, basadas en las recomendaciones del Secretario General presentadas el 2 de mayo de 2006 en un Informe ante la Asamblea General, recogida en la Resolución de la Asamblea General 60/288 (2006), A/RES/60/288, según la cual los Estados Miembros deben hacer todo lo posible para poner fin a las causas o condiciones que han ayudado a la difusión del terrorismo: la ocupación extranjera, la opresión, la pobreza, los conflictos prolongados sin resolver, la discriminación, las infracciones de derechos humanos, la exclusión política, la marginación socioeconómica y la falta de buena gobernanza, las ideologías extremistas, promoviendo para prevenir el terrorismo el crecimiento económico sostenido, el desarrollo sostenido, la prosperidad mundial, la buena gobernanza, los derechos humanos para todos, promover una cultura de paz, justicia y tolerancia y el entendimiento entre civilizaciones, culturas, pueblos y religiones, según los parámetros marcados en la Resolución de la Asamblea General 60/158 (2005) y el imperio de la ley, mejorar la comprensión intercultural y asegurar el respeto de todas las religiones, valores religiosos, creencias o culturas, ello junto a medidas para reprimir y prevenir los actos terroristas en la que se intensifique la cooperación jurídica internacional,

Teniendo en cuenta los distintos exámenes de actualización de la Estrategia llevados a cabo por la Asamblea, el primero de septiembre de 2008, seguidamente de los emitidos en septiembre de 2010; en junio de 2012; en 2014 mediante la Resolución de la Asamblea (A/RES/68/276), de 24 de junio de 2014, en donde se reitera la importancia, que en la lucha contra el terrorismo, se debe otorgar al

respeto de las obligaciones del Derecho Internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas, el derecho de los derechos humanos, en especial el derecho a la privacidad en el contexto incluso de las comunicaciones digitales y el Derecho Internacional Humanitario, mostrando la preocupación por los nuevos fenómenos conectados con los actos terroristas, tales como la figura del lobo solitario, el uso de internet por las organizaciones criminales, para la captación, adoctrinamiento, el reclutamiento, el extremismo violento..., y Resolución 68/127 de la Asamblea titulada Un mundo contra la violencia y el extremismo violento, (en la misma línea que las Resoluciones del Consejo de Seguridad 2170 (2014) y 2178 (2014), donde se manifiesta su preocupación por el extremismo violento); y, finalmente en el quinto examen de revisión de la Estrategia Global realizada por la Asamblea en julio de 2016, en la que se emite la Resolución A/70. L50, donde muestra su preocupación por el extremismo violento, las causas de éste y las medidas en todos los ámbitos a adoptar para prevenirlo, la necesidad del papel de las mujeres para contrarrestar el terrorismo y prevención de la utilización indebida de la condición de refugiado,

Recordando que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 mediante la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, proclama en su artículo 28 que toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en la misma se hagan plenamente efectivos, y entre tales derechos se reconoce el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante un tribunal competente que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales (artículo 8),

Profundamente preocupados por la intensificación en el mundo de los actos de terrorismo, que ponen en peligro vidas humanas inocentes o causan su pérdida, y las estructuras fundamentales de los Estados de Derecho y Democráticos, y de las relaciones de amistad entre los Estados y los pueblos, amenazando la integridad territorial y seguridad de los Estados que comprometen las libertades fundamentales y atentan gravemente contra la dignidad del ser humano, socavando las bases democráticas de la sociedad,

Reconociendo que los actos, métodos y prácticas terroristas constituyen una grave infracción de los propósitos y principios de las Naciones Unidas y pueden representar una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, obstaculizando la cooperación internacional,

Reconociendo también que la financiación o la instigación de actos terroristas son también contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas y que es deber de los Estados Partes someter a la acción de la justicia a quienes hayan participado en tales actos,

Convencidos de que la represión de los actos de terrorismo internacional, incluidos aquellos en que hay Estados directa o indirectamente involucrados, es

fundamental para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y la soberanía e integridad territorial de los Estados,

Observando que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, firmada en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, no sirven de fundamento para proteger a los autores de actos terroristas, y destacando la importancia de que las partes en esos instrumentos cumplan plenamente las obligaciones que en ellos se enuncian, en particular el principio de no devolución,

Teniendo presente la necesidad de respetar los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en la lucha contra el terrorismo,

Siendo conscientes de la necesidad de un Convenio general sobre el terrorismo internacional,

Han resuelto tomar medidas eficaces para prevenir los actos de terrorismo y acordar la extradición o el enjuiciamiento de los autores de esos actos para que no puedan sustraerse a su procesamiento y castigo y, con tal fin, las partes contratantes acuerdan:

Artículo 1. DEFINICIÓN DE ACTO TERRORISMO

1. Comete acto terrorista internacional el que, perteneciendo a una organización o grupo criminal, realice actos violentos **de manera indiscriminada y habitual** contra las personas (vida, integridad física, libertad...), siempre que por su naturaleza o contexto puedan lesionar gravemente un país u organización internacional, mediante la causación de un estado de terror en la población en general, en uno de sus grupos o en determinadas personas, con una finalidad política: desestabilizar o destruir gravemente las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional, obligando a un Gobierno o a una organización internacional a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto.
2. También constituirá delito conforme a esta Convención la tentativa de cometer los delitos enunciados en el párrafo primero. Y los actos que constituyan una incitación o instigación a otra persona para cometer cualquiera de los actos descritos en el artículo 1.
3. Serán castigado como autor de un delito de terrorismo, aquel sujeto que perteneciendo a una organización criminal o grupo criminal, lo ejecute por sí mismo, conjuntamente, con propósito común, o por medio de un instrumento del que se sirva, siempre que sea intencional.
4. También serán castigados como partícipes en los actos terroristas los que contribuyan, intencionalmente, con actos necesarios y no necesarios a la comisión de los delitos enunciados en el párrafo primero. En concreto, el hecho de aportar o recaudar fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con ánimo de que se utilicen o con conocimiento de que se vayan

a utilizar, a los fines de la comisión de cualquiera de los delitos descritos en el párrafo primero. Será castigado también la inducción a cometer actos de terrorismo.

5. También cometerá el delito de terrorismo el que, perteneciendo a una organización criminal o grupo criminal, dirija u organice los actos descritos en el párrafo primero.
6. Los actos de las fuerzas armadas y militares de un Estado o aquellas fuerzas que dominan la parte del territorio de un Estado o que controlen o dirijan las acciones de grupos armados, que sin pertenecer a las fuerzas armadas de un Estado pero respondiendo a éste, ordenen, permitan o participen en los delitos del párrafo primero en tiempos de paz estarán sujetas a la presente Convención.

Artículo 2. A LOS FINES DEL PRESENTE CONVENIO. DEFINICIONES

Organización o grupo terrorista aquel conjunto de personas, organización armada o estatal que utiliza la violencia indiscriminada y habitual contra la población civil, causando un estado de terror, para conseguir un fin político nacional o internacional.

Artículo 3. PREVALENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a los derechos y obligaciones y responsabilidades de los Estados, los pueblos y las personas con arreglo al derecho internacional, en particular los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional Humanitario, el cual prevalecerá sobre este Convenio.
2. De esta manera, las acciones de las partes implicadas en un conflicto armado interno e internacional, según el Derecho internacional Humanitario, y que se rijan por ese derecho, no estarán sujetas al presente Convenio, ya sean lícitas o ilícitas.
3. Toda persona que se encuentre detenida por los actos descritos en el artículo 1 del presente Convenio o respecto de la cual se sospeche que ha cometido uno de esos actos, gozará de un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y con las disposiciones pertinentes del Derecho internacional, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y, en particular, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

4. Cuando sea aplicable el presente Convenio y un Tratado donde se regulen delitos de terrorismo, prevalecerá las disposiciones del último Tratado adoptado.

Artículo 4. OBLIGACIONES PARA LOS ESTADOS

Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para:

1. Tipificar con arreglo a su legislación interna los delitos indicados en el artículo 1 del presente Convenio;
2. Investigar, perseguir y juzgar los actos de terrorismo descritos en el artículo 1 de esta convención, siendo incompatible con dicha obligación las amnistías e indultos para dichos delitos.
3. Sancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.
4. Imputar responsabilidad a una entidad jurídica ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación cuando una persona responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, uno de los delitos enunciados en el artículo 1 del presente Convenio. Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa, efectivas, proporcionales y disuasorias. Se incurrirá en esa responsabilidad sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan cometido los delitos.
5. La adopción de legislación interna, para que los actos delictivos comprendidos en el ámbito del presente Convenio no puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar.
6. que no se conceda el estatuto de refugiado a ninguna persona respecto de la cual haya serias razones para estimar que ha cometido un delito enunciado en el artículo 1 del presente Convenio.
7. La Prevención de actos de terrorismo en los distintos ámbitos, penal, social, administrativo..., de conformidad con el respeto de los Derechos Humanos y de los principios constitucionales de los Estados que fundamentan el Derecho y, en particular, el Derecho penal.
8. Cooperar con otros Estados en la prevención, intercambiando información, investigando conjuntamente, a través de Interpol u otras organizaciones internacionales o regionales.

Artículo 5. INMUNIDADES

1. Respecto de los crímenes contenidos en el artículo 1, párrafo primero, la cualidad de funcionario público de un acusado, sea en calidad de Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un Gobierno o Parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que el tribunal correspondiente de un Estado Parte se declare competente.

Artículo 6. IMPRESCRIPTIBILIDAD

Los delitos enumerados en el artículo 1, párrafo primero, no prescriben.

Artículo 7. JURISDICCIÓN PARA ENJUICIAR

1. Cada Estado Parte **adoptará** las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 1 del presente Convenio cuando estos sean cometidos:
 - a) En el territorio de ese Estado; o
 - b) A bordo de un buque que enarbole el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito; o
 - c) Por un nacional de ese Estado. En tales casos, puede renunciar a la jurisdicción y entregarlo a otro Estado, bajo la condición de que le sea devuelto para cumplir la condena que le sea impuesta de resultas del juicio o procedimiento para el cual se pidió su extradición o su entrega.
 - d) En los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con los párrafos 1 o 2 del presente artículo.
2. Un Estado Parte **podrá también establecer** su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos cuando:
 - a) Sea cometido por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado;
 - b) Sea cometido contra un nacional de ese Estado; o
 - c) Sea cometido con el propósito de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto; o
 - d) Sea cometido a bordo de una aeronave que sea explotada por el gobierno de ese Estado.
 - e) en virtud de la justicia universal, también podrá ser juzgado estos actos por cualquier Estado. En tales casos, el Estado o sus órganos judiciales velarán por que la persona que sea objeto de actuaciones penales no quede expuesta a enjuiciamientos o penas múltiples por el mismo acto delictivo cuando las actuaciones penales anteriores u otros procedimientos de imputación de responsabilidad se hayan incoado de buena fe y de acuerdo con las

normas y criterios internacionales. No se considerará que entran dentro del ámbito de la presente Convención los enjuiciamientos ficticios o las penas irrisorias dimanadas de una condena u otras actuaciones de imputación de la responsabilidad. Asimismo, Los Estados reconocerán ejercicio de la jurisdicción universal por parte de otro Estado y reconocerá la sentencia definitiva del órgano judicial nacional ordinario y competente o del órgano judicial internacional competente que ejerza esa jurisdicción de acuerdo con las garantías procesales internacionales.

3. El encausado o condenado por un Estado que ejerza la jurisdicción universal sobre los crímenes del artículo 1 tendrá derecho y legitimación para oponer ante cualquier órgano judicial nacional o internacional la defensa de *non bis in idem* contra un nuevo enjuiciamiento penal.
4. Cada Estado Parte, al ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o adherirse a él, notificará al Secretario General de las Naciones Unidas que ha establecido su jurisdicción de conformidad con su legislación nacional con arreglo al párrafo 2 del presente artículo y notificará inmediatamente al Secretario General los cambios que se produzcan.
5. Cuando dos o más Estados Partes reivindiquen jurisdicción respecto de uno de los delitos enunciados en el artículo 2, los Estados Partes pertinentes procurarán coordinar su acción de manera apropiada, en particular respecto de las condiciones para el procesamiento y de las modalidades de la asistencia judicial recíproca.
6. En todo caso, la competencia para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo deberá corresponder a los tribunales ordinarios de acuerdo con el sistema general legalmente establecido por cada Estado. Quedan prohibidos los tribunales de excepción.

Artículo 8. RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. El Estado Parte que reciba información que indique que en su territorio puede encontrarse el autor o presunto autor de un delito enunciado en el artículo 1 del presente Convenio tomará las medidas que sean necesarias de conformidad con su legislación nacional para investigar los hechos comprendidos en esa información.
2. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente o presunto delincuente, si estima que las circunstancias así lo justifican, tomará las medidas que corresponda conforme a su legislación nacional a fin de asegurar la presencia de esa persona a efectos de su enjuiciamiento o extradición. A estos efectos, toda persona detenida por estos delitos deberá ser puesta a disposición judicial a la mayor brevedad posible y, en todo caso, en un plazo máximo de setenta y dos horas.

3. Sólo por Ley, y con carácter temporal, se podrán limitar los derechos de las personas investigadas por terrorismo.
4. persona respecto de la cual se adopten las medidas mencionadas en el párrafo 2 del presente artículo tendrá derecho a:
 - a) Ponerse sin demora en comunicación con el representante más próximo que corresponda del Estado del que sea nacional o al que competa por otras razones proteger los derechos de esa persona o, si se trata de un apátrida, del Estado en cuyo territorio resida habitualmente;
 - b) Ser visitada por un representante de dicho Estado;
 - c) Ser informada de los derechos previstos en los apartados a) y b) del presente párrafo.
5. Los derechos a que se hace referencia en el párrafo 3 del presente artículo se ejercerán de conformidad con las leyes y los reglamentos del Estado en cuyo territorio se halle el delincuente o presunto delincuente, a condición de que esas leyes y esos reglamentos permitan que se cumpla plenamente el propósito de los derechos indicados en el párrafo 3 del presente artículo. La incomunicación del detenido requerirá, en todo caso, resolución judicial motivada y deberá realizarse sin perjuicio del derecho de defensa, del derecho a ser reconocido por un médico forense, a ser asistido de intérprete y a ser comunicada la detención a sus familiares. Sólo de forma excepcional, y también por resolución judicial motivada, podrá denegarse el derecho a la entrevista privada con su abogado o el acceso a las actuaciones.
6. Lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del presente artículo se entenderá sin perjuicio del derecho de todo Estado Parte que, con arreglo artículo 7 del presente Convenio pueda hacer valer su jurisdicción, a invitar al Comité Internacional de la Cruz Roja a ponerse en comunicación con el presunto delincuente y visitarlo.
7. El Estado Parte que detenga a una persona en virtud del presente artículo notificará inmediatamente la detención y las circunstancias que la justifiquen a los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con el artículo 7 y, si lo considera conveniente, a los demás Estados Partes interesados, directamente o por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas. El Estado que proceda a la investigación prevista en el párrafo 1 del presente artículo informará sin dilación de los resultados de ésta a los Estados Partes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.

Artículo 9. COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL Y ASISTENCIA JUDICIAL

1. Los Estados Partes se prestarán la mayor **asistencia** posible en relación con toda investigación, proceso penal o procedimiento de extradición que se inicie con respecto a los delitos enunciados en el artículo 1 del presente Convenio,

incluso respecto de la obtención de las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder.

2. Los Estados Partes cumplirán las obligaciones que les incumban en virtud del párrafo 1 del presente artículo de conformidad con los tratados u otros acuerdos de asistencia judicial recíproca que existan entre ellos. En ausencia de esos tratados o acuerdos, los Estados Partes se prestarán dicha asistencia de conformidad con su legislación nacional.
3. Cada Estado Parte podrá estudiar la posibilidad de establecer mecanismos para comunicar a otros Estados Partes la información o las pruebas necesarias a fin de establecer la responsabilidad penal, civil o administrativa de las personas jurídicas.

Artículo 10. EXTRADICIÓN

1. A los fines de la extradición o de la asistencia judicial recíproca, ninguno de los delitos enunciados en el artículo 1 del presente Convenio se considerará delito político, delito conexo a un delito político o delito inspirado en motivos políticos. En consecuencia, no podrá rechazarse una solicitud de extradición o de asistencia judicial recíproca formulada en relación con un delito de ese carácter por la única razón de que se refiere a un delito político, un delito conexo a un delito político o un delito inspirado en motivos políticos.
2. No obstante, nada de lo dispuesto en el presente Convenio se interpretará en el sentido de que imponga una obligación de extraditar o de prestar asistencia judicial recíproca si el Estado Parte al que se presenta la solicitud tiene motivos fundados para creer que la solicitud de extradición por los delitos enunciados en el artículo 1 del presente Convenio o de asistencia judicial recíproca en relación con esos delitos se ha formulado con el fin de enjuiciar o castigar a una persona por motivos de raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política, o que el cumplimiento de la solicitud podría perjudicar la situación de esa persona por cualquiera de esos motivos.
3. Los delitos enunciados en el artículo 1 del presente Convenio se considerarán incluidos entre los que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición concertado entre Estados Partes con anterioridad a la entrada en vigor del presente Convenio. Los Estados Partes se comprometen a incluirlos como delitos que dan lugar a extradición en todo tratado sobre la materia que concierten posteriormente entre sí.
4. Los Estados o sus órganos judiciales denegarán las extradiciones solicitadas cuando a la persona requerida se le pueda aplicar una condena de pena de muerte o se la pueda someter a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o cuando pueda presumirse que la persona requerida será sometida a un proceso ficticio en el cual se violarán las garantías procesales

- internacionales y no se brinden seguridades satisfactorias de que ello no ha de ocurrir.
5. Igualmente se denegará la extradición si es presumible que en el Estado requiriente no se respetarán los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales correspondientes.
 6. El Estado que deniegue la extradición en virtud de lo dispuesto en el párrafo anterior o en virtud de cualquier otra norma de Derecho internacional que le autorice para ello enjuiciará al acusado de los crímenes previstos en el artículo 1 o extraditará a otro Estado que lo solicite y en el que no se corran los riesgos mencionados en el párrafo primero y segundo del presente artículo.
 7. Cuando un Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado reciba de otro Estado Parte, con el que no tenga un tratado de extradición, una solicitud de extradición, el Estado requerido podrá, si así lo desea, considerar que el presente Convenio es el fundamento jurídico necesario para la extradición con respecto a los delitos enunciados en el artículo 1. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigidas por la legislación del Estado requerido.
 8. Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos enunciados en el artículo 1 como delitos que dan lugar a extradición entre ellos, con sujeción a las condiciones exigidas por la legislación del Estado requerido.
 9. De ser necesario, a los fines de la extradición entre Estados Partes se considerará que los delitos enunciados en el artículo 1 se han cometido no solo en el lugar en que se perpetraron sino también en el territorio de los Estados que hayan establecido su jurisdicción de conformidad al artículo 7 del presente Convenio.
 10. Las disposiciones de todos los tratados y acuerdos de extradición vigentes entre Estados Partes con respecto a los delitos enunciados en el artículo 1 se considerarán modificadas entre esos Estados Partes en la medida en que sean incompatibles con el presente Convenio.

Artículo 11. TRASLADO DE PERSONAS DETENIDAS O CONDENADAS PARA COOPERAR EN LA INVESTIGACIÓN

1. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en el territorio de un Estado Parte y cuya presencia se solicite en otro Estado Parte para fines de prestar testimonio o de identificación o para que ayude a obtener pruebas para la investigación o el enjuiciamiento de delitos previstos en el presente Convenio podrá ser trasladada si se cumplen las condiciones siguientes:
 - a) La persona da libremente su consentimiento informado; y
 - b) Las autoridades competentes de ambos Estados están de acuerdo, con sujeción a las condiciones que consideren apropiadas.

2. A los efectos del presente artículo:
 - a) El Estado al que sea trasladada la persona estará autorizado y obligado a mantenerla detenida, salvo que el Estado desde el que fue trasladada solicite o autorice otra cosa;
 - b) El Estado al que sea trasladada la persona cumplirá sin dilación su obligación de devolverla al Estado desde el que fue trasladada según convengan de antemano o de otro modo las autoridades competentes de ambos Estados;
 - c) El Estado al que sea trasladada la persona no exigirá al Estado desde el que fue trasladada que inicie un procedimiento de extradición para su devolución;
 - d) Se tendrá en cuenta el tiempo que la persona haya permanecido detenida en el Estado al que fue trasladada a los efectos del cumplimiento de la condena en el Estado desde el que fue trasladada.
3. A menos que el Estado Parte desde el cual se ha de trasladar una persona de conformidad con el presente artículo esté de acuerdo, dicha persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser procesada, detenida ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en el territorio del Estado al que sea trasladada en relación con actos o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado desde el que fue trasladada.

Artículo 12. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

El Estado Parte en el que se entable una acción penal contra el presunto delincuente comunicará, de conformidad con su legislación nacional o sus procedimientos aplicables, el resultado final de esa acción al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá la información a los demás Estados Partes.

Artículo 13. RESPETO DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL (SOBERANÍA AJENA, NO INJERENCIA EN ASUNTOS INTERNOS)

1. Los Estados Partes cumplirán las obligaciones que les incumben en virtud del presente Convenio de manera compatible con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados y de no injerencia en los asuntos internos de otros Estados.
2. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio facultará a un Estado Parte a ejercer su jurisdicción en el territorio de otro Estado Parte ni a realizar en él funciones que estén exclusivamente reservadas a las autoridades de ese otro Estado Parte por su derecho interno vigente.

Artículo 14. INTERPRETACIÓN

1. Las controversias que surjan entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación del presente Convenio y que no puedan resolverse mediante negociaciones dentro de un plazo razonable serán sometidas a arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la petición de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma de organizarlo, cualquiera de ellas podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.
2. Cada Estado, al momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar el presente Convenio o adherirse a él, podrá declarar que no se considera obligado por el párrafo 1 del presente artículo. Los demás Estados Partes no estarán obligados por lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo respecto de ningún Estado Parte que haya formulado esa reserva.
3. El Estado que haya formulado la reserva prevista en el párrafo 2 del presente artículo podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 15. FIRMA Y ENTRADA EN VIGOR

1. El presente Convenio estará abierto a la firma de todos los Estados desde el ____ hasta el ____ en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.
2. El presente Convenio estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
3. El presente Convenio estará abierto a la adhesión de cualquier Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.
4. El presente Convenio entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el vigésimo segundo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.
5. Respecto de cada uno de los Estados que ratifiquen, acepten o aprueben el Convenio o se adhieran a él después de que sea depositado el vigésimo segundo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Convenio entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que ese Estado haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Artículo 16

1. Todo Estado Parte podrá denunciar el presente Convenio mediante notificación por escrito dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.
2. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General de las Naciones Unidas reciba la notificación.

Artículo 17

El original del presente Convenio, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, que enviará copias certificadas de él a todos los Estados.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado el presente Convenio.

Hecho en Nueva York el ____ de _____ de 20 _____.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K.: «Creatividad judicial en el Tribunal Especial para el Líbano. ¿Es el terrorismo un crimen internacional?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, n.º 7, enero 2012.
- BASSIOUNI, M. CH.: *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, 2003, pp. 114-115.
- BROOMHALL, B.: «State Actors in on International Definition of Terrorism from a Human Rights Perspective», *Case Western Reserva Journal of International Law*, vol. 36, 2004, pp. 421-441.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, R.: «El terrorismo de Estado como violación a los derechos humanos. En Especial la intervención de los Agentes Estatales», *Estudios Constitucionales*, Año 13, n.º 2, 2015.
- CASSESE, A.: *Cassese's International Criminal Law*, Third Edition, Oxford University Press, Osford, 2013.
- CONDE PÉREZ, E.: «El concepto jurídico de terrorismo y los problemas relativos a su ausencia en el ámbito de las naciones unidas», en *Terrorismo y legalidad internacional*, Conde Pérez, E., Dykinson, Madrid, 2012.
- DUFFY, H.: *The War on Terror and the Framework of International Law*, 2^a edition, Cambridge University Press, 2015.
- GARCÍA RIVAS, N.: «La tipificación “Europea” del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas», en VV.AA., *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 283-306.
- GÓMEZ, MARTÍN, V.: «Notas para un concepto funcional de terrorismo», en *Terrorismo y Estado de Derecho*, Serrano-Piedecabras, J.R./Demetrio Crespo, E., Iustel, Madrid, 2010.

- KRESS, C., «International Criminal Law», en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2008), disponible en <https://opil.ouplaw.com/home/MPIL>.
- LAMARCA PÉREZ, C.: «Legislación penal antiterrorista: análisis crítico y propuestas», BIBLID [1138-8552 (2008), 20; 199-214], *Azpilcueta*. 20, 2008, 199-214.
- LLOBET ANGLÍ, M.: «Lobos solitarios yihadistas: ¿terroristas, asesinos o creyentes?», en VV.AA., *Nuevas amenazas y desafíos permanentes. El Estado Islámico en el escenario internacional y la regionalización de la seguridad en América Latina*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2016.
- LÓPEZ-JACOISTE, E.: «La Unión Europea ante los combatientes terroristas extranjeros», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 67, 2016, pp. 47-71.
- MARRERO ROCHA, I.: «Los combatientes «terroristas» extranjeros de la Unión Europea a la luz de la Resolución 2178(2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 54, 2016, <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.54.04>.
- NIETO MARTÍN, A.: «Kadi (STJCE de 3 de septiembre de 2008) y sus consecuencias para el Derecho penal del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y el Derecho penal de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 10, 2008. 9; también publicada en *Terrorismo y Estado de Derecho*, Dir. Serrano Piedecosas/Demetrio Crespo, Iustel, Madrid, 2010.
- OLÁSULO, H.: «Ámbito de actuación del Derecho Penal como instrumentos de respuesta al fenómeno del terrorismo internacional y papel de la Corte Penal Internacional y de las jurisdicciones nacionales en su persecución», en *Terrorismo y Estado de Derecho*, Serrano-Piedecosas, J.R/Demetrio Crespo, E., Iustel, Madrid, 2010.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: «El terrorista ante el Derecho penal: por una política criminal intercultural», en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, núm.74, enero-junio 2010.
- PÉREZ CEPEDA, A.I.: *El pacto antiyihadista. Criminalización de la radicalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PÉREZ CEPEDA, A.I.: «Definición del delito de terrorismo como un delito internacional», en *Terrorismo y Estado de Derecho*, Serrano-Piedecosas, J.R/Demetrio Crespo, E., Iustel, Madrid, 2010.
- RUPÉREZ, J.: «Las Naciones Unidas en la lucha contra el Terrorismo. Primer balance», en *Cuadernos de Pensamiento Político*, enero-marzo 2005.
- VACAS HERNÁNDEZ, F.: *El terrorismo como crimen internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- VILLEGAS, M.: «Contribuciones para un concepto de terrorismo en el derecho penal chileno», *Política Criminal*, vol. 11, n.º 21, julio 2016, pp. 140-172, http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_21/Vol11N21A6.pdf.
- VV.AA.: *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político-criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- VV.AA.: *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y COMPLIANCE PENAL

DINO CARLOS CARO CORIA^{1*}

*Profesor de Derecho Penal Económico y Compliance en la Universidad de Lima y
en la Universidad del Pacífico (Perú).*

RESUMEN

¿Es posible analizar el *compliance* desde la teoría del delito? La respuesta no es tan obvia si se tiene en cuenta que en el *common law*, para la regulación (FCPA, UKBA y UKCFA) y la literatura, los programas de prevención pueden fundamentar un descargo de la responsabilidad penal de la persona jurídica («*it is a defence*») que debe ser probado por la defensa conforme a criterios periciales y, en especial, en base a las guías e instructivos desarrollados por las autoridades sobre el contenido mínimo y alcances de éstos, lo que convierte la decisión de imputar o no a la empresa en el resultado de un análisis principalmente de tipo «*check list*». El *compliance*, llevado al *civil law*, implica la importación de una categoría anglosajona que no tiene correlato directo en la teoría del delito, y menos la que se pueda crear o aceptar para imputar responsabilidad a una corporación, por ello sigue abierto el debate sobre su encajamiento a nivel del tipo o de la culpabilidad colectiva, en ambos casos no exento de críticas a la luz de las categorías dogmáticas imperantes. Frente a este panorama, acá se defienden tres cosas, en primer término que el *compliance*

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Estancias de investigación postdoctorales en el Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht de Freiburg im Breisgau/Alemania. Profesor de Derecho Penal en Pontificia Universidad Católica del Perú (1995-2018). Profesor de Derecho Penal Económico y *Compliance* en la Universidad de Lima y la Universidad del Pacífico. Director del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (cedpe.com). Presidente de la Asociación Peruana de *Compliance* (acompliancepe.com). Miembro del Consejo Científico del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen/Alemania (cedpal.uni-goettingen.de). Miembro del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional de la Universidad de Salamanca/España (crimtrans.usal.es).

no es Derecho penal sino gerenciamiento del riesgo conforme a un conjunto de reglas técnicas de auditoría y gestión corporativa, siendo competencia del Derecho penal delimitar o perfilar las brechas o sectores de riesgo a administrar. De otra parte, en la medida que los programas de cumplimiento no se erigen conforme a reglas de tolerancia cero, se defiende que la imputación objetiva es el espacio «natural» para fundamentar que una exención de pena, aunque muy excepcional, puede emanar de la eficacia de un programa de cumplimiento que, aunque fracase en el caso concreto, es en términos generales eficaz porque el riesgo se administró dentro de lo permitido. Finalmente, se destaca que esta categorización dogmática es más conveniente porque permite el recurso a la herramienta más potente de la dogmática penal, la imputación objetiva, para valorar o ponderar la idoneidad de los programas de cumplimiento, más allá de criterios cuantitativos, administrativos o de *check list*, conforme a una perspectiva valorativa o normativa.

Palabras clave: *Compliance; imputación objetiva; criminalidad de empresa; deber de garante; delito corporativo; responsabilidad penal de personas jurídicas.*

ABSTRACT

Is it possible to analyze *compliance* from the perspective of theory of crime? The answer may not appear so obvious if we take into account that in Common Law, for both regulation (FCPA, UKBA and UKCFA) and literature, prevention programs can waive criminal liability of the legal entity («it is a defence»). This must be proven by the defence according to forensic criteria and following guidelines and instructions developed by the authorities on the minimum of content and scope of these. Thus, the decision on whether to charge a company of a crime or not becomes a result of an analysis of the «checklist» kind. *Compliance*, taken to Civil Law, implies the importation of an Anglo-Saxon category that has no exact match in the theory of crime, and is unlikely to be created or accepted to indict corporations. This is why there is still an on-going debate on how it would fit at an individual level or even in collective responsibility, in either case it has faced criticism in light of the predominating dogmatic categories. With this scenario in mind, there are three points to consider. First of all, that *compliance* is not criminal law but risk management that follows a set of technical audit and corporate management rules, which makes criminal law responsible for the outline of the gaps or risk areas to be managed. Secondly, considering that *compliance* programs are not designed according to zero-tolerance rules, we argue that «Imputación Objetiva» or *objective indictment*^{2**} is the «natural» context to support that an acquittal –however exceptional– may arise from the effectiveness of a *compliance* program that, regardless of whether it falls flat on the case at hand, is generally effective because the risk was managed as mostly as possible. Finally, we would like to emphasize that this dogmatic categorization is more convenient as it allows to resort to the most powerful tool of criminal dogmatics, *objective indictment*, in

² **In civil law, the term *imputación objetiva* is the kind of indictment that follows once objective evidence has proven an individual is indeed liable for the charge(s) he/she has been accused of.

order to assess the adequacy of *compliance* programs beyond quantitative, administrative or checklist criteria, in conformity with a value or normative perspective.

Keywords: *Compliance; objective imputation; business criminality; guarantor duty; corporate crime.*

I. INTRODUCCIÓN

COMPLIANCE NO ES DERECHO PENAL, sino gerenciamiento del riesgo o administración de una posición de riesgos desde la empresa³. Esta es una afirmación que sin lugar a dudas puede generar polémicas o posiciones en contra por parte de la doctrina penal, la que en los últimos tiempos viene abordando la conceptualización y problemática teórico-práctica del *compliance*⁴.

Compliance es un término cuya conceptualización implica una ardua tarea y donde a la fecha no existe consenso en la doctrina. Por ende, aún mantiene vigencia lo sostenido por Rotsch en el sentido que el «concepto de *compliance* ha protagonizado una carrera vertiginosa»⁵, ya que estamos ante uno de los términos de los más vagos e inexpresivos que se haya acuñado jamás⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, no cabe duda de que el *compliance* penal viene cobrando cada vez mayor relevancia en las legislaciones, en donde se le otorga la función de exonerar de responsabilidad penal o administrativa a la empresa, o la función de atenuar la sanción a imponerse.

Así tenemos que en la Ley N.º 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas⁷, se establece que la persona jurídica está exenta de responsabilidad si adopta e implementa en su organización, con anterioridad

³ Cfr. GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 29, «Es en este punto de vista donde se podría quizás sostener una diferencia entre la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal de la persona jurídica: desde el punto de vista administrativo, el elemento clave es la gestión de riesgos; desde el punto de vista penal, el elemento clave es la cultura de cumplimiento (*compliance*)».

⁴ Por todos, Vid. SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. En URQUIZO OLAECHEA, José, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel y SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (Coords.), *Dogmática penal de Derecho penal económico y Política criminal. Libro homenaje a Klaus Tiedemann*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, 2011, pp. 207 y ss.

⁵ ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*. En *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*. InDret 1/2012. Barcelona, 2012, p. 2.

⁶ Vid. NIETO MARTÍN, Adán. El cumplimiento normativo. En NIETO MARTÍN, Adán (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 25.

⁷ A partir de las modificaciones introducidas con el Decreto Legislativo N.º 1352 y la Ley N.º 30835, se modificó el *nomen iuris* de la ley y, además, se produjo una ampliación del objeto de la Ley N.º 30424, sancionándose a las personas jurídicas por los delitos previstos en los artículos 384.º, 397.º, 397.º – A, 398.º y 400.º del Código Penal, artículos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del Decreto Legislativo N.º 1106, y artículo 4.º – A de la Ley N.º 25475.

a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos reducir significativamente el riesgo de su comisión. Por su parte, en el artículo 12.º literal d) de la misma Ley se regula que la persona jurídica verá atenuada su responsabilidad administrativa si adoptó e implementó, después de la comisión del delito y antes del juicio oral, un modelo de prevención; o, también verá atenuada su responsabilidad si es que puede acreditar parcialmente los elementos mínimos de un modelo de prevención.

Por su parte, en Italia se regula en el artículo 6.º del Decreto Legislativo N.º 213/2001 que «*Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente. 1. Se il reato e' stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*». En similar sentido, en España se establece en el artículo 31.º bis. 2 del Código penal que «(...) la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si (...) 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, *modelos de organización y gestión* que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (...)».

En el caso de Argentina, tenemos que la Ley N.º 27401 regula en su artículo 9.º que «*la persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión*». En el caso de Chile, en el artículo 3.º de la Ley N.º 20393 establece que «*Las personas jurídicas serán responsables de los delitos (...) que fueren cometidos (...) por sus dueños (...), siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. (...) Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente (...)*».

En el caso de México, el artículo 421.º del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que «*Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización*».

En el Reino Unido tenemos la UK Bribery Act (2010) en cuyo artículo 7.º se regula que «*Failure of commercial organisations to prevent bribery. (1) A relevant commercial organisation («C») is guilty of an offence under this section if a person*

(«A») associated with C bribes another person intending— (a) to obtain or retain business for C, or (b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C. (2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct». Por su parte, en la UK Criminal Finances Act (2017) se regula en su artículo 45.º que «*Failure to prevent facilitation of UK tax evasion offences. (1) A relevant body (B) is guilty of an offence if a person commits a UK tax evasion facilitation offence when acting in the capacity of a person associated with B. (2) It is a defence for B to prove that, when the UK tax evasion facilitation offence was committed— (a) B had in place such prevention procedures as it was reasonable in all the circumstances to expect B to have in place, or (b) it was not reasonable in all the circumstances to expect B to have any prevention procedures in place*».

Lo precedentemente expuesto es una constante en el derecho comparado, e incluso en los ordenamientos jurídicos del *common law*, por ende, es necesario analizar profundamente la relación del *Compliance* con el derecho penal y, en concreto, con la teoría jurídica del delito⁸.

En otras palabras, en el presente trabajo de investigación, analizaremos si el *Compliance* puede encontrar explicación y ubicación dentro de la estructura de la teoría jurídica del delito. Sobre ello, es menester tener presente que la doctrina penal viene aproximándose a esta problemática, formulándose interrogantes como ¿Qué aporta el *compliance* al derecho penal?⁹, hasta sosteniéndose que la relación entre *compliance* y teoría jurídica del delito requiere distinguir dos ámbitos generales de responsabilidad en el ámbito de la criminalidad de empresa, por un lado, la responsabilidad penal de la propia empresa y, por otro lado, la responsabilidad penal de los miembros individuales de la empresa¹⁰.

En este sentido, para analizar correctamente la relación entre *compliance* y teoría jurídica del delito, debemos partir de la responsabilidad penal de la empresa como fenómeno de la responsabilidad penal en el ámbito de la criminalidad empresarial, atendiendo específicamente a los alcances de la actual regulación de la Ley N.º 30424.

⁸ No debe olvidarse que la teoría jurídica del delito es un esquema –basado y deducido de la ley penal– que sirve para determinar bajo qué condiciones un hecho es delito y si a su autor se le puede imponer una pena. Sobre ello, *Vid.* AA.VV. *Lecciones de derecho penal (Parte General)*, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.), Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 65 y ss.

⁹ Sobre ello, *Vid.* NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del *compliance* y el derecho penal. En KUHLEN, Lothar, MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ DE URBINA GIMERNO, Inigo (Eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 21 y ss.

¹⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. *Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa*. En REYNA ALFARO, Luis Miguel (Dir.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas (EE.UU, España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2018, p. 174.

II. SOBRE EL FUNDAMENTO DOGMÁTICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL DEBER DE GARANTE DEL EMPRESARIO

1. ENFOQUE CRIMINOLÓGICO PREVIO: EL FENÓMENO DE LA CRIMINALIDAD DE EMPRESA COMO ESCENARIO PARA EL ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO Y DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las investigaciones criminológicas que llevó a cabo Sutherland en el marco de los delitos económicos, conllevaron al auge y posterior desarrollo de la ciencia del derecho penal económico, sub disciplina del derecho penal que tiene por objeto específico de estudio un grupo reducido de delitos [aunque con el paso de los años es cada vez más amplio] que están estrechamente vinculados con el funcionamiento del sistema económico¹¹. Esto implica, a su vez, que se genere una inevitable relación entre el derecho penal y extrapenal, lo que conlleva a que se comience a analizar desde el derecho penal a la empresa¹²; y, desde hace no poco, se comienza a hablar en la doctrina penal y criminológica de la criminalidad de empresa¹³.

La criminalidad de empresa es un concepto de enfoque criminológico y, como señala Schünemann, hace referencia a la problemática de «*todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa*»¹⁴. Esta forma de criminalidad en el fondo representa un problema central para la teoría jurídica del delito, pues los tradicionales

¹¹ Por todos, *Vid.* SUTHERLAND, Edwin. Criminalidad de cuello blanco [traducción de Luis Miguel Reyna Alfaro]. En *Anuario de derecho penal económico y de la empresa*, N.º 1. Lima, 2011, pp. 191-200.

¹² Al respecto, *Vid.* ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «Responsabilidad penal de los entes colectivos: Estado actual y reflexiones preliminares». En URQUIZO OLAECHEA, José/ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel/ SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (Coords.), *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, 2011, p. 29.

¹³ *Vid.* MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 38 y ss.

¹⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa [traducción de Daniela Brückner y Juan Antonio Lascaraín Sánchez]. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41. Madrid: Ministerio de Justicia, 1988, p. 531. En el mismo sentido, *Vid.* mismo, *Vid.* ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Internacionalización de la empresa: la criminalidad como empresa y la criminalidad de empresa. En *Criminalidad de Empresa y Criminalidad Organizada. Dos modelos para armar en el Derecho Penal*. Lima: Jurista Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa – CED-PE, 2013, pp. 429-430. «Se considera «criminalidad de empresa» a aquellos delitos que se cometen por medio de una empresa, o, mejor dicho, aquellos delitos que se perpetran a través de una actuación que se desarrolla en interés de una empresa. Esto es, no debe confundirse con la creación de una empresa ficticia, tapadera o simulada para la comisión de delitos, en cuyo caso la penalización es la de asociaciones ilícitas (art. 515 CP), en tanto estamos ante empresas ilegales».

criterios de imputación de responsabilidad penal son insuficientes en el marco de estructuras empresariales complejas, siendo un error pretender aplicarlos sin tomar en consideración la estructuración, funcionamiento y mecánica de la unidad empresarial¹⁵. Esto se ve reflejado, como expone Feijoo Sánchez, sobretudo «cuando no se trata de pequeñas empresas o empresas familiares donde todavía se puede recurrir a soluciones tradicionales, sino de organizaciones empresariales multinacionales que alcanzan una gran magnitud y complejidad»¹⁶.

Dentro de este fenómeno criminológico hay que realizar una doble distinción, ya que engloba, en primer término, la imputación de responsabilidad penal de los miembros que conforman la organización de la persona jurídica, lo que tradicionalmente viene discutiéndose como responsabilidad penal del empresario y subordinados; y, como segundo término, la imputación de responsabilidad penal de las propias empresas, ámbito en el cual la empresa se debe analizar como una unidad y, por tanto, los mecanismos de imputación penal deberían considerar este aspecto en su estructuración¹⁷.

2. EL DEBER DE GARANTE DEL EMPRESARIO COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Como ya se mencionó, el primer aspecto de la criminalidad económica es la responsabilidad penal del empresario, la cual se ha discutido con mayor profundidad por la dogmática penal debido a que, como refiere Peñaranda Ramos, existe «un consenso sobre la necesidad de formular los planteamientos dogmáticos para permitir «realizar una imputación directa, como autor y no como mero partícipe, a quienes ocupan niveles superiores o intermedios en las empresas, y señalar el fundamento adecuado para ese modo de imputación»¹⁸. Desde nuestro punto de vista, el fundamento de la imputación de responsabilidad penal al empresario es el deber

¹⁵ En el mismo orden de ideas, Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999, pp. 81-82. Posición similar, Vid. GALLEGO SOLER, José-Ignacio. «Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales». En GIMENO JUBERO, Miguel Ángel (Dir.), *Derecho penal económico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, p. 76, «Creo que la correcta forma de solventar estas aporías pasa necesariamente por conocer, en primer lugar, la estructuración organizativa de la empresa para, en segundo lugar, aplicar las reglas de determinación de responsabilidad penal personal en función del concreto delito ante el que nos encontremos».

¹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, p. 125.

¹⁷ Sobre ello, Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación, op. cit.*, 1999, p. 66.

¹⁸ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Autoría y participación en la empresa. En ARROYO ZAPATERO, Luis, LASCANO, Carlos y NIETO MARTIN, Adán (Dirs.), *Derecho penal de la empresa. Del derecho penal económico del estado social al derecho penal de la empresa globalizado*. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 172.

de garante que tiene sobre la empresa y sus órganos¹⁹, aunque debe tenerse presente que para surgir la responsabilidad penal del empresario por delitos cometidos en el seno de la empresa, debemos estar frente a delitos que de algún modo sean de incumbencia de la empresa en cuanto a tal²⁰.

El segundo aspecto de la criminalidad económica es la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tema que se encuentra relacionado, fundamentalmente, con el ámbito de los delitos económicos, es decir, con todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación de una persona jurídica en la vida económica y en el tráfico jurídico²¹; fenómeno criminológico respecto del cual no existe consenso sobre el fundamento de su criminalización. Sin embargo, consideramos que en este ámbito el fundamento dogmático de la criminalización de la empresa es el deber de garante del empresario²², en virtud a sus competencias por autoorganización [no individual, sino de la estructura empresarial]²³.

La dogmática penal viene haciendo esfuerzos en dar contenido a este deber de garantía del empresario. Así, Requena Julián sostiene que la «delimitación del alcance de la posición de garante del empresario debe ser realizada a partir de una delimitación del riesgo permitido»²⁴, atendiendo así a la organización y gestión que le da a la empresa. Por tanto, este deber de garante del empresario comprende los

¹⁹ Nuestra posición no encuentra consenso absoluto en la doctrina penal; sin embargo, hay autores que defienden esta tesis. Por todos, Vid. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Autoría y participación en la empresa. En ARROYO ZAPATERO, Luis, LASCANO, Carlos y NIETO MARTIN, Adán (Dir.), *Derecho penal de la empresa. Del derecho penal económico del Estado Social al derecho penal de la empresa globalizado*. Buenos Aires; Ediar, 2012, pp. 168 y ss.

²⁰ Sobre ello, Vid. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa. En *Derecho penal económico*. Montevideo: B de F, 2010, p. 225.

²¹ Sobre ello, Vid. BERRUEZO, Rafael. Derecho penal económico. En *Derecho penal económico*. Montevideo: B de F, 2010, p. 34.

²² Sobre los fundamentos del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, por todos Vid. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Actualizado conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. 2da Edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2015, pp. 19-33. Por su parte, sobre el concepto de empresario, por todos Vid. RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. El derecho empresarial. Empresario y consumidor. En *Lecciones de derecho Empresarial*. 2.º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 40, «No es necesario, por tanto, que el empresario actúe personalmente, sino que podrá auxiliarse de colaboradores internos y externos que actúen en su interés. Lo relevante para la calificación como empresario es que asuma las consecuencias del ejercicio de la actividad empresarial. Por esta razón, el gerente o director general de una empresa no adquiere la condición legal de empresario, aunque desarrolle materialmente la actividad empresarial, en tanto actúe por cuenta e interés ajenos (por cuenta del empresario)».

²³ Un desarrollo sobre el debate doctrinal en torno a las fuentes de los deberes de garantía, Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, 2002, pp. 25-52.

²⁴ REQUENA JULIANI, Jaime. La posición de garante del empresario. En BACIGALUPO, Enrique (Dir.), *Curso de Derecho penal económico*. 2da Edición. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 165.

deberes de organizar la empresa [ya sea una organización funcional, divisional o matricial²⁵] y gestionar la empresa de modo adecuado a la prevención, evitación o detección de riesgos penales [adecuada administración del riesgo], es decir, dentro del marco del riesgo permitido. Por ende, consideramos que son equivocadas aquellas posturas que quieren trasladar esta posición de garante a la culpabilidad de la persona jurídica [culpabilidad social]²⁶.

Llegados a este punto puede vislumbrarse la relación entre *compliance* y el fundamento dogmático de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cual nos permitirá determinar su ubicación dentro de la teoría jurídica del delito de la empresa. Pues bien, sobre dicha relación Lothar Kuhlen expone que consiste en que «*el compliance puede encasillarse sin dificultad en una tendencia secular hacia el derecho penal del riesgo. Así como la percepción del aumento de los riesgos jurídico-penales por parte de las empresas es el motor, la minimización de estos riesgos es el fin de los esfuerzos actuales sobre compliance*»²⁷. Esto nos permite ubicar al *compliance* dentro del ámbito de la teoría de la imputación objetiva para la empresa.

III. EL COMPLIANCE EN LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL PERUANO

1. ESBOZO DEL SISTEMA DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS REGULADO EN LA LEY N.º 30424

Con la Ley N.º 30424, modificada mediante el Decreto Legislativo N.º 1352 y la Ley N.º 30835, se regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos de cohecho genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, lavado de activos [arts. 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del Decreto Legislativo N.º 1106] y financiamiento del terrorismo.

Si bien con esta norma se regula expresamente una responsabilidad «administrativa» de las personas jurídicas por los delitos anteriormente mencionados,

²⁵ Para mayores referencias sobre la organización empresarial funcional, divisional o matricial, por todos *Vid.* GALLEGOS SOLER, José-Ignacio. *Op. Cit.*, pp. 78-100.

²⁶ La posición asumida no incide en el contemporáneo fundamento político criminal que justifica la necesidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, se construye «*sobre el consenso de que los colectivos societarios deben ser objeto de atención específica por parte del derecho penal: Se han convertido en un sujeto autónomo, cotidiano y protagonista en las interacciones sociales de las sociedades capitalistas avanzadas, por lo que están presentes en la comisión de delitos muy diversos*». Sobre ello, por todos, *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. En: *InDret*, Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, Enero, 2012, p. 2.

²⁷ KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de *compliance* y derecho penal. En KUHLEN, Lothar, MONTIEL, Juan Pablo y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Editores). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 65.

lo cierto es que estamos ante una suerte de «fraude de etiqueta» al denominar «administrativa» a lo que en rigor es una responsabilidad penal corporativa²⁸.

Estamos ante un nuevo régimen de responsabilidad penal «autónoma» de las personas jurídicas, ya que el propio artículo 4.º de la Ley N.º 30424 establece que la responsabilidad de estas es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural, máxime si las causas que extinguen la acción contra esta última no afectan la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Debido a esta autonomía de responsabilidad, Gómez-Jara Diez sostiene que «*si la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma respecto de la responsabilidad de la persona natural, entonces el fundamento para la punición de la persona jurídica no puede ser el delito cometido por la persona natural*»²⁹.

El ámbito de aplicación de esta ley que define a los sujetos de imputación penal, que en la doctrina penal Gómez Tomillo lo define como «*concepto jurídico penal de persona-jurídica*»³⁰, y que están constituidos por las entidades de derecho

²⁸ CARO CORIA, Dino Carlos. Anticorrupción Empresarial. En: *Jurídica*, Suplemento de análisis legal de El Peruano, Segunda Etapa, Año 10, N.º 592, 12/04/2016, pp. 4-5. En posición contraria, Cfr. HURTADO POZO, José. Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas: Cuestión Política, pp. 1-3, en: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/novedades>. «*Sin embargo, consideramos que no se puede dar vuelta de manera tan simple a la cuestión. El legislador ha escogido, supuestamente de manera meditada, entre las tres posibilidades que indicaban las directivas del OCDE: responsabilidad administrativa, civil o penal. Lo que es ratificado por el uso repetido del adjetivo «administrativa» tanto para calificar la responsabilidad como las sanciones o medidas. Tampoco es suficiente destacar que el origen de dicha responsabilidad es la comisión de un delito, pues la responsabilidad civil puede tener igual origen y no deviene en penal. Es así mismo insuficiente que sea el juez penal quien establezca la responsabilidad e imponga la sanción en el proceso penal*». Así mismo, Cfr. Gómez-Jara Diez, Carlos. *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación*, op. cit., pp. 23-24, «*No obstante, consideramos que si el legislador peruano ha precisado específicamente que se trata de responsabilidad administrativa, debe respetarse dicha decisión y, en su caso, proponer la correspondiente reforma si no se está de acuerdo con la misma*». En una posición intermedia, calificando a esta responsabilidad como *sui generis*, Vid. REYNA ALFARO, Luis Miguel. Implementación de los *compliance programs* y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. Actualidad a partir de la Ley N.º 30424, el Decreto Legislativo N.º 1352 y el Proyecto de Reglamento de la Ley N.º 30424. En REYNA ALFARO, Luis Miguel (Dir.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2018, pp. 210-211, «*En contra de lo propuesto por algún sector de la doctrina, consideramos que la Ley N.º 30424 reconoce una responsabilidad sui generis [penaladministrativa pero no estrictamente administrativa] que debe concurrir con la diseñada para las personas naturales. La opción en favor de considerar a la Ley N.º 30424 como una de naturaleza sui generis se extrae, al contrario de lo que podría pensarse, de su semántica*».

²⁹ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación*, op. cit., p. 43.

³⁰ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. op. cit., p. 51, «*El derecho comparado ofrece tres modelos diversos que pueden ser seguidos en esta materia. Por una parte, los sistemas que permiten la sanción de cualquier clase de organización, sin restricción alguna. Por otra parte, aquellos que establecen en concreto qué clase de organización puede ser sancionada por el derecho penal. Finalmente, se encuentran los modelos que estiman que solo aquellas organizaciones que se encuentren reconocidas jurídicamente como tales deben ser sancionadas*».

privado, las asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales³¹ y comités no inscritos, sociedades irregulares, entes que administran un patrimonio autónomo, empresas del Estado y sociedades de economía mixta, de modo que estamos ante un ámbito que va más allá del empresarial, al comprenderse a entes colectivos sin fines de lucro e incluso a partidos políticos. Así mismo, también se establece que el cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación³² o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden que se le atribuya responsabilidad, lo cual nos parece sumamente acertado.

Los criterios de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas se hayan regulados en el artículo 3.º de la Ley N.º 30424, los cuales ya encuentran desarrollo por la doctrina penal y, además, se encuentran recogidos en más de una legislación comparada, como es el caso del Código penal español³³.

Para entender correctamente estos criterios de imputación, es necesario que previamente realicemos un sucinto desarrollo de las tesis con mayor aceptación que para este efecto se sostienen en la doctrina penal. Como bien señala Hernández Basualto³⁴, existen dos modelos legislativos ideales de responsabilidad penal de personas jurídicas, por un lado, un modelo de responsabilidad derivada [sistema vicarial], conforme al cual se hace recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona natural en virtud de algún criterio de conexión entre una y otra, generalmente la circunstancia de ser la persona natural órgano o al menos subordinado del ente moral; y, por otra parte, un modelo de responsabilidad autónoma u originaria [sistema de culpabilidad de empresa], según el cual la responsabilidad surge directamente de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de [o un cierto estado de cosas en] la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona natural.

³¹ Con anterioridad a la reforma introducida por el Decreto Legislativo N.º 1352, la Ley N.º 30424 excluía del ámbito de su aplicación a las organizaciones no gubernamentales.

³² En resumen, la norma hace referencia a cualquiera de las formas de reorganización de sociedades reguladas por la sección segunda y cuarta de la Ley N.º 26887, Ley General de Sociedades.

³³ Artículo 31.º bis 1) del Código penal español:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

³⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. En *Política criminal*, Vol. 5, N.º 9, Julio 2010, pp. 216-217.

En virtud del sistema vicarial, la culpabilidad de la persona natural se transferirá a la persona jurídica. Este modelo también es conocido como responsabilidad por atribución³⁵. Los presupuestos básicos o generales de este modelo, que podrían variar según el tipo de legislación, son los siguientes: (a) la comisión de una infracción por parte de un empleado de la corporación, (b) que esta infracción se haya cometido en el ejercicio de las funciones que le han sido atribuidas, y (c) con la intención de obtener algún tipo de ventaja, beneficio para la empresa o infringiendo una obligación que correspondía a la empresa³⁶.

Las plasmaciones legislativas del modelo de heterorresponsabilidad difieren principalmente en la determinación del círculo de personas cuyo comportamiento da lugar a la responsabilidad de la empresa.

En algunos sistemas (*Francia o el Reino Unido –salvo en el homicidio de la corporación y en la Bribery Act–*) la responsabilidad se produce únicamente cuando el comportamiento del infractor ha sido realizado por un directivo o persona perteneciente al «cerebro» de la corporación (*brain area*); esto es, el modelo anglosajón del *alter-ego doctrine*, en donde se considera que determinadas personas físicas son el *alter-ego* de la persona jurídica, de tal manera que, en cierta medida, sus comportamientos son los de aquella. Dichas personas serían las que, de conformidad con un criterio normativo civil, representan de hecho o de derecho a la persona jurídica³⁷. Mientras que en otros, como en EEUU, cualquier empleado o incluso cualquier persona que obre por cuenta de la empresa (por ejemplo un agente comercial contratado) puede dar lugar a responsabilidad (*respondeat superior*)³⁸.

Por otro lado, tenemos al modelo de culpabilidad de empresa³⁹, en virtud del cual la responsabilidad penal del ente colectivo se fundamenta en factores que tienen que ver con la propia corporación. Es decir, fundamenta un injusto de la propia persona jurídica. Para los partidarios de este modelo, las personas jurídicas tendrían capacidad de acción y culpabilidad. A este modelo también se le conoce como responsabilidad por el hecho propio⁴⁰.

³⁵ Al respecto, *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español. En *Fundamentos de derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2013, pp. 254 y ss.

³⁶ NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las Personas Jurídicas, *Op. Cit.*, p. 69.

³⁷ Cfr. GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español (artículo 31BIS del Código penal). En GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Editor), *Modelos de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Propuestas globales contemporáneas*. Lima: ARA Editores, 2012, pp. 310-311.

³⁸ NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las Personas Jurídicas, *Op. Cit.*, pp. 69 y ss.

³⁹ Sobre los modelos de Culpabilidad Empresarial desarrollados en el derecho anglosajón, *Vid.* LAUFER, William S. La culpabilidad Empresarial y los límites del derecho. En GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Editor). *Modelos de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Propuestas globales contemporáneas*. Lima: ARA Editores, 2012, pp. 145-147.

⁴⁰ Al respecto, *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op. Cit.*, pp. 254 y ss.

Este modelo también conocido como autorresponsabilidad, parte de la necesidad de construir un concepto de culpabilidad jurídico penal empresarial, debido a que se considera que en un genuino derecho penal empresarial la culpabilidad se constituye en fundamento y límite de la imposición de un determinado tipo de sanciones penales —las penas— a la empresa y éstas son las únicas que contribuyen al completo restablecimiento comunicativo de la vigencia del ordenamiento jurídico⁴¹; en consecuencia, en otros ordenamientos jurídicos, como el administrativo, civil, etc., no habría necesidad de desarrollar ni fundamentar un concepto de culpabilidad de empresa.

Para los efectos de la aplicación de la Ley N.º 30424, podemos afirmar que se sigue un modelo de culpabilidad de empresa o autorresponsabilidad. En un sistema de autorresponsabilidad, la imputación de responsabilidad a las personas jurídicas no emana de la conducta de sus empleados o proveedores. Esta última, en todo caso, opera como un presupuesto de la imputación, como una condición objetiva de punibilidad, pero no es el sentido mismo, ni fundamento, de la imputación de responsabilidad penal a la empresa. Así, conforme al texto de la Ley, debe interpretarse que se atribuirá responsabilidad penal a las personas jurídicas en los siguientes tres supuestos:

Primero, cuando socios⁴², directores, administradores de hecho o de derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica —o de sus filiales o subsidiarias—, cometan alguno de los delitos regulados en el artículo 1.º, en nombre o por cuenta, y en beneficio directo o indirecto, de la persona jurídica.

En este primer supuesto parecería que estamos ante un modelo vicarial puro, donde la persona jurídica respondería por el comportamiento ilícito de aquella persona natural que pertenece al «cerebro» de la organización empresarial, esto es la doctrina del *alter-ego*; sin embargo, ello no es así, conforme explicaremos *supra*.

Segundo, cuando una persona natural que se encuentra bajo la autoridad o control de los socios, directores, administradores de hecho o de derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica —o de sus filiales o subsidiarias—, comete el delito por orden o autorización de éstos últimos, y haya actuado en nombre o por cuenta, y en beneficio directo o indirecto, de la propia persona jurídica⁴³.

⁴¹ GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos. *La Culpabilidad penal de la Empresa*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, p. 69.

⁴² Sobre la actuación de los socios de las personas jurídicas, críticamente *Cfr.* GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación*, *op. cit.*, p. 41, «No es común en la legislación comparada el establecimiento de responsabilidad por las actuaciones de socios, ya que, en puridad, si el socio está actuando por cuenta o en nombre de la persona jurídica, se está comportando como un administrador de hecho. Entendemos que hubiera bastado la referencia (ya contenida) de administradores de derecho o de hecho para abarcar las posibilidades de actuaciones de personas naturales que desencadenan la responsabilidad de la persona jurídica».

⁴³ En la primigenia regulación establecida por la Ley N.º 30424, se establecía que la *persona natural* a la que hacemos referencia en el párrafo anterior, debía estar de «alguna manera» vinculada a la

En este segundo supuesto pareciera que estamos, nuevamente, ante un sistema vicarial inspirado por la doctrina del *respondeat superior*⁴⁴, sistema de imputación seguido en los Estados Unidos de América. Sin embargo, ello no es así, conforme explicaremos *supra*.

Tercero, cuando la comisión del delito por parte de la persona natural a la que hicimos referencia en los párrafos anteriores, fue posible debido a que los socios, directores, administradores de hecho o de derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica –o de sus filiales o subsidiarias– incumplieron sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada a dicha persona natural, en atención a la situación concreta del caso.

Este último supuesto merece algunas consideraciones. Tenemos que la norma no es clara en cuanto a la posición o el nivel que dentro de la estructura organizativa debe ostentar la persona natural que comete el delito, lo que permitiría identificar, claramente, quién sería el responsable inmediato superior que omitió su deber de ejercer el debido control, vigilancia o supervisión⁴⁵, pues en dicho supuesto la norma se expresa en términos impersonales.

Debe tenerse presente que de haberse ejercido el debido control sobre el subordinado, esto hubiera imposibilitado la conducta delictiva del subordinado; o, en otros términos, si pese a haberse omitido ejercer el debido control, vigilancia o supervisión por parte del superior, en las circunstancias concretas del caso su cumplimiento no hubiera podido haber evitado la conducta delictiva del subordinado, entonces no se podría generar responsabilidad en la persona jurídica.

Por último, con la modificación introducida a través del Decreto Legislativo N.º 1352, se establece la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas que tienen la calidad de matrices, en aquellos supuestos que las personas naturales de sus filiales o subordinadas hayan incurrido en los supuestos descritos en los párrafos precedentes, siempre y cuando hayan actuado bajo las órdenes, autorización o consentimiento de las matrices. Esto es lo que en doctrina

Persona Jurídica, al establecerse que podía generarse responsabilidad por la conducta de la «*persona natural que presta cualquier tipo de servicio a la persona jurídica, con independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentre o de si media relación contractual*». Con la nueva regulación no queda claro el grado de vinculación entre la persona natural y la persona jurídica; o, en el caso más extremo, la posible vinculación únicamente entre la persona natural y los socios, directores, administradores de hecho o de derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica –o de sus filiales o subsidiarias–, aunque el delito se cometa en beneficio de la persona jurídica.

⁴⁴ Al respecto, *Vid.* NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas, *Op. Cit.*, pp. 69 y ss.

⁴⁵ En la doctrina penal se entiende por debido control, vigilancia o supervisión a los siguientes elementos: a) el establecimiento de mecanismos de obtención de información sobre el comportamiento del subordinado, y b) el establecimiento de mecanismos de corrección de tal comportamiento, si es que se prevé o se debe prever que sea delictivo, o bien de transmisión de la información obtenida a la persona encargada de tal corrección. Sobre ello, *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op. Cit.*, p. 258.

se conoce como responsabilidad penal de la matriz por los delitos cometidos en la filial, donde las matrices son, al menos, socias de control de la filial⁴⁶.

Como puede verse de los criterios de imputación previamente descritos, parece que éstos acogieran un modelo vicarial de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, pero esa interpretación sería inadecuada, por cuanto, como bien apunta Gómez Tomillo, «*la exigencia de un hecho, acción positiva u omisión, de conexión no implica que la responsabilidad de las personas jurídicas siempre sea vicarial, heterorresponsabilidad o responsabilidad por hechos de otro, lo cual, sería incompatible con el principio de personalidad de las penas*»⁴⁷.

En este orden de ideas y a partir de una interpretación sistemática de los artículos 3.º y 17.º de la Ley N.º 30424, podemos afirmar que no se regula un modelo vicarial, sino que se recoge un modelo de autorresponsabilidad o culpabilidad de empresa⁴⁸, debido al valor que se le otorga al *compliance* penal, a su ubicación del mismo dentro del delito de la entidad corporativa y, sobre todo, como señala García Caveró, debido a que «*en un sistema penal que responde a la idea de la culpabilidad personal, no es posible dar cabida a una reacción punitiva que se base total o parcialmente en la idea de la heterorresponsabilidad, esto es, en la atribución penal del hecho de otro*»⁴⁹. Así, por ejemplo, el propio artículo 17.º de la Ley N.º 30424 regula que se excluye de responsabilidad a la persona jurídica cuando cualquiera

⁴⁶ Sobre ello, Vid. GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación*, op. cit., 2018, p. 41.

⁴⁷ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, op. cit., p. 81.

⁴⁸ En la doctrina penal hay quienes defienden que la Ley N.º 30424 regula un sistema de *autorresponsabilidad* de la persona jurídica. En este sentido, Vid. GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación*, op. cit., p. 43, «*De conformidad con otras legislaciones, la regulación peruana establece que la responsabilidad de la persona jurídica «es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural». Probablemente este es el precepto que aboga de manera más evidente por un sistema de autorresponsabilidad o de responsabilidad propia de la persona jurídica*»; GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance. En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 120, «*El modelo que debe utilizarse para interpretar las disposiciones legales que regulan esta atribución de responsabilidad al ente empresarial es, sin duda, el que se sustenta en una responsabilidad por un hecho propio, pues es el esquema que mejor se ajusta a los estándares actuales de la imputación penal*»; SOTA SÁNCHEZ, Percy André. *Compliance penal y su función en la atribución de responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas*. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 109, Julio, 2018, p. 212, «*Una lectura en clave garantista y de reafirmación del principio de culpabilidad penal de los artículos 3 y 6 –donde se regula la posición de los «apicales» y el modelo de compliance– del Decreto Legislativo italiano N.º 231; de los artículos 3 y 17, incisos 1 y 4 de la Ley peruana N.º 30424 y del artículo 31 bis, numeral 2 del Código Penal español, nos permite sostener válidamente que en dichos sistemas legales se reconoce la responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas fundamentada en el principio de culpabilidad de la empresa, donde el ilícito de la persona natural no constituye el fundamento de la imputación, sino únicamente el presupuesto de la misma, siendo que a la persona jurídica se le imputa su propio delito, lo que en doctrina se ha denominado «delito corporativo»*».

⁴⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance. En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos*, op. cit., 2017, p. 121.

de las personas naturales anteriormente señaladas comete el delito eludiendo en modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado, esto es, eludiendo el sistema de *compliance* penal de la persona jurídica. Precisamente a partir de esta exigencia de «eludir fraudulentamente el *compliance* penal de la persona jurídica», podemos concluir que la implementación de un *compliance* penal idóneo conlleva a mantener las actividades de la persona jurídica dentro del riesgo permitido [criterio de imputación objetiva].

2. EL *COMPLIANCE* PENAL COMO FAZ NEGATIVA DE LA TIPICIDAD DEL DELITO CORPORATIVO

2.1. *Sobre el estado actual de la teoría de la imputación objetiva*

Como bien sostienen Orts Berenguer y González Cussac, en los delitos que requieren de la producción de un resultado, «tanto si describen una modalidad activa (delitos de resultado) o una modalidad omisiva (delitos de comisión por omisión), debe demostrarse que la conducta ha causado el resultado producido»⁵⁰; o, dicho en otras palabras, que el resultado puede ser imputado a la conducta del autor.

Esta discusión sobre la «relación de causalidad» o atribución de un resultado *prima facie* típico a una conducta, se desarrolló dentro del ámbito general de la tipicidad, que forma parte de la categoría dogmática del tipo penal⁵¹ dentro de la estructura de la teoría jurídica del delito como actualmente la conocemos.

Históricamente la dogmática penal intentó justificar y explicar esta relación de causalidad atendiendo a criterios naturalísticos, así destacan, por ejemplo, a las teorías de la equivalencia de las condiciones, teorías individualizadoras de la causalidad, teorías generalizadoras y teorías de la relevancia, entre otras⁵².

Sin embargo, actualmente es imperiosa la necesidad de introducir criterios normativos a efectos de determinar la imputación de un resultado a una conducta, existiendo unanimidad en la dogmática penal en que en la depuración y selección de los factores causales jurídicamente relevantes se impone la utilización de criterios de carácter normativo⁵³, o, como bien sostiene Cancio Meliá en «el reconocimiento de la necesidad de introducir filtros objetivo–normativos»⁵⁴. Esto es

⁵⁰ ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de derecho penal. Parte General*. Tercera Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 232.

⁵¹ Sobre el tipo penal como categoría de la teoría jurídica del delito, por todos, Vid. BACIGALUPO, Enrique. *Tipo y error*. 3.º Edición, Editorial Hammurabi, 2002, pp. 17-28.

⁵² Por todos, Vid. ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Op. Cit.*, pp. 236-237.

⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 8.º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 226.

⁵⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, p. 54

precisamente lo que se denomina teoría de la imputación objetiva, la cual actualmente es dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia penal⁵⁵, en virtud de la cual solo se responderá por un resultado causado por la acción de un sujeto cuando se le pueda atribuir porque existe una determinada relación de riesgo entre acción y resultado⁵⁶.

La teoría de la imputación objetiva responde a dos raíces distintas. Como sostiene Cancio Meliá, «*por un lado, se trata de determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponden con la previsión del tipo. Por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar –una vez verificado el carácter típico de la conducta– si el resultado conectado causalmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a esta, es decir, si también el resultado es típico*»⁵⁷. En atención a ello tenemos que la moderna teoría de la imputación objetiva responde, como sostiene Hurtado Pozo, a la noción que «*el autor debe comportarse de manera de crear o aumentar un peligro, este peligro ilícito debe materializarse en el resultado y debe tratarse del peligro considerado en el tipo legal*»⁵⁸.

2.2. *El compliance penal en la jurisprudencia. Primeras aproximaciones jurisprudenciales que ubican al compliance como categoría de la imputación objetiva de responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el *compliance* penal viene siendo objeto de paulatino tratamiento por la jurisprudencia penal en el Derecho comparado.

En el caso de España, la primera jurisprudencia que existe sobre el tema es la Sentencia del Tribunal Supremo 3813/2015, del 2.9.2015 [ponente: Manuel Marchena Gómez]. Aquí se hizo un primer acercamiento respecto a los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque si bien no se interpreta el modelo de imputación del artículo 31.º bis del Código penal español, sí se sostiene que un eventual pronunciamiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas debe estar basado en los principios irrenunciables del derecho penal, entre ellos tenemos al principio de culpabilidad; en otras palabras, lo más llamativo de esta sentencia de casación es la vinculación expresa que traza entre el principio de culpabilidad y la responsabilidad penal de la persona jurídica⁵⁹.

⁵⁵ En el mismo sentido, *Vid.* ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José L., *Op. Cit.*, p. 237.

⁵⁶ Sobre ello, *Vid.* AA.VV. *Teoría jurídica del delito a través del sistema de casos*, Armendáriz León, (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 33.

⁵⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Op. Cit.* p. 71.

⁵⁸ HURTADO POZO, José. *Compendio de derecho penal económico. Parte general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, pp. 140-141.

⁵⁹ Sobre ello, *Vid.* GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2017, p. 35.

El análisis que realizó el Tribunal Supremo fue el siguiente: «(...) Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal. El efecto extensivo que el art. 903 de la LECrim impone respecto de las decisiones favorables que se deriven de la interposición de un recurso de casación, sugiere importantes matices cuando la exoneración de la responsabilidad por vulneración del derecho a la presunción de inocencia se declara respecto de la persona física que ha actuado en nombre de la sociedad que ha resultado también condenada. En el presente caso, sin embargo, el laconismo de la sentencia de instancia respecto del fundamento de la responsabilidad criminal declarada en relación con la entidad Grupo Boca de Restauración Integral S.L, el silencio de los recurrentes y, sobre todo, la irrelevancia penal del hecho de referencia, conducen a declarar también extinguida toda responsabilidad criminal respecto de la sociedad receptora de las transferencias económicas que fueron abonadas por los querellantes».

Otra jurisprudencia relevante es el Pleno Jurisdiccional del 29.2.2016, Sentencia del Tribunal Supremo Español 154/2016 [Ponente: José Manuel Maza Martín], donde se establece que el delito de la persona natural no es el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica y que la responsabilidad penal de esta última se mide en términos de incumplimiento de su obligación de poner los medios para la evitación de delito en su seno [ausencia de un *compliance* penal]. Como bien sostiene Gómez-Jara Diez este «déficit de control es un elemento esencial de la RPPJ»⁶⁰.

El análisis que aquí realizó el Tribunal Supremo fue el siguiente: «En ambos motivos el Recurso incurre en una clara confusión acerca de la tipicidad de la intervención de la persona jurídica recurrente, que no estriba exclusivamente en la comisión del delito contra la salud pública atribuida a sus administradores, de hecho y de derecho, infracción que opera como requisito precedente necesario para el ulterior pronunciamiento acerca de la responsabilidad penal propia de la entidad medida en términos de incumplimiento de su obligación de poner los medios para la evitación de delitos en su seno, sino en esa existencia de la infracción cometida por la persona física unida a la ausencia del debido control que le es propia a la jurídica, en los términos que describe el art. 31 bis (en su redacción coetánea a los hechos enjuiciados), como se corresponde con los criterios antes expuestos».

En otra oportunidad, el Tribunal Supremo Español recogió en la Sentencia 966/2016 del 16.3.2016 el criterio dogmático del «delito corporativo» el cual lo identifica con un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, es decir, con una ausencia de *compliance* penal.

⁶⁰ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, op. cit., 2017, p. 71.

Expresamente, el Tribunal Supremo sostuvo «*En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015. La Sala no puede identificarse –insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica– con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido un defecto organizativo. (...) La Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal*».

Sobre esta Sentencia de Casación, Gómez-Jara Diez sostiene que «*ahondando en el significado material del delito corporativo, el Tribunal Supremo apunta que el mismo se encuentra conformado por los «elementos organizativo–estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa»*⁶¹. En este orden de ideas, podemos afirmar que en esta jurisprudencia el Tribunal Supremo Español identifica implícitamente al delito corporativo como la *ausencia* de un *compliance* penal idóneo, lo que permitió que la empresa sobrepase los límites del riesgo permitido.

En la Sentencia 2616/2016 del 13.6.2016 [Ponente: Andrés Mendoza A.], el Tribunal Supremo Español sostuvo que el modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas recogido en el artículo 31.º bis del Código penal español es un modelo vicarial; sin embargo, agrega que debe concurrir necesariamente como presupuesto para la declaración de responsabilidad penal de una persona jurídica, la ausencia de medidas de organización y gestión necesarias que incluyen las medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos, esto es, la ausencia de un *compliance* penal.

Textualmente en la referida sentencia se sostiene: «*El art. 31 bis señala los presupuestos que han de concurrir para la declaración de persona jurídica como autora del delito, esto es, un delito cometido por persona física –representantes legales o por*

⁶¹ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación*, op. cit., p. 345.

empleados— en nombre o por cuenta de una persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales por cuenta o en beneficio directo o inmediato de la persona jurídica, y que por ésta no han adoptado las medidas de organización y gestión necesarias, que incluyen medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos que el ejercicio de su actividad de la persona jurídica pueda realizar. En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema vicarial, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad».

La última jurisprudencia sobre la materia del Tribunal Supremo Español es la Sentencia 3210/2017 del 19.7.2018 [Ponente: Antonio del Moral García], en donde se analizan cuáles son los elementos para que surja la responsabilidad penal de la empresa y se ubica al *compliance* penal como faz negativa de la imputación de responsabilidad.

Expresamente el Tribunal Supremo sostuvo: *«Se han acreditado todos los elementos necesarios para que surja la responsabilidad penal de una persona jurídica. La atribución de responsabilidad penal a Transpinelo S.L. se ajusta, en efecto, a las exigencias contenidas en el art. 31 bis, tanto según la redacción vigente en el momento de los hechos, como en la emanada de la reforma de 2015. A) Sus administradores y directivos (tanto de hecho como de derecho: Amadeo Pio, Manuel Roberto, Alberto Benito) actuando en representación de la empresa han llevado a cabo una continuada actividad encajable en el art. 301 CP que es precisamente una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas» B) Concorre un innegable provecho o beneficio directo para la sociedad: Amadeo Pio realiza sucesivas inyecciones de dinero a la empresa, para introducir en el circuito económico lícito ganancias provenientes del tráfico de drogas; y adquiere para la sociedad vehículos y maquinaria con metálico de idéntica procedencia. C) Y, por fin, está cubierta también la faz negativa de esa atribución de responsabilidad: la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito. No exige esto aquí demasiados comentarios a la vista del panorama al que nos enfrentamos. Es patente que en una empresa cuyos únicos administradores cometen de consuno dolosamente una infracción penal actuando en nombre de la entidad con la colaboración de la mayor parte de los titulares formales del capital social (también condenados por conductas dolosas), no es dable imaginar otra hipótesis que no sea la de compartida responsabilidad penal del ente colectivo. Lo destaca la sentencia de instancia: sería un contrasentido que quienes controlan la persona jurídica a la que utilizan para canalizar su actividad delictiva a su vez implantasen medidas para prevenir sus propios propósitos y planes».*

En el derecho penal español también tenemos a la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, emitida con ocasión de la Ley Orgánica 1/2015. En relación al *compliance* penal, en la Circular 1/2016 se sostiene que es insuficiente

constatar la existencia de un programa de *compliance*, sino que debe realizarse un juicio de *idoneidad* sobre su contenido en relación con el ilícito penal cometido. Esto puede leerse del siguiente modo: *Si la empresa cuenta con un compliance penal idóneo, se mantiene dentro del riesgo permitido* [imputación objetiva].

Expresamente la Fiscalía General del Estado sostiene lo siguiente: «*Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos. No es infrecuente en la práctica de otros países que, para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria de los compliance, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales diferentes. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas*».

Por otro lado, en el derecho penal de los Estados Unidos de América tenemos el conocido caso Siemens AG⁶², que ejemplifica con claridad lo que es un *compliance* cosmético y, por ende, cuando la empresa a pesar de contar con un *compliance* penal implementado, no enmarca su actividad dentro del riesgo permitido.

En este caso, a partir de las investigaciones emprendidas por la fiscalía alemana contra la empresa Siemens AG por diversos actos de corrupción, el regulador bursátil norteamericano (SEC) inició sus propias indagaciones a fin de determinar si dicha empresa, al hallarse inscrita en la Bolsa de Valores de Nueva York, había transgredido la *Foreign Corrupt Practices Act* [FCPA]. El resultado de la investigación permitió descubrir una sistemática práctica de sobornos para acceder a contratos privados y estatales en el extranjero, contando con la aquiescencia de los directivos de la empresa. Pues bien, resulta que al momento de descubrirse los hechos, Siemens era una de las pocas empresas alemanas de alcance internacional en poseer un programa de cumplimiento anticorrupción; sin embargo, este *compliance* fue cosmético. La sanción penal contra Siemens AG fue una multa de 450 millones de dólares y la declaración de culpabilidad.

En el caso del derecho alemán, tenemos la Sentencia del BGH del 17.9.2009, la cual se enfoca en la figura del *compliance officer* y afirma que éstos tienen posición de garante respecto a los delitos cometidos por los subordinados en favor de la empresa. Expresamente, el BGH sostuvo: «26. (2) *El contenido y el alcance de la posición de garante se definen por el área de competencia concreta asumida por*

⁶² Para una exposición detallada sobre el caso *Morgan & Stanley*, Vid. CARRIÓN ZENTENO, Andy. *Criminal Compliance. De la Ley de EE.UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento*. Lima: EBC Ediciones, 2014, pp. 95-98.

el responsable. Hay que tener en cuenta las condiciones especiales de la empresa y el objeto del cargo. Este objeto es decisivo porque define si la posición de garante se limita a optimizar los procesos internos de la empresa y a detectar e impedir infracciones del deber cometidas contra la empresa, o bien si el responsable también tiene obligaciones de detectar e impedir infracciones cometidas por la empresa. Se deben considerar estos criterios al valorar la descripción del cargo. 27. Tal práctica, recién denominada compliance en grandes empresas, se lleva a cabo en el mundo económico con programas de cumplimiento, creando los así llamados compliance officers (véase BGHSt 52, 323,335; Hauschka, Corporate Compliance 2007 pág. 2 y siguientes). Su área de competencia incluye impedir infracciones legales, especialmente delitos punibles, que se cometan desde la empresa y que puedan causarle graves daños por el riesgo de incurrir en responsabilidades o por pérdida de prestigio (véase Bürke en Hauschka, Corporate Compliance 2007 pág. 128 y siguientes). Estos compliance officers normalmente tendrán una posición de garante en el sentido del art. 13, apartado 1, del Código Penal alemán, estando obligados a impedir delitos punibles cometidos por los empleados de la empresa en relación con la actividad de esta, como parte de su responsabilidad asumida ante la dirección de la empresa de impedir infracciones».

También tenemos la Sentencia STR 265/16 del BGH del 9.5.2017, donde el Tribunal de Justicia Alemán marcó un hito en el ámbito de la responsabilidad empresarial en Alemania, al reconocerse por primera vez explícitamente que los esfuerzos de los particulares en la implementación y mejoras continuas de un Sistema de Gestión de Cumplimiento (CMS) deben considerarse como un elemento atenuante a la hora de evaluar los montos de multas por infracciones de cumplimiento. Aquí el BGH evaluó el caso de una empresa alemana que vendió bienes, trasgrediendo la LIR alemana, en tanto la transacción fue considerada como deducible de impuestos, lo que en consecuencia la convertía en inadmisibles. El tribunal de primera instancia impuso, entre otras cosas, una multa de 175 000 EUR a la empresa alemana (de conformidad con el artículo 30, párrafo 1 de la Ley alemana sobre delitos reglamentarios).

Así, el BGH sostuvo que la importancia de los programas de cumplimiento es tal que incluso se admite la posibilidad de que dichos efectos atenuantes también puedan atribuirse a las mejoras de los sistemas de gestión del cumplimiento existentes que solo han tenido lugar una vez que se inició el procedimiento; así como la implementación del CMS también rige cuando se trata de evaluar los montos de las multas para los funcionarios y directores en sus capacidades como individuos, es decir, sanciones personales; por lo que, también deberá tenerse en cuenta cuando se trate de evaluar la responsabilidad personal (civil) de los funcionarios y directores. En todos los casos, se resuelve que la multa reguladora debe exceder el beneficio financiero que la compañía ha obtenido de la infracción de cumplimiento.

Las conclusiones del BGH en este caso se pueden resumir en las siguientes tres. Primero, se trata de un impacto en la práctica de cumplimiento, en tanto el Tribunal Federal dictaminó que los extensos esfuerzos de una empresa para

implementar y mejorar un CMS pueden conducir a una reducción de posibles multas. En consecuencia, un CMS no solo es una forma de prevenir la mala conducta dentro de la empresa, sino que también puede ayudar a reducir las sanciones en caso de que ocurra una mala conducta. Segundo, la mejora de un CMS puede tener un efecto positivo en la evaluación de posibles multas en cualquier momento, incluso durante los procedimientos en curso. Y, tercero, la implementación o mejora de un CMS no solo es importante para la exención o reducción de posibles multas administrativas, sino que también puede ser relevante para la responsabilidad civil de los ejecutivos corporativos.

Por último, recientemente la Corte Suprema de la República del Perú también ha emitido pronunciamiento como *obiter dictum* en relación al *compliance* en la Sentencia de Casación 864-2017/Nacional del 21.5.2018 [Ponente: César San Martín Castro].

En esta jurisprudencia la Corte Suprema establece como criterio para determinar el defecto de organización en la empresa, la ausencia de un programa de *compliance*. La Corte Suprema sostuvo que «No hay duda de la comisión de un acto de lavado de activos con el inmueble «Cervatel», pero lo que debe dilucidarse es si la adquisición del inmueble por Inmobiliaria Santa Clara –y, antes, por la empresa Shamrock– importó o no un negocio jurídico realizado bajo la pauta de un «defecto de organización». Es decir, si se incorporó al patrimonio de la empresa un bien que se sabía que era delictivo o que, por la forma y circunstancias de su adquisición, estaba en condiciones de advertir su origen delictivo, todo lo cual fue posible porque la persona jurídica no tenía incorporado mecanismos internos de control, protocolos de seguridad en el ámbito de sus negocios con terceros o modelos de prevención de delitos idóneos. La determinación de tal defecto de organización se examina a partir de la existencia de estos programas –si legalmente están impuestos, como en el caso de las disposiciones sobre responsabilidad administrativa de personas jurídicas (Ley número 30424, de veintiuno de abril de dos mil dieciséis, y Decreto Legislativo número 1352, de siete de enero de dos mil diecisiete)–».

2.3. *La imputación objetiva como espacio que conecta al compliance penal con la teoría jurídica del delito de la persona jurídica*

Estando ante un modelo de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica por el hecho propio, Nieto Martín refiere que «*existe acuerdo acerca que los programas de cumplimiento son una pieza clave para decidir sobre la responsabilidad*»⁶³. Pues bien, sobre ello consideramos que la imputación objetiva es el espacio natural que conecta al *compliance* penal con la teoría jurídica del

⁶³ NIETO MARTÍN, Adán. Problemas Fundamentales del *compliance* y el derecho penal, *op. cit.*, p. 30.

delito de la persona jurídica, donde se puede afirmar que si una empresa cuenta con un *compliance* penal adecuado o idóneo, su actividad se mantendrá dentro del riesgo permitido y, por ende, no podrá imputársele objetivamente el delito cometido. Por tanto, el *compliance* penal es un elemento constitutivo de la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica⁶⁴, siendo que su faz negativa o la ausencia de un *compliance* penal idóneo determinarán la imputación objetiva del hecho a la persona jurídica.

En este sentido compartimos la posición de Galán Muñoz quien al hacer referencia al *compliance* penal como condición de la ausencia de responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos cometidos por sus dirigentes, sostiene que «no se trata, por tanto, de eliminar totalmente el riesgo de comisión de delitos, sino de mantenerlo en unos niveles tolerables o permitidos»⁶⁵ [imputación objetiva]; y, posteriormente, al hacer referencia al *compliance* penal adecuadamente implementado sostiene que «harán que se tenga que considerar que los riesgos delictivos precedentes de la empresa se controlaron de forma plenamente adecuada y se mantuvieron, en consecuencia, dentro del ámbito de lo generalmente permitido»⁶⁶.

También compartimos la posición de Ontiveros Alonso quien sostiene «que en aquellos casos en los que se hayan desarrollado y aplicado los estándares mínimamente aceptables de dichos programas y en armonía con las reglas administrativas aplicables al caso concreto derivadas del ordenamiento jurídico, se sentarían claramente las bases para excluir la antijuridicidad por cumplimiento de un deber, si no es que la tipicidad por riesgo permitido»⁶⁷.

El riesgo permitido está configurado como uno de los elementos de la moderna teoría de la imputación objetiva, donde podrá deslindarse la imputación jurídico penal de aquellos resultados que no supongan un incremento del riesgo permitido en un contexto de interacción social, propia de una sociedad de riesgos como la nuestra. Como señala Hurtado Pozo, «el límite de dicho riesgo debe ser fijado in concreto, considerando las circunstancias materiales y personales, ponderando intereses en conflicto, así como respetando las reglas técnicas fijadas legalmente o resultantes de la praxis cotidiana (en general o en la de ciertos sectores determinados, *lex artis*). El riesgo que no sobrepasa este límite es denominado “riesgo permitido”»⁶⁸.

⁶⁴ En el mismo sentido, *Vid.* GARCÍA CAVERO, Percy. *Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa*, *op. cit.*, 2018, p. 175.

⁶⁵ GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 132.

⁶⁶ GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Op. Cit.*, p. 231.

⁶⁷ ONTIVEROS ALONSO, Miguel. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México (Algunos desafíos de cara a su implementación). En ONTIVEROS ALONSO, Miguel (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia 2014, p. 351.

⁶⁸ HURTADO POZO, José. *Compendio de derecho penal económico. Parte general*, *op. cit.*, p. 146.

Esta institución cobra una amplia operatividad en el marco del derecho penal económico, sobretodo en una sociedad de riesgos como la actual, en la cual Martínez-Buján Pérez sostiene que «*los beneficios que estas actividades puedan reportar para la sociedad hacen que, si se mantienen dentro de determinados límites y si se respetan las susodichas medidas de precaución y de control, el derecho las considere legítimas, aunque sean aptas para vulnerar el bien jurídico y aunque sean realizadas con conocimiento de esa aptitud*»⁶⁹.

El binomio libertad/paternalismo que define el riesgo permitido es precisamente el espacio para la intervención del *soft law* [autorregulación empresarial en un contexto de debida diligencia del empresario], de las buenas prácticas corporativas, de los programas de *compliance*, de las normas técnicas como la ISO 37001⁷⁰ [sistema de gestión Antisoborno], Norma UNE-ISO 19600⁷¹ [sistemas de gestión de *compliance*] y Norma UNE 19601⁷² [sistema de gestión de *compliance* penal]. Lo sostenido no es nuevo, sino que incluso en este punto debe tenerse presente que algunas normas jurídicas de referencia en el ámbito del *compliance* penal, como las *Guidelines* apuntan la relación entre normas administrativas y estándares de calidad (normas ISO, etc.) y los programas de cumplimiento. El no seguimiento de estas normas es un indicio de que el programa de cumplimiento no es eficaz. El legislador italiano recientemente ha adoptado una posición similar. En relación con el caso específico de los delitos contra la seguridad en el trabajo ha indicado que el cumplimiento con determinados estándares de calidad (OHSAS 1001:2007, y las directrices INI-ILAIL) constituyen una presunción favorable de que existe un programa de prevención eficaz en esta materia⁷³.

Es en este ámbito donde el *compliance* penal cobra relevancia y puede entenderse como *faz negativa de la imputación objetiva* del delito corporativo, siendo que se considerará que la persona jurídica se encuentra dentro del riesgo permitido o, dicho de otro modo, no creó ningún riesgo prohibido, precisamente porque decidió autorregularse e implementar un programa de *compliance* penal adecuado o idóneo; ello en claro ejercicio del deber de garante primigenio que ostenta el empresario, el cual fundamenta la imputación de responsabilidad penal a la empresa.

En otros términos, puede entenderse como propone Rodríguez Estévez que «*en definitiva, en el orden práctico y con proyección al ámbito jurisdiccional, una vez*

⁶⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. 2.ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 289.

⁷⁰ Norma Internacional ISO 37001:2016, Sistemas de gestión Antisoborno. Requisitos con orientación para su uso.

⁷¹ Norma Española UNE-ISO 19601. *Sistemas de gestión de compliance. Directrices*. Asociación Española de Normalización (AENOR), Abril, 2015.

⁷² Norma Española UNE 19601:2017. *Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso*. Asociación Española de Normalización (AENOR), Mayo, 2017.

⁷³ Sobre ello. *Vid.* NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del *compliance* y el derecho penal, *Op. Cit.*, 2013, p. 28.

acaecida la concreción de un riesgo jurídicamente desaprobado en el ámbito de actuación de una persona jurídica organizada de modo empresarial, deberá acreditarse —en términos normativos de imputación objetiva—, si el mismo riesgo es la concreción de la defectuosa organización (desvalor de la acción), o si, por el contrario, tiene otra causal que excluiría la tipicidad del delito específico que se trate⁷⁴. Entonces, la imputación objetiva se funda en la violación de ese deber de controlar los riesgos de la empresa, que incluye la actuación de sus órganos, empleados y terceros. En este orden de ideas, compartimos la posición de García Caveró quien sostiene que «la incorporación del criminal compliance hace que el riesgo de que, pese a todo, el miembro individual pueda cometer un delito en el marco de la organización, sea calificado en relación con la empresa como un riesgo permitido o tolerado»⁷⁵.

La debida diligencia del empresario manifestada a través de la implementación de un programa de *compliance* penal adecuado o idóneo, debe ser premiada con la ausencia de imputación a la empresa. Esta afirmación encuentra respaldo en la casuística de los Estados Unidos de América en el marco de la aplicación de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), donde refiere Carrión Zenteno que «la práctica persecutoria de la FCPA, amparada en la *Federal Sentencing Guidelines*, ha demostrado que la idoneidad del sistema preventivo no solo puede conducir a la atenuación de la pena, sino que igualmente es susceptible de producir la exclusión de la empresa de todo tipo de sanción»⁷⁶.

Así tenemos el conocido caso *Morgan & Stanley* en el cual no se formuló una acusación contra la empresa, pues el resultado ilícito [delito de la persona natural] no fue producto de un riesgo no permitido, sino se constató y probó que la empresa *Morgan & Standley* contó con un programa de *compliance* idóneo [el sistema no exige un riesgo cero o nulo].

Los hechos de este caso son los siguientes⁷⁷. Garth Paterson, un alto ejecutivo del área de inversión inmobiliaria de la filial china de Morgan & Stanley, entabló una estrecha relación amical y financiera con un ex directivo de la empresa estatal Yongye Enterprise a raíz del trabajo realizado en la colocación de inversiones en Shanghai. El ex directivo chino, conjuntamente con un abogado canadiense, recibieron aproximadamente 1,8 millones de dólares en sobornos a cambio de viabilizar negocios altamente lucrativos entre Morgan & Stanley y Yongye Enterprise. Fue la propia empresa M&S la que detectó tales hechos y los comunicó voluntariamente a las autoridades, cooperando voluntariamente con sus indagaciones para determinar el alcance de los pagos indebidos y si éstos implicaban la comisión de otros ilícitos.

⁷⁴ RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. Legalidad y eficiencia en materia penal empresarial. En *Derecho penal económico*. Montevideo: B de F, 2010, p. 112.

⁷⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. *Compliance* y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa, *op. cit.*, p. 184.

⁷⁶ CARRIÓN ZENTENO, Andy. *op. cit.*, p. 100

⁷⁷ Para una exposición detallada sobre el caso *Morgan & Stanley*, *Vid.* CARRIÓN ZENTENO, Andy. *op. cit.*, pp. 101-102.

Los órganos persecutores se abstuvieron de formular cargos contra Morgan & Stanley al comprobar su disposición de un *compliance* program basado, en este caso, en los siguientes elementos: i) La empresa poseía un sistema de control interno al momento de cometida la infracción; ii) La empresa desarrolló directrices internas preventivas prohibiendo las conductas corruptas; iii) La empresa actualizó constantemente sus directrices y capacitó permanentemente a los empleados sobre los alcances de la FCPA y otras leyes anticorrupción; iv) Los empleados del área de cumplimiento se ocuparon de vigilar y evaluar regularmente la legalidad de las transacciones y otras actividades financieras riesgosas; v) En el año 2004 el *compliance officer* advirtió por escrito a Peterson sobre la calidad estatal de la empresa china y de la condición de funcionarios extranjeros de sus empleados; vi) Morgan & Stanley requirió en múltiples ocasiones a Peterson dar su conformidad por escrito de su sujeción a las normas de la FCPA; vii) La empresa exigía anualmente a sus empleados revelar intereses comerciales externos; viii) Se llevó a cabo la *Due Diligence* al agente chino y a la empresa Yongye Enterprise antes de iniciar la relación comercial; ix) La empresa impuso mecanismos de pagos para garantizar que las transacciones cuenten con la autorización de la administración y reducir así el riesgo de pagos irregulares.

De los elementos que configuraron el programa de *compliance* de Morgan & Stanley, se desprende que estos permiten mantener la actividad de la empresa y de sus funcionarios dentro del riesgo permitido, por lo que cualquier actuación de una persona natural que eluda fraudulentamente dicho programa, no podría ser imputada a la empresa. En otras palabras, aquí vemos con claridad cómo es que en la práctica el *compliance* se configura como un elemento de la imputación objetiva a la empresa, como su faz negativa.

Si un *compliance* penal adecuado o idóneo permite excluir la imputación objetiva a la empresa, la pregunta que inmediatamente surge es cuándo nos encontramos ante un *compliance* penal calificado como adecuado o idóneo.

Desde la casuística, una aproximación a la idoneidad de un *compliance* penal lo encontramos en los criterios utilizados en el caso *Morgan & Stanley* explicados *infra*; sin perjuicio de ello, debemos indicar que la jurisprudencia sobre la materia realmente no es útil para determinar criterios de idoneidad del *compliance* penal, así lo explica Muñoz de Morales Romero quien sostiene que «de hecho, los tribunales no evalúan en profundidad todos los elementos del programa de cumplimiento normativo relevantes para determinar si la empresa actuaba de manera efectiva en el marco del mismo. En otras palabras, no llevan a cabo una completa evaluación acerca de si la organización empresarial tenía en el momento de la comisión del delito un programa efectivo de cumplimiento normativo capaz de evitar y detectar violaciones»⁷⁸.

⁷⁸ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. Programas de cumplimiento «efectivos» en la experiencia comparada. En ARROYO ZAPATERO, Luis/ NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.), *El derecho penal económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 214.

Es la doctrina penal la cual se ha encargado de proponer criterios para determinar la eficacia de un *compliance* penal⁷⁹. Así tenemos al «*test de eficacia*» o «*test de debido control*» propuesto por Nieto Martín⁸⁰, el cual se resume en los siguientes elementos.

Primero, la previsibilidad del delito, para lo cual es determinante el análisis de riesgos que viene a medir la probabilidad de que ocurra una infracción en la entidad y las actividades o procedimientos en la que resulta más probable; el debido control es un estándar de diligencia debida, se trata de controlar razonablemente y para ello la herramienta clave es el análisis de riesgos.

Segundo, la eficacia de los controles *ex ante*, en la medida que el delito haya resultado previsible; es decir, este segundo elemento del *test* se lleva a cabo solo en la medida que no se haya superado el primer elemento, esto es, que existan riesgos preVISIBLES. Este elemento implica un doble análisis. En primer lugar, evaluar la eficacia de los elementos básicos o transversales del *compliance*, cuya función es comprobar si desde la dirección de la empresa se han hecho esfuerzos serios y de manera continuada por crear una cultura de legalidad y establecer controles apropiados y no tanto por ver qué ha pasado en el caso concreto. En segundo lugar, se deberá evaluar la eficacia de los controles específicos, donde se examinan la existencia de medidas de prevención para hechos similares a los que han ocurrido, donde deberán tenerse en cuenta, especialmente, la existencia de estándares en materia de *compliance*. Este segundo elemento se reduce a la valoración de la cultura de legalidad implantada en la empresa.

Tercero, la eficacia de los controles *ex post*, donde se determinará la relación entre los controles existentes y el hecho realizado. Representa un tercer filtro para aquellos supuestos en los que la empresa no superó el análisis *ex ante*, pero tiene controles que funcionan de manera eficaz en el caso concreto, lo que significa que dificultaron la comisión del delito o favorecieron a su descubrimiento. Este tipo de control *ex post* es fundamental en el caso de los administradores, gerentes, directivos y, en general, representantes legales de la empresa.

Cuarto, el juicio de ponderación [que corresponderá al Tribunal], donde se va a ponderar el grado de la cultura de la legalidad [segundo elemento] y los controles

⁷⁹ Aunque hay posiciones autorizadas en la doctrina penal que desde una valoración abstracta del *Compliance* penal postulan como «dudosas» la eficacia de estos programas. Así, Vid. TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. En Arroyo Zapatero, Luis/ Nieto Martín, Adán (Dir.), *El derecho penal económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 37, «la eficacia de estos instrumentos resulta dudosa, por lo que existen considerables reservas, sobre todo en Francia y en Alemania, frente a la moda importada de los EE.UU. de los *compliance programs*, donde las empresas utilizarían estos programas muchas veces como una pantalla protectora contra las sanciones estatales y las investigaciones criminológicas informan como los altos directivos de las empresas con programas impresionantes hacen a la vez un «guiño» para la comisión de delitos».

⁸⁰ Para una explicación detallada sobre este test, Vid. NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas, *Op. Cit.*, pp. 84 y ss.

que existen en concreto [tercer elemento], donde pueden arrojarse como resultados a valorar que la empresa tiene una buena cultura de la legalidad, pero carece de buenos controles en concreto [controles débiles], o viceversa.

Quinto, el principio de *exigibilidad* del debido control que constituye un criterio residual y encuentra aplicación en aquellos casos en que por diversas circunstancias a la empresa le ha sido imposible el desarrollo del *compliance*. Por ejemplo, cuando sucede una fusión de empresas, una nueva administración en la empresa o cuando nuevos propietarios adquieren la empresa o la absorben.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- AA.VV. *Lecciones de derecho penal (Parte General)*, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Dir.), Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- AA.VV. *Teoría jurídica del delito a través del sistema de casos*, Armendáriz León, (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Responsabilidad penal de los entes colectivos: Estado actual y reflexiones preliminares». En URQUIZO OLAECHEA, José/ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel/ SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (Coords.), *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, 2011.
- BACIGALUPO, Enrique. *Tipo y error*. 3.º Edición, Editorial Hammurabi, 2002.
- BERRUEZO, Rafael. Derecho penal económico. En *Derecho penal económico*. Montevideo: B de F, 2010.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.
- CARO CORIA, Dino Carlos. Anticorrupción empresarial. En: *Jurídica*, Suplemento de análisis legal de El Peruano, Segunda Etapa, Año 10, N.º 592, 12/04/2016.
- CARRIÓN ZENTENO, Andy. *Criminal compliance. De la ley de EE.UU. de prácticas corruptas en el extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento*. Lima: EBC Ediciones, 2014.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. En: *InDret*, Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, Enero, 2012.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- GALLEGO SOLER, José-Ignacio. Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales». En Gimeno Jubero, Miguel Ángel (Dir.), *Derecho penal económico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa*. En REYNA ALFARO, Luis Miguel (Dir.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

- Perspectivas comparadas (EE.UU, España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2018.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance. En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999.
- GÓMEZ JARA-DIEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Actualizado conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. 2da Edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2015.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2017.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español (artículo 31BIS del Código penal). En GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Editor), *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas*. Lima: ARA Editores, 2012.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa. En *Derecho penal económico*. Montevideo: B de F, 2010.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile. En *Política criminal*, Vol. 5, N.º 9, Julio 2010.
- HURTADO POZO, José. *Compendio de derecho penal económico. Parte general*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- HURTADO POZO, José. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Cuestión Política, en: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/novedades>.
- KUHLEN, Lothar. Cuestiones fundamentales de *compliance* y derecho penal. En KUHLEN, Lothar/ MONTIEL, Juan Pablo/ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (Editores). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas, 2002.
- LAUFER, William S. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho. En GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos (Editor). *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas*. Lima: ARA Editores, 2012.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. 2.º Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 8.º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. Programas de cumplimiento «efectivos» en la experiencia comparada. En ARROYO ZAPATERO, Luis/ NIETO MARTÍN,

- Adán [Dir.]. *El Derecho penal económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- NIETO MARTÍN, Adán. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas. En NIETO MARTÍN, Adán (Dir.), *Manual de Cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del *compliance* y el derecho penal. En KUHLEN, Lothar/ MONTIEL, Juan Pablo/ ORTIZ DE URBINA GIMERNO, Iñigo (Editores). *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Norma Española UNE 19601:2017. *Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso*. Asociación Española de Normalización (AENOR), Mayo, 2017.
- Norma Española UNE-ISO 19601. *Sistemas de gestión de compliance. Directrices*. Asociación Española de Normalización (AENOR), Abril, 2015.
- Norma Internacional ISO 37001:2016, *Sistemas de gestión Antisoborno. Requisitos con orientación para su uso*.
- ONTIVEROS ALONSO, Miguel. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México (Algunos desafíos de cara a su implementación). En ONTIVEROS ALONSO, Miguel (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia 2014.
- ORTS BERENGUER, Enrique/ GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de derecho penal. Parte general*. Tercera Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Autoría y participación en la empresa. En ARROYO ZAPATERO, Luis/ LASCANO, Carlos/ NIETO MARTIN, Adán (Dir.), *Derecho penal de la empresa. Del derecho penal económico del Estado Social al derecho penal de la empresa globalizado*. Buenos Aires: Ediar, 2012.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Autoría y participación en la empresa. En ARROYO ZAPATERO, Luis/ LASCANO, Carlos/ NIETO MARTIN, Adán (Dir.), *Derecho penal de la empresa. Del derecho penal económico del Estado Social al Derecho penal de la empresa globalizado*. Buenos Aires; Ediar, 2012.
- REQUENA JULIANI, Jaime. La posición de garante del empresario. En BACIGALUPO, Enrique (Dir.), *Curso de Derecho penal económico*. 2da Edición. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. Implementación de los *compliance programs* y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. Actualidad a partir de la Ley N.º 30424, el Decreto Legislativo N.º 1352 y el Proyecto de Reglamento de la Ley N.º 30424. En REYNA ALFARO, Luis Miguel (Dir.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas (EE.UU., España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*. Lima: Ideas Solución Editorial, 2018.
- RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. Legalidad y eficiencia en materia penal empresarial. En *Derecho penal económico*. Montevideo: B de F, 2010.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio. El derecho empresarial. Empresario y consumidor. En *Lecciones de Derecho Empresarial*. 2.º Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*. En *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. InDret 1/2012. Barcelona, 2012.

- SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa [traducción de Daniela Brückner y Juan Antonio Lascuraín Sánchez]. En *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41. Madrid: Ministerio de Justicia, 1988.
- SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. En URQUIZO OLAECHEA, José/ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel/ SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (Coords.) *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal. Libro homenaje a Klaus Tiedemann*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español. En *Fundamentos de Derecho Penal de la Empresa*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2013.
- SOTA SÁNCHEZ, Percy André. *Compliance* penal y su función en la atribución de responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 109, Julio, 2018.
- SUTHERLAND, Edwin. Criminalidad de cuello blanco [traducción de Luis Miguel Reyna Alfaro]. En *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, N.º 1. Lima, 2011.
- TIEDEMANN, Klaus. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. En Arroyo Zapatero, Luis/ Nieto Martín, Adán (Dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Internacionalización de la empresa: la criminalidad como empresa y la criminalidad de empresa. En *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal*. Lima: Jurista Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa – CEDPE, 2013.

LEGISLACIÓN

Código penal español.

Código penal peruano.

Ley N.º 25475.

Ley N.º 26887, Ley General de Sociedades.

Ley N.º 30424.

Ley N.º 30835.

CARACTERIZACIÓN DE MODELOS EMPRESARIALES INTERMEDIOS CON FINES CRIMINALES «MEC»

ANDRÉ SCHELLER D'ANGELO¹

Docente investigador de la Universidad Sergio Arboleda (Colombia)
Docente catedrático de Procedimiento Penal y Teorías Penales de la Universidad del Magdalena (Colombia)

RESUMEN

El delito organizado toma su nombre de la necesidad de una conformación grupal de personas presentes en todo el desarrollo de los hechos delictivos y de la división de tareas que para su consumación éste requiera. Si bien la doctrina penal ha hecho esfuerzos incommensurables hasta hoy a fin de organizar la perpetración grupal en los delitos, dentro de los criterios de participación criminal y con la particularización de un concepto homogéneo y concreto de autor del delito, en el crimen organizado, al parecer, frente a lo que ocurre hoy en día en el mundo criminal, ésta discusión se hace más amplia.

La participación criminal en el crimen organizado, no se agota dentro de los ya bastante desarrollados por la doctrina conceptos de autoría y participación, dado que no se trata aquí de determinar quienes participan de manera subsidiaria a un autor principal en el ilícito, sino de la sumatoria de conductas, algunas lícitas y otras ilícitas, que desarrollan toda la cadena criminal.

¹ Abogado de la Universidad Católica de Colombia especialista y magister en Derecho Penal, Doctor en Derecho penal por la Universidad de Salamanca. Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda sede Santa Marta. Docente investigador de la misma universidad. Docente catedrático de Procedimiento Penal y teorías penales de la Universidad del Magdalena. Conjuez de la Sala Penal del Tribunal Superior del Magdalena, Coordinador académico de la defensoría del pueblo regional Magdalena.

Palabras clave: *Empresa; Criminalidad; Organización; Transnacional; Prevención.*

ABSTRACT

Organized crime takes its name from the need for a group conformation of people present throughout the development of criminal acts and the division of tasks that for its completion this requires. Although the penal doctrine has made immeasurable efforts until today in order to organize the group perpetration in the crimes, within the criteria of criminal participation and with the particularization of a homogeneous and concrete concept of the author of the crime, in the organized crime, it seems, in the face of what is happening today in the criminal world, this discussion becomes wider.

Criminal participation in organized crime does not end within the already developed enough doctrine concepts of authorship and participation, since it is not here to determine who participates subsidiary to a principal author in the crime, but the summation of conducts, some licit and other illicit, that develop the whole criminal chain.

Keywords: *Company; Criminality; Organization; Transnational; Prevention.*

INTRODUCCIÓN

EL COMPORTAMIENTO DE «LA BANDA» que se propone un fin criminal, puede ser en gran medida determinado fácilmente dentro de los conceptos de autoría y participación bajo el criterio del dominio del hecho como doctrina dominante en el Derecho penal contemporáneo; no obstante, en el prisma de la criminalidad organizada transnacional en donde varias bandas o grupos, perpetran distintos actos con fines diversos, la determinación y diferenciación entre autores y partícipes no resulta fácil. En el mismo sentido en la teoría del delito tradicional se manifiesta Zúñiga (2009).

Así, quien comercializa en la calle pequeñas dosis de droga en Miami, no tiene relación absoluta con el fabricante de envolturas que modifica un pequeño navío en donde se transportará posteriormente la droga desde Suramérica; y a su vez, éstos en particular no tienen relación alguna con el gerente de banco en un paraíso fiscal, que acepta un depósito multimillonario sin mayor explicación acerca de la procedencia del recurso de un narcotraficante. Éstas son sin duda acciones desarrolladas por «bandas» independientes con «objetos comerciales» en algunos casos lícitos y en otros ilícitos diferentes. En un primer momento, se podría manifestar que existe una cadena causal, por ejemplo, en el tráfico de drogas y que ello une al productor inicial con el vendedor final, pero si observamos hoy el transcurso de la criminalidad organizada emergente, sin la participación de diferentes bandas que de manera autónoma hagan lo que deben hacer, el tráfico de drogas no sería una realidad y en general los delitos transnacionales de las diferentes bandas criminales no se podrían llevar a cabo.

1. LAS MEC DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

A fin de tratar de esclarecer desde la realidad cotidiana la forma como se comportan los diferentes participantes dentro de algunos modelos de bandalización criminal, se ha desarrollado en éste trabajo, sin pretensiones de dar por «finalmente» concluido el tema, el concepto de «MEC», Modelos Empresariales con fines Criminales. El cual, a los efectos de ésta investigación se puede definir como *el conjunto de personas naturales o jurídicas constituidas en empresas y/o sociedades, lícitas o ilícitas que coadyuvan conscientemente a la comisión fraccionada de Delitos a una organización criminal.*

Ésta definición, debe entenderse de acuerdo a las partes que la componen, entendiendo para comenzar, que se trata de un *conjunto* de personas naturales o jurídicas. Ello hace referencia a que una simple agrupación de personas, que hoy se concierta para desarrollar el pedido de un criminal o de una verdadera banda, puede ser entendida como una MEC. Así, en el caso de la empresa de zapatos que decide implantar en los tacones del calzado X droga para ser introducida a los EEUU de manera esporádica a solicitud del traficante N, puede ser entendida como una MEC por dos razones fundamentalmente. La primera es que el objeto lícito de su quehacer cotidiano pese a que no es el favorecimiento del crimen organizado, está permitiendo a una organización criminal el desarrollo de sus actividades ilícitas; y en segundo lugar, el comportamiento de la empresa pese a ser esporádico, afecta como comercialización su economía que ha sido uniforme en el tiempo como empresa de zapatos. Lo anterior quiere decir que ésta empresa no debe quedar impune de su acto ilícito, porque debe ser entendida como una MEC, tampoco debe tenerse como parte de una banda ni como su cómplice, sino como lo veremos más adelante, un autor independiente.

Ahora bien, de la definición anterior, también puede establecerse, que una MEC, puede ser una persona jurídica o natural. Sin duda, una persona jurídica, mediante actos lícitos e ilícitos, puede colaborar como una MEC, lo que interesa en éste evento, es el conocimiento que sobre la actividad tenga la persona de la que se trata y su incidencia empresarial en el asunto. Por ejemplo, es posible que el restaurante del señor X, reporte ante el fisco, utilidades mensuales por valor de cuatro mil dólares al mes, pero en realidad, durante toda la semana el restaurante permanece vacío y su clientela es mínima. Así, los dineros que el dueño del restaurante reporta realmente, son activos de la actividad ilícita del narcotraficante H.

En éste caso de cátedra, pueden ilustrarse varias actividades lícitas e ilícitas (de personas jurídicas y naturales) según se conozca o no la actividad de que se trate. En cuanto a las personas jurídicas intervinientes, está claro que el banco Q que recibe semanalmente las consignaciones que religiosamente hace el administrador del restaurante, es una persona jurídica que mal podría ser llamada a responder como una MEC, dado que el banco Q, supone que los fondos recaudados provienen de la actividad lícita del señor X en su restaurante. No le asiste la obligación de verificar si

al restaurante entran o no el número de personas que hacen consumos por el monto del valor depositado en el banco. Aquí debe anotarse con mucha claridad, que el conocimiento de la ilicitud del hecho es el elemento fundamental, dado que es posible que el banco sea una MEC, que lícitamente recibe el dinero, pero a sabiendas de que se trata de una erogación generada producto del narcotráfico, en éste evento sin duda el banco es una MEC, que desarrolla una actividad lícita.

Es posible así mismo que una persona natural se constituya en una MEC, el caso concreto de los servicios prestados por profesionales que ejercen de manera liberal, abogado, psicólogo, médico, contador etc. cuando reportan a las diferentes autoridades hechos falsos o irregulares para coadyuvar a la banda, o de igual forma se prestan como testaferros para ocultar o lavar en definitiva los ingresos de las bandas criminales. Aquí debe anotarse que éste sujeto que presta el servicio no hace parte de la banda matriz de narcotraficantes, sino que su colaboración pertenece a un momento en que fue utilizado por la banda para continuar con el giro de sus actividades ilícitas. En el concepto de MEC, es importante insistir en que la empresa o persona participante no hace parte de la banda criminal matriz.

De otro lado según la definición, las actividades para coadyuvar a la banda, pueden ser lícitas o ilícitas. El restaurante del caso anterior es una persona jurídica MEC, que realiza actividades lícitas e ilícitas porque coadyuva a su vez con la banda criminal, si una persona entra a tomar una gaseosa en el restaurante y algún mesero se la vende, la actividad sin duda es lícita, pero cuando el dueño reporta al fisco ganancias que ha obtenido para ayudar al traficante a lavar sus ingresos, la actividad es ilícita.

También es requisito imprescindible, que la actividad de lo que aquí hemos denominado una MEC, sea fraccionada y consciente. El requisito o característica de la actividad fraccionada, se refleja en el hecho de que la banda criminal para adelantar sus actividades necesita de muchas acciones, que en el plano de la finalidad del delito parecen conjuntas en el sentido estrecho del término, pero que a la postre no lo son, debido a que se ejecutan de manera fraccionada. Por ej. La mediana empresa que impermeabiliza a profundidad los fondos de una lancha a motor, puede estar o no, lejos de saber que esa lancha será modificada para contener droga en un viaje de media distancia marina; y a su vez el taller de mecánica de motores fuera de borda también puede ser ajeno o no a, para qué necesita su cliente dos motores de alta potencia. Los dos artesanos anteriores, no tienen contacto ni conocimiento alguno de la farmacéutica que vende tres docenas de guantes de látex y un frasco de aceite para envolver y hacer tragar a la mula o camello, las capsulas con cocaína que ha de llevar en el avión que le lleva a destino.

Mal puede sostenerse en los delitos cometidos por bandas organizadas, que todas estas personas hacen parte de la banda criminal matriz y que tienen un fin común y que sus actividades son ilícitas con única finalidad, sin embargo, a cada una, en caso de ser verificada su colaboración con la banda criminal, se le condenará penalmente por su actividad, quedando al descubierto que, en ocasiones,

dicha actividad resulta inocua y por tanto decantará en impune. ¿Qué delito hay en impermeabilizar una lancha? O en mejorar sus condiciones de velocidad. Debe entonces, verificarse la existencia de una MEC, y la consciencia de que está coadyuvando con una banda criminal.

Finalmente, sobre la definición de una MEC, debe anotarse, que debe existir una colaboración consiente con la banda criminal. Esto que parece un dato evidente, no lo es tanto, a la hora de establecer que la MEC, debe hacer el trabajo que realiza para la banda y además ser consciente de que el trabajo es para los fines ilícitos de la banda, de no tener cuidado con ello, el comportamiento de los participantes de la MEC quedaría siempre impune, dado que se trata de actividades que en muchos casos, son perfectamente lícitas, como se indicó atrás, impermeabilizar una lancha a motor, mejorar las condiciones de ésta nave, dentro del giro normal de sus negocios, se encuentra por tanto la actividad.

Así, la comunicabilidad de circunstancias juega un papel preponderante para la vinculación de la MEC en las consecuencias del delito, dado que solo habrá responsabilidad penal de ésta, cuando exista conocimiento de la actividad ilícita final que se persiga con su intervención.

1.1. A QUE TÍTULO INTERVIENEN LAS MEC EN EL DELITO

Dentro de las más apasionantes discusiones del Derecho penal en la historia, se encuentra aún hoy en día, la búsqueda incesante por un concepto individualizador que permita establecer un concepto uniforme acerca de quién es el autor en el delito. Ésta tarea a la fecha no ha sido resuelta por la doctrina y su respuesta, no es nada fácil pese a los grandes esfuerzos de los grandes teóricos del Derecho penal y de la jurisprudencia. Ahora, como puede avizorarse desde un principio, en éste escrito, se trasladará el problema de la autoría y la participación criminal al ámbito de las MEC.

2. RECORRIDO TEÓRICO HISTÓRICO

El problema de la autoría y la participación en el delito, solo puede entenderse a partir de su derrotero histórico y teórico, así las cosas, es menester hacer un repaso por las diferentes teorías, para luego entrar de lleno a examinar el fenómeno en las MEC.

Vale aclarar que una cosa es el concepto de autor y su derrotero histórico y teórico, y otra el esfuerzo teórico en el mismo sentido, sobre la diferencia entre el autor y los partícipes. Bajo éste criterio de explicar primero el concepto de autor y posteriormente hacer referencia a la diferencia entre autores y partícipes continuará la presente exposición.

2.1. EL CONCEPTO UNITARIO Y LAS TEORÍAS CAUSALES

Según ha dicho López Peregrín (1997), los orígenes del concepto unitario de autor se encuentran rastreando autores como Schirach y Stübel, partidarios de la equivalencia de las condiciones y para quienes la lesión al derecho que constituye el delito es consecuencia del actuar conjunto. El concepto unitario de autor no distingue entre autores y partícipes en su modalidad clásica o formal (a diferencia de la funcional) cualquiera que interviene en la causación del delito es autor del mismo, habida cuenta su participación y aporte en la cadena causal. Esta versión, es resultante de la influencia positiva naturalista, que sometía las ciencias del espíritu a las ideas de las ciencias naturales y pretendía, de forma infructuosa, reducir los fenómenos jurídicos a meros cursos causales y a concatenaciones causales de diversas clases (Roxin, 2000)

Frente a la equivalencia de las condiciones donde todas las condiciones se presentan como equivalentes para la producción del resultado, es evidente que no cabe la posibilidad de distinguir entre autores y partícipes, pues la intervención de todos aquellos que participan del delito son causa del mismo, así V. Liszt (1919) sostenía que «... del concepto de causa se deriva que cualquiera que, al aportar una condición del resultado producido, participa en éste, ha causado el resultado; que como todas las condiciones del resultado son equivalentes, no existe diferencia conceptual alguna entre cada uno de los que participan en la producción del resultado» (p.234).

En fin, los sistemas unitarios dadas las dificultades para diferenciar entre autores y partícipes de manera simplificada, consideran a todos los intervinientes que hayan aportado al hecho punible como autores del mismo. En este sentido manifiesta V. Liszt (1896,) al respecto: «Si no existe un criterio de diferenciación claro, ni es posible hallarlo, ¿de qué sirve mantener una distinción oscura, difícil y poco práctica?» (pp. 514, 515).

2.2. EL CONCEPTO EXTENSIVO Y LAS TEORÍAS TELEOLÓGICAS

En los años veinte del siglo pasado, con el advenimiento del neokantismo y las ciencias culturales, con la filosofía de los valores en Alemania sur occidental que distinguía entre el conocimiento naturalístico causal y los valores provenientes de la disposición del ser humano, centrando la materia jurídica en conceptos valorativos, se da paso a las teorías teleológicas de la autoría; ellas rechazan de entrada el planteamiento estrictamente naturalístico causal para determinar, limitar y diferenciar los criterios de autoría y participación. Así, autores como Mayer (1915), Mezger (1912), Merkel y Wegner (1926) criticaron la idea de reconducir la diferencia a través de éste último método [véase Roxin (1998)].

Ahora bien, el concepto extensivo de autor parte de la equivalencia de las condiciones al igual que el concepto unitario de autor, pues considera que todo

aquel que interviene en la cadena causal es autor del hecho típico. No obstante, la diferencia con el concepto unitario reside en que al establecerse legalmente formas distintas de intervención (Inducción y complicidad) estas salen del ámbito de la autoría y entran en el de la participación. El hecho de que la ley diferencie² entre autores y partícipes es lo que obliga a establecer las diferentes formas de intervención, que de no estar normativamente descritas el tratamiento para todos los intervinientes se establecería como si fueran autores.

En éste sentido, se esgrimieron desde el concepto teleológico valorativo, teorías objetivas y subjetivas, con soluciones diferentes. Dentro de las objetivas, sustentadas con bases teleológicas, cabe resaltar el trabajo desarrollado por Eberhard Schmidt denominado «*La Autoría Mediata*» (1930), que propende por la construcción de un concepto de autor que permitiera castigar los casos de autoría mediata sin necesidad de fundamentarlos en teorías subjetivas, a partir de un modo de contemplación normativa con influencia teleológica u orientado a puntos de vista de su finalidad material, frente al naturalístico causal o puramente formal que tiene en su base la protección de bienes jurídicos y de modos de comportamiento socialmente dañinos. El trabajo de Schmidt parte de la autoría mediata; en su criterio, la punición en los casos de autoría mediata no estaba fundamentada desde la perspectiva de la dogmática jurídica dentro de las teorías objetivas de la autoría; así este autor logra demostrar que la autoría mediata es una forma de autoría, porque autor es todo aquel que antijurídica y culpablemente pone a otro en condición para el resultado, excepto en los casos de inducción y complicidad.

En contraposición a las teorías objetivas pero con la misma finalidad de encontrar un criterio diferenciador entre autores y partícipes, entra en escena la *teoría subjetiva de la participación*³, éste concepto para algunos forzoso pero de gran acogida. En efecto, Von Buri (1873) presenta a la teoría subjetiva como un concepto *extensivo* que sienta sus raíces en las corrientes causales. Parte del presupuesto de que no se puede, definitivamente, distinguir entre autores y partícipes mediante la índole objetiva de la actividad exteriorizada en común, pues ello daría como resultado que todos aquellos que intervienen en el delito serían autores del mismo. Por ello, este autor planteó que la diferencia entre autor y partícipe solo

² Para complementar, véase Peñaranda Ramos, E: *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, BdeF, Buenos Aires, 1990, donde el autor en el capítulo 3.º, pp. 106 y ss., hace mención del concepto legal de autor en el Código Penal español: su origen y sus repercusiones en la doctrina y en la jurisprudencia, tratando el desarrollo del concepto legal de autor inclusive desde el Código Bávaro de 1813.

³ Las posiciones con respecto a establecer si la teoría subjetiva es o no un criterio extensivo de autor, están divididas: así, para algunos tratadistas como Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, p. 894; Gimbernat Ordeig, E.: *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, BdeF, Buenos Aires, 2006, p. 42, lo es. Y, para Díaz y García Conlledo, *Autoría y Participación*, p. 256, no; sin embargo, en éste trabajo, por motivos metodológicos, se incluye dentro del concepto extensivo.

puede ser subjetiva y está basada en la diferencia de la voluntad del autor y del partícipe [sobre ello, Díaz y García Conlledo (1991),]. Las teorías objetivas y subjetivas en concreto se ampliarán más adelante.

2.3. CONCEPTO RESTRICTIVO Y TEORÍAS ONTOLÓGICAS

Superado el Neokantismo hacia los años treinta del siglo pasado, las materias jurídicas toman un nuevo rumbo caracterizado por intentar descubrir ya en los ámbitos materiales del derecho, principios de ordenación deducibles de las mismas materias jurídicas. Para autores como Carl Schmitt (1934), el ordenamiento jurídico no se crea mediante una suma de reglas como lo consideraba la teoría normativa sino que la regla, a la inversa, no es sino componente de un ordenamiento ya dado en el pueblo. La anterior aseveración provenía de la influencia de Maurice Hauriou (1927) con su teoría del «pensamiento de ordenamiento concreto».

Según lo anterior y teniendo en cuenta las consideraciones ontológicas de Hartmann (1935) y Hans Welzel (1993), quien criticaría en 1935 la separación del ámbito conceptual jurídico abstracto con respecto a la realidad, los conceptos jurídicos no son configuraciones metodológicas de un material amorfo sino descripciones de un ser configurado ópticamente. El ser tiene en sí ab-initio, ordenamiento y configuración, no es que los reciba prestados de formas ideales y, así mismo, el ser social de la persona está en ordenamientos originarios. En el mismo sentido Roxin (2000) manifiesta que el concepto de autor, por tanto, no debería ya obedecer a estructuras ontológicas sino a formaciones de sentido previas al ordenamiento jurídico.

Dentro de este marco, se desarrollan los presupuestos más importantes del concepto restrictivo de autor, que va a partir de un presupuesto totalmente diferente al unitario y al extensivo. Así, Díaz y García Conlledo (1991), manifiesta que no todos los intervinientes en un hecho delictivo son autores sino algunos de ellos. No todo el que es causa del delito es autor del mismo y, gracias a la existencia de preceptos que castigan expresamente otras formas de intervención, pueden éstas entrar en el campo de lo punible; por tanto, los preceptos sobre participación en sentido estricto son causas de extensión de la punibilidad (en sentido amplio) son causas de extensión de lo típico. La diferencia entre autor y partícipe puede ser objetiva, según la clase de contribución al hecho, y no solo subjetiva como ocurre en estricto sentido con el concepto extensivo de autor. De éste punto de vista parte el *concepto restrictivo* de autor que tiene como centro el principio de accesoriedad. Por ello, Peñaranda Ramos (1990) sostiene que una vez se reconoce la naturaleza accesoria de la participación, solo es consecuente que la pena de los partícipes se rija por la punibilidad del autor. El principio de accesoriedad es el pilar del sistema restrictivo y es en especial, lo que hace que se prefiera a otros, dado que produce un recorte en lo típico bastante preciso, y, por

ello, que se adapte con mayor precisión a un Estado de Derecho; en el mismo sentido se pronuncia Suárez (1998).

3. DIFERENCIAS ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN (LAS TEORÍAS SUBJETIVAS Y OBJETIVAS)

3.1. TEORÍAS SUBJETIVAS

De ellas puede decirse que parten del presupuesto según el cual será autor quien desarrolle su aporte causal con voluntad de autor, es decir con voluntad de realizar su propio hecho (*animus auctoris*), y, será partícipe quien desarrolle su aportación causal con voluntad de partícipe, esto es, interviniendo en el hecho de otro (*animus socci*). Plantear la diferencia desde el ámbito subjetivo implica distinguir qué se entiende por actuar con *animus socci* y qué se concibe por actuar con *animus auctoris*. En términos de Roxin (2000), lo común a las teorías subjetivas es distinguir entre autoría y participación no según criterios objetivos, sino solo intrapsíquicos como la voluntad, la intención, los motivos y las actitudes de los partícipes.

Cabe resaltar que al interior de éstas teorías, por sustentar sus bases en la raigambre causalista, no importa si el interviniente desarrolla o no los elementos típicos de manera directa, lo que interesa es la aportación causal al hecho y el interés con que se actúa; de tal forma distinguen entre la voluntad del autor y la del partícipe.

Dentro de las teorías subjetivas la doctrina diferencia entre la teoría del dolo y la teoría del interés, las cuales deben ser mencionadas en esta sede porque, en buena medida, ellas contribuyen a las construcciones modernas en materia de la autoría. Según la teoría del dolo, la voluntad del partícipe se presenta de manera subordinada o dependiente de la del autor; en otros términos: el partícipe no se propone la realización de una conducta, sino que su comportamiento se despliega por la resolución de la voluntad de otro, que en éste caso sería el autor, así la decisión de la producción resultado vaya a depender del criterio del autor. Además, si bien es cierto que el partícipe actúa con voluntad dependiente, el coautor no reconoce que su voluntad sea inferior a la de otro sino del mismo nivel; con ésta mecánica, pues, resuelve ésta teoría la diferencia entre partícipes y coautores (Díaz y García Conlledo, 1991; López Barja de Quiroga, 1996). Actualmente, ésta teoría es apoyada por autores como Bockelmann (1960), quien asemeja la teoría del dolo con la del dominio del hecho y sostiene que la distinción buscada –que es precisamente la peculiaridad psíquica que caracteriza al partícipe–, consistente en la subordinación de su dolo a una decisión del hecho ajeno.

La teoría del interés, defendida por Feuerbach, sostiene que es posible valorar el interés del autor en el hecho como un indicio de si quiso el hecho como propio o si solo quiso favorecer un hecho ajeno [sobre ello, Roxin, 2000]. Conforme a ésta

concepción, se diferencian una y otra figura dependiendo del interés con que actúe en el hecho cada interviniente; si propio será autor, si ajeno será cómplice. Así, si se presenta como un apoyo a la teoría del dolo, en realidad la fórmula del interés no va más allá en su significado que la teoría del dolo. Su valor, sin embargo, reside en proporcionar un indicio tangible de la «*subordinación de la voluntad*» requerida por la teoría del dolo, previniendo el deslizarse en curvas formales. Las teorías subjetivas son blanco hoy de innumerables críticas en la medida en que, al cimentar sus bases en criterios éticos sobre el merecimiento de pena de cada interviniente, no permiten deslindar de manera objetiva y abstracta las formas de intervención, dejando dicha diferenciación subjetiva en manos del juez. De otro lado, divergen con el principio de legalidad, pues la distinción gira en torno al ánimo del sujeto que actúa y no a principios establecidos directamente en la norma.

Estos criterios, recuérdese además, posibilitaron decisiones de los tribunales alemanes que fueron repudiados y, actualmente, son cuestionadas por ello por parte de un amplio sector de la doctrina (Mir Puig, 2004; Díaz y García Conlledo, 1991; López Barja de Quiroga, 1996). Los casos más conocidos que se fallaron por parte del tribunal alemán basados en criterios subjetivos son el de la bañera y el Staschynskij: En el primero, la hermana de una mujer da muerte al bebé recién nacido de ésta a solicitud de la madre de la criatura, y es condenada por virtud de la teoría subjetiva, como cómplice, mientras que la madre lo es como autora. En el segundo, un agente del servicio de secreto extranjero, dio muerte a dos personas y fue condenado a título de complicidad, pues mediaba el interés del Estado que le había contratado para llevar a cabo el hecho.

3.2. TEORÍA OBJETIVO-FORMAL

Esta concepción diferenciadora, considera que autor es quien ejecuta la acción típica, es decir, quien realiza la acción expresada en el verbo rector del tipo penal. Para autores como Adolf Merkel, autor es quien realiza la acción principal, los actos de ejecución, mientras que cómplice es aquel que, a sabiendas de lo que hace, ayuda al autor para la comisión del delito [cfr. Roxin, 2000]; de la misma forma, Díaz y García Conlledo, enfatiza que se puede caracterizar ésta teoría por definir al autor como aquel sujeto que ejecuta (total o parcialmente) la acción descrita en los tipos de la parte especial. Los principales seguidores de la concepción objetivo-formal, son F. Von Liszt (1896), E. Von Beling (1944), E. Mezger (1957), Graf Zu Dohna (1958), para quienes lo que se pretende es establecer la distinción entre autores y partícipes gracias a la gramática, la sintaxis y la interpretación literal del tipo.

Con lo anterior, se deduce que autor es aquel cuya actividad causal esté comprendida dentro del tipo penal, y será cómplice quien preste una ayuda secundaria al curso causal y, según el lenguaje, no pueda enmarcarse dentro de la hipótesis típica. Así, Mir Puig (2004), señala que para éste criterio es autor quien clava el

puñal en el pecho de la víctima, quien toma el dinero de la caja; también, quien sujeta a la mujer en la violación o amenaza con un arma a la víctima de hurto mientras toma el dinero otro coautor.

Dos inconvenientes se presentan frente al postulado de ésta teoría, los cuales han sido puestos de manifiesto por la doctrina. De un lado, interpretar los delitos en donde se consagra estrictamente el resultado, de cara a la coautoría y a la complicidad, no resulta fácil; en el caso del art. 103 (homicidio) del Código Penal colombiano, por ejemplo, ¿qué ocurre cuando alguien sujeta a otro para que un tercero lo apuñale?; aquí, solamente quien apuñala desarrolla el verbo típico de matar, mientras que quien sujeta, al no desarrollar literalmente el verbo rector, solo presta una ayuda. Así se deduce un primer inconveniente a la hora de aplicar ésta teoría; junto a lo anterior, debe decirse que al no describirse literalmente la acción en el tipo de alguno de los intervinientes, la coautoría quedaría descartada, si la conducta desplegada por los coautores «no es del todo idéntica», lo cual genera incongruencias causales y de imputación, como aquella según la cual existe indeterminación en torno a «quien objetivamente es causa de un determinado resultado».

De otro lado, la dificultad de estas concepciones reside en la identificación de la autoría mediata, dentro de los márgenes de ésta teoría; por ello, se pregunta: es autor ¿el que pone la bomba, o el que inconscientemente aprieta el botón que la hace explotar? (López Barja de Quiroga, 1996). Si nos fijamos en la literalidad del tipo, es casi imposible identificar la acción perpetrada por el autor mediato.

Las críticas a la concepción objetivo formal, darían paso a un nuevo concepto, que trató de evitar sus defectos, así nace la teoría objetivo-material.

3.3. TEORÍA OBJETIVO-MATERIAL

Las tesis objetivo-materiales hacen referencia a que para ser autor es preciso ser causa del hecho, pero establecen graduaciones en función de la importancia que tenga para el resultado la causa de que se trate. Será autor, el sujeto que aporte la contribución objetivamente más importante. Conforme a lo anterior, se distingue entre causa y condición; así, autor es quien pone la causa y cómplice quien aporta una condición para el resultado. Al respecto, es discutible la postura expuesta por López Barja de Quiroga, en el entendido en que no solo se trata de distinguir entre causa y condición, sino que lo importante es el grado del aporte del interviniente. Así, lo que caracteriza estas teorías es que, de un lado, deben tener en cuenta criterios distintos a la posición interna del sujeto, siendo por tanto objetivas, y, de otro, deben tener un carácter material en el sentido de no limitarse a una simple remisión a los tipos de la parte especial, sino que hacen especial énfasis en teorías causales diferenciadoras (López Barja de Quiroga, 1996; Mir Puig, 2004; Jescheck, 1981).

También, deben citarse las *Teorías que diferencian según el carácter directo o indirecto de la causalidad*, en cuyo interior se presentan diferentes posiciones. El punto de partida de las mismas es que la causalidad del autor es directa, mientras que la del cómplice se apoya en la del autor (Díaz y García Conlledo, 2004).

Para terminar debe citarse finalmente, la *Teoría de la supraordinación*, defendida por Dahm & Schmidt [véase Roxin, 2000] en donde se asume que no se puede obtener un criterio totalmente perfilado y exacto para distinguir entre coautor y partícipe, sino que hay que atender a las circunstancias de cada caso en concreto para determinar si un sujeto está en posición de superioridad frente al otro (supraordinación) o de inferioridad (subordinación) o, en fin, existe una posición de igualdad (Coordinación de los coautores) entre los intervinientes como lo indica Díaz y García Conlledo (1991).

3.4. TEORÍAS MIXTAS

Roxin (2000), afirma que las teorías objetivas y subjetivas, raras veces, se han presentado en la jurisprudencia en su estado puro, esto implica que para la diferenciación entre autores y partícipes, las nombradas teorías suelen entremezclarse; perfectamente, se puede entrelazar la teoría objetivo-formal con la teoría del dolo, o la teoría objetivo material con la teoría del dolo y la justificante del interés, esto obviamente lleva a construcciones complejas, pero a través de las cuales tanto la doctrina como la jurisprudencia tratan en lo posible de dar solución a los vacíos que se presentan al adoptar una doctrina única⁴.

4. TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Esta construcción constituye la posición dominante en la doctrina y ha sido defendida por autores como Maurach (1995); Gallas (1968) Weber (1935); Jescheck (1981) y Gimbernat Ordeig (1966), entre muchos autores. Varios teóricos intentan aproximarse a una definición concreta en torno a la teoría del dominio del hecho; sin embargo, se han destacado algunos que por sus enunciados pretenden obtener en lo posible la uniformidad de un criterio único, que sirva de fundamentación a la aplicación de la teoría en su estado más reciente.

Según Díaz y García Conlledo (1991), es Lobe en 1933 quien la utiliza por primera vez para criticar la teoría subjetiva, al plantear la idea de dominio del hecho en un sentido absolutamente moderno, exigiendo junto al elemento subjetivo de la voluntad de dominio, el verdadero dominio objetivo en la ejecución

⁴ Roxin, en *Autoría y dominio del hecho*, 1998, pp. 75 y ss., hace una presentación de las diferentes mixturas que se pueden presentar entre las teorías objetivas y subjetivas, así las teorías de Stübel, Tjaben y Haupt.

[en el mismo sentido Martínez (2008)]. En éste orden de ideas, Lobe sostendría que lo esencial para la autoría no es sin embargo solo la presencia de una voluntad del contenido, querer el hecho como propio, sino que la realización de esa voluntad debe además también tener lugar de modo que la misma se ejecute bajo su dominio, que la voluntad domine y dirija también la ejecución que sirve a su realización. Posteriormente, añádase, esta concepción tendrá base en el finalismo, concepción para la cual en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la ejecución del hecho del mismo modo que ve lo decisivo de la acción en el control final del hecho (Mir Puig, 2004).

Es de anotar, que la expresión «dominio del hecho», antes de ser difundida por Lobe y Welzel en el sentido que hoy se conoce, fue utilizada por autores como Hegler, Frank & Goldschmidt, quienes la consideraban como referida al sujeto del delito, pero entendida solo en cuanto a los elementos materiales de la culpabilidad (de su época), es decir a la imputabilidad, al dolo o a la imprudencia y a las causas de exculpación [sobre ello, Roxin, 2000]. Por su parte, Bruns utiliza la expresión dominio del hecho, para referirse al criterio de distinción entre dolo e imprudencia consiente [Welzel, 1993].

4.1. CONSTRUCCIÓN Y CONTENIDO DEL DOMINIO DEL HECHO

Hans Welzel (1993) manifiesta que señor del hecho será aquel que lo realiza en forma final, en razón a una decisión de su voluntad. El sustento de toda la teoría del dominio del hecho según la doctrina dominante⁵ es consecuencia, en gran medida, del sustento de las anteriores teorías de la autoría; así influyen en la formación del concepto, la teoría del dolo, la objetivo material, la objetivo formal, etc. Así mismo, es de considerar, como lo anota López Barja de Quiroga (1996), que la teoría del dominio del hecho, también es consecuencia de aceptar el dolo en el tipo. Así, si se mantiene la posición en torno a que la acción humana es un suceso finalmente dominado por la voluntad, la cuestión de quién ha realizado una acción, y, por tanto, quien es autor del mismo, remite a aquel que ha tenido el dominio final de la acción. Según Roxin (2000), el dominio del hecho, es un elemento objetivo de la autoría y, por ello, elemento del tipo objetivo y subjetivo; así, el dominio objetivo del hecho y la voluntad de dominio constituyen los elementos del dominio final del hecho.

Según lo anterior, el elemento objetivo de la autoría está comprendido dentro del tipo objetivo o dominio objetivo del hecho, mientras que el elemento subjetivo de la autoría o la voluntad de dominar el hecho, se encuentra en el tipo subjetivo (Díaz y García de Conlledo, Luzón Peña, 2004).

⁵ En países como Alemania, España, Colombia, le teoría del dominio el hecho es de amplia recepción con algunas limitantes.

Esta construcción, ha sido refutada por Gimbernat Ordeig (1966), quien considera que el dominio del hecho, es una construcción solamente objetiva, con fundamento en que el que tiene el dominio del hecho ya puede actuar con la voluntad «*que le dé la gana*»: el dominio del hecho lo seguirá teniendo. Y el que no es titular del dominio del hecho, aunque se ponga como se ponga, aunque tenga la voluntad de autor, aunque quiera el hecho como propio, no por ello entra en posesión del dominio que antes no tenía.

Continuando con la Construcción de Welzel (1993), debe decirse que no resulta suficiente en cuanto a la determinación de la autoría un simple aporte causal al hecho, o la sola voluntad de ser autor, además es preciso que el autor domine el hecho y ello implica que esté en posición de orientar los factores causales de acuerdo a la dirección final de su voluntad; por ello, se requiere para el dominio del hecho: finalidad y posición objetiva, y junto a ello, considera Welzel, que el dominio del hecho también depende de un contenido social, es decir, de otros elementos personales del autor, a los que denomina elementos objetivos del autor. Por ejemplo, el hecho de ser funcionario, comerciante, soldado, etc. y los elementos subjetivos de la autoría como el ánimo de lucro, la tendencia lasciva etc. Por tanto, si se dan éstos elementos, tendrá el autor el dominio del hecho, no solamente en sentido final, sino social. Por tanto, solo cuando se reúnen esos tres requisitos en el autor existe autoría. Más adelante Welzel, también expresa que en algunos delitos es necesario junto a los tres anteriores, el requisito de «la realización de propia mano».

5. EL CONCEPTO DE AUTOR Y LAS MEC EN LA DOCTRINA DOMINANTE

En la actualidad, quien con más éxito ha defendido la teoría del dominio del hecho ha sido Claus Roxin. No obstante, lo que se ha visto hasta ahora, lleva a concluir que la teoría del dominio del hecho tiene elementos objetivos y subjetivos, por tanto cabe preguntarse: ¿es la teoría del dominio del hecho una teoría objetivo-subjetiva? Si se parte de la postura de Díaz y García Conlledo (1991), la respuesta al interrogante es negativa. Las teorías subjetivas de la autoría, exigen en el sujeto una disposición de la voluntad o ánimo respecto a su forma de intervención que es lo que la doctrina ha denominado *animus auctoris*, no obstante los partidarios del dominio del hecho, cuando se refieren al elemento subjetivo de la teoría, lo identifican con finalidad, es decir con dolo y los demás componentes subjetivos de la acción, pero no el dolo entendido simplemente como querer y saber, porque el dolo así entendido también concurre en los partícipes, sino que debe entenderse el dolo como voluntad consiente de realizar concretamente aquello que objetivamente fundamenta el dominio del hecho.

Para Roxin (2000), se necesita un conocimiento fundamentador del dominio, es decir, que el autor debe conocer las circunstancias fácticas que fundamentan su

dominio sobre el acontecimiento: se pide en éstos términos más conciencia que finalidad. La finalidad o la conciencia exigidas, nada tienen que ver con la posición interna del sujeto respecto a su forma de intervención o con querer el hecho como propio o ajeno, o con tener voluntad preponderante, o con actuar con determinado interés o no. Por lo anterior, es claro que la teoría del dominio del hecho no es una teoría subjetiva, diferente es que en ella concurren elementos subjetivos, como los enunciados anteriormente de la manera como lo expone Welzel.

Roxin, en su obra más sobresaliente sobre el tema «*Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*», expone de manera metódica que el autor es la figura central del proceso de actuación. Este es el punto de partida metodológico, porque ésta afirmación contiene un principio rector, de donde puede partir el concepto legal, pero además de allí se extrae un concepto pre jurídico de diferenciación que no tiene objeción. Según el planteamiento de Díaz y García Conlledo (1991), el legislador valora de tal forma que caracteriza al autor a través del concepto de ejecutar, al inductor a través del determinar al hecho, y la complicidad mediante el prestar ayuda. Así el legislador, de manera concreta, contempla en el centro de la actuación al ejecutor, y a las otras tres figuras en torno a él. Con esto quiere significar Roxin que la esencia de la participación consiste en el apoyo en la figura del autor. Obviamente, con la figura del autor como criterio central de la actuación, no queda evacuada la definición material de autor, pues ella dependerá —en gran medida— de las valoraciones del legislador, la estructura del comportamiento y el tipo específico de que se trate. Es importante, entonces, dotar de contenido la figura central; Roxin, considera que ese contenido se logra mediante el dominio del hecho, de la infracción del deber especial o de la actuación de propia mano⁶.

Además, Roxin (2000) concibe el dominio del hecho como un concepto abierto. Manifiesta que el mismo no puede ser indeterminado, pues ello daría lugar a dejar insolubles algunos casos difíciles; pero tampoco debe ser un concepto fijo en el que se apele a la subsunción estricta para la solución a las diferentes circunstancias fácticas. Se concreta, entonces, en un punto medio en donde se tengan en cuenta los sucesos y fenómenos de la vida real, pero con un cierto principio rector común que sirva de hilo conductor, que permita la diferenciación de los casos en concreto. Esto es lo que para Roxin se denomina *concepto abierto*, que constituye el indicador de la dirección a seguir a través del cual se construirá la teoría del dominio del hecho, estudiando en cada caso particular de autoría (individual, mediata y coautoría), las diferentes formas de aparición del fenómeno participativo y extrayendo, así, principios rectores que den solución a los diferentes casos en particular. Cabe anotar que el dominio del hecho no se da en Roxin en todos los casos como sucede, por ejemplo, en los delitos de infracción al deber y en los de propia mano en donde la regulación es diferente.

⁶ Este punto de partida, ha recibido diferentes críticas de parte de la doctrina en especial Bacigalupo, (1984) y Díaz y García Conlledo (1991).

Así las cosas, Roxin (2000) considera como formas de dominio del hecho, *el dominio de la acción* en la teoría inmediata unipersonal, «quien sin estar coaccionado y sin depender de otro más allá de lo que socialmente, realiza de propia mano todos los tipos, es autor, en cualquier caso será autor»; *el dominio de la voluntad*, según la idea de figura central, «una coacción o la utilización de quien sufre un error hace al sujeto de atrás figura clave del acontecimiento, a diferencia de si se hubiera limitado a una incitación o a un mero consejo» en la autoría mediata. Y, finalmente, *el dominio funcional en la coautoría*, el cual presenta al margen de consideraciones valorativas generales que desembocan en consideraciones de merecimiento de pena.

5.1. LA AUTORÍA EN EL CONCEPTO FUNCIONALISTA

La diferenciación buscada para una concepción funcionalista –distinta a la de Roxin– no está ligada a conceptos ontológicos sino a consideraciones normativas, es decir, que su base no se encuentra en consideraciones del mundo real sino en valoraciones jurídicas. Según Jakobs (2008), la responsabilidad jurídico penal se fundamenta en el quebrantamiento de un papel o representación que cumple cada persona, en el cual pueden distinguirse dos categorías: de un lado, roles especiales que obligan a determinadas personas, el padre, la madre, servidor público, cónyuge, cuya vulneración conduce a los delitos de «infracción de deber», caso en el cual solamente los titulares de éstos roles son responsables de los quebrantamientos a título de autor de tal forma que aquellas personas no abarcadas dentro de dicho rol pueden aparecer como partícipes, pero no como autores.

Así mismo, la responsabilidad puede ser abarcada por obligaciones de carácter general o común de la persona en sociedad. Jakobs (2008), los llama, actos organizativos del titular de un ámbito de organización, ésta organización, se denomina «dominio del hecho» por tanto a ellos se les conoce como delitos de dominio. Se identifican, así, con los deberes comunes a todos dentro de la sociedad de respetar los bienes ajenos, de no abusar de los derechos propios. De ésta manera, pues, son autores todos los que concurren a ejecutar la acción punible en tanto que, por acción u omisión quebranten el papel común a toda persona.

Así, dentro de la teoría funcional del concepto de autor, cuando una sola persona organiza y ejecuta el hecho, siempre será autora; si varias personas toman parte del hecho de manera coordinada en sus ámbitos de organización de tal manera que planean en conjunto un delito, aportando actos de la misma importancia se trata de coautores; si los aportes son de menor importancia se trata de partícipes y, finalmente, si existe sometimiento al ámbito de organización de otro se considerará que éste es autor mediato.

También, sostiene Jakobs (2008) que no es el dolo de los intervinientes lo que fundamente que se trate de algo común, sino la competencia por lo que sucede, y ella también puede concurrir en caso de ausencia de dolo, y, por ello, puede existir

participación imprudente en un hecho doloso, con lo cual surge la autoría imprudente. Ejemplo de lo anterior se presenta cuando un cazador cuelga su escopeta cargada del perchero de un bar; otro cliente reconoce la situación y aprovecha la oportunidad de observar el arma, así, asíéndola torpemente, se produce un disparo que da muerte a otra persona. Si el hecho se hubiere previsto y acordado se trataría de una lesión común, no obstante la razón de la responsabilidad no está en los acuerdos sino en la competencia común por configuración del mundo que crea un riesgo no permitido y, por tanto, los intervinientes responden por cometerles el resultado lesivo, por ejecutar el comportamiento que encierra el riesgo no permitido, o por mediar un comportamiento en fase de preparación que constituya razón para imputar el comportamiento en fase de ejecución.

5.2. EL DOMINIO DEL HECHO EN LAS MEC. AUTORÍA MEDIATA, POR EL DOMINIO DE CONDICIONES QUE FACILITAN LA COMISIÓN DEL DELITO

Valga ahora la última discusión anterior, para determinar la posibilidad de adoptar una postura de autoría y un criterio diferenciador con los partícipes en las MEC, y así, verificar si éste criterio diferenciador de autor, permite establecer el título de la imputación que corresponde en cada caso a las actividades delictivas dentro de la cadena criminal, cuando se trata de personas jurídicas y su actividad de apoyo a las bandas criminales.

Se partirá de un criterio de autor bajo los supuestos del dominio del hecho – por ser la teoría dominante– a donde nos decanta toda la discusión, en pro de no volver atrás y llover sobre mojado, sosteniendo, por ejemplo, que en una MEC, la responsabilidad del autor reposa sobre la realización de los elementos del tipo exclusivamente. Por tanto, se debe admitir que existe una diferenciación entre autores y partícipes en el derecho penal de las MEC dentro del giro normal de la cadena criminal y que ello conlleva a establecer que en las personas jurídicas, de manera excepcional existe una particular responsabilidad jurídico penal, que es sustancialmente diferente de la actuación de las otras.

Con lo anterior es importante advertir, que en aquellas legislaciones que no admiten responsabilidad penal de las personas jurídicas, como en el caso colombiano, se limita la posibilidad de intervenir la actividad ilícita y consiente de todo el conjunto de actividades empresariales que desarrollan o coadyuvan actos criminales; y que a la postre, entre otros le quita la oportunidad a los sujetos intervinientes, de atenerse a la norma penal a efectos de su defensa. Piénsese en el farmacéuta que distribuye los guantes de látex a un reconocido narcotraficante para ser utilizados como envoltorios de cocaína que luego es ingerida por el camello o la mula. Se le vincula personalmente al hecho e inclusive se le condena por colaborar eficientemente con el tráfico de drogas. ¿qué hay del contrato de la farmacéutica con el traficante de drogas? ¿qué hay con la contabilidad de la empresa farmacéutica? Y aun mas, que hay con el dinero que en un caso determinado

pudo haber recibido en sus cuentas la farmacéutica, dado que ayudaba al traficante de drogas a lavar el dinero con contratos sobrefacturados. Con esto último no ocurre nada, a menos que se denuncien por aparte y singularmente las personas que llevaron a cabo esa «empresa» criminal.

Pero la verdadera empresa lícita, constituida con fines lícitos, que en un momento determinado decidió voluntariamente ayudar al crimen organizado, quedará sin más: impune.

Las actividades empresariales de las que aquí se trata, esto es aquellas que desarrollan actividades o participan de la actividad criminal de una banda o de un grupo organizado, coadyuvando a la actividad criminal con actividades lícitas o ilícitas, pueden ser cobijadas bajo el criterio del dominio del hecho.

Si bien la figura del dominio del hecho por el dominio de la voluntad se desarrolló por parte de la doctrina alemana, en especial por el profesor C. Roxin como se vio, para dar respuesta a la autoría en algunos casos extremos de punición, en las MEC, a falta de un criterio explícito que permita su vinculación –a no ser a manera de participe como cómplice de una actividad–, se les debería imputar a título de *autoría mediata, por el dominio de condiciones que facilitan la comisión del delito*⁷. En ésta expresión sin duda cabe un modelo de dominio del hecho, que no es el del autor directo o inmediato, pero tampoco calza de manera definitiva en los conceptos desarrollados hasta ahora por la doctrina en cuanto al autor indirecto. Ello posibilita que un sujeto –Persona jurídica– dado lo aparentemente inocuo de su actuar, resulte penalizado porque su colaboración en el delito va algo más allá que un simple apoyo (nótese que no es una complicidad); y que extrañamente en algunos casos, resulta penalizada como si los miembros de representación de la persona jurídica fueran parte de la banda criminal sin realmente serlo.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K., (1999). *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder* (trad. Manuel Cancio Meliá), Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 32-38, 42.
- BACIGALUPO, E., (1965). *La noción de Autor en el código Penal*, B de F, Buenos Aires, pp. 16-34.
- BACIGALUPO, E., (1998). *Principios de Derecho Penal, parte general*, Akal, Madrid, pp. 352-388.
- BOKELMANN, P., (1960). *Relaciones entre autoría y participación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 10-24, 67-72.

⁷ Vale aclarar, que no se trata simplemente del concepto de «*complicidad empresarial*» porque su vinculación al ilícito se da simplemente porque exista una ayuda más o menos importante para la comisión del delito. Se trata de una persona jurídica que utiliza el giro normal de sus actividades, para coadyuvar a la comisión de delitos de una Banda criminal.

- DE FIGUEIREDO DIAS, J., (1999). *Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el dominio de la organización*, en Ferré Olive, J.C., y Anarte, E. *Delincuencia organizada. Problemas penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, Huelva.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., (1991). *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona. pp. 43 y ss. 264, 407, 411, 537 y 538.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., (2004). «La autoría en derecho penal: Caracterización general y especial atención al Código Penal colombiano», *Derecho Penal y Criminología*, Vol. XXV, n.º 76, pp. 78, 96, 97, 98.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., Luzón Peña, D, M. (2003), «Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría», *Derecho penal contemporáneo, Revista internacional*, 2, 36 – 38, 45– 57, 543– 550, 586– 593.
- DONNA, E. A., (2000). *El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin en AA.VV., Modernas tendencias en la ciencia del derecho pena y en la criminología*, UNED, Madrid.
- DONNA, E. A., (2005). *La autoría y la participación criminal*, Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires.
- DURÁN SECO, I. (2002). *La coautoría en derecho penal: aspectos esenciales*, Universidad de León, León
- GIMBERNAT ORDEIG, E., (2006). *Autor y cómplice en derecho penal*. B DE F, Buenos Aires.
- GÓMEZ LÓPEZ, J. (2005). *Tratado de Derecho Penal*. (Tomo III), Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá.
- HARTMANN, N. (1935). *Ontología*, traducción de José Gaos, Fondo de Cultura Económica, México.
- HAURIOU, M., (1927). *Principios de Derecho público y constitucional*, Reus, Madrid.
- HERNÁNDEZ, A., (2004). *La coautoría. Derecho penal y criminología*, Vol. XXV, n.º 75.
- HERNÁNDEZ, J, E., (1996). *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada.
- LISZT VON, F., (1896) *Tratado de derecho penal t II*. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Madrid, pp. 514-515.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., (1996) *Autoría y Participación*, Akal, Madrid pp. 17-22.
- LÓPEZ PEREGRÍN, M. C., (1997). *La complicidad en el Delito*, Tirant Monografías, Valencia.
- MIR PUIG, S., (2004). *Derecho Penal, Parte General*, B de F, Buenos Aires.
- MOLANO, A., (1999). *Aguas Arriba: entre la Coca y el Oro*, El Ancora Editores, Bogotá.
- MUÑOZ CONDE, F., (2009), *Derecho Penal (Parte especial)*, XV Ed., Tiran Lo Blanch, Valencia, p. 659-673
- ORTIZ, C., (1985). *Estado y Subversión en Colombia: La Violencia en el Quindío en los años 50*, Fondo Editorial CEREC.
- PEÑARANDA RAMOS, E., (1990). *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid.
- POSADA, P., (2002). *Identificación del autor*, Bogotá: Procuraduría General de la Nación, casi el mismo texto, bajo el título «Una visión del “dominio de voluntad por organización” y su aproximación al derecho penal colombiano», en *Nuevo Foro Penal*, n.º 62.

- ROXIN, C., (2000) *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traducción de la séptima edición alemana por Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González de Murillo, Jorge Luis, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid.
- ROXIN, C., (2007). *La Teoría del Delito en la discusión actual*. (trad) Manuel Abanto Vasquez, Editora Jurídica Grijley, Lima.
- SÁNCHEZ-VERA, J., (2004). *El denominado delito de propia Mano*, Dykinson, Madrid.
- SHIFTER, M., (1999). *Colombia on the brink. Foreign affair*. 78 (4), julio-Agosto, pág. 15.
- SCHMITT, C., (1934) *Teoría de la Constitución*, Trad. F. Ayala (1982), Alianza Editorial, Madrid.
- SCHÜNEMAN, B., (2002). *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid.
- SILVA SÁNCHEZ, J., (2006). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Euros Editores S.R.L., Buenos Aires.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, A., (1998). *Autoría y participación*, 2ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- WEBER, H., (1935). *Aufban Des Strafeschesystems. Para la estructura del sistema del derecho penal*. Traducción de Zafaronni, E. (1982). *Nuevo Foro Penal*, n.º 13, Temis, Bogotá.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., (2009), *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona.

DELINCUENCIA ORGANIZADA CORPORATIVA: SU PREVENCIÓN MEDIANTE EL *CRIMINAL COMPLIANCE**

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO**

Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas (México)

RESUMEN

El autor propone incorporar a las personas jurídicas como sujetos de imputación penal por delincuencia organizada. Así mismo, establece los ejes rectores que deben configurar un *criminal compliance program* de cara a la prevención del crimen organizado corporativo.

Palabras clave: *compliance; empresa; delincuencia organizada.*

ABSTRACT

The autor proposes to incorporate companies as probably responsible for organized crime, as well as he establishes the bases to design a criminal *compliance* program to prevent organized crime.

Keywords: *compliance; Company; organized crime.*

* Este trabajo se enmarca en el ámbito de una investigación, de más amplio alcance, financiada por la Editorial Tirant lo Blanch (México).

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. www.criminalcompliancemexico.com.

I. INTRODUCCIÓN

LA DEFINICIÓN TRADICIONAL DE DELINCUENCIA ORGANIZADA establece, conforme al artículo 2 de la Ley en la materia vigente en México, lo siguiente: «cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese sólo hecho, como miembros de la delincuencia organizada».

Esta concepción ha sido utilizada para llevar a juicio a cientos de personas que, efectivamente, se han organizado para cometer múltiples delitos en nuestro país: desde narcotráfico o secuestro, transitando por delitos contra el ambiente, hasta trata de personas o pornografía infantil. Además, se aplica constantemente por la Procuraduría General de la República para enfrentar los desafíos que el crimen organizado representa a escala nacional, mientras que, al mismo tiempo, se endurecen los criterios en su interpretación ante los órganos jurisdiccionales.

Pero esta concepción ha sido rebasada por el fenómeno de la delincuencia organizada transnacional y resulta inútil en nuestros tiempos. De esto hablan los índices delictivos a nivel nacional, los escasos resultados en la investigación y sanción del crimen organizado y, al contrario de lo que se esperaba, el fortalecimiento de los cárteles y de grupos organizados para delinquir a lo largo y ancho del territorio mexicano.

En este artículo pretendo mostrar que la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada debe ser abrogada y, en su lugar, diseñado un nuevo modelo de tipo penal de crimen organizado que incluya, en su calidad de personas, no sólo a las humanas, sino también a las jurídicas¹. Y es que, efectivamente, la delincuencia contemporánea ya no se configura, solamente, por grupos de «sicarios» comandados por un «jefe de la banda». Por el contrario, la praxis en la Procuraduría General de la República evidencia que los grandes grupos no son de personas físicas, sino de empresas o consorcios, enfocados en la comisión conjunta de delitos: crimen organizado corporativo.

Piénsese en las redes de trata de personas: mientras una empresa recluta víctimas ofreciendo plazas de trabajo, otra empresa las transporta hacia el lugar del destino donde, nuevamente, otra empresa (restaurante o centro nocturno), las explota sexualmente. Lo mismo sucede con el turismo sexual: una empresa ofrece los servicios sexuales de niñas, otra empresa transporta a los clientes, quienes explotan sexualmente a la niñez, en otra empresa, el hotel.

¹ CARRANZA FIGÓN, Luis: *Delincuencia organizada corporativa*, Tirant lo Blanch, 2018 (en prensa). Parte de su postura puede verse en; Grupos económicos y *compliance*: un nuevo escenario; en *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico*, Ubijus, México, 2015; pp. 87-112.

Y así puede hacerse un recorrido a lo largo de los tipos penales contemplados en la LFDO. En todos se encontrarán casos de empresas, personas jurídicas o entes colectivos que se agrupan con fines criminales, mientras que al mismo tiempo, la Ley en la materia no cuenta con las herramientas para enfrentar ese desafío. Esto sólo genera impunidad.

Para intentar mostrar la eficacia de la tesis que aquí se defiende, me enfoco en un sólo de los aspectos que configura el andamiaje preventivo frente al crimen organizado corporativo. Me refiero a las políticas, endógenas y exógenas, que el nuevo modelo de imputación penal a las personas jurídicas ha impulsado: el *criminal compliance*. Así, conforme a la postura que aquí se asume, la implementación de un programa de cumplimiento penal al interior y exterior de las empresas generaría las condiciones para impedir la configuración de grupos empresariales dedicados al crimen y, al mismo tiempo, sentaría las bases para la atribución de responsabilidad, ahí donde los elementos del nuevo tipo penal de delincuencia organizada se actualicen. De ello me ocupo a continuación.

II. BASAMENTOS DEL *CRIMINAL COMPLIANCE*

Un *criminal compliance program* (CCP) es un programa de prevención del delito, diseñado e implementado al interior de una organización, cuya finalidad es excluir de responsabilidad penal al ente colectivo. Se configura por una diversidad de directrices, protocolos, manuales, directivas y estándares de cumplimiento de la legalidad que, derivados de un profundo diagnóstico de riesgos, generan las condiciones para que la actuación de la organización sea considerada acorde al ordenamiento jurídico².

1. LA DIFERENCIA ENTRE UN *COMPLIANCE PROGRAM* GENÉRICO Y UN *CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAM*

A diferencia de un «*compliance program genérico*», dirigido a una buena gestión empresarial, el CCP tiene alcances de corte jurídico penal, pues no sólo sirve para los mismos efectos que un programa genérico, sino que está dirigido

² He desarrollado esta concepción, así como sus consecuencias, en otras publicaciones que dan cuenta de mi postura. Al respecto pueden verse: ONTIVEROS ALONSO, Miguel: *Derecho Penal. Parte General*, Instituto Nacional de Ciencias Penales/Ubijus/Alexander von Humboldt Stiftung, 1ª reimpresión, México, 2018. También en «*Compliance, empresa y sistema penal*», en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, número 1, julio-septiembre de 2017; editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México. Así mismo, en «¿Para qué sirve el *compliance* en materia penal?», *Memorias de las Jornadas de Derecho Penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México* (UNAM); México, 2015, pp. 139-154. Finalmente, en «Casinos, *compliance* y sistema penal (fundamentos del juego responsable)», en *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico*, UBIJUS, México, 2015, pp. 273-296.

específicamente a la *prevención delictiva* desde tres dimensiones: *primero*, previene delitos cometidos por la organización que lo diseña e implementa, excluyéndole así de responsabilidad penal; *segundo*, previene delitos cometidos por personas físicas al interior del ente colectivo; finalmente, previene delitos que pudieran cometerse contra la organización por otras personas físicas o jurídicas. Si se quisieran resumir las características y efectos de un criminal *compliance* program³, ello podría realizarse de la siguiente forma:

Características y efectos de un *criminal compliance program*:

- a) Está dirigido a la prevención del delito en las tres dimensiones advertidas con anterioridad. Esto se traduce en que no se limita a la buena gestión empresarial, sino que tiene alcances procesales de corte jurídico-penal. Es decir, el CCP se convierte en un elemento o dato de prueba a favor de la organización,
- b) Establece las pautas para el funcionamiento de un órgano de investigación criminal que, al interior de la organización, cumple funciones de una «policía privada». Así mismo, faculta a la organización para recabar pruebas, realizar entrevistas a distintos actores, «procesar» a personas al interior del ente colectivo e imponer sanciones,
- c) Faculta al ente colectivo para dar seguimiento a las comunicaciones de los empleados, por ejemplo, vía telefónica, SMS o correo electrónico, blindando a la empresa frente a probables denuncias por una intervención de comunicaciones privadas,
- d) Tiene efectos jurídicos del más alto alcance, pues al identificar los riesgos penales que pueden generarse al interior de la organización, el CCP funciona como dato de prueba en el proceso, de cara a evidenciar el «debido control de la organización» y excluir de responsabilidad penal al ente colectivo,
- e) Dependiendo de la normativa aplicable, tiene efectos de atenuación de la pena impuesta a la organización. Esto significa que, si por disposición legal no llegara a excluir de responsabilidad penal al ente colectivo, sí beneficia a la organización al tener efectos atenuantes,
- f) Resuelve conflictos, derivados de conductas probablemente delictivas al interior de la organización, sin necesidad de intervención de la autoridad, pues nadie quiere tener a la Policía de Investigación buscando en sus archivos y entrevistando a los integrantes del ente colectivo,
- g) Ahorra probables gastos de representación ante la autoridad, así como los derivados de acciones judiciales y reparación del daño, pues si el delito queda

³ En el contexto alemán, la explicación más acabada en relación con el criminal *compliance*, su configuración y efectos, es la desarrollada por ROTSCH, Thomas: «Criminal Compliance», en Achenbach/Ransiek (Coords.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª edición, C.F Müller, Heidelberg 2015.

excluido desde la etapa de investigación, no habrá juicio del que forme parte la organización,

h) Excluye el delito y, por lo tanto, la responsabilidad penal de la organización.

Como se observa, el *criminal compliance program* tiene virtudes y alcances de mayor contundencia que un *compliance* genérico, pues no sólo evita la puesta en peligro de la organización frente al sistema penal, sino que la blindada frente a terceros, sean personas físicas o jurídicas, salvaguardando así los intereses de la organización. Como se verá más adelante, para lograr estos efectos el CCP detecta riesgos, los corrige o elimina, estandariza procedimientos, revisa, capacita, evalúa, procesa y sanciona, además de regenerarse y actualizarse, pero siempre desde la perspectiva penal.

2. TIPOLOGÍAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAMS*

La doctrina suele distinguir diversas tipologías de CCP. Éstas pueden cambiar dependiendo de la perspectiva del autor de una u otra clasificación. Sin embargo, existe dos modalidades básicas de CCP en torno a las cuales existe un acuerdo generalizado: a) *criminal compliance program ad intra* y b) *criminal compliance program ad extra*.

a) **Criminal compliance program ad intra**

Esta es la modalidad tradicional CCP. Se trata de un programa de cumplimiento elaborado al interior de la organización, que rige sólo a ésta, con la finalidad de prevenir el delito al interior del ente colectivo. Además de las señaladas, la implementación de un *criminal compliance program ad intra* permite que la organización pueda vincularse con otras que tengan esquemas similares de cumplimiento, sin necesidad de reconfigurarse o invertir, desde cero, en un programa de cumplimiento penal, con toda el tiempo y esfuerzo institucional que éste representa.

El CCP *ad intra* es implementado por empresas pequeñas y medianas, que al configurarse de forma autónoma y sin vínculos con otras organizaciones, sólo requiere un esquema de autorregulación dirigido al propio ente colectivo.

b) **Criminal compliance program ad extra**

Esta es una modalidad más compleja de CCP, pues se compone de dos dimensiones. La primera se configura por el diseño de un programa de cumplimiento al interior de la organización, pero construido con «vasos comunicantes» hacia afuera. Estos vasos comunicantes sirven para enlazar una organización con otra,

de tal forma que el CCP *ad extra* está diseñado para prevenir el delito en el marco de un conjunto de organizaciones que tienen vínculos entre sí. Esto es, aunque son organizaciones autónomas, se comunican entre ellas mediante sus programas de cumplimiento con fines de prevención del delito.

Además de las consecuencias ya señaladas, la implementación de un criminal *compliance program ad extra* se traducirá en un blindaje jurídico para la organización. Así, ésta deberá omitir la vinculación con cualquier otro ente colectivo que esté implicado en la comisión de un delito, mientras que al mismo tiempo se encargará de establecer controles a la cadena de suministro, evitando probables hechos delictivos cometidos por proveedores.

Piénsese, por ejemplo, en la industria de la textil, donde una organización explota a niñas y mujeres para la elaboración de sus productos y pretende comercializarlos a través de la organización con un CCP *ad extra*. Toda vez que éste se encarga, entre otros factores, de supervisar la cadena de producción, evitará ser cómplice de un delito de trata de personas o esclavitud, por ejemplo, al evitar cualquier tipo de vínculo con la organización explotadora.

Para que un CCP *ad extra* sea efectivo, los proveedores deben comprometerse a respetar cualquier tipo de indicación que derive del mismo, de tal forma que la organización –previamente blindada mediante el CCP *ad extra*–, libre una probable responsabilidad penal por omisión o encubrimiento, por ejemplo.

III. COMPONENTES Y HERRAMIENTAS PARA CONSTRUIR UN CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAM AD EXTRA

1. LOS COMPONENTES MÍNIMOS DE UN CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAM

Para que un CCP sea efectivo y logre el cometido para el cual ha sido creado, debe comprender –como mínimo– once componentes básicos⁴:

1. Examen de la organización,
2. Diagnóstico de riesgos organizacional,
3. Eliminación temprana de riesgos,
4. Protocolización,
5. Capacitación,
6. Evaluación,

⁴ Aunque se limita al ámbito administrativo, la configuración de un *compliance program* expuesta por Pujol es de gran ayuda para las empresas que se dispongan a enfrentar los desafíos que genera la puesta en marcha de un programa de cumplimiento; PUYOL, Javier: Criterios Prácticos para la Elaboración de un Código de *Compliance*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

7. Supervisión,
8. Recepción de denuncias (canal de denuncias),
9. Sanción y premiación,
10. Actualización,
11. Oficial de cumplimiento penal (*criminal compliance officer*).

1. Examen de la organización

Este componente consiste en la aplicación de una auditoría administrativa básica que muestre la arquitectura de las relaciones de autoridad y responsabilidad en la empresa, la división del trabajo, el proceso decisorio y las cadenas de reportes. El examen de la organización debe proporcionar un informe lo más claro posible del proceso de formación de la voluntad empresarial. Los requisitos mínimos de esta primera dimensión son los siguientes:

a) Objetivo

Mostrar que la estructura de la empresa, sus tramos de autoridad y responsabilidad, así como sus canales de comunicación, evidencian observancia de debido control y cultura de cumplimiento.

b) Alcance

El diagnóstico administrativo impacta, sin excepción, a todas las áreas de la empresa y niveles jerárquicos. En caso de que cualquier tramo de responsabilidad al interior de la organización no haya sido cubierto por el examen, estaríamos, en el mejor de los casos, ante un CCP ineficaz y, como ya es de dominio público, inoperante de cara a la exclusión de responsabilidad penal de la organización.

2. Diagnóstico de riesgos organizacional

El diagnóstico de riesgos organizacional es el punto más delicado de un programa de cumplimiento y es, también, donde más fallan las organizaciones. Esto puede deberse a dos factores: a) El órgano de gobierno no desea invertir tiempo y recursos en un producto que considera inútil; b) Se tiene la falsa concepción de que un CCP es la suma de formatos, sin origen estructural alguno, que puede oponerse como defensa organizacional ante la autoridad.

Como resulta evidente, ambos factores constituyen un grave error. Por un lado, la inversión económica que pueda significar cualquier tipo de programa de cumplimiento será, efectivamente, inútil si dicho programa opera sin conocerse el terreno. Y ese conocimiento sólo lo brinda el diagnóstico de riesgos. Por otro lado, si la organización pretende oponer como prueba un CCP carente de

diagnóstico, se arriesga a que su programa sea considerado como un «*compliance* pantalla», esto es, un acto de simulación organizacional dirigido a engañar a la autoridad, para hacerle creer que tiene un programa de cumplimiento que, en realidad, no se aplica en la práctica.

La falta de un diagnóstico de riesgos organizacional no necesariamente se traduce en que el CCP pueda ser calificado de pantalla, pero sí tiene mucho que ver con ello, pues sin diagnóstico no se conocen los riesgos organizacionales y, por lo tanto, dichos riesgos no pueden ser controlados por programa de cumplimiento alguno.

Los elementos descritos sientan las bases para que, en armonía con el resto de las fases que integran un *criminal compliance program*, pueda acreditarse el debido control de la organización. Esto es así, pues la suma de cada una de las dimensiones señaladas, mostrarán que la organización gestiona y contiene debidamente los riesgos generados por su funcionamiento.

3. Eliminación temprana de riesgos

Si bien el objetivo fundamental del CCP es prevenir, también es cierto que en el marco de su elaboración se encontrarán –esto siempre sucede así–, riesgos potenciales o reales que estén en condiciones de configurar un hecho delictivo. Esto puede suceder en distintas dimensiones, desde el ámbito urbanístico, transitando por el ambiental o laboral, hasta llegar al financiero, por ejemplo. Lo anterior significa que, si en el proceso de elaboración del CCP se percibe un riesgo, o bien, directamente la comisión de una conducta delictiva, ese riesgo o conducta deberá ser corregida de inmediato mediante las herramientas con las que, en ese momento, cuente la organización.

Piénsese, por ejemplo, en la fábrica ubicada al lado de un río y el riesgo para el ambiente, como también puede serlo la ausencia de contratos de prestación de servicios que muestren el acuerdo de voluntades en el marco de una actividad riesgosa.

Lo antes señalado tiene como consecuencia que, en esta fase de eliminación temprana de riesgos, los expertos designados tengan especial atención en las siguientes dimensiones que, como se verá en la fase 3, concluirán con la elaboración de protocolos, directivas y guías básicas de actuación:

a) Salvaguarda de derechos humanos

No puede entenderse un CCP que no empiece por eliminar –antes incluso de la debida protocolización–, cualquier forma de lesión o puesta en peligro de

un derecho humano, ya sea del personal de la propia organización o de un tercero. De ahí que el primer paso que deberá efectuar el grupo de expertos es la de ejecutar un «escaneo general» de la organización, detectar y eliminar de manera inmediata cualquier conducta, activa u omisiva, que desde esta perspectiva signifique un riesgo penal para la organización.

b) Salvaguarda de derechos laborales

Que una organización argumente en su defensa haber implementado, en su interior, una cultura organizacional de respeto al derecho es algo que requiere evidencia que lo sustente. Y esto es algo difícil de acreditar para aquellas organizaciones con una escasa tradición de cumplimiento normativo. De ahí que una de las primeras actividades riesgosas que deberán ser enfrentadas desde esta etapa, es el incumplimiento en las disposiciones relativas al derecho del trabajo que puedan constituir ilícitos laborales o directamente delitos.

Este sería el caso de la organización que se opone al libre ejercicio de la asociación o sindicación de algunos de sus miembros, el maltrato laboral, la utilización de niñas o niños en la cadena de producción, o acciones de sometimiento sobre el personal de la organización.

c) Prevención de la corrupción

Eliminar, de forma inmediata y definitiva, cualquier conducta organizacional que pueda ser vinculada a hechos de corrupción, es un objetivo fundamental de esta etapa. Esta es una exigencia ineludible para generar las condiciones de un CCP eficaz. A mayor abundamiento, la entrada en vigor del Sistema Nacional Anticorrupción⁵ establece una nueva política de prevención y persecución de este fenómeno que debe ser asumida en sus términos.

⁵ Una destacada exposición relativa al *compliance* y su aplicación en el contexto mexicano es la elaborada por; URIBE MANRÍQUEZ, Alfredo René: «Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en México. Preguntas y respuestas», en *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cova Vila, Ivó; Uribe Manriquez, Alfredo René, Atahuaman Paucar, Jhuliana, Reyna Alfaro Luis (Coords.); Flores Editor y Distribuidor/Centro Jurídico Integral/Instituto Peruano de Política Criminal, México, 2017. También, enfocada al ámbito corporativo, REQUENA, Carlos / CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador: *Compliance Legal de la Empresa. Una tendencia regulatoria mundial*, Editorial Dofiscal / Thompson Reuters, México, 2016. A escala internacional; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, «Política Criminal contra la Corrupción: La reforma del decomiso en España», en, *Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales Iberoamericanos*, Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio / Fabián Caparrós, Eduardo / Rodríguez García, Nicolás (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. 385-427.

Enfrentar riesgos en esta materia depende no sólo de hacer pública la información relativa a las retribuciones de los directivos y administradores, así como establecer políticas de rendición de cuentas. El primer paso será eliminar de inmediato conductas probablemente delictivas, como la entrega de dinero en efectivo, regalos, donativos, comidas, viajes o ventajas –de cualquier tipo– ajenas a las legalmente establecidas.

d) Prevención del lavado de dinero

El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita ha tenido un incremento exponencial en el índice de su comisión a escala internacional. Así mismo, las políticas de prevención y persecución de este fenómeno delictivo han alcanzado estándares nunca vistos, por lo que un CCP resultaría ineficaz si omite –cualquiera que sea el motivo–, el abordaje de esta tipología criminal. Esta no es una tarea fácil, pues los mecanismos del lavado de dinero, en los que generalmente participa la delincuencia organizada, son complejos y no conocen fronteras.

Conforme a lo anterior, en esta fase de eliminación temprana de riesgos, deberá eliminarse cualquier actividad financiera que, por no estar debidamente documentada en su origen y proceso, pueda ser catalogada como sospechosa y poner en riesgo a la organización. Esta eliminación de riesgos penales requerirá detener cualquier vínculo con otra organización que, estando obligada legalmente, no haya implementado políticas antilavado en su interior y, más grave aún, se haya negado a implementarlas ante la solicitud de la organización que se encuentra en etapa de diseño de su CCP:

Piénsese en la casa de cambio, la institución bancaria o la Notaría, con la que se realizan constantes actividades conjuntas, y que incurre en una hipótesis como la señalada. Para evitar un riesgo penal, la medida inmediata será eliminar cualquier vínculo organizacional e iniciar la búsqueda inmediata de otras organizaciones, que presten servicios similares, pero que acrediten cumplir con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

e) Protección del ambiente

Desde hace décadas, la lesión o puesta en peligro del ambiente ha transitado desde la dimensión administrativa hasta la penal. De ahí que, si bien es cierto todo dependerá del giro organizacional, la eliminación de cualquier actividad que pueda constituir un delito en contra del ambiente debe ser eliminada desde el inicio. Aunque pudiera pensarse que esto sólo resulta relevante para grandes organizaciones, como fábricas o complejos industriales, resulta todo lo contrario: también pequeñas organizaciones están en condiciones de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido:

Piénsese en el taller mecánico que vierte aceite automotor en un río, o el restaurante que provoca un incendio forestal. Aunque se trate de pequeñas organizaciones, será necesario eliminar los riesgos que, frente al ambiente, generen por su actividad diaria.

Más evidente resulta esta exigencia para una organización de considerables dimensiones, pues los delitos en contra del ambiente han sido incorporados al catálogo de aquellos que pueden ser cometidos por la delincuencia organizada. Esto, como resulta claro, puede generar condiciones aún más graves frente al sistema de justicia penal, por lo que la eliminación de riesgos en la etapa temprana resulta una exigencia ineludible.

f) Protección de información privilegiada y datos personales

Al igual que sucede en la materia ambiental, la protección de información privilegiada, especialmente la relativa a los datos personales, ha cobrado una importancia crucial en el mundo globalizado. Esto se traduce en la necesidad de eliminar la fuente de riesgo consistente en poseer datos personales o información privilegiada a la que se le pueda dar —o ya se le esté dando—, un uso probablemente ilícito.

En primer lugar, es necesario destacar la doble dimensión de este riesgo: por un lado, la relativa al uso ilícito que se pueda dar a la información que haya sido entregada a la organización por parte de terceros. En segundo lugar, la información relativa al propio ente colectivo:

Piénsese en domicilios, fotografías, identificación de teléfonos o cuentas bancarias de clientes o aliados. Lo mismo sucedería con secretos o propiedad industrial, como también con fórmulas de productos y marcas. En casos como éstos, deberá cesar cualquier acción que pueda generar la probable comisión de un delito por parte de la organización, en tanto no se protocolice el uso de este tipo de información.

Lo dicho no debe confundirse con el almacenamiento o inspección, ejecutada por el área de asuntos internos, relativa a información procesada por los empleados. Nos referimos a información verbal, escrita o en imágenes, que se procese a través de cualquier medio (telefónico, impreso, digital o en video, por ejemplo), pero obtenida mediante el seguimiento que el área, designada por la organización, realiza sobre las comunicaciones del personal. Si el monitoreo, seguimiento y control de las comunicaciones que por cualquier vía sostengan los empleados, genera las condiciones para presumir que se está incurriendo en un uso probablemente ilícito, dicha acción deberá ser suspendida de inmediato y sujeta de investigación al interior de la organización.

4. Protocolización

El tercer paso en la elaboración de un CCP es la protocolización, esto es, la estandarización de los procesos en un documento (guía, política, directiva o manual, por ejemplo), que establezca los pasos a seguir para el debido control de los riesgos penales. Para que el proceso de protocolización sea eficaz, debe surgir de la propia organización, de tal forma que formalice el proceso de conocimiento gestado al interior del ente colectivo, a través de las manifestaciones hechas por sus miembros:

Ningún arquitecto, ingeniero, abogado o médico puede conocer mejor, cómo enfrentar los riesgos de una actividad peligrosa, que quien se enfrenta todos los días a ese riesgo.

Es por ello que la fase de protocolización, recoge el muestreo de riesgos obtenido durante la fase de diagnóstico, los procesa, establece controles y diseña mecanismos para su contención, con perspectiva jurídico-penal. Conforme a lo anterior, y para que esta fase resulte exitosa, deberán considerarse los siguientes requisitos:

- a) Lenguaje asequible
- b) Soporte escrito

5. Capacitación

Junto a la elaboración del «diagnóstico», el rubro que más se complica a las organizaciones es el de la capacitación. Debe quedar claro que cualquier CCP que no incluya evidencia de la capacitación que se ha impartido a los miembros de la organización, está destinado al fracaso. Esto se desprende de una fórmula sencilla: para prevenir riesgos penales, los miembros de la organización tienen que conocer esos riesgos y dominar los mecanismos para su contención. Y esto sólo se logra mediante una capacitación eficaz. Para tales efectos, el proceso de capacitación debe cumplir, como mínimo, con los siguientes requisitos:

- a) Orientada a los protocolos

La capacitación debe tener, como eje rector, los protocolos previamente diseñados con base en el diagnóstico. Esta es la única forma para prevenir delitos al interior de la organización, pues si ya sea conocen los riesgos que se generan al interior del ente colectivo, pero también los mecanismos para su prevención, entonces quedan sentadas las bases para una capacitación exitosa. Esto no significa que el proceso de capacitación no pueda ir más allá de los protocolos, pero sí que debe cumplir, como mínimo, con su difusión exposición, explicación puntual y resolución de problemas.

b) Impartida por expertos

Una organización puede generar múltiples riesgos de diversa índole, por ejemplo, desde rubros vinculados a la medicina, o la ingeniería, pasando por el tránsito terrestre o aéreo, hasta procesos más sencillos, como la elaboración de productos para el hogar, alimentos o tareas de limpieza. Pues bien, cada una de estas áreas requerirá de distintos perfiles de expertos en los distintos procesos, de tal forma que la capacitación sea profunda, actual y eficaz para enfrentar los desafíos que los operadores de los riesgos encontrarán en el ámbito forense.

De ello se desprende que, para el área contable de la organización, la capacitación deberá ser impartida por expertos en contabilidad y materia fiscal, como lo serán abogados para el departamento jurídico. Lo mismo sucederá en la elaboración de medicamentos, donde médicos o biólogos formarán el punto nuclear, mientras que, en áreas operativas, como el transporte, carga, manufactura o distribución de productos, deberá contarse con perfiles experimentados en cada una de dichas dimensiones.

La organización será responsable de generar el debido control de estos requisitos, mediante un proceso transparente de contratación, en el que deberá resguardarse evidencia de los antecedentes y perfiles de los capacitadores, el programa de capacitación impartido, el registro de todos y cada uno de los miembros que recibieron la capacitación y el resultado de las evaluaciones. Estos son datos de prueba importantes que pueden formar parte de la defensa de la organización frente a una contingencia penal:

Resguardar evidencia digital, como videgrabaciones de las sesiones de capacitación, podrá configurar un dato sólido de que se ha cumplido, debidamente, con esta fase del CCP.

c) Permanente

La capacitación a todo el personal de la organización debe impartirse, desde el ingreso y una vez concluida la etapa de reclutamiento, y extenderse por todo el tiempo que una persona forma parte del ente colectivo. Esto significa que la primera forma de prevenir la comisión de probables delitos es que nadie opere al interior de la organización sin haber acreditado un curso de inducción del que deben formar parte esencial las políticas de prevención delictiva (anticorrupción, ambiental o antidiscriminación, por ejemplo).

6. Evaluación

Una vez que se ha capacitado al personal con base en los protocolos, los cuales han sido orientados desde el diagnóstico, es necesario evaluar los resultados y

proceder a la toma de decisiones. Por un lado, sólo podrán asumir una responsabilidad al interior de la organización, quienes hayan acreditado debidamente el proceso de capacitación. Tomar una decisión diferente pondrá en riesgo al ente colectivo, pues si con base en los resultados de la evaluación se sabe que una persona no tiene las capacidades para enfrentar determinados riesgos, y a pesar de ello la organización le coloca en esa posición riesgosa, es probable que se generen condiciones para una responsabilidad penal de la empresa, por acción u omisión (quizás dolosa), si se lesiona o pone en peligro un bien jurídico.

Quienes lideran la elaboración del CCP deben asegurarse de resguardar evidencia de la evaluación. Además de los registros con nombres, firmas y archivo digital de las identificaciones del personal evaluado, se sugiere soportes como videograbaciones o fotografías que muestren, como un dato de prueba, por ejemplo, que el personal no sólo fue capacitado, sino también evaluado. Esto forma parte de una buena defensa organizacional.

7. Supervisión

Para que un CCP funcione al interior de una organización, requiere de un órgano de supervisión que monitoree su funcionamiento y aplicación real en la práctica organizacional. En ocasiones suele confundirse al órgano de supervisión con el «*Compliance Officer*». Este es un error común que puede generar problemas en la asignación de responsabilidades. El órgano de supervisión es parte de la estructura de la organización, y al igual que al resto de direcciones o áreas, le es aplicable los contenidos del CCP. Con esto quiero decir que es un engranaje más (muy importante, es cierto), de toda la maquinaria organizacional.

El monitoreo puede ejecutarse de diversas formas, por ejemplo, mediante la aplicación de pruebas manuales a los procesos establecidos o, bien, a través de evaluaciones digitales. En cualquier caso, el monitoreo deberá abarcar las tipologías señaladas a continuación:

- a) Monitoreo de efectividad
- b) Monitoreo analítico

Por otro lado, al órgano de supervisión le compete ejecutar «en el terreno» las instrucciones y recomendaciones, formuladas a la organización, por parte del *Compliance Officer*. De ahí que en ocasiones se le denomine «Área de Cumplimiento Normativo», y a ello se debe también que la «Dirección Jurídica» de algunas organizaciones transite (con un cúmulo de nuevas responsabilidades), a «Dirección o Unidad de *Compliance*».

Este órgano de supervisión será el encargado de «medir el pulso» acerca de la debida aplicación del CCP en el día a día organizacional. Por eso es que de este órgano dependerá la recepción de denuncias (canal de denuncias), los

procedimientos de investigación criminal al interior del ente colectivo, la sanción y premiación del personal de la organización, así como la detección de necesidades de actualización del programa.

En el marco de sus funciones de investigación criminal, el órgano de supervisión podrá abrir y gestionar «incidencias de *compliance*», que se refieren a la sospecha de que existe una actitud o actividad laboral que viola lo establecido en el CCP. Lo mismo sucederá con las «violaciones de *compliance*», referentes a aquellas incidencias de *compliance* que hayan sido confirmadas con hechos verificables.

Como se verá más adelante, estas responsabilidades distinguen claramente al órgano de supervisión del *Compliance Officer*. Si se quisiera ejemplificar de manera muy básica, podríamos decir que la distinción entre ambas figuras es la siguiente: el CO tiene funciones de orientación y determinación, mientras que el órgano de supervisión tiene funciones de ejecución material al interior de la organización (en el terreno).

8. Recepción de denuncias (canal de denuncias)

Cualquier miembro de la organización debe tener la posibilidad de denunciar, de manera absolutamente anónima, la probable infracción al CCP por parte de un tercero. Esto sólo puede hacerse realidad mediante la implementación de un canal de denuncias que «procese» la noticia recibida de tal forma que, por un lado, salvaguarde la identidad del denunciante, mientras que al mismo tiempo garantice la veracidad de la información.

El canal de denuncias, así como el protocolo aplicable para procesar la información, debe estar configurado desde el primer momento en que entra en funcionamiento el CCP, por lo que el procedimiento para denunciar y las posibles sanciones que puedan imponerse, deben ser del dominio público al interior de la organización. Tan importante es lo anterior como resguardar, desde el primer momento, evidencia de la denuncia y el tratamiento que el área de investigación criminal le brinda hasta el cierre de la investigación.

Existen diversos modelos de canal de denuncias: desde el formato escrito, transitando por el digital, hasta una aplicación para telefonía móvil, que permite su utilización desde cualquier lugar. En todo caso, el proceso debe estar claramente definido antes de su entrada en funcionamiento.

9. Sanción y premiación

Contrario a lo que se piensa al interior de algunas organizaciones, sancionar a un miembro del ente colectivo –siempre conforme al procedimiento establecido en el CCP–, evidencia que el programa sí existe y sí se aplica. Para ello, sin

embargo, debe existir previamente un catálogo de sanciones bien definido que debe ser conocido por todos los miembros de la organización. Esto significa que la posibilidad de formular una denuncia anónima, de investigar por parte de la organización, así como la de procesar y sancionar a miembros del ente colectivo, debe formar parte del proceso de capacitación inicial.

Establecer un catálogo de sanciones en el CCP no es un asunto menor, pues requiere de un profundo análisis técnico jurídico que, por un lado, genere las condiciones para reaccionar en contra de una infracción al programa, mientras que al mismo tiempo debe desarrollarse salvaguardando los derechos humanos de todas y cada una de las personas involucradas en la investigación.

El proceso de elección de las sanciones es muy delicado, pues en ocasiones se contemplan algunas modalidades que afectan directamente derechos inalienables a la persona (como la libertad o dignidad), mientras que al mismo tiempo exponen a la empresa a ser denunciada por la comisión de un delito. Es por ello que en esta labor no puede faltar un penalista.

Tan importante resulta el tipo de sanción contemplada, como el método de su imposición. Lo que no se puede hacer es someter a un miembro del ente colectivo y cosificarlo, violentando derechos e incurriendo en ilegalidades. Esto sólo expone a la organización a una imputación, muy probablemente de corte penal, y a la imposición de una pena grave. Por el contrario, al interior del ente colectivo debe regir un procedimiento, rodeado de garantías y derechos, que permita procesar la denuncia hasta sus últimas consecuencias. Ese procedimiento, que podría denominarse «proceso penal particular», debe constar por escrito, ser sometido a un profundo análisis por parte de expertos en la materia y ponerse en práctica sólo por personal altamente calificado para ello.

Con la finalidad de que la sanción sea impuesta mediante los mecanismos adecuados, resulta indispensable que exista un equilibrio de derechos entre la organización y la persona sujeta a investigación. De ahí que el área de investigación criminal debe resguardar, mediante una verdadera «cadena de custodia», aquellos datos que evidencien la infracción al CCP: videos, documentales o testimoniales serán de vital importancia, pues una manipulación indebida del material puede generar las condiciones para que, de llegarse a un proceso penal estatal, se califique de prueba ilícita. Y aquí, nuevamente, la capacitación del personal que recaba los datos de prueba al interior de la organización será vital.

Es recomendable videografiar el proceso interno de deliberación, aportación de datos de prueba, desahogo de éstas y la declaración de «violación de *compliance*», pero también el momento de imposición de la sanción.

El otro lado de la moneda es el relativo a la premiación. Una organización sustentada en un CCP eficaz sí sanciona violaciones, pero también reconoce y premia el respeto al programa de cumplimiento. De ahí que, tal y como sucede con el esquema del «derecho penal particular», debe existir un catálogo de estímulos y recompensas y un mecanismo transparente para su concesión. Este método debe estar blindado a probables actos de discriminación, de tal forma que el otorgamiento de un estímulo no dependa de una sola persona, sino de un órgano colegiado, mientras que en la decisión deben formar parte las áreas de *compliance* y recursos humanos.

La gama de premios y sus modalidades deben constar por escrito y ser del conocimiento de todos los miembros de la organización. Esto genera dos ventajas: primero, motiva al personal a mejorar su desempeño; segundo, previene reclamos de terceras personas en contra de la decisión de premiar a uno y otro miembro del ente colectivo.

10. Actualización

Un CCP es eficaz en tanto que se aplica en la realidad organizacional. Esto deja de ser así cuando las disposiciones contenidas en el programa ya no reflejan el binomio organización-ordenamiento jurídico. El origen más recurrente de la ineficacia del programa es su desactualización, esto es, se gestó correctamente en sus orígenes, pero ha sido superado con el paso del tiempo. Esto puede suceder, cuando menos, por cualquiera de los siguientes motivos:

- a) La organización ha cambiado
- b) El ordenamiento jurídico ha sido reformado
- c) El ente colectivo genera nuevos riesgos

Para evitar la desactualización del programa y, como consecuencia de ello, una pérdida de eficacia en el proceso penal, el CCP debe ser revisado y actualizado, por lo menos, una vez al año. Sin embargo, si se advierte la actualización de alguna de las circunstancias arriba enlistadas, entonces la revisión deberá iniciar de inmediato. Y esto no puede ser de otra manera, pues el CCP original ya no estaría en condiciones de contener riesgos y prevenir delitos que no formaron parte del desarrollo original del programa.

Como se verá inmediatamente, esta es una tarea en la que el criminal *compliance officer* juega un rol fundamental, pues él será responsable de advertir a la organización acerca de las reformas legales que deben ser incorporadas al CCP, pero también en torno a la necesidad de su actualización, independientemente de la multitud de causas que de origen a esa necesidad.

11. Oficial de cumplimiento

«*Compliance Officer*» puede serlo una persona o un área compuesta por varias personas, pero siempre será el principal vigilante de que el CCP se cumpla adecuadamente. La característica principal de esta figura es su autonomía e independencia, no sólo respecto del órgano de gobierno, sino de toda la organización. Y no puede ser de otra manera, pues su papel es tan relevante, que puede llegar a señalar violaciones al CCP por parte de miembros de las más altas esferas de la organización, y eso sólo lo puede hacer quien no depende de ésta.

De ahí que la primera recomendación es que el *Compliance Officer* no sea un empleado de la organización (menos aún el titular o líder de ésta), pues ello le resta autonomía⁶. Por otro lado, debe ser un experto en la materia y gozar del suficiente prestigio como para que sus decisiones sean tomadas en serio al interior del ente colectivo.

Si el *compliance officer* formara parte del engranaje organizacional y éste fuese investigado por la probable comisión de un delito, entonces el primero correría el riesgo de ser imputado a título de coautor o cómplice, por ejemplo. De ahí la necesidad de que su ubicación sea fuera del círculo de la organización.

El «CO» no es un operador, pues eso generaría que formara parte de la gestión de los riesgos al interior del ente colectivo. Por el contrario, su función estriba en sugerir, acompañar y señalar aquellas acciones que deben implementarse para que se verifique un cumplimiento real de los protocolos, directivas y manuales que configuran el CCP. Es, con otras palabras, el mejor aliado de la unidad de *compliance* al interior de la organización.

IV. HERRAMIENTAS PARA CONSTRUIR UN CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAM *AD EXTRA* CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Como se ha expuesto hasta ahora, dependiendo de los alcances de la organización, será necesario adaptar el CCP de cara a las relaciones con otras organizaciones, particularmente con aquellas con las que se establecen relaciones de negocios, vinculándolas a la cadena productiva de la empresa. Sólo de esta forma podrá cumplirse, cabalmente, con el *due diligence* vertical y horizontal que marca la ISO 19600.

⁶ Al respecto; BOCK, Dennis: «*Compliance und Aufsichtspflichten im Unternehmen*», en Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (Coords.), *Compliance und Strafrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2013.

Para los efectos de la implementación de un CCP *ad extra*, es indispensable aclarar los elementos que éste debe contener, pero también especificar los elementos que se buscan en los CCP de los socios comerciales de cara a armonizarlos con los de la propia organización

Para los efectos señalados, resultará indispensables realizar un cuestionario que permita visualizarse, aunque sea a cierta distancia, el grado de cumplimiento normativo de las organizaciones con las que se prevé tener vínculos de cualquier tipo. Así, a continuación, se describen los interrogantes que, como mínimo, deberá contemplar el cuestionario de referencia:

1. ¿Tiene un programa de *compliance*?
2. Si existe ¿es de corte preventivo penal o sólo administrativo?
3. ¿Quién lo diseñó e implementó en la organización?
4. ¿Cuáles son sus premisas de actuación?
5. ¿Tiene elementos evidentes de prevención delictiva?
6. ¿Ha tomado en cuenta el *due diligence* (diligencia debida) para su examen vertical y horizontal?
7. ¿Existe un *compliance officer* designado?
8. ¿Está implementado un canal de denuncias?
9. ¿Cuáles son los elementos nodales del programa?
10. ¿Está basado en un diagnóstico?
11. ¿Puede examinarse ese diagnóstico?
12. ¿Está disponible la información de accionistas y estructura de capital?
13. ¿Contiene un apartado de identificación y prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita?
14. ¿Contiene código de ética y política anticorrupción?
15. ¿Contiene apartado de respeto a la relación laboral y todos sus elementos complementarios? (contratos, reglamento interno de trabajo, prestaciones y seguridad industrial)
16. ¿Cuenta con un plan interno de protección civil actualizado?
17. ¿Contiene política de no discriminación y protección a los derechos de las personas menores de edad?
18. ¿Contiene política de privacidad de datos y manejo de datos personales de terceros?
19. ¿Está al corriente de sus obligaciones fiscales y patronales?
20. Dentro de su estructura operativa y logística ¿efectúa o ha efectuado análisis de riesgos y puntos críticos de control?
21. ¿Puede pedirse solicitud de opinión fiscal, reporte de buró de crédito, liquidaciones de cédulas obrero-patronales con el IMSS e INFONAVIT?

22. ¿Puede solicitarse un informe acerca de cualquier procedimiento legal en el que esté inmersa la organización ya sea como demandante, demandado, víctima o imputado?
23. ¿Contiene política de manejo de información confidencial?
24. ¿Contiene política de conflicto de intereses?
25. ¿Puede presentarse evidencia de la difusión de todos los elementos del *compliance ad intra* que tiene la organización?

Este cuestionario arrojará datos cualitativos que brindarán una radiografía, cercana a la realidad, acerca de los elementos esenciales de CCP con los que la organización trabaja consuetudinariamente. Sólo entonces se debería tomar la decisión acerca de si se realiza o no una alianza organizacional entre ambos entes colectivos, o ésta se rechaza desde el inicio.

La información producida por el cuestionario de diagnóstico *ad extra* será el soporte para la emisión de una opinión que decantará la generación de una relación o la negará (el aspecto cuantitativo no es materia de este análisis, pues esa dimensión se cubre en el *due diligence* financiero, que autoriza la asignación de recursos monetarios a una posible sociedad comercial), con base en la afinidad en los elementos de CCP entre las partes.

a) Integración y validación

Cada parte del cuestionario de diagnóstico *ad extra* debe revestir la misma importancia. Si como resultado del cuestionario se evidencia que el potencial socio carece de algún elemento de CCP, o no lo tiene bien desarrollado (de acuerdo a los propios estándares), esto no significará forzosamente que el negocio no será autorizado, sino que la unidad de *compliance* del socio principal tendrá que coadyuvar con la empresa en cuestión, para examinar los puntos específicos a solventarse, brindar la información, asesoría e inclusive implementar las acciones necesarias para lograr esa solvencia y cumplir con los propios estándares.

Lo anterior debe realizarse en armonía con la estructura de planeación estratégica del socio principal, pero también con los principios de optimización de recursos y minimización de riesgos.

El resultado de los esfuerzos descritos en el párrafo anterior será el fortalecimiento de la cadena de suministro, así como de las relaciones horizontales y verticales, logrando la esperada *cadena virtuosa de compliance*. Con esto quiero decir que la configuración del blindaje organizacional quedaría constituido de cara a detectar y prevenir cualquier vinculación con empresas vinculadas al crimen organizado corporativo.

V. CONCLUSIONES

La Ley federal contra la Delincuencia Organizada debiera ser abrogada. En su lugar, tendría que diseñarse un nuevo tipo penal que contemplara a las personas jurídicas, y no sólo a las humanas, como sujetos vinculados a la delincuencia organizada, quienes configurarían así el denominado *crimen organizado corporativo*. Para prevenir el desarrollo y multiplicación de empresas relacionadas con este fenómeno, la mejor herramienta –que se suma a las tareas de investigación policial y procuración de justicia–, es el *criminal compliance program ad extra*.

Un *criminal compliance program ad extra* implica un profundo diagnóstico de riesgos al interior de la organización, esquemas de protocolización, capacitación, evaluación, así como la instauración –entre otros elementos– de un área de investigación criminal al interior de la empresa. Mediante estos componentes y el resto de herramientas con los que cuenta un programa de cumplimiento, las personas jurídicas pueden prevenir relaciones, alianzas o colaboración con el crimen organizado corporativo.

JUSTICIA COMO MEMORIA Y DERECHO A LA VERDAD FRENTE A POLÍTICA DE SILENCIO Y OLVIDO EN EL SALVADOR

Apuntes sobre la percepción de la figura de Oscar Arnulfo
Romero y la experiencia de los diálogos intergeneracionales en
las parroquias de la Arquidiócesis de San Salvador¹

HÉCTOR OLASOLO ALONSO²

Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia)

¹ El presente trabajo constituye una versión revisada y actualizada del trabajo publicado bajo el mismo título en el Volumen 7 (2019) del *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal* (ANI-DIP). Forma parte del proyecto de investigación *Principios de armonización entre la función y alcance de la justicia y las demandas surgidas en los procesos políticos de transición*, que se encuentra adscrito a la línea de investigación *Crítica al derecho internacional desde fundamentos filosóficos*, del Grupo de Investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. El proyecto es financiado por la Dirección de Investigación e Innovación de la Universidad del Rosario. El autor agradece al Padre Luciano Ernesto Pérez Reyes García (director adjunto de la Oficina de Tutela de Derechos Humanos del Arzobispado de San Salvador), al abogado Roberto Carlos Alfaro Lara y a los demás integrantes del equipo de trabajo de la Oficina de Tutela de Derechos Humanos en las áreas jurídica, educativa y de archivo histórico, por la fraterna acogida recibida durante la visita del mes de julio de 2018 y el acceso irrestricto a los materiales contenidos en el archivo histórico. El autor también agradece al profesor de teoría del Derecho en la Universidad de El Salvador, el licenciado José Miguel Vásquez López, y a su entonces monitor, el Sr. Enmanuel Cristóbal Román Funes, por su excelente acogida en 2017 su curso de teoría del Derecho, así como a la joven investigadora de la Universidad del Rosario (Colombia), Lucía Cárcano Fernández, por su trabajo de investigación en relación con la jurisprudencia del Sistema Inter-Americano de Derechos Humanos sobre los distintos componentes del derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.

² Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España); Licenciado en Teología por la Universidad Santo Tomás (Colombia); y Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE.UU). El Prof. Olasolo Alonso es actualmente catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige sus programas de posgrado (Especialización y Maestría) en Derecho Internacional, su Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional

RESUMEN

El desconocimiento general provocado por la política de silencio y olvido en la sociedad y en las comunidades parroquiales salvadoreñas, implantada tras la Ley de Amnistía de 1993, impide que los graves crímenes internacionales cometidos en El Salvador sean tenidos en cuenta a la hora de labrar su legado, ofrece un caldo de cultivo favorable a las iniciativas de revisionismo histórico e impide que se puedan adoptar las medidas necesarias para evitar su repetición. Frente a esta situación, los diálogos parroquiales intergeneracionales celebrados en 2018 en la Arquidiócesis de San Salvador han mostrado su capacidad para exponer y superar el impacto de la política del silencio y el olvido desde las propias comunidades parroquiales afectadas.

Palabras clave: *justicia transicional; derechos humanos; reparación a las víctimas; política de silencio.*

ABSTRACT

The general ignorance caused by the policy of silence and forgetfulness in society and in the Salvadoran parish communities, implemented after the Amnesty Law of 1993, prevents that international crimes committed in El Salvador can be taken into account and impedes the necessary measures to be taken to avoid its repetition. Intergenerational parish dialogues held in 2018 in the Archdiocese of San Salvador have shown their ability to expose and overcome the impact of the silence and forgetfulness policy from the affected parish communities themselves.

Keywords: *transitional justice; human rights; silence policy; redress to victims.*

1. INTRODUCCIÓN

TODAS LAS MAÑANAS tengo la costumbre de salir a caminar. Sin embargo, nunca había valorado tanto la posibilidad de pasear hasta mi reciente visita en julio de 2018 al archivo de la Oficina de Tutela de Derechos Humanos del Arzobispado de San Salvador. La razón no es otra que las dificultades con las que

Penal (ANIDIP) y el International Law Clinic Reports (ILCR). Es profesor *ad hoc* de la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos), preside el Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Holanda) y es el coordinador general de la Red de Investigación Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia. El Prof. Olasolo Alonso se ha desempeñado también como catedrático de Derecho Internacional Penal en la Universidad de Utrecht (Holanda, 2010-2012), magistrado auxiliar de la Corte Penal Internacional (2004-2010), miembro de la Fiscalía del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia (2002-2004) y asesor jurídico de la delegación española en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (1999-2002). Ha sido también miembro del Roster de Juristas de Reconocido Prestigio de la Organización de las Naciones Unidas para el Nombramiento de Magistrados Internacionales en las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya y perito ante la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos.

me encontré para poder llegar caminando hasta allí desde el apartamento en que me alojaba en la colonia Miramonte. Aunque haciendo gala de una exquisita amabilidad cada día me recogieron para llevarme en coche hasta el trabajo, la opción de caminar ni siquiera estuvo sujeta a discusión porque pasear es demasiado peligroso en una sociedad donde los seres humanos viven poco menos que *enjaulados* en perímetros de cuatro o cinco manzanas a la redonda controlados por distintos grupos armados al margen de la ley (el que se denomine a estos grupos *pandillas* porque están principalmente formados por jóvenes menores de 15 años no les priva de dicha naturaleza).

Salir del área donde se tiene el domicilio que aparece reflejado en el Documento Único de Identidad («DUI») significa jugarse la vida en caso de ser interceptado por una pandilla enemiga que controla la zona por la que se transita, y cuyos miembros pueden verificar la dirección de residencia mediante una rápida revisión del DUI (no llevarlo, o negarse a mostrarlo, significa asumir el riesgo de sufrir una muerte violenta). Consecuencia de lo anterior, durante una visita realizada en 2017 al curso de teoría jurídica de la licenciatura en Derecho de la Universidad de El Salvador, uno de cada cinco estudiantes del curso contestó afirmativamente a la pregunta sobre si habían recibido alguna vez amenazas de muerte. Según explicaron los interesados, caminar para asistir a clase por sectores que no son los propios hace que estas situaciones sean bastante comunes. La situación no es mejor si se suben a los autobuses que transitan a través de sectores controlados por las pandillas, donde los hurtos son cotidianos y los episodios de desaparición forzada (tras obligar a los pasajeros a bajarse) frecuentes. El propio monitor del curso afirmó cómo gracias a un compañero de secundaria había salvado la vida cuando acudió a solicitar un certificado de estudios a su antiguo instituto, que se encontraba ubicado en un sector distinto a aquel al que sus padres habían trasladado recientemente su domicilio.

Pero si el desplazamiento a pie o en autobús desde una colonia a otra de San Salvador (o incluso entre sectores de una misma colonia controlados por distintas pandillas) conlleva los riesgos mencionados, el recorrido intelectual y espiritual al encuentro del pasado reciente no resulta menos amenazador. La política oficial de silencio y olvido en la que fue sumida la sociedad salvadoreña tras la Ley de Amnistía de 1993 —que fue aprobada cinco días después de los señalamientos realizados a diversas autoridades militares y policiales en el informe publicado el 15 de marzo de 1993 por la Comisión de la Verdad de El Salvador bajo el título *De la locura a la esperanza: la guerra de 12 años en El Salvador*— ha fomentado el desconocimiento por aquella parte de la población salvadoreña que no vivió el conflicto armado (en particular, quienes cuentan en la actualidad con menos de veinticinco años), lo que favorece el revisionismo histórico e impide la adopción de las medidas necesarias para evitar su repetición.

Un buen ejemplo del impacto negativo provocado por esta política lo pude experimentar al día siguiente de mi llegada a San Salvador, cuando seguí por televisión un debate sobre la memoria histórica del conflicto armado ocurrido entre 1980 y 1992. Me llamó la atención la afirmación de algunos de los panelistas

(todos ellos conocidos actores en la vida pública salvadoreña) sobre la presunta tendencia de *izquierdas* de los integrantes de la Comisión de la Verdad, lo que, en su opinión, explicaría el contenido *sesgado* del Anexo a su informe en el que se afirmaba que de las 14.000 denuncias recibidas en el periodo de seis meses en el que desarrolló sus actividades, el 85% tuvieron como objeto hechos presuntamente cometidos por agentes del Estado, el 10% por integrantes de los escuadrones de la muerte y el 5% por miembros de las cinco organizaciones que conformaban el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional («FMLN»).

En vista de lo afirmado, hice una rápida búsqueda en internet mientras seguía el debate para confirmar el nombre y la trayectoria profesional de los miembros de la Comisión con el fin de determinar el grado de verosimilitud de los argumentos que estaban siendo esgrimidos. Mi sorpresa no pudo ser mayor al observar que su presidente había sido el Sr. Belisario Betancourt, dirigente del Partido Conservador en Colombia y presidente de este país entre 1982 y 1986. Así mismo, fungió como miembro adjunto de la Comisión en apoyo de su presidente el Sr. Guillermo Fernández de Soto, quien, además de ocupar entre 1998 y 2002 la posición de canciller en el gobierno de Andrés Pastrana (último presidente del Partido Conservador que ha tenido Colombia), estuvo a cargo de las negociaciones del Plan Colombia con los EE.UU. Con independencia de la calidad profesional de los mencionados integrantes de la Comisión, no cabe duda de que ninguno de los dos puede ser catalogado como un referente de la *izquierda latinoamericana* de finales del siglo XX y principios del siglo XXI.

Desafortunadamente, la confusión a la que varios de los panelistas trataban de inducir a los telespectadores salvadoreños sólo puede lograr su objetivo en el caldo de cultivo del desconocimiento general provocado por la política de silencio y olvido que se implantó en la sociedad salvadoreña a raíz de la Ley de Amnistía de 1993.

Los miembros de las comunidades parroquiales de la Iglesia Católica salvadoreña («la Iglesia», «la Iglesia de El Salvador» o «la Iglesia salvadoreña») tampoco son ajenos a esta situación, de manera que sus integrantes más jóvenes desconocen completamente el grado de persecución al que fueron sometidos los integrantes de numerosas comunidades católicas (especialmente, en la Arquidiócesis de San Salvador) por las fuerzas militares y policiales. Según se afirma por el Secretariado Social Interdiocesano (1977):

El documento que presentamos ha surgido de la necesidad de esclarecer la actual situación del país y más en concreto de la Iglesia de la Arquidiócesis de San Salvador en ese contexto general. Que los hechos de violencia abundan en nuestro país es una realidad que desgraciadamente todos reconocen. Que esos hechos sean también «persecución a la Iglesia» es afirmado claramente por la Jerarquía, clero y la inmensa mayoría de los cristianos (p. 3)[...] La Iglesia de la Arquidiócesis afirma, por tanto que, aunque según la legalidad vigente, existe libertad de religión y de culto y reconocimiento jurídico de la Iglesia, sus personas e instituciones, existe una persecución contra ella a través de las campañas de prensa y de hechos físicos violentos porque se le está

impidiendo eficazmente, a través de la inutilización de sus agentes misioneros, llevar a cabo su misión (p. 5)[...] Hasta hace unos meses no se ha hablado de persecución en la Iglesia de El Salvador. Lo que ha hecho que la situación actual de la Iglesia haya pasado a ser definida como situación de persecución es la serie ya muy numerosa de ataques –verbales o de hecho– contra miembros de la Jerarquía, contra miembros del clero y contra laicos explícitamente comprometidos en la tarea de evangelización. Se han dado también expresiones concretas de odio a la Iglesia y a sus símbolos tradicionales más venerados, sobre todo la Eucaristía (p. 7) [...]

El Secretariado Social Interdiocesano (2005) subraya también el negacionismo de ciertos grupos sociales y afirma la necesidad de terminar con los intentos de imponer el silencio y el olvido. Según se menciona expresamente, [...] *Otros grupos sociales, los poderosos en general, niegan la tal persecución. En esta situación es un derecho de la Iglesia afirmar que existe persecución y es una urgente obligación pastoral esclarecer ante el pueblo cristiano y ante todo los hombres de buena voluntad en qué consiste la persecución y por qué se la puede denominar como tal.*

Desgraciadamente, como muestra el contenido de los argumentos presentados por algunos de los panelistas en el debate arriba mencionado, y como han reflejado también las primeras experiencias de diálogo intergeneracional celebrados en julio de 2018 en varias parroquias de la Arquidiócesis de San Salvador, la aplicación de la Ley de Amnistía acabó siendo desarrollada por una férrea política de silencio y olvido.

Ante esta situación, analizamos en las próximas secciones el concepto de justicia como memoria y el contenido del derecho a la verdad de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos (sección 2), el impacto de la política de silencio y olvido en la controvertida percepción de la figura de Oscar Arnulfo Romero en distintos sectores de la Iglesia salvadoreña (sección 3) y la experiencia de los diálogos intergeneracionales en las parroquias de la Arquidiócesis de San Salvador como herramienta para exponer y superar el impacto de la política de silencio y olvido (sección 4). El texto finaliza con una breve exposición de las principales conclusiones alcanzadas (sección 5).

2. LA JUSTICIA COMO MEMORIA Y EL DERECHO A LA VERDAD DE LAS VÍCTIMAS DE GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS

El concepto de justicia como memoria encuentra sus raíces en un grupo de filósofos de finales del siglo XIX y principios del siglo XX (Cohen, Buber, Rosenzweig y Kafka) que, con base en sus orígenes judíos, pudieron anticipar la marginalidad, exclusión y exilio que sufrirían décadas después los pensadores que les sucedieron en la denominada *Escuela de Frankfurt* (Benjamin, Adorno y Horkheimer). De todos ellos, Benjamin (2005, 23) es quien nos ha dejado a través de su alegoría del *ángel caído de la historia* un concepto más elaborado de la justicia

como memoria, entendida como una mirada al pasado que trata de atribuir sentido a lo que hasta entonces es considerado como despojo y olvido.

Para Benjamin (2005, 23 *et seq.*), el sufrimiento y sinsentido de las vidas de las víctimas se convierte en el objeto central de la justicia, que se dirige a reavivar, desde la re-evaluación del pasado, la esperanza frente al olvido de quienes han sido condenados por la historia oficial de los vencedores. Con ello, como el propio Adorno (2006, 18) subraya, se busca promover que las víctimas puedan reconstruirse del daño sufrido, superando con ello, si bien no olvidando (Levi, 2005), la propia condición de víctima en la que les ha colocado la historia (Berón Ospina, 2019).

En aplicación del concepto de justicia como memoria, y a diferencia de lo que ha sucedido durante décadas en El Salvador, desde comienzos del siglo XXI se han puesto en marcha en Colombia iniciativas de memoria histórica caracterizadas por dos factores: (i) su simultaneidad con los procesos derivados de la Ley de Justicia y Paz (2005), la Ley de víctimas (2011) y los Acuerdos de Paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia («FARC») (2016); y (ii) su desarrollo en condiciones de permanente conflicto y desconfianza por las consecuencias que pueden generar (Berón Ospina, 2019).

De esta manera, ante la tensión entre las posiciones de Nietzsche (2015), quien ante las demandas de justicia de las víctimas afirma la necesidad de superar el recuerdo de un pasado que genera más dolor y resentimiento, y Benjamin (2005), que resalta la importancia de revisar lo que la memoria del vencedor oculta y justifica en detrimento del vencido, en El Salvador se ha adoptado el planteamiento del primero, mientras que en Colombia se está tratando de seguir, con grandes dificultades, la senda del segundo.

Estrechamente relacionado con el concepto de justicia como memoria, se encuentra el derecho a la verdad, que, si bien inicialmente surgió en relación con las víctimas de desaparición forzada de la década de 1970, su ámbito de aplicación se ha extendido a las demás violaciones graves de derechos humanos, constituyendo en la actualidad uno de los derechos más relevantes, tanto en los procesos de transición, como a la hora de reparar las violaciones graves de derechos humanos (Ibáñez, 2014).

A nivel internacional, el desarrollo más completo del derecho a la verdad se encuentra en la interpretación jurisprudencial que los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos han realizado de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos («CADH»)³. Así,

³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos («TEDH») también ha desarrollado el derecho a la verdad puesto que considera que, en última instancia, el no respetar este derecho constituye un trato inhumano o degradante para los familiares de las personas desaparecidas (caso *Ipek c. Turquía*, 2004). Sin embargo, el TEDH no ha profundizado más en el contenido del derecho a la verdad porque considera que se subsume en el derecho más amplio a un juicio justo e imparcial (caso *Vanava et al. c. Turquía*, 2009).

desde su primer caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos («Corte IDH») ha afirmado el deber de los Estados de investigar la comisión de graves violaciones de derechos humanos. Además, en los casos de desaparición forzada, la Corte IDH ha subrayado también la obligación de los Estados de informar a los familiares de las víctimas sobre su paradero, o, en caso de fallecimiento, sobre el lugar en que se encontraban sus restos (Corte IDH, *Velásquez Rodríguez*, 1988).

Posteriormente, la Corte IDH ha señalado que el derecho a la verdad tiene también una dimensión colectiva en la medida en que la sociedad tiene el derecho a conocer las circunstancias en que se han llevado a cabo las violaciones graves de derechos humanos (caso *Barrios Altos*, 2001), para tenerlas en cuenta al forjar su legado como nación, prevenir los procesos de revisionismo histórico y evitar su repetición (Szablewska & Bachmann, 2015).

La Corte IDH ha hecho también énfasis en que el derecho a la verdad constituye una medida de reparación adecuada si se investigan los hechos del caso con el fin de identificar, juzgar y castigar a los responsables y, siempre y cuando, los resultados de la investigación se hagan públicos para que la sociedad conozca la verdad (caso *Tibi*, 2004). Con ello, la Corte IDH ha reconocido que, además de sus dimensiones individual y colectiva, el derecho a la verdad constituye también una forma de reparación (caso *Comunidad Moiwana*, 2005).

De esta manera la Corte IDH ha acogido expresamente los distintos componentes del derecho a la verdad que la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos («Com. IDH») había desarrollado en los casos relativos a *Parada Cea y otros* (1999), *Ignacio Ellacuría y otros* (1999) y *Monseñor Oscar Romero* (2000), donde la Com. IDH subrayó en particular que el conocimiento de las circunstancias de la violación constituye una medida de satisfacción y una garantía de no repetición. Esta última constituye a su vez un objetivo central de todo proceso de justicia de transición (Galain Palermo, 2016).

3. LAS DIVERSAS PERCEPCIONES DE LA FIGURA DE OSCAR ARNULFO ROMERO

A pesar de la importancia para las víctimas de graves violaciones de derechos humanos de la justicia como memoria y del derecho a la verdad, lo cierto es que el desconocimiento generado por la política de silencio y olvido en El Salvador ha llegado durante mucho tiempo incluso a alcanzar a la figura del primer santo de su Iglesia, Oscar Arnulfo Romero, quien el 24 de marzo de 1980 cayó abatido por un francotirador perteneciente a los escuadrones de la muerte mientras celebraba misa en la capilla del Hospital de la Divina Providencia.

Su muerte se producía al mes siguiente de haber escrito en su condición de arzobispo de San Salvador al presidente de los EE.UU., Jimmy Carter, solicitándole que cancelase toda la ayuda militar al gobierno salvadoreño porque con ella estaba fortaleciendo un régimen opresor (la existencia de esta carta fue rebelada

por el propio Romero en su homilía de 16 de marzo de 1980) (Tamayo, 2015). Así mismo, el día anterior a su asesinato, denunciaba de nuevo en la catedral de San Salvador la cruel represión que llevaban a cabo las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado salvadoreño, y recordaba a sus miembros que, por encima de las órdenes de matar, se encontraba el mandato divino de *no matarás*:

Yo quisiera hacer un llamamiento de manera especial a los hombres del Ejército, y en concreto a las bases de la Guardia Nacional, de la policía, de los cuarteles. Hermanos, son de nuestro mismo pueblo, matan a sus mismos hermanos campesinos y, ante una orden de matar que dé un hombre, debe de prevalecer la ley de Dios que dice: «No matar». Ningún soldado está obligado a obedecer una orden contra la ley de Dios. Una ley inmoral, nadie tiene que cumplirla. Ya es tiempo de que recuperen su conciencia y que obedezcan antes a su conciencia que a la orden del pecado. La Iglesia, defensora de los derechos de Dios, de la ley de Dios, de la dignidad humana, de la persona, no puede quedarse callada ante tanta abominación. Queremos que el Gobierno tome en serio que de nada sirven las reformas si van teñidas con tanta sangre. En nombre de Dios, pues, y en nombre de este sufrido pueblo, cuyos lamentos suben hasta el cielo cada día más tumultuosos, les suplico, les ruego, les ordeno en nombre de Dios: ¡cese la represión! (Romero, 2005, Vol. VI)

De esta manera, en el ámbito de su competencia pastoral, Romero se hacía eco del principio 4 de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto (1945) y la sentencia del Tribunal Militar Internacional con sede en Núremberg (1946), y sistematizados por la Comisión de Derecho Internacional (1950), conforme al cual, *[e]l hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción*⁴.

A pesar de las numerosas voces que solicitaron desde su asesinato la beatificación y canonización de Romero, durante años no fue posible avanzar en el procedimiento (Ordaz, 2015; Europa Press, 2015). de manera que sólo en 2015

⁴ Casi veinte años después del asesinato de Romero, el art. 33 (1) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), aprobado en 1998 y en vigor desde 2002, desarrollaría este mismo principio al establecer que *[q]uien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) [e]stuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) [n]o supiera que la orden era ilícita; y c) [l]a orden no fuera manifiestamente ilícita. Además, el párrafo 2 del propio art. 33 del ECPI añadía que [a] los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas. En consecuencia, las órdenes de matar, como aquellas a las que se refirió Romero en su homilía de 23 de marzo de 1980, no son susceptibles, bajo ninguna circunstancia, de eximir de responsabilidad a quienes las llevan a cabo, porque, al ser constitutivas de crímenes de lesa humanidad, se presume *iure et de iure* que son manifiestamente ilícitas.*

fue declarado beato, convirtiéndose tres años después, el 14 de octubre de 2018, en el primer santo de la Iglesia de El Salvador (Lima, 2018).

Pero, ¿por qué fueron necesarios treinta y cinco años? La razón es que una parte importante de la Iglesia institucional salvadoreña y de sus comunidades no veían en Romero la figura del *mártir de los pobres*, sino la de un colaboracionista con los movimientos políticos y sindicales, que meses después de su muerte se articularían en el FMLN para sostener un cruento conflicto civil con las fuerzas gubernamentales, que se extendería hasta los acuerdos de paz firmados en el Castillo de Chapultepec (México D.C.) el 16 de enero de 1992.

Esta división en la percepción del papel jugado por Romero, que ha traspasado las fronteras de El Salvador para llegar incluso a Roma (Ordaz, 2015; Europa Press, 2015), se recoge en toda su crudeza en el resumen de prensa anexo al mencionado trabajo del Secretariado Social Interdiocesano (1977), que fue recopilado apenas ocho meses después del nombramiento de Romero como arzobispo de San Salvador. Dicho resumen de prensa recoge desde manifiestos de ciertos grupos auto-denominados *sociedad cristiana salvadoreña, asociaciones católicas y evangélicas de El Salvador, comité pro mejoramiento de la Iglesia Católica y auténticos demócratas cristianos* (por poner sólo algunos ejemplos), hasta artículos y columnas de opinión de los diarios más importantes de El Salvador en aquel momento, como *la prensa gráfica y el diario de hoy*, pasando por declaraciones de entidades económicas de la relevancia de la *Asociación Nacional de la Empresa Privada* («ANEP») y del *Frente Agropecuario de la Región Oriental* («FARO»).

Los manifiestos, artículos y columnas de opinión contenidos en este anexo se caracterizan por presentar duras críticas a la gestión de Romero por su omisión en tomar las medidas necesarias para que muchos de sus sacerdotes dejaran de *seguir sembrando violencia y propiciando el derramamiento de sangre*. Además, con frecuencia se incluyen ataques personales contra la figura de Romero por [...] *no querer ver las culpas de esos curas malos y, en cambio, para el son culpables quienes los censuran, quienes denuncian sus fechorías, quienes desean la depuración del clero a fin de que nuestra Iglesia católica se mantenga impoluta y reverenciada*.

De esta manera, y salvando las distancias, la situación de Romero durante su mandato como arzobispo de San Salvador presentaba notables similitudes con la descrita en los inmortales versos de Antonio Machado (1971):

*Ya hay un español que quiere
vivir y a vivir empieza,
entre una España que muere
y otra España que bosteza.*

*Españolito que vienes
al mundo te guarde Dios,
una de las dos Españas
ha de helarte el corazón.*

Tras su muerte, una parte importante de la Iglesia institucional salvadoreña y de sus fieles continuaron considerando que Romero se apartó de la ortodoxia de los sectores más conservadores a los que había pertenecido hasta su nombramiento como arzobispo de San Salvador el 8 de febrero de 1977 (y a los que, en gran medida, debía dicho nombramiento) (Lima, 2018), como consecuencia del impacto emocional que le causó el asesinato el 12 de marzo de ese mismo año del sacerdote jesuita Rutilio Grande, con quien le unía una relación muy cercana desde su paso por el seminario hacía casi cuarenta años (Cardenal, 2015)⁵. Según este sector, antes de este giro, Romero se había mostrado crítico con los nuevos caminos abiertos por el Concilio Vaticano II (1962-1965), había cambiado la línea editorial del semanario *Orientación*, se había manifestado contra ciertas prácticas del Externado de San José en San Salvador, la Universidad Centroamericana («UCA») y otras instituciones educativas dirigidas por los jesuitas, y había contribuido en 1972 a apartar a estos últimos de la formación de seminaristas, lo que, una vez nombrado Secretario de la Conferencia Episcopal Salvadoreña en 1967 y Obispo Auxiliar de San Salvador en 1970, deterioró sus relaciones con el entonces arzobispo Chávez y González y con el segundo obispo auxiliar Rivera y Damas.

Un segundo sector de la Iglesia institucional salvadoreña y de sus fieles, que se encontraban en buena medida en la Arquidiócesis de San Salvador, mantuvieron, sin embargo, tras la muerte de Romero una percepción muy distinta de los aspectos de su vida arriba mencionados. Para este sector, Romero fue siempre sensible al sufrimiento de amplias capas de la población por sus paupérrimas condiciones materiales de vida como consecuencia de su formación con los jesuitas en el Colegio Pío Latino Americano de Roma y su estrecha relación con algunos miembros de esta comunidad (incluyendo a Grande), que trataban de buscar herramientas para mejorar las condiciones socioeconómicas de los sectores más desfavorecidos mediante el fortalecimiento de su nivel de asociacionismo y el consiguiente incremento de su capacidad de negociación. Además, si bien de una manera más discreta, Romero siempre se preocupó por los casos de represión de campesinos y trabajadores por las fuerzas militares y de policía, así como por los grupos irregulares con quien aquellas colaboraban, lo que se tradujo en solicitudes de investigación realizadas por carta o a través de entrevistas privadas con las autoridades competentes. Este fue, por tanto, el caldo de cultivo que propició que

⁵ La magnitud de este impacto se puede observar en el siguiente fragmento de su homilía durante el funeral de Grande: *Queridos hermanos y amigos, me doy perfecta cuenta que muy pronto la Biblia y el Evangelio no podrán cruzar las fronteras. Sólo nos llegarán las cubiertas, ya que todas las páginas son subversivas-contras el pecado, se entiende. De manera que, si Jesús cruza la frontera cerca de Chalatenango, no lo dejarán entrar. Le acusarían al Hombre-Dios... de agitador, de forastero judío, que confunde al pueblo con ideas exóticas y foráneas, ideas contra la democracia, esto es, contra las minorías. Ideas contra Dios, porque es un clan de Caín. Hermanos, no hay duda que lo volverían a crucificar. Y lo han proclamado* (Romero, 2005, Vol. 1).

las traumáticas experiencias vividas durante el primer mes de su mandato como arzobispo de San Salvador, le llevasen a adoptar una posición más pública de denuncia de la represión (así como de la violencia revolucionaria) y a volcar sus tres últimos años de vida al acompañamiento y asistencia a los más desfavorecidos (lo que en última instancia le granjeó el calificativo de *mártir de los pobres*) (Brockman, 1985; Cavada, 2005; Delgado Acevedo, 1985; López Vigil, 1993; Mata, 2015; Morozzo della Rocca, 2010)⁶.

Con independencia de cuál de las dos visiones de la figura de Romero se acercaba más a la realidad, lo cierto es que la política de silencio y olvido adoptada en El Salvador tras la Ley de Amnistía de 1993 constituyó durante dos décadas un obstáculo importante para poder desarrollar un debate público sobre Romero, que permitiera cuestionar las afirmaciones centrales sobre las que se basaban las percepciones de Romero arriba mencionadas. En consecuencia, hasta la llegada de Jorge Bergoglio al pontificado vaticano en 2013, cada uno de los sectores de la Iglesia salvadoreña continuó alimentando su propia visión sin necesidad de someter sus *creencias* a un análisis histórico riguroso.

4. LOS DIÁLOGOS INTERGENERACIONALES EN LAS PARROQUIAS DE LA ARQUIDIÓCESIS DE SAN SALVADOR COMO HERRAMIENTA PARA EXPONER Y SUPERAR EL IMPACTO DE LA POLÍTICA DE SILENCIO Y OLVIDO DESDE LAS PROPIAS COMUNIDADES PARROQUIALES AFECTADAS

La extensión del impacto de la política de silencio y olvido en el desconocimiento generalizado por los miembros de las comunidades católicas salvadoreñas que no estuvieron expuestos al conflicto armado sobre la dura represión militar y policial a la que fueron sometidos quienes formaron parte de sus mismas comunidades, quedó de manifiesto en las dos reuniones que la Oficina de Tutela de

⁶ Quienes defienden esta posición no ven en el asesinato de Grande la razón que le llevó a presentar con mayor publicidad sus denuncias, sino que lo ven como un proceso más progresivo, que tuvo mucho que ver con la mayor exposición pública de su nueva posición como arzobispo de San Salvador y con la situación de tensión allí vivida días después de asumir su mandato como resultado del fraude electoral ocurrido en las elecciones presidenciales de 20 de febrero de 1977, y la convocatoria por sindicatos y partidos de izquierda de manifestaciones multitudinarias y de un campamento en la plaza Libertad a escasos 200 metros de la catedral de San Salvador. En particular, quienes defienden esta segunda posición subrayan que, al autorizar personalmente el 28 de febrero al Padre Alfonso Navarro (que sería asesinado meses después en la colonia Miramonte) a officiar una misa con los manifestantes, Romero tuvo constancia de primera mano de la violencia que se vivió durante la carga que la policía y el ejército, con el apoyo de francotiradores, lanzaron al acabar la misa para desalojar a los manifestantes, lo que provocó decenas de muertos. Ante esta situación, Romero solicitó públicamente a las autoridades competentes que investigaran lo sucedido y se negó a participar en cualquier acto oficial hasta que no se conociese la verdad, lo que le llevó a ausentarse del acto de investidura del nuevo presidente electo, el General Humberto Romero.

Derechos Humanos del Arzobispado de San Salvador llevó a cabo en julio de 2018 con dos de las vicarías de la Arquidiócesis, y a las que tuve la oportunidad de asistir.

Durante estos encuentros, a los que acudieron cerca de 500 integrantes de una veintena de parroquias, los participantes se agruparon por comunidades parroquiales con el fin de que abordasen los recuerdos que conservaban sobre el impacto que tuvo el conflicto armado en su dinámica de funcionamiento. Si bien en un primer momento hubo cierta reticencia a abordar este tema por parte de la generación que había padecido el conflicto, conforme se fueron dando las primeras intervenciones se superaron las barreras invisibles del silencio y el olvido, para finalizar, al cabo de tres horas, con una amplia presentación de las diversas experiencias de la violencia a la que estuvieron expuestos una buena parte de quienes fungían en aquel entonces como agentes de pastoral, catequistas, lectores de palabra, religiosos y sacerdotes.

Muchos de los intervinientes explicaron que durante el conflicto armado llevaban las Biblias escondidas porque portar una Biblia era tan peligroso, o más, que llevar un arma de fuego en caso de ser detenido e inspeccionado por un retén del ejército o de la policía. Al escuchar estos relatos, los jóvenes menores de veinticinco años mostraban una gran sorpresa, porque por primera vez en su vida se les hacía partícipes de historias como las que allí estaban narrando sus propios *hermanos* de comunidad parroquial. Sin embargo, en lugar de levantarse ofendidos por el contenido de las mismas, o por haber sido privados de su conocimiento durante tantos años, permanecieron escuchando atentamente a sus mayores hasta que las reuniones finalizaron.

De esta manera, los diálogos intergeneracionales permitieron constatar que el miedo que se pasó durante el conflicto armado, y la política de silencio y olvido impuesta desde la institucionalidad a partir de la Ley de Amnistía de 1993, han sido tan efectivas, que veinticinco años después toda una generación de salvadoreños no sólo desconoce la historia de su país, sino que jamás ha escuchado las historias de vida de los *hermanos mayores* de sus propias comunidades parroquiales, porque han sido condenadas a permanecer fuera de la memoria comunitaria en el *baúl de lo innombrable*.

Los diálogos intergeneracionales también pusieron de manifiesto que el sistema educativo y los contenidos de las catequesis de confirmación no sólo no han sido ajenos a esta situación, sino que han sido instrumentos muy útiles a la hora de promover la *desmemoria* que caracteriza hoy a la sociedad salvadoreña en general, y a sus comunidades eclesiales en particular. Así, según explicaban sus jóvenes participantes, los programas de ciencias sociales e historia impartidos en el bachillerato apenas si dedican una o dos clases a abordar el conflicto armado salvadoreño, sin entrar en sus causas y consecuencias, y limitando su exposición a una serie de fechas emblemáticas en su desarrollo.

Del mismo modo, las catequesis de confirmación, que en principio deberían tener un fuerte arraigo en las comunidades parroquiales a las que se van a incorporar los confirmandos, obvian por completo todo lo relativo al impacto que el conflicto armado tuvo en las mismas y al sacrificio, con frecuencia martirial, que fue voluntariamente asumido por muchos de sus integrantes en nombre del modelo de vida propuesto por Jesús de Nazaret en las Bienaventuranzas, y con la esperanza de que después de la tortura y el ajusticiamiento de la Pascua llegaría la alegría de la Resurrección. Esta situación, llama más la atención si tenemos en cuenta que, como el Consejo Episcopal Latinoamericano subraya (2005: 335-337), las espiritualidades pascual y martirial son dos de las características centrales de su propuesta de espiritualidad juvenil para América Latina.

Pero al mismo tiempo, la experiencia de los diálogos intergeneracionales también ha mostrado una gran potencialidad como herramienta para exponer y superar el impacto de la política de silencio y olvido desde las propias comunidades parroquiales afectadas, reavivando con ello la esperanza de los *hermanos* que sufrieron la violencia frente al olvido al que han sido condenados durante décadas por la institucionalidad estatal y católica, y promoviendo así que, sin olvidar, puedan reconstruirse del daño sufrido (Benjamin, 2005, 23 *et seq.*; Adorno, 2006, 18; Levi, 2005; Berón Ospina, 2019).

Además, al compartir las vivencias personales de la violencia con el resto de integrantes de la comunidad parroquial, en particular con los más jóvenes, se satisface el derecho de la comunidad, en tanto que *micro sociedad*, a conocer las circunstancias en que se produjeron las violaciones graves de derechos humanos que sufrieron, lo que promueve que sean tenidas en consideración a la hora de forjar el legado de la comunidad, favorece la adopción de medidas de prevención frente a posibles intentos de revisionismo histórico y permite que se tomen los pasos necesarios al interior de la comunidad para evitar su repetición (Corte IDH, casos *Barrios Altos* (2001), *Tibi* (2004) y *Comunidad Moiwana* (2005); Com. IDH, casos *Parada Cea y otros* (1999), *Ignacio Ellacuría y otros* (1999) y *Monseñor Oscar Romero* (2000); Szablewska & Bachmann, 2015).

5. CONCLUSIÓN

La política de silencio y olvido que ha sido adoptada en El Salvador tras la Ley de Amnistía de 1993 ha fomentado un desconocimiento general en la sociedad salvadoreña, particularmente en los jóvenes menores de veinticinco años, sobre las causas y consecuencias del conflicto armado y sobre las graves violaciones de derechos humanos que ocurrieron durante el mismo, lo que, como la Corte IDH y la Com. IDH han afirmado, incluyendo en varios casos relativos a El Salvador (Parada Cea y otros (1999), Ignacio Ellacuría y otros (1999) y Monseñor Oscar Romero (2000)), atenta contra las dimensiones individual y colectiva del derecho a la verdad, así como contra el derecho de las víctimas a la reparación, impidiendo

la realización de la garantía de no repetición como objetivo central de todo proceso de justicia de transición exitoso (Galain Palermo, 2016).

Las comunidades parroquiales de la Iglesia salvadoreña no son ajenas a esta situación porque, como han puesto de manifiesto los diálogos intergeneracionales promovidos desde la Oficina de Tutela de Derechos Humanos del Arzobispado de San Salvador en julio de 2018, sus integrantes más jóvenes desconocen completamente el grado de persecución al que sus *hermanos* de comunidad fueron sometidos durante el conflicto armado por las fuerzas militares y policiales.

Como muestra la controversia existente, al menos hasta 2013, entre diversos sectores de la Iglesia salvadoreña sobre la figura de Oscar Arnulfo Romero, o el debate sobre la presunta tendencia *izquierdista* de reconocidos dirigentes del Partido Conservador de Colombia que fueron miembros de la Comisión de la Verdad de El Salvador, el desconocimiento general provocado por la política de silencio y olvido en la sociedad y en las comunidades parroquiales salvadoreñas, impide que los graves crímenes internacionales cometidos en El Salvador sean tenidos en cuenta a la hora de labrar su legado, ofrece un caldo de cultivo favorable a las iniciativas de revisionismo histórico e impide que se puedan adoptar las medidas necesarias para evitar su repetición.

Frente a esta situación, los diálogos parroquiales intergeneracionales celebrados en 2018 en la Arquidiócesis de San Salvador han mostrado su capacidad para exponer y superar el impacto de la política del silencio y el olvido desde las propias comunidades parroquiales afectadas. Por ello, se presentan como una herramienta adecuada para reavivar la esperanza entre quienes sufrieron la violencia y para satisfacer las dimensiones individual, colectiva y reparatoria del derecho a la verdad que corresponde a las víctimas, a sus comunidades parroquiales y a la sociedad salvadoreña en su conjunto. Queda ahora por ver si el Arzobispado de San Salvador decide apoyar realmente esta iniciativa mediante su inclusión en los planes pastorales de la Arquidiócesis para los próximos años.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, T. (2006). *Minima Moralia*. (Madrid: Akal).
- BENJAMIN, Walter (2005). *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. (México: Contrahistoria).
- BERÓN OSPINA, Alberto Antonio, «La Memoria como una Propuesta de Justicia». En López, Edgar Antonio, Niño Castro, Ángela & Tovar González, Leonardo (eds.) (2019). *Claves de la Justicia desde América Latina, Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia*, Vol. 6 (Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional & Instituto Joaquín Herrera Flores).
- BROCKMAN, S.J. (1985). *La palabra queda. Vida de Monseñor Óscar A. Romero* (San Salvador: UCA Editores).

- CARDENAL, Rodolfo (2015). *Historia de una esperanza: vida de Rutilio Grande* (San Salvador: UCA Editores, 4ªed.).
- CAVADA, Miguel (2005). *Monseñor Romero, Su vida, su testimonio y su palabra* (San Salvador: Imprenta Criterio y Fundación Monseñor Romero, 4ªed.).
- COMISIÓN DE LA VERDAD PARA EL SALVADOR (1993). *De la esperanza a la locura: la Guerra de 12 años en El Salvador. Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador*.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999). Caso *Parada Cea y otros c. El Salvador*. Informe Núm. 1/99, 27 de enero de 1999.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (1999) Caso *Ignacio Ellacuría y otros c. El Salvador*. Informe Núm. 136/99.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999). Caso *Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez c. El Salvador*. Informe Núm. 37/00, 13 de abril de 2000.
- CONSEJO EPISCOPAL LATINOAMERICANO (2005). *Civilización del amor: tarea y esperanza. Orientaciones para una Pastoral Juvenil Latinoamericana*. Colección Documentos CELAM. Núm. 161.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1988). Caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*. Fondo. 29 de julio de 1988.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001). Caso *Barrios Altos c. Perú*. Fondo. Marzo 14, 2001.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2004). Caso *Tibi c. Ecuador*. Objeciones preliminares, meritorio, reparaciones y costas, 7 de septiembre de 2004
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005). Caso *Moiwana c. Suriname*. Objeciones preliminares, fondo, reparación y costas, 15 de junio de 2005.
- DELGADO ACEVEDO, Jesús (1986). *Oscar A. Romero. Biografía* (Madrid: Ediciones Paulinas).
- Europa Press (2015) *El Vaticano reconoce que hubo campaña de desprestigio contra Oscar Romero y revela que Benedicto XVI desbloqueó la causa* (Europa Press, 04/02/2015). Disponible en: <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-vaticano-reconoce-hubo-campana-desprestigio-contra-oscar-romero-revela-benedicto-xvi-desbloqueo-causa-20150204150533.html>.
- GALAÍN PALERMO, P. (2016). «A Modo de Conclusión». En Galaín, P. (Ed.). *¿Justicia de transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*. (Valencia: Tirant Lo Blanch).
- GORDON, Sara (1989). *Crisis Política y Guerra en El Salvador* (México D.C.: Siglo XXI). Disponible en: https://books.google.com.co/books?id=Bb4_E_9roSYC&pg=PA206&lpg=PA206&dq=F.A.R.O.+prensa+1977++El+salvador&source=bl&ots=prQ3kMwM7m&sig=ACfU3U1gUGNS28CnP6_sKrXY0HYr24xLsg&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwjDzZa3vcHgAhWs1FkKHca1AZMQ6AEwDXoECAUQAQ#v=onepage&q=F.A.R.O.%20prensa%201977%20%20El%20salvador&f=true.
- IBÁÑEZ, Joaquín E. (2014) *Justicia transicional y Comisiones de la verdad*. (Bogotá: Instituto Berg).
- LEVI, Primo (2005). *Los hundidos y los salvados*. (Barcelona: Aleph).

- LIMA, Lioman (2018). *Canonización de Monseñor Romero: por qué El Salvador no ha juzgado en casi 40 años a los asesinos del «santo de América»* (BBC News, 12/10/2018). Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45817310>.
- LÓPEZ VIGIL, M. (1993). *Piezas para un retrato* (San Salvador: UCA Editores, 1ªed.).
- MACHADO, Antonio (1971), *Poesías Completas: Proverbios y Cantares, Núm. LIII*. (Madrid: Espasa-Calpe).
- MATA, Santiago (2015). *Monseñor Óscar Romero. Pasión por la Iglesia* (Madrid: Ediciones Palabra).
- MOROZZO DELLA ROCCA, Roberto (2010), *Monseñor Romero. Vida, pasión y muerte en El Salvador* (Salamanca: Ediciones Sígueme).
- NIETZSCHE, Friedrich (2015). *Consideraciones intempestivas*. (Barcelona: Alianza).
- ORDAZ, Pablo (2015). *Roma admite que las críticas contra Romero frenaron su beatificación* (El País, 04/02/2015). Disponible en: https://elpais.com/internacional/2015/02/04/actualidad/1423089630_451905.html.
- ROMERO, Oscar Arnulfo (1989). *Monseñor Oscar Arnulfo Romero: su Diario* (San Salvador: Imprenta Criterio)
- ROMERO, Oscar Arnulfo (2005). *Homilías*. Vol. VI (San Salvador: Universidad Centroamericana – UCA).
- SECRETARIADO SOCIAL INTERDIOCESANO (1977), *Persecución de la Iglesia en El Salvador*. Colección Iglesia y Derechos Humanos, Publicaciones del Secretariado Social Interdiocesano, El Salvador.
- SZABLEWSKA, Natalia & BACHMANN Sascha-Dominik (eds.) (2015) *Current issues in Transitional Justice: towards a more holistic approach*. Springer.
- TAMAYO, Juan José (Coord.) (2015). *San Romero de América, Mártir de la Justicia* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2004). *Caso Ipek c. Turquía*. Sentencia de 17 de febrero de 2004.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2009). *Caso Varnava y otros c. Turquía*. Sentencia, 18 de septiembre de 2009.

LAS DESAPARICIONES FORZADAS Y LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ACTORES NO ESTATALES: ESPECIAL REFERENCIA AL CASO COLOMBIANO¹

ANA MANERO SALVADOR

*Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III
(España)*

*«están en algún sitio / nube o tumba
están en algún sitio / estoy seguro
allá en el sur del alma
es posible que hayan extraviado la brújula
y hoy vaguen preguntando, preguntando
dónde carajo queda el buen amor
porque vienen del odio».*

Desaparecidos, Mario Benedetti

I. INTRODUCCIÓN

UNA DE LAS FORMAS MÁS TERRIBLES de violación de los derechos humanos son las desapariciones forzadas de personas. Esta práctica, que tuvo sus inicios en los años 30 del siglo pasado en el marco de la Guerra Civil española y su continuación en el nazismo, sigue hoy, desgraciadamente, de enorme actualidad. No en vano, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas

¹ Una versión de este trabajo ha sido publicada en el Anuario Español de Derecho Internacional, 2012.

(GTDF) indica que el total de casos transmitidos a este órgano desde su creación en 1980 asciende a 53.778, de los cuales 42.759 están pendientes de ser clarificados. Estos casos afectan a un total de 82 Estados², por lo que estamos ante un fenómeno global de enorme magnitud.

Por lo que respecta a Colombia, en noviembre de 2011 se estimaba la existencia 16.907³ casos de desapariciones forzadas⁴. Esta enorme cantidad de personas desaparecidas es consecuencia de la situación de conflicto armado interno⁵ que ha vivido el país latinoamericano desde hace décadas, en el que diversos grupos armados y el ejército del país, se han enfrentado. A pesar de los profundos esfuerzos que Colombia se encuentra realizando en aras de poner fin a la violencia y encauzar y consolidar el proceso de reconciliación nacional, muchos son los aspectos que aún están pendientes y deben ser subsanados. En este sentido, este trabajo pretende analizar cómo Colombia afronta sus obligaciones internacionales sobre el terrible fenómeno de las desapariciones forzadas, en relación con la comisión de estas violaciones por parte de los diferentes grupos armados, y por los agentes estatales, así como la responsabilidad del Estado en este ámbito.

II. EL FENÓMENO DE LA DESAPARICIÓN FORZADA EN COLOMBIA

Colombia es probablemente el Estado de América Latina donde mayor número de actores han cometido desapariciones forzadas. Tanto los grupos armados

² GTDF, Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, A/HRC/19/58/Rev.1, 2 March 2012, Párr. 7

³ Simplemente a efectos informativos, es obvio que no todos los casos de desapariciones forzadas en Colombia han sido llevados ante el GTDF, por lo que ambas cifras deben ser observadas en su contexto.

⁴ Mesa de trabajo sobre desapariciones forzadas, *Desapariciones forzadas en Colombia 2011-2012*, 2012, p. 1. http://justiciaypazcolombia.com/IMG/pdf/DesapaFor_-_Mesa_de_Trabajo_CCEEU_-_Documento_de_Cabildeo_.pdf

⁵ El calificar la situación de Colombia como de conflicto armado interno ha sido hasta la aprobación de la Ley de Víctimas y Restitución de tierras en 2011, controvertido. No en vano, el GTDF indica que: «oficialmente no existe conflicto armado interno alguno en Colombia y el problema de la violencia en Colombia se atribuya a las «actividades terroristas». Mientras que las autoridades de fuera de la capital y el Defensor del Pueblo reconocen como evidente la existencia de un conflicto armado interno, los funcionarios de la capital alegan que no existe un conflicto armado conforme al derecho internacional humanitario, por ejemplo, con arreglo al Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)». Esto tiene como consecuencia el que «puede rechazarse toda distinción entre combatientes y no combatientes. La población civil queda reducida a la condición de rehén entre las diversas fuerzas beligerantes». GTDF, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Adición, Misión a Colombia, E/CN.4/2006/56/Add.1, párrs. 15 y 16.

Sobre el conflicto colombiano, véase PECO YESTE, M. y PERAL FERNÁNDEZ, L.: *El conflicto de Colombia*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos «Francisco de Vitoria», Escuela de Guerra del Ejército de Tierra, Ministerio de Defensa, Madrid, 2005.

no estatales⁶, como las fuerzas y cuerpos de seguridad colombianos han incurrido en esta atroz práctica, de manera que estamos ante una multiplicidad de sujetos sometidos a responsabilidad, e, incluso, en ocasiones, no es sencillo distinguir y por tanto, atribuir la violación a un actor concreto⁷, asimismo, al margen de la responsabilidad individual por la violación, es posible determinar la responsabilidad internacional del Estado por desapariciones. En este sentido, el presente trabajo tiene por objeto analizar la responsabilidad internacional de Colombia por desapariciones forzadas, no sin antes dedicar un breve espacio a la figura de la desaparición forzada en el contexto colombiano.

⁶ Dentro de los grupos armados no estatales en Colombia hay que referirse a los movimientos guerrilleros. El más conocido son las «FARC», Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. Junto a éste, otros son el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y el Ejército Popular de Liberación (EPL). Ya integrado en la vida política colombiana está el Movimiento 19 de abril, conocido como M19.

Además, hay que aludir a los grupos paramilitares de extrema derecha, entre los que destacan las conocidas Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).

⁷ El GTDF ha indicado que «desde 1981 el Grupo de Trabajo ha recibido cada año información sobre casos de desapariciones forzadas de Colombia. [...] Pueden observarse dos períodos distintos. El primero se inicia con el primer caso recibido por el Grupo de Trabajo en 1973, y se prolonga hasta fines del decenio de 1990. Durante ese período, los presuntos perpetradores de desapariciones fueron principalmente la policía, las fuerzas militares y los servicios de seguridad. Durante este período, las fuerzas paramilitares respaldaban según parece a las fuerzas oficiales en estas operaciones, aunque algunas veces actuaban por cuenta propia. Las principales víctimas seleccionadas de estas desapariciones eran personas activas en asociaciones (de defensa de los derechos humanos, de defensa de los agricultores, de los desplazados internos y de los sindicatos), personas acusadas de pertenecer o de apoyar a las guerrillas o a partidos de izquierda, o agricultores. Durante el segundo período, que se inicia alrededor de 1998, hasta el momento de la redacción del presente documento (2006), las características de los perpetradores y de las víctimas parecen haber cambiado. Los informes recibidos indican un menor número de casos de participación directa de fuerzas oficiales y muchos más casos en que las desapariciones pueden atribuirse directamente a fuerzas paramilitares. Aunque todavía siguen desapareciendo muchas personas acusadas de simpatizar con la izquierda, parece que ha aumentado el número de desapariciones de «personas normales», especialmente agricultores.

Las posibles razones de estos cambios son múltiples. Se ha dicho que el ejército está menos implicado en los casos de desapariciones. Sin embargo, está demostrado que algunas veces un soldado puede pertenecer también a un grupo paramilitar, y no tiene más que cambiar su brazalete para encubrir su posición oficial. También se ha informado de que ciertas facciones del ejército pueden usar a grupos paramilitares para hacer el «trabajo sucio» que no pueden hacer abiertamente. En cuanto al aumento del número de agricultores, campesinos o personas del medio rural raptados, parece que la posesión de la tierra ha pasado a ser uno de los objetivos de las fuerzas paramilitares. Según diversas fuentes las desapariciones perpetradas contra la población civil en zonas rurales pueden estar destinadas a provocar el terror y el desplazamiento, y la apropiación ilícita de tierras y otros bienes. Esto coincide con la información recibida según la cual los grupos paramilitares están influyendo cada vez más en la economía colombiana». GTDF, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Adición, Misión a Colombia, E/CN.4/2006/56/Add.1, 17 de enero de 2006, párrs. 54, 55 y 56.

1. LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS COMO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

No ha sido hasta recientemente cuando la desaparición forzada de personas se ha considerado como una violación específica de derechos humanos. Tradicionalmente la jurisprudencia ha considerado que esta práctica suponía la violación de una serie de derechos, pero, como dice Taxil «la disparition forcée n'est pas une violation des droits de l'homme parmi d'autres ; ce n'est pas seulement un enlèvement, un acte de torture, une détention arbitraire ou une exécution extrajudiciaire. Elle est tout cela et plus encore : il s'agit d'un acte spécifique, global, et qui doit être appréhendé comme tel par le droit»⁸.

Así pues, considerando la especificidad de la desaparición forzada, ¿cuáles son los elementos que la conforman? De acuerdo con los instrumentos internacionales que definen el fenómeno, tres son los elementos comunes y un cuarto no lo es⁹. Por lo que respecta a los tres comunes, hay que señalar que las cuatro

⁸ TAXIL, B. : «À la confluence des droits : la Convention Internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées », *AFDI*, 2007, p. 129.

No obstante, esta especificidad de la desaparición forzada no ha sido tenida en cuenta por el Derecho Internacional hasta muy recientemente, dado que se ha considerado que estábamos ante la violación de una serie de derechos, por lo que el derecho a no ser sometido a desaparición forzada supone un enorme avance (art. 1.1 de la Convención Internacional). Ahora bien, la gravedad del ilícito ha conducido a que se considere que la desaparición forzada de personas como la violación de una norma *ius cogens*. A tal efecto, véanse PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, J. P.: «Las desapariciones forzadas de personas en el Derecho Internacional contemporáneo», *AEDI*, 2007, p. 357 y AGUILAR CAVALLÓ, G.: «El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público», *Ius et praxis*, 2006 (1).

⁹ Varios son los instrumentos que aluden a la desaparición forzada de personas. En primer lugar, la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, adoptada por consenso, establece que una desaparición forzada consiste en que «se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley».

Parecida es la definición de la *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas* de 9 de abril de 1994, en virtud de la cual la desaparición forzada consiste en «la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes».

Una novedad representa el *Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional* de 18 de julio de 1998, para el que la desaparición forzada consiste en «la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado».

definiciones coinciden en señalar que la *privación de libertad, la denegación de información y la sustracción de la protección de la ley* son la base de esta violación, de manera que si concurren, nos encontraremos ante una desaparición forzada. El cuarto elemento alude al *elemento subjetivo*, esto es, al *sujeto* que comete la violación. Para la Declaración, la Convención Interamericana y para la Convención Internacional, la comisión se realiza por parte de agentes del Estado/gubernamentales o por personas o grupos que actúen «con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado», o «en su nombre o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento», mientras que el Estatuto del Tribunal Penal Internacional también señala la comisión por parte de una *organización política*¹⁰. En cierta medida, la Convención Internacional puede seguir este camino¹¹, en

Finalmente, el instrumento más reciente, la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 20 de diciembre de 2006, define desaparición forzada como «el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley».

¹⁰ Como dice Linghammar «the term political organization raises a lot of interesting questions. Political organization is usually referred to as national liberation movements, guerrilla groups, political parties and it can even include terrorists. By using the term «political» some groups are excluded, such as mafia or narcotic cartels, or other forms of organized crime with a focus on economics rather than politics. But what happens when organized crime as economic rather than political organization begins to have political interests. If for example a mafia commits enforced disappearance against individuals of political parties with the purpose of gaining power that means a non-political group acts to gain political power. This is a question that will be very interesting to see how the ICC handle». LINGHAMMAR, P.: «Time for Enforced Disappearance to Disappear. A Study of the International Legal Instruments Addressing Enforced Disappearance», 2nd Term Paper, Human Rights Studies, Autumn 2008, p. 15.

¹¹ Sobre esta cuestión, Chichón Álvarez afirma que «el marcado énfasis en la necesidad de atribución del comportamiento a un Estado da pie al tercer artículo de la Convención, que va dando paso a la segunda parte de la [Convención Internacional], según el esquema que propusimos al comienzo. Esta disposición, más allá de la polémica sobre quién puede ser o ha de ser considerado como posible sujeto activo en las violaciones a los derechos humanos, muestra el complejo equilibrio diplomático que muy a menudo preside la elaboración de textos como el que estamos comentando. En el proceso que llevó hasta el texto definitivo de la [Convención Internacional] no fue menor la pugna entre los representantes de algunos Estados [...] que defendían la necesidad de eliminar la mención absoluta al requisito de atribución estatal, mientras que, del otro lado, sobre todo algunos países iberoamericanos sostenían que tales comportamientos de particulares excedían la desaparición forzada en sentido estricto. Este debate se mantuvo abierto hasta el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo, y la solución de compromiso alcanzada, que pese a todo no evitó algún malestar final, se concretó en el artículo 3 de la Convención. [...] Desde una perspectiva técnico-formal, sin duda es una curiosa disposición, que finalmente impone a los Estados una serie, limitada, de obligaciones sobre unos comportamientos que, según el mismo artículo 2, no podrían ser calificados como desaparición forzada, y todo ello en un texto que, recordemos, fue bautizado como «Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas». Adquirirían así todo su valor las previsiones finales del artículo 2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ahora bien, aun en un ejercicio de extrema buena voluntad, lo anterior quizás podría enlazarse con el artículo 5 de la

tanto que, una vez definido el crimen de desaparición forzada en su artículo 2, en el artículo 3 señala que

«Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables»¹².

De esta manera, se abre el marco de la responsabilidad, de acuerdo con las tendencias más avanzadas en la materia y superando, por tanto, el literal de la Declaración. Dada la variedad de actores implicados en la realidad colombiana, no estamos ante una cuestión baladí, y es que tras la reforma del Código Penal en 2000, la desaparición forzada se tipificaba como:

«El particular (*que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*¹³) someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años. A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior» (artículo 165 del Código Penal colombiano)¹⁴.

Con todo, para el GTDF, la desaparición forzada es un «delito de Estado» por lo que esta ampliación en relación al sujeto activo no es deseable, ni se atiene al concepto estricto de desaparición forzada¹⁵. Esta afirmación es enormemente

Convención, esto es, con la ratificación de la desaparición forzada como uno de los actos que pueden configurar un crimen contra la humanidad; pero lo cierto es que este mismo artículo, [...] lo que hace es remitir a la definición propia del Derecho internacional penal, en la que, como es bien conocido, no se requiere, *per se*, de atribución estatal». CHINCHÓN ÁLVAREZ, J.: «La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas: Nunca es tarde si la dicha es buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la «Ley de Memoria Histórica»», *Foro, Nueva época*, 2008 (7), p. 23 y 24.

¹² Colombia ha ratificado la Convención Internacional el 11 de julio de 2012. La Convención Interamericana fue ratificada el 4 de enero de 2005 y se depositó el instrumento de ratificación el 4 de diciembre de 2005. Finalmente, Colombia ratificó el Estatuto de Roma el 5 de agosto de 2002.

¹³ La cursiva ha sido declarada inexecutable por la Corte constitucional colombiana en la sentencia C-317/02.

¹⁴ Sobre la problemática redacción de esta disposición, véase SANDOVAL MESA, J.A.: «El Desarrollo de la Desaparición Forzada y sus Elementos Especiales de Configuración en Colombia», *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, 2012 (7-1), en especial p. 18 y ss.

¹⁵ El GTDF afirma que «aunque la inclusión de agentes no estatales que actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo o consentimiento puede parecer a primera vista un progreso de la ley, en el sentido de que ofrece más protección que la definición limitada de la Declaración, el Grupo

relevante, en tanto que las privaciones de libertad llevadas a cabo por los movimientos guerrilleros no van a ser consideradas, en principio, como desapariciones forzadas, sino que serán calificadas como *secuestros*¹⁶.

No obstante, esta aparente disparidad de criterios no tiene por qué serlo, en tanto que, en relación a la responsabilidad del Estado, le serán imputables los actos cometidos por sus agentes o por agentes no estatales con lo que exista cierta vinculación, sin entrar a analizar la responsabilidad individual. Por otro lado, la alusión a los grupos políticos que no tengan vinculación con el Estado alude, esencialmente, a la responsabilidad individual.

A continuación, se tratará el fenómeno de la desaparición forzada y qué responsabilidad genera, en función del elemento subjetivo del ilícito, esto es, en virtud de quién comete la violación. En este sentido, hay que recordar que no se va a tratar la cuestión de la responsabilidad individual de las personas que cometen la violación¹⁷, sino si es posible la atribución de responsabilidad al Estado. En esta

de Trabajo opina que la desaparición forzada es un «delito de Estado» (en oposición al secuestro). Aunque en otros casos de violaciones de los derechos humanos la inclusión de agentes no estatales ofrece de hecho más protección a las víctimas (por ejemplo, en el caso de la discriminación o de derechos humanos laborales o ambientales), en el caso de la desaparición forzada dicha inclusión diluye la responsabilidad del Estado.

[...] Por la misma razón, el Grupo de Trabajo se niega a aceptar la actitud oficial colombiana respecto de las «desapariciones», que vincula la definición del fenómeno con los «secuestros», o lo equipara incluso a éstos. La aceptación de esta definición equivaldría a diluir o suprimir la responsabilidad del Estado por los actos de «desapariciones». El Grupo de Trabajo se empeña en recalcar que las «desapariciones» son responsabilidad del Estado, en tanto que los «secuestros» se atribuyen a individuos no estatales, pandillas o redes criminales. El Grupo de Trabajo también se esmeró en condenar tanto las «desapariciones» como los «secuestros», indistintamente de sus perpetradores, como actos reprobables». Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Adición, Misión a Colombia, E/CN.4/2006/56/Add.1, párrs. 48 y 49.

Así, como afirman Scovazzi y Citroni «the United Nations Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances did not accept, for over eighteen years, cases where members of paramilitary groups were reported as being responsible. It changed the interpretation of its mandate in 2004. At present, the Working Group admits cases of enforced disappearance allegedly carried out by State agents or by paramilitary». *The Struggle against Enforced Disappearances and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 163.

¹⁶ En este sentido, «la desaparición forzada debe ser diferenciada del secuestro por varias razones. La desaparición, además de la libertad personal, vulnera otros bienes jurídicos. Además, su estructura típica es diferente, porque se configura no sólo por la privación de libertad, sino también por la denegación de información. En la desaparición la conducta de privación de libertad puede ser legal en su inicio, a diferencia del secuestro. Finalmente, según la teoría dominante, la desaparición tiene un sujeto activo especial, a diferencia del secuestro, que puede ser cometido por cualquier persona». SFERRAZZA TAIBI, P.: *La responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de personas, Tesina de máster en estudios avanzados en derechos humanos, uc3m*, 2011, p. 52.

¹⁷ Esta responsabilidad se va a dirimir ante los tribunales internos del país, y, en su caso, ante la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional que sólo tiene carácter complementario.

La realidad colombiana ha sido objeto de análisis por el Tribunal Penal Internacional. Sobre esta cuestión, véanse AMBOS, K. and HUBER, F.: «The Colombian Peace Process and the Principle of

línea, como adelanto, se puede señalar que la atribución al Estado de las violaciones cometidas por la policía y el ejército colombianos, como agentes estatales, no presenta gran dificultad. Más esfuerzo requiere el caso de los paramilitares. Sin embargo, por lo que respecta a la actuación de la guerrilla, estamos ante ilícitos que generan responsabilidad individual.

2. LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD COLOMBIANOS Y LAS DESAPARICIONES FORZADAS

La primera desaparición forzada probada en Colombia fue la de Omaira Montoya Henao, cometida el 9 de septiembre de 1977 en Barranquilla por la policía nacional colombiana¹⁸. Estas desapariciones, cometidas a partir de los años 70 se acompañaban de desarrollos normativos que tenían por objeto «[inmunizar] la acción de la justicia penal por ese cuadro de [...] violación de los derechos humanos». Así, «se instituyó para los miembros de las fuerzas armadas (ejército, marina y fuerza aérea), e incluso para los miembros de la policía —que es un cuerpo armado de naturaleza civil, no castrense— una jurisdicción especial regida por procedimientos privilegiados, la justicia penal militar, siendo de su competencia investigar y juzgar: i) los delitos que por su naturaleza solo pueden ser cometidos por militares [...], ii) los delitos comunes [...]; y iii) los delitos especiales cometidos por militares y que nunca pueden calificarse como actos propios del servicio porque son una crasa violación de los derechos humanos [...]»¹⁹. No es esta una

Complementarity of the International Criminal Court: Is there sufficient willingness and ability on the part of the Colombian authorities or should the Prosecutor open an investigation now?», *Institute for Criminal Law and Justice, Department of Foreign and International Criminal Law*, George-August Universität Göttingen, 2010. Disponible en <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/2770C2C8-309A-408E-A41B-0E69F098F421/282850/civil1.pdf> así, como EASTERDAY, J.: «Deciding the Fate of Complementarity: A Colombian Case Study», *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2009, 26(1), p. 50 y ss.

¹⁸ Véase GALLEGO GARCÍA, G.M. y FERNÁNDEZ SOLÁ, N.: «Guerra y desaparición forzada en Colombia (I)», *Jueces para la democracia*, 2003, p. 91.

Para estas autoras, las personas víctimas de desaparición forzada fueron consideradas como «enemigas» del *establishment* colombiano. Así, señalan que «la desaparición forzada de los enemigos forma parte de un código de exterminio que ha resultado doblemente funcional a los sectores más reaccionarios del aparato estatal y de la sociedad». *Id.* p. 95.

¹⁹ *Id.* p. 96. El modo de operar de la jurisdicción militar era el siguiente: «si se investigaba un delito en donde aparecía vinculado un oficial, el juez de primera instancia era el general que comandaba la brigada respectiva, según disponía el artículo 331 del Código de Justicia Militar, de este modo el subalterno era juzgado por su superior, que con mucha probabilidad había dictado la orden de actuar ilícitamente o era el responsable por las maniobras realizadas, lo cual rompe con el principio de imparcialidad del juez, que nunca puede ser, a su vez, parte interesada en la causa. A esto se añade que quienes ejercen como fiscales y miembros de los tribunales [...] son militares que se rigen por los criterios de autoridad, jerarquía y deber de obediencia total propios del cuerpo en el cual han sido formados y esto se ve reflejado en su proceder caracterizado por una especie de espíritu

cuestión baladí. Así, ya el artículo IX de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas ya señalaba que

«los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares».

Pero, por el contrario, la Convención Internacional no alude a la cuestión. Ahora bien, el hecho de que en el ámbito interno colombiano estos ilícitos se derivaran a la jurisdicción militar, fue considerado inconstitucional por la Corte constitucional²⁰, lo que abre paso al fin de la impunidad en el ámbito interno.

Por lo que respecta al ámbito de la responsabilidad internacional del Estado, las desapariciones forzadas llevadas a cabo por las fuerzas y cuerpos de seguridad colombianos se van a imputar a Colombia, como es obvio. En este sentido, el artículo 4 del *Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53.º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001* (de ahora en adelante, Proyecto de la CDI) dispone que:

- «1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el *comportamiento de todo órgano del Estado*²¹, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.
2. Se entenderá que el órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado».

Así, como indican los comentarios, el primer párrafo del artículo 4 enuncia el principio básico de atribución de la responsabilidad internacional a un Estado en Derecho Internacional, el *principio de unidad del Estado*, esto es, el comportamiento de un *órgano del Estado* —interpretado de manera extensiva, en tanto que incluye a todas las personas y entidades que forman parte de la organización del Estado y actúan en su nombre, independientemente de que se trate de órganos del poder ejecutivo, legislativo o judicial, superiores jerárquicos o subordinados, entidades centrales, regionales o

y solidaridad de cuerpo que hace imposible emprender una acción penal o dictar una condena contra miembros de las fuerzas armadas [...]. *Id.* p. 96.

²⁰ Véanse sentencias C-358 de 1997 y C-141 de 1995. Sobre la falta de garantía de la jurisdicción militar, véase la sentencia de la Corte Interamericana en el asunto *19 comerciantes c. Colombia*, párr. 164 y ss.

²¹ Cursiva añadida.

locales, federales o autónomas²²— es atribuible a ese Estado, por tanto, las acciones y omisiones de todos los órganos del Estado son imputables a éste.

El segundo párrafo, por su parte, alude al relevante papel del Derecho interno en la determinación de «órgano del Estado». Ahora bien, en determinados sistemas, el estatuto y las funciones de las diversas entidades están establecidas no solo por la ley, sino también por la práctica por lo que remitirse únicamente al Derecho interno, puede conducir a error. Además, la ley interna puede ser vaga en relación a qué entidades pueden tener el estatus de *órganos*. Por todo ello, un Estado no podrá sustraerse de su responsabilidad por el hecho de que una entidad que ha actuado en tanto que órgano no figure como tal en su derecho interno²³.

En consecuencia, aquellas desapariciones perpetradas por las fuerzas y cuerpos de seguridad colombianos son atribuibles al Estado, que es, pues, internacionalmente responsable. Pero ¿qué ocurre con aquellas desapariciones cometidas por agentes estatales pero que se realizan extralimitándose en sus competencias o actuando en contra de órdenes? En este sentido, el artículo 7 del Proyecto de la CDI dispone:

«El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones».

Así, el Estado no puede esconderse detrás de la consideración según la cual las disposiciones de su derecho interno o las instrucciones que pudieron ser dadas a sus órganos o a sus agentes y las acciones u omisiones de estas últimas no se hubieran producido o se hubieran desarrollado de forma diferente. Además, también se considera responsable a pesar de que el órgano o entidad en cuestión hubiera traspasado manifiestamente sus competencias, o si los órganos del Estado hubieran rechazado tal comportamiento²⁴. Se plantea también el problema de si la conducta no autorizada se realizó en el marco de su actuación oficial. Por ello, hay que diferenciar a los agentes del Estado que actuaron como tales y aquellos que lo hacen como particulares, en cuyo caso, el comportamiento no es atribuible

²² Sobre estas cuestiones, véanse los comentarios 6 a 10 al artículo 4, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2).

²³ Comentario 11 al artículo 4, *id.*

²⁴ Comentario 2 al artículo 7, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2).

al Estado²⁵. En consecuencia, establecer la frontera entre el comportamiento no autorizado pero público y un comportamiento privado puede hacerse en función de si ese comportamiento es sistemático o recurrente, de manera que si el Estado podía tener conocimiento y haber tomado las medidas precisas para evitarlo²⁶.

Sobre este particular, en materia de desapariciones forzadas, la cuestión fue analizada por la Corte Interamericana en el asunto *Velásquez Rodríguez c. Honduras*:

«Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo. Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno»²⁷.

Por todo ello, es evidente que existe responsabilidad del Estado colombiano por las desapariciones forzadas cometidas por sus agentes estatales²⁸.

²⁵ Comentario 6 al artículo 7, *id.*

²⁶ Comentario 8 al artículo 7, *id.*

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 169 y 170.

²⁸ En esta línea se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos sobre las desapariciones llevadas a cabo por la policía en la comunicación individual 181/1084 presentada el 3 de noviembre de 1989 por *Elcida Arévalo Pérez en nombre de sus hijos desaparecidos Alfredo Rafael y Samuel Humberto Sanjuán Arévalo*. Los padres «habían recibido en agosto de 1982 indicaciones del Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) de que sus hijos habían sido detenidos por agentes de la «F-2», que es una sección de la policía colombiana.

Sobre este asunto el Comité afirma que «ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información que le han presentado por escrito las partes de conformidad con el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo. Al aprobar su dictamen, el Comité destaca que no formula conclusiones sobre la culpabilidad o inocencia de los oficiales colombianos sujetos actualmente a investigación por su posible participación en la desaparición de los hermanos Sanjuán. El Comité se limita a expresar sus opiniones sobre la cuestión de si el Estado Parte ha violado alguno de los derechos de los hermanos Sanjuán establecidos en el Pacto, en especial los artículos 6 y 9. A este respecto, el Comité se remite a su Observación general N.º 16 relativa al artículo 6 del Pacto, el cual, entre otras cosas, dispone que los Estados Partes deberán adoptar medidas concretas y efectivas para impedir la desaparición de personas y establecer servicios y procedimientos eficaces para investigar exhaustivamente, y mediante un órgano imparcial adecuado, los casos de personas que estén en paradero desconocido o hayan desaparecido en circunstancias que puedan entrañar la violación del derecho a la vida. El Comité ha tomado debida nota de las comunicaciones del Estado Parte relativas a las investigaciones efectuadas hasta ahora en este caso». Además, «El Comité de Derechos Humanos observa que los padres de los hermanos Sanjuán recibieron indicaciones de que sus hijos

habían sido detenidos por agentes de la «F-2». El Comité observa, además, que en ninguna de las investigaciones ordenadas por el Gobierno se ha sugerido que la desaparición de los hermanos Sanjuán fuera causada por personas que no fuesen funcionarios gubernamentales. Por lo tanto, en todas esas circunstancias, el Comité, actuando con arreglo al párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determina que el derecho a la vida consagrado en el artículo 6 del Pacto y el derecho a la libertad y a la seguridad personales establecido en el artículo 9 del Pacto no han sido efectivamente protegidos por el Estado de Colombia». *Selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo*, Volumen 3, CCPR/C/OP/3, p. 101, párrs. 10 y 11.

Asimismo, véase *Observaciones formuladas por el Comité de Derechos Humanos en su 37º período de sesiones de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con la Comunicación No 181/1984*, CCPR/C/37/D/181/1984 de 22 de noviembre de 1989.

En relación a las desapariciones perpetradas por el ejército, el Comité sobre la comunicación 563/1993 presentada el 27 de octubre de 1995 por Federico Andreu (en representación de la familia de la Sra. Nydia Erika Bautista de Arellana), persona desaparecida y encontrada ejecutada, señaló: «El 22 de febrero de 1991, un sargento de la Vigésima Brigada de Inteligencia y Contrainteligencia del Ejército, Bernardo Alfonso Garzón Garzón, prestó declaración testimonial ante el jefe de la División de Investigaciones Especiales y afirmó que miembros de la Vigésima Brigada habían secuestrado a Nydia Bautista y que lo habían hecho con la anuencia o por orden del jefe supremo, el entonces coronel Alvaro Velandia Hurtado. Dio a conocer asimismo que el sargento Ortega Araque había conducido el jeep con el que se había secuestrado a Nydia Bautista y añadió que la habían tenido secuestrada durante dos días en una granja antes de trasladarla a Quebradablanca, donde fue asesinada». En este sentido, el Comité afirma: «En su comunicación de 14 de julio de 1995, el Estado Parte señala que mediante la resolución 13 de 5 de julio de 1995 se dictaron sanciones disciplinarias contra los Sres. Velandia Hurtado y Ortega Araque y que la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 22 de junio de 1995 concedió la demanda de indemnización presentada por la familia de Nydia Bautista. El Estado Parte reitera asimismo su deseo de garantizar plenamente el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Estas observaciones parecerían indicar que, según la apreciación del Estado Parte, las decisiones antes mencionadas constituyen un recurso efectivo para la familia de Nydia Bautista. El Comité no comparte esta opinión porque los recursos de carácter puramente administrativo y disciplinario no pueden considerarse recursos efectivos y adecuados a tenor del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto en caso de violaciones particularmente graves de los derechos humanos, en particular cuando se alega la violación del derecho a la vida. En lo que respecta a la supuesta violación del párrafo 1 del artículo 6, el Comité recuerda su Observación General 6 sobre el artículo 6, en la cual se establece, entre otras cosas, que los Estados Partes deben tomar medidas concretas y eficaces para evitar la desaparición de individuos y establecer servicios y procedimientos eficaces para investigar a fondo, por medio de un órgano competente e imparcial, los casos de personas desaparecidas en circunstancias que puedan implicar una violación del derecho a la vida. En el presente caso, el Comité observa que tanto la resolución 13 de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos de 5 de julio de 1995 como la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 22 de junio de 1995 establecen claramente la responsabilidad de agentes del Estado por la desaparición y consiguiente muerte de Nydia Bautista. El Comité, en consecuencia, concluye que, en las circunstancias del caso, el Estado Parte es directamente responsable de la desaparición y posterior asesinato de Nydia E. Bautista de Arellana. En lo que respecta a la reclamación en virtud del artículo 7, el Comité ha tomado nota de las conclusiones contenidas en la resolución 13 de 5 de julio de 1995 y en la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 22 de junio de 1995, en el sentido de que Nydia Bautista fue sometida a torturas antes de ser asesinada. Teniendo en cuenta las conclusiones de estas decisiones y las circunstancias del secuestro de la Sra. Bautista, el Comité concluye que Nydia Bautista fue torturada después de su desaparición, en violación del artículo 7. El autor ha alegado la violación del artículo 9. En las decisiones mencionadas anteriormente se llegó a la conclusión de que el secuestro

3. LOS GRUPOS PARAMILITARES Y LAS DESAPARICIONES FORZADAS

Si un Estado ha sufrido la lacra de las desapariciones forzadas llevadas a cabo por grupos paramilitares, éste ha sido Colombia²⁹. En este sentido, señalan Scovazzi y Citroni que «to new offenders correspond new victims: besides the usual victims such as guerrillas and political opponents, paramilitary groups also target farmers and peasants, to pursue the private aim of taking possession of their land, and, more generally, the most vulnerable people, to achieve a sort of social cleansing»³⁰.

La diferencia esencial entre las desapariciones forzadas llevadas a cabo por los grupos guerrilleros y por los paramilitares radica en la connivencia o tolerancia del Estado. Así lo ha señalado el GTDF, cuando ha indicado que: «las desapariciones no han disminuido, sino que han continuado y se han mantenido constantes o incluso podrían haber aumentado desde 1996. En la mayoría de los casos de que se ha informado al Grupo de Trabajo, se ha señalado como principales culpables de los casos de desapariciones a los paramilitares, que actúan presuntamente con el consentimiento de ciertos elementos del ejército y de las fuerzas de seguridad del Estado»³¹. Las desapariciones tampoco se han detenido tras las negociaciones y los acuerdos de cese del fuego y de desmovilización concertados entre los paramilitares y el Gobierno. En las entrevistas con funcionarios del Estado se ha negado con frecuencia la implicación del Estado o su connivencia en las desapariciones. Con todo, las entrevistas con ciudadanos comunes víctimas de violencia generalizada en su vida diaria han proporcionado testimonios abundantes y convincentes de la

y la posterior detención fueron «ilegales» (véanse los párrafos 6.6 y 6.8 supra), ya que no existía orden de captura en su contra ni existía contra ella ninguna acusación formal. Por consiguiente, ha habido una violación del párrafo 1 del artículo 9». *Federico Andreu v. Colombia, Comunicación No. 563/1993*, U.N. Doc. CCPR/C/55/D/563/1993 (1995), párrs. 2.8 y 8.2 y ss.

En la misma línea, véanse las comunicaciones 612/1995 (*Arhuacos c. Colombia*) del 29 de julio de 1997 y 778/1997 (*José Antonio Coronel y otros c. Colombia*) del 29 de noviembre de 2002.

Por otro lado, y en relación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, conviene aludir al asunto *Caballero Delgado y Santana contra Colombia*, sentencia de 8 de diciembre de 1995.

²⁹ Así, «cuando en la década del 90 se expandió el fenómeno paramilitar, también aumentaron los casos de desapariciones a manos de paramilitares—grupos armados ilegales de derecha que recibían la colaboración de integrantes de las fuerzas armadas de Colombia. Los paramilitares solían destruir los cuerpos de sus víctimas, enterrarlos en fosas comunes o arrojarlos a los ríos. Entre el 2004 y 2005, diferentes organizaciones colombianas de derechos humanos comenzaron a denunciar casos de soldados que detenían personas, que luego eran desaparecidas y que más tarde eran encontradas muertas y registradas como guerrilleros muertos en combate. A 2010, hay más de 3000 casos de ejecuciones de civiles cometidas por las fuerzas armadas que están siendo investigados por la justicia civil». HAUGAARD, L. y NICHOLS, K.: *Rompiendo el silencio en la búsqueda de los desaparecidos de Colombia*, Latin America Working Group Education Fund, 2010, p. 3.

³⁰ SCOVAZZI, T. and CITRONI, G.: *The Struggle against...* op. cit., p. 21.

³¹ Cursiva añadida

participación directa del Estado y de su complicidad en las desapariciones forzadas o involuntarias en muchas partes del país»³².

Entrando de lleno en las desapariciones cometidas por grupos paramilitares, éstas pueden ser imputadas al Estado. En este sentido, es preciso aludir al artículo 8 del Proyecto de la CDI que señala:

«Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho *por instrucciones o bajo la dirección o control*³³ de ese Estado al observar ese comportamiento».

Así, si bien los actos cometidos por particulares no son, en principio, imputables al Estado (principio de no atribución de actos de agentes no estatales), salvo en el caso de que ese particular actúe «por instrucciones o bajo la dirección o control» del Estado, lo que va a llevar a éste a ser internacionalmente responsable³⁴.

Estamos ante dos tipos de circunstancias: « la première est celle où des personnes privées agissent sur les instructions de l'État lorsqu'elles mènent le comportement illicite. La seconde est une situation à caractère plus général, où des personnes privées agissent sur les directives ou sous le contrôle de l'État »³⁵, o, como señala Moreno «el Estado es responsable por el comportamiento de los particulares que actúan en su nombre o “de facto”, i) si esas personas tienen instrucciones precisas de lo que deben hacer o ii) si esas personas al llevar a cabo el comportamiento han sido dirigidos o controlados por el Estado, aunque este no le haya dado instrucciones precisas»³⁶.

³² GTDF, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Adición, Misión a Colombia, E/CN.4/2006/56/Add.1, 17 de enero de 2006, párr. 21.

³³ Cursiva añadida

³⁴ Como señala JIMÉNEZ GARCÍA «existen distintos supuestos de atribución al Estado de comportamientos de particulares bien porque resulten *de facto* asimilados a órganos del Estado (art. 4 del Proyecto), bien porque se puedan imputar al Estado en virtud de la existencia de instrucciones, control o dirección de tales comportamientos (art. 8 del Proyecto). Respecto del primero, se exige la existencia de una «total dependencia» entre la actuación de los particulares o grupo de particulares y la autoridad del Estado correspondiente hasta tal punto que aquellos serían un mero instrumento de la actuación estatal, pues otra solución permitiría a los Estados eludir su responsabilidad internacional mediante la interposición de personas o entidades cuya autonomía sería pura ficción. En cuanto al segundo, se trata de la doctrina del control o dirección del Estado sobre los actos llevados a cabo por las personas o grupos de personas que hayan cometido la conducta criminal». JIMÉNEZ GARCÍA, F.: «La responsabilidad directa por omisión del Estado más allá de la diligencia debida. Reflexiones a raíz de los crímenes «feminicidas» de Ciudad Juárez», *REDI*, 2011-2, p. 26.

³⁵ Comentario 1 al artículo 8, Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2)

³⁶ MORENO FERNÁNDEZ, A.: «La atribución al Estado de responsabilidad internacional por los hechos ilícitos de los particulares e intentos de flexibilización», *REEI*, 2006 (12), p. 21.

En relación a las *instrucciones*, esta cuestión no parece demasiado problemática, «primero porque ha sido una figura constante a lo largo de la regulación de esta norma de atribución y segundo, porque responde a la idea general de responsabilidad internacional»³⁷.

En relación a la *dirección o control* del Estado, y tal y como recoge Jiménez García, hay que aludir a las dos teorías existentes en materia de control: «la del *control efectivo*³⁸ sobre la conducta ilícita y la del *control global*³⁹ sobre las circunstancias en las que esa conducta tiene lugar». Por lo que respecta a la primera, ésta «exige la individualización del comportamiento ilícito de que se trate y la prueba de la existencia de una relación directa entre la violación perpetrada y la actuación del Estado [–vinculación ésta establecida por el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y en contra Nicaragua*⁴⁰–]. Por el contrario, la segunda se centra en la contextualización de los ilícitos en el marco o conjunto de las acciones realizadas por las personas o grupo de personas autores de la violación de que se trate y el establecimiento de vínculos efectivos de dirección del Estado respecto a tales personas o al grupo en cuestión, sin necesidad de exigir el control sobre todos y cada uno de los actos que integran el ilícito [–vinculación ésta para cuya determinación fue clave el *asunto Tadic*⁴¹ ante el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia–]»⁴². Ahora bien, parece que la balanza se va a inclinar definitivamente de la primera de las opciones, tal y como se deriva de la sentencia relativa al *Asunto sobre la aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio*⁴³, que va a retomar la teoría del *control efectivo*, ya que entiende «que el criterio del control global presenta el grave inconveniente de ampliar el ámbito de responsabilidad del Estado bastante más allá del principio fundamental que gobierna el derecho de la responsabilidad internacional, a saber, que un Estado únicamente es responsable de su propio comportamiento, es decir, del de las personas que, por

³⁷ *Id.* p. 21

³⁸ Cursiva añadida

³⁹ Cursiva añadida

⁴⁰ A tal efecto, el Tribunal Internacional de Justicia indica que «Toutes les modalités de participation des Etats-Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les Etats-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'Etat demandeur. Ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres de la force contra en dehors du contrôle des Etats-Unis. Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites », *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis)*, Fond, Arrêt de 27 Juin 1986, párr. 115.

⁴¹ *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, IT-94-1

⁴² JIMÉNEZ GARCÍA, F. «La responsabilidad directa...», *op. cit.*, p. 26 y 27.

⁴³ *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro)*, Arrêt du 26 février 2007.

cualquier concepto actúen en su nombre. Para el principal órgano judicial de las Naciones Unidas, el criterio del «control global» es inadecuado ya que distiende demasiado, casi hasta la ruptura, el nexo que ha de existir entre el comportamiento de los órganos del Estado y la responsabilidad internacional de éste último⁴⁴.

Por otro lado, no debe olvidarse que, si finalmente no se considera la imputación del comportamiento de particulares al Estado, sí puede imputarse a éste el ilícito por no haber impedido la violación, esto es, por no haber cumplido con su deber de diligencia debida⁴⁵. En este sentido, conviene recordar que cualquier Estado de la Comunidad Internacional, en materia de derechos humanos, tiene el deber de respeto –no puede violar derechos humanos– y el de garantía –debe desarrollar las medidas necesarias que satisfagan la realización de los derechos–. En relación a la segunda obligación se plantea la cuestión de la debida diligencia⁴⁶.

Estamos, pues, ante diversas situaciones en virtud de las cuales las desapariciones forzosas perpetradas por grupos paramilitares pueden ser imputadas a

⁴⁴ JIMÉNEZ GARCÍA, F.: «La responsabilidad directa...», *op. cit.*, p. 27 y 28.

Ahora bien, como señala Remiro: «Sin embargo, no hay que ser alarmista. En el caso citado el giro interpretativo puede explicarse por el hecho de que el TPIY, a diferencia de la CIJ, trataba de establecer la aplicación de las normas del DI humanitario en un supuesto de responsabilidad penal individual; además, cabe sugerir que las decisiones de un tribunal especializado pueden incentivar posteriores cambios progresivos de la CIJ, siendo en ese sentido muy constructivas». REMIRO BROTÓNS, A. *et al.*: *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 86.

⁴⁵ Mariño alude al asunto de referencia sobre esta cuestión en los siguientes términos: «en el asunto del personal diplomático y consular de la Embajada de EEUU en Teherán, el TIJ señaló respecto de los hechos ocurridos el 4 de noviembre de 1979 en la indicada Embajada: «...que (las autoridades iraníes) no adoptaron al parecer ninguna medida, ni para impedir a los militantes que invadieran la Embajada, ni para persuadirles u obligarles a que se retiraran. Más aún, después de que los militantes hubieron forzado la entrada en los locales de la Embajada, las autoridades iraníes nada hicieron para forzarles o persuadirles a evacuarla y liberar a los miembros del personal diplomático y consular que habían hecho prisioneros... Esta inacción del Gobierno de Irán constituyó en sí misma una violación grave y manifiesta de las obligaciones de Irán para con los Estados Unidos...». En ciertos casos, una situación puede evolucionar de tal modo que, si en un principio no fuera determinable ninguna conducta atribuible al Estado, posteriormente, debido a la inacción de éste, los particulares pasen de hecho a actuar por cuenta del Estado «permisivo». En estos casos se considera que el Estado reconoce y adopta como propio el comportamiento de los particulares. A esa situación se refirió también el TIJ en su citada sentencia en el asunto del personal diplomático y consular de la Embajada de EE.UU. en Teherán. Al respecto de la política anunciada por el ayatollah Jomeini de mantener la ocupación de la Embajada y la detención de los rehenes para presionar a los EEUU, también aplicada y apoyada en diversas ocasiones por otras autoridades iraníes, el Tribunal indicó: «... Esta política ha tenido por efecto transformar radicalmente la naturaleza jurídica de la situación creada por ocupación de la embajada y de la detención de miembros de su personal diplomático y consular como rehenes. La aprobación dada a estos hechos por el ayatollah Jomeini y otros órganos del Estado de Irán, junto con la decisión de perpetuarlos, convirtieron la ocupación permanente de la Embajada y la detención persistente de los rehenes, en actos de ese Estado. Los militantes... devinieron así agentes del Estado de Irán, por cuyos actos el propio Estado era internacionalmente responsable». MARINO MENÉNDEZ, F.M.: *Derecho Internacional Público. Parte General*, Trotta, Madrid, 2005, p. 482 y 483.

⁴⁶ SFERRAZZA TAIBI, P.: *La responsabilidad internacional... op. cit.*, p. 165 y ss.

Colombia, que sería internacionalmente responsable. En primer lugar, siguiendo el tenor del artículo 8, lo serían si los grupos paramilitares hubieran actuado «por instrucciones o bajo la dirección o control» de Colombia. Y, en segundo lugar, si Colombia no hubiera prestado la debida diligencia para evitar la violación.

Una vez analizado el marco jurídico, considero de interés entrar a examinar cómo desde jurisdicciones internacionales, más concretamente desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han analizado las desapariciones forzadas cometidas por los grupos paramilitares y su conexión con el Estado colombiano⁴⁷, si bien explícitamente no se alude al artículo 8 del Proyecto de la CDI, sí se establece la vinculación en virtud del principio de debida diligencia y se apunta a *otras formas de conexión*, basadas, fundamentalmente, en la especialidad que supone el derecho internacional de los derechos humanos. La Corte Interamericana no desarrolla la atribución de responsabilidad del artículo 8, no obstante, si ha utilizado el concepto de debida diligencia en varios asuntos, como *19 comerciantes c. Colombia*⁴⁸, que por vez primera vincula la actuación de los grupos paramilitares con el Estado colombiano, que va a ser considerado, en consecuencia, responsable⁴⁹, en tanto que no cumplió con el deber debida diligencia⁵⁰.

⁴⁷ Además de las sentencias citadas, hay que mencionar los asuntos Valle Jaramillo y otros c. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192 y de la Masacre de Ituango c. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C N.º 148.

⁴⁸ El presente asunto alude a la desaparición de 19 comerciantes. 17 de ellos portaban el 3 de octubre de 1987 mercancía comprada en Venezuela con la intención de venderla en Colombia, en la región del Magdalena medio, cuando un control militar de carreteras les detuvo para examinar su documentación y mercancía. Varios kilómetros después fueron aprehendidos por el grupo paramilitar ACDEGAM, que los torturó, asesinó y desmembró, tirando sus restos a un río. Más tarde, dos familiares que investigaban la cuestión de los 17 comerciantes sufrieron la misma suerte. La actuación de la justicia colombiana fue claramente deficiente, tras largos años de procedimientos. Finalmente, la Comisión decide llevar el asunto a la Corte con base en la violación de una serie de derechos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entre ellos el derecho a la vida y a la libertad personal.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 19 Comerciantes c. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N.º 109.

Sobre esta cuestión, la Corte señala que «a pesar que Colombia alega que no tenía la política de incentivar la constitución de tales grupos delincuenciales, ello no libera al Estado de la responsabilidad por la interpretación que durante años se le dio al marco legal que amparó a tales grupos «paramilitares», por el uso desproporcionado dado al armamento que les entregó y por no adoptar las medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar adecuadamente las referidas actividades delincuenciales, aunado a que las propias autoridades militares [...] incentivaron al grupo de «auto-defensa» que tenía control en dicha zona a desarrollar una actitud ofensiva ante los guerrilleros, tal y como sucedió en este caso, pues se consideraba que los comerciantes brindaban colaboración a los grupos guerrilleros». Es más, en relación a la vinculación existente entre los cuerpos de seguridad del Estado y los grupos paramilitares, la Corte es contundente cuando afirma que «en el presente caso ha quedado demostrado [...] que miembros del referido grupo «paramilitar» o grupo delictivo que [...] con el apoyo y colaboración de miembros de la Fuerza Pública, detuvieron y dieron muerte a los 19 comerciantes en octubre de 1987 y que, no bastándoles con esto, descuartizaron sus cuerpos

A pesar de que en ocasiones no es fácil establecer la vinculación entre el ejército y los paramilitares, el recurso a la debida diligencia permite establecer la responsabilidad internacional del Estado, como ocurre en el asunto de la *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*⁵¹.

y los lanzaron a las aguas del caño «El Ermitaño», afluente del río Magdalena, frente al sitio «Palo de Mango», con el propósito de hacerlos desaparecer para que no fueran encontrados ni identificados, lo cual efectivamente sucedió». Así, para la Corte, Colombia es internacionalmente responsable por la violación de derechos humanos, consecuencia de la desaparición forzada y posterior ejecución de los 19 comerciantes, en tanto que ha violado el deber de debida diligencia especialmente relevante en esta materia. *Id.* párrs. 84.a) y ss., 124 y 138.

⁵⁰ Señala la Corte: «Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder, órgano o agente estatal, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados. Además, la Corte ha considerado que «un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención». *Id.* párrs. 140 y 141.

Véanse asimismo, los párrafos 155 y siguientes de la Sentencia Caso de la Masacre de La Rochela c. Colombia, de 11 de Mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N.º 163.

⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia, (Fondo, Reparaciones y Costas) Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N.º 140.

El asunto Masacre de Pueblo Bello se refiere a la matanza perpetrada por paramilitares en el municipio de Pueblo Bello, departamento de Antioquia, el 14 de enero de 1990. Decenas de paramilitares pertenecientes a «Los Tangueros» entraron en la noche en la localidad, sacando a los habitantes de sus viviendas. Seleccionaron a más de 40 campesinos, que fueron desaparecidos. El grupo pasó por varios retenes militares que no hicieron nada por evitar la acción.

Así indica que está «claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y la concreción de dichas obligaciones de garantía». Párr. 123.

Ello no impide volver a la debida diligencia, como dice la Corte al señalar: «el Estado no adoptó, con la debida diligencia, todas aquellas medidas necesarias para evitar que operaciones de esta envergadura pudiesen llevarse a cabo en una zona declarada «de emergencia y de operaciones militares», situación esta última que coloca al Estado en una posición especial de garante, debido a la situación del conflicto armado que imperaba en esa zona y que habría llevado al propio Estado a

Yendo más allá de la debida diligencia y pudiendo haber entrado en la vinculación «por instrucciones, o bajo la dirección o control», el asunto *Masacre de Mapiripán c. Colombia*⁵² constituye un paso esencial en la proximidad —estrecha— entre el ejército colombiano y los paramilitares, en este caso, con las tristemente conocidas AUC. Al determinar la responsabilidad de Colombia, la Corte afirma que:

«el origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en «actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana», y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones. [...] Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Los Estados Partes en la Convención tienen obligaciones erga omnes de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de

adoptar medidas particulares. La Corte observa que si bien la masacre de Pueblo Bello ocurrida en enero de 1990 fue organizada y perpetrada por miembros de grupos paramilitares, aquélla no habría podido ejecutarse si hubiere existido protección efectiva de la población civil en una situación de riesgo razonablemente previsible por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o de seguridad del Estado. Ciertamente no existen pruebas ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese un nexo entre miembros del Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos. No obstante, la responsabilidad por los actos de los miembros del grupo paramilitar en este caso en particular es atribuible al Estado en la medida en que éste no adoptó diligentemente las medidas necesarias para proteger a la población civil en función de las circunstancias descritas». Párrs 139 y 140.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N.º 134.

El 12 de junio de 1997 un centenar de miembros de las AUC aterrizaron en vuelos irregulares en un aeropuerto del departamento de Meta y fueron recogidos por miembros del ejército regular colombiano, que los condujo al pueblo de Mapiripán. Esta localidad fue sitiada por hombres armados el 15 de junio que asilaron la localidad hasta el 20. Durante el sitio fueron torturadas y asesinadas casi cinco decenas de personas y sus restos fueron arrojados al río Guaviare.

particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes [...]»⁵³.

Es más:

«La Corte observa que, si bien los hechos ocurridos entre el 15 y el 20 de julio de 1997 en Mapiripán fueron cometidos por miembros de grupos paramilitares, la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en varias acciones y omisiones, de miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, inclusive de altos funcionarios de éstas de las zonas. Ciertamente no existen pruebas documentales ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución de la masacre o que existiese una relación de dependencia entre el Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos. No obstante, al analizar los hechos reconocidos por el Estado, surge claramente que tanto las conductas de sus propios agentes como las de los miembros de grupos paramilitares son atribuibles a Colombia en la medida en que éstos actuaron de hecho en una situación y en zonas que estaban bajo el control del Estado. En efecto, la incursión de los paramilitares en Mapiripán fue un acto planeado desde varios meses antes de julio de 1997, ejecutado con pleno conocimiento, previsiones logísticas y la colaboración de las Fuerzas Armadas, quienes facilitaron la salida de los paramilitares desde Apartadó y Necoclí y su traslado hasta Mapiripán en zonas que se encontraban bajo su control y dejaron desprotegida a la población civil durante los días de la masacre mediante el traslado injustificado de las tropas a otras localidades»⁵⁴.

Así, la Corte concluye:

«una vez establecida la vinculación de las Fuerzas Armadas con ese grupo de paramilitares al perpetrar la masacre cometida con base en el reconocimiento estatal de

⁵³ La Corte se refiere de esta forma a la relevancia del Derecho Internacional Humanitario en Colombia: «Asimismo, al proceder a determinar la responsabilidad internacional del Estado en el presente caso, la Corte no puede obviar la existencia de deberes generales y especiales de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del Derecho Internacional Humanitario, en particular del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II). El respeto debido a las personas protegidas implica obligaciones de carácter pasivo (no matar, no violar la integridad física, etc.), mientras que la protección debida implica obligaciones positivas de impedir que terceros perpetren violaciones contra dichas personas. La observancia de dichas obligaciones resulta de relevancia en el presente caso, en la medida en que la masacre fue cometida en una situación de evidente desprotección de civiles en un conflicto armado de carácter no internacional». Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, párr. 114.

⁵⁴ *Id.* párr. 120

los hechos y en el conjunto de pruebas allegadas al expediente, la Corte ha llegado a la conclusión de que la responsabilidad internacional del Estado se ha generado por un conjunto de acciones y omisiones de agentes estatales y de particulares realizadas en forma coordinada, paralela o concatenada con el propósito de perpetrar la masacre. En primer lugar, dichos agentes colaboraron en forma directa e indirecta en los actos cometidos por los paramilitares y, en segundo lugar, incurrieron en omisiones en su deber de protección de las víctimas contra dichos actos y en su deber de investigar éstos efectivamente, todo lo cual ha desembocado en violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención. Es decir, puesto que los actos cometidos por los paramilitares contra las víctimas del presente caso no pueden ser caracterizados como meros hechos entre particulares, por estar vinculados con conductas activas y omisivas de funcionarios estatales⁵⁵, la atribución de responsabilidad al Estado por dichos actos radica en el incumplimiento de sus obligaciones convencionales erga omnes de asegurar la efectividad de los derechos humanos en dichas relaciones interindividuales»⁵⁶.

Como se señaló *supra*, la atribución de la responsabilidad a Colombia no desarrolla las reglas de imputación de Derecho Internacional General. Sobre este particular algunos autores opinan que estamos ante una postura adecuada, aunque «en las sentencias de la [Corte Interamericana de Derechos Humanos] la atribución se construye en base a una mezcla de obligaciones activas y omisivas y en base a las nociones algo vagas de apoyo o aquiescencia. El recurso al concepto de obligaciones *erga omnes* es útil, pero no logra explicar de modo acabado qué grado de conexión debe existir entre el Estado y el grupo de particulares, ni las condiciones o cualidades que deben revestir los hechos para satisfacer esa exigencia normativa de conexión»⁵⁷.

4. LA GUERRILLA Y LAS «DESAPARICIONES FORZADAS»

A pesar de que existen intentos por ampliar el alcance de las desapariciones forzadas a *organizaciones políticas* o «a personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado», según se siga la terminología utilizada por el Estatuto de Roma o por la Convención Internacional, respectivamente, aún no existe práctica suficiente como para dar por consolidada esta extensión. Ahora bien, esta situación tiene sus consecuencias. Por un lado, no se puede dejar de indicar que se abre una vía, aún por explorar, a través de estos instrumentos, pero en tanto que esta vía aún está expedita, no es deseable realizar augurios aventurados acerca de su interpretación, aunque sin lugar a

⁵⁵ Cursiva añadida

⁵⁶ Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, párr. 123.

⁵⁷ SFERRAZZA TAIBI, P.: *La responsabilidad internacional... op. cit.*, p. 102.

dudas constituye un avance que debe ser aplaudido, aunque recibido también con optimismo limitado debido a su carácter restringido. En este sentido, conviene señalar que los Estados han demostrado cierto rechazo a incluir a los actores no estatales en la definición de desaparición forzada, sobre todo por lo que respecta a la Convención Internacional, así en la negociación «numerosas delegaciones argumentaron que mencionar los actos de agentes no estatales en el instrumento de ningún modo debía entrañar la exoneración de responsabilidad del Estado y que no se trataba de crear en él una responsabilidad directa de esos agentes. La propuesta de ampliar la definición [...] para incluirlos desvirtuaría el instrumento y cambiaría su naturaleza. La definición de la desaparición sería, pues, demasiado abarcadora y podría incluir actos ya reprimidos en los ordenamientos nacionales como el secuestro. Se señaló que el mecanismo de control sólo tiene sentido en el caso de desapariciones forzadas cometidas por el Estado»⁵⁸.

Con todo, como señala Anderson «the delegations reached a compromise. It appears that the issue was partially resolved by adding art. 3, which places an obligation on states to investigate enforced disappearances “committed by persons or groups of persons acting without the authorization, support or acquiescence of the State and to bring those responsible to justice”. Thus, the Convention provides specifically for state responsibility over acts of enforced disappearance perpetrated by non state actors, but does not extend international criminality to acts of enforced disappearances by non state actors. As a result, non state actors will be held criminally responsible in international law only for acts of enforced disappearance that reach the level of a *crime against humanity*⁵⁹, and not for acts of enforced disappearance per se»⁶⁰.

En definitiva, no parece sencillo determinar si grupos guerrilleros como las FARC o el ELN son sujetos activos de desapariciones forzadas. Como ya se ha indicado *supra*, el GTDF se ha mostrado renuente, así como parte de la doctrina⁶¹, mientras que Nowak, como experto independiente no es de la misma

⁵⁸ Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, E/CN.4/2005/66, 10 de marzo de 2005, párr. 31.

⁵⁹ Cursiva añadida

⁶⁰ ANDERSON, K.: «How Effective is the International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance Likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance?», *Melbourne Journal of International Law*, 2006, 7(2), Disponible en <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2006/11.html#Heading283>

⁶¹ Ambos y Böhmer indican que «si bien compartimos esta idea para los otros crímenes contra la humanidad, consideramos que es cuestionable en el caso de desaparición forzada. En primer término, por el carácter del bien jurídico protegido, que está directamente vinculado con el acceso a los recursos tendentes a esclarecer la situación de privación de la libertad; el Estado es el único actor en disposición de tales recursos y el único por tanto que puede ponerlos al alcance de quienes

opinión⁶². Ahora bien, no se puede dejar de afirmar que las actuaciones realizadas por estos movimientos guerrilleros que suponen privación de libertad no tengan tipificación penal y queden, por tanto, impunes. Lejos de ello, se ha considerado que cometen *secuestros*, tipificados en el código penal colombiano (artículos 268 y siguientes). Con todo, se debe dejar abierta la puerta a la posibilidad de imputar desapariciones forzadas a los grupos guerrilleros, sobre todo por lo que respecta a la definición dada por el Estatuto de Roma, en tanto que se pueda considerar

los requieran o, como sucede en la desaparición forzada, bloquearlos. Por ello, este bien jurídico de acceso a la administración de justicia únicamente podrá ser violado por una organización política si ella pone a la persona privada de la libertad fácticamente fuera del alcance de los recursos estatales. Es decir, el bien jurídico de acceso a la administración de justicia únicamente se verá afectado si esa organización mantiene privada de la libertad a una persona en un territorio al cual el Estado no tiene acceso y en el cual por tanto sus recursos no pueden ser movilizados, esto es, precisamente en el territorio que se encuentra bajo control de esa organización política. En este caso la organización estará impidiendo el acceso a la justicia no por la privación ilegítima de la libertad misma (que sería un secuestro ordinario), sino porque quita a la víctima del ámbito (territorial) de influencia y protección del Estado. Estas consideraciones producen, sin embargo, una segunda dificultad, relativa a la calidad especial del autor del crimen y por tanto, al deber de información que se desprende de él (y es plasmado en la descripción penal de la desaparición forzada como mandato del tipo penal mismo). Una organización política podrá ser asimilada al Estado, según el DIH, en cuanto al monopolio de la fuerza que ejerce sobre un determinado territorio y por tanto en cuanto a su posibilidad de bloquear el acceso a la administración de justicia en un caso de privación de la libertad; sin embargo, una organización política no puede ser asimilada al Estado en cuanto al deber de protección y de propiciar la seguridad que tienen sus agentes respecto de los derechos de los habitantes de ese Estado (por lo menos no en una concepción clásica del derecho público internacional, según la cual solamente el Estado es sujeto jurídico internacional y así destinatario de las obligaciones internacionales). Si una organización política priva de la libertad a una persona, por tanto, no tiene ningún deber de informar al respecto. Si se estipulase tal exigencia en el tipo penal, sería necesariamente artificial. El tipo penal respecto de las organizaciones políticas, por ende, no puede tener la misma estructura que tiene respecto del Estado o de los particulares que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia». AMBOS, K. y BÖHM, M.L.: «La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa», en AMBOS, K. (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Themis, Bogotá, 2009, p. 246.

⁶² Nowak ha señalado que «la experiencia de muchos Estados, como Colombia, muestra que las desapariciones forzadas son cometidas por funcionarios del Gobierno, agentes indirectos del Estado tales como miembros de los escuadrones de la muerte o las denominadas fuerzas de auto-defensa, movimientos guerrilleros y grupos paramilitares que combaten al Gobierno, así como por miembros de bandas del crimen organizado, con frecuencia por lo que respecta a los delitos relacionados con los estupefacientes. Dado que la ocultación de todos los hechos relacionados con este delito forma parte de la definición, suele ser sumamente difícil saber si los perpetradores actuaron con o sin «la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado». Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias, E/CN.4/2002/71 de 8 de enero de 2002, párr. 73.

que estamos ante crímenes de lesa humanidad⁶³, esto es, en el contexto de una situación de violación de derechos humanos *generalizada o sistemática*. Pero, en todo caso, hay que precisar que los secuestros cometidos por las guerrillas no generan responsabilidad internacional de Colombia, sino únicamente responsabilidad individual.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Como se ha podido constatar en este trabajo, la desaparición forzada de personas en Colombia constituye aún hoy en día un enorme reto para el país. La responsabilidad del Estado es una realidad, en virtud de la cual ha comenzado un decidido camino en aras de reparar a las víctimas y de proceder a la reconciliación nacional, porque, aunque no es posible que «nos resuciten a los muertos que nos mataron», en palabras del Nobel colombiano Gabriel García Márquez en *La mala hora*, si es tiempo de afrontar la responsabilidad. El futuro en paz de Colombia está en juego.

⁶³ Sobre la consideración de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, véanse FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.: «Las víctimas y el derecho internacional», *AEDI*, 2009, p. 31, y LINGHAMMAR, P.: «Time for Enforced...», *op. cit.*, p. 16 y ss.

EL ESTANDAR DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL EN EL MODELO TRANSICIONAL HACIA LA PAZ: REFLEXIONES SOBRE EL CASO COLOMBIANO

PAULA ANDREA RAMIREZ BARBOSA*

Profesora de Derecho Penal de las Universidades Externado y Católica (Colombia)

RESUMEN

La justicia en el proceso de transición es un elemento central en la consecución de la paz sostenible y duradera, que precisa de instrumentos adicionales no judiciales para su materialización. La verdad, la garantía de no repetición del delito y la reparación contienen factores que complementan el contenido del castigo efectivo, el principio de proporcionalidad, la no impunidad de los crímenes internacionales y su disuasión a futuro. El Derecho penal internacional suministra estándares concretos frente a la delimitación de los perpetradores de los delitos y el alcance de los derechos de las víctimas en el proceso de transición hacia la paz que deben ser observados como garantía de justicia efectiva. La primacía de la justicia transicional sobre la internacional y la no activación de los principios de complementariedad y admisibilidad asociados al principio de *non bis in idem* internacional dependerán del cumplimiento efectivo de los pilares que integran los derechos de las víctimas.

Palabras clave: *Derecho penal internacional; justicia transicional; Corte Penal Internacional; máximos responsables; víctimas; castigo; non bis idem.*

* Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, Premio Extraordinario de Doctorado, Master en Estudios políticos y Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Penal de la misma Universidad. Profesora de las Universidades Externado y Católica de Colombia.

ABSTRACT

Transitional justice is a central element in the achievement of sustainable and lasting peace, which requires additional non-judicial instruments for its realization. Truth, the guarantee of non-repetition of crime and victim reparation are factors that complement effective punishment, the principle of proportionality, non-impunity for international crimes and their deterrence in the future. International criminal law provides specific standards against limiting the perpetrators of crimes and the scope of the rights of victims in the process of transition to peace that must be observed as a guarantee of effective justice. The primacy of transitional justice over international justice and the non-activation of the principles of complementarity and admissibility associated with the principle of international non bis in idem will depend on the effective fulfillment of the pillars that make up the rights of the victims.

Keywords: *International criminal law; transitional justice; International Criminal Court; maximum responsible; victims; punishment; non bis idem.*

1. INTRODUCCIÓN

LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN planea enormes desafíos en la consolidación de la paz en escenarios de postacuerdo o de terminación del conflicto armado. Los tres pilares sobre los que se construye la transición se orientan a los máximos de verdad y reparación, y a un nuevo paradigma de justicia restaurativa. El cual, rompe con el esquema tradicional basado en los principios de retribución, utilidad, proporcionalidad y necesidad de la pena propios del Derecho penal clásico¹.

El sistema transicional orientado a la búsqueda de las causas, factores y elementos claves del conflicto, pretende proporcionar a las víctimas a través de la verdad, herramientas que posibiliten el perdón y el resarcimiento del daño causado. No obstante, el perdón siempre supondrá la voluntad de producirlo, y aceptarlo más allá de la capacidad de proyectarse como un elemento necesario del proceso de transición. De igual forma, la reparación se convierte en una herramienta importante pero no absoluta, ningún tipo de resarcimiento moral, material o simbólico contiene la idoneidad suficiente para atenuar o paliar el dolor y los efectos del proceso de victimización»².

¹ Prueba de ello en Colombia es el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017 por el cual se adoptan medidas transitorias para la consecución de una paz sostenible y duradera: «Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), El Sistema integral estará» compuesto por los siguientes mecanismos y medidas: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y no Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición».

² ROTTBERG BEIL, Angelika: *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005, pág. 94, quien destaca el caso de Timor Oriental en

Uno de los asuntos complejos que demanda especial atención en el marco de un proceso transicional está referido al concepto de justicia y al estándar de lo razonable e idóneo para investigar y castigar los graves crímenes que se cometen en tiempos de conflicto y que a su vez suponen el abordaje de crímenes de guerra, lesa humanidad y genocidios³. Del mismo modo, la delimitación de los máximos responsables, perpetradores, autores y partícipes de los crímenes más graves, el alcance de los derechos de las víctimas en el proceso de transición y el contenido de su intervención como testigos, perjudicados y sujetos de protección con garantías de verdad, reparación y no repetición.

Por ello, nos proponemos abordar algunas reflexiones relacionadas con el estándar de justicia dentro del Derecho penal internacional y el modelo transicional contenido en el Acuerdo Especial de paz⁴, identificando algunos aspectos relevantes como los pilares que integran la estructura de la justicia restaurativa en el tránsito a la paz, el alcance de los autores y partícipes de los crímenes más graves, así como la participación de las víctimas en los procesos judiciales ante los delitos internacionales. Además, el alcance del castigo y la pena en el Derecho penal internacional y su relación con la sanción idónea en la justicia de transición. Para terminar, se efectuará una breve reflexión sobre el principio del *non bis in idem* internacional contenido en el artículo 20.3, su alcance con los factores de admisibilidad y complementariedad en el Estatuto de Roma referidos al proceso de justicia transicional.

los siguientes términos: «El victimario debe especificar la comunidad en la que desea asumir un proceso individual de reconciliación y reintegración (...). El procedimiento siguiente es liderado por un panel compuesto por el comisionado regional y representantes de la comunidad, quienes pueden otorgarle inmunidad por ciertos crímenes menores con la condición de que lleve a cabo un acto de arrepentimiento que sea acorde con los intereses de las personas afectadas por la ofensa original; por ejemplo, servicio comunitario, reparación, una disculpa pública, y/u otros actos de penitencia».

³ La Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C 674 de 2017, indicó: «La Sala concluyó que el modelo sancionatorio previsto en el Acto Legislativo 01 de 2017 no desconoce el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario, por dos razones fundamentales. Primero, porque justamente la reforma constitucional preserva expresamente el deber de criminalizar a los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, y únicamente permite la renuncia a la persecución de los delitos que no tienen esta connotación. Y adicionalmente, porque la renuncia a la persecución penal y el acceso y la conservación de los tratamientos penales especiales se encuentra supeditada al cumplimiento de las exigencias inherentes al sistema de verdad, justicia, reparación y no repetición, establecidas en función del sistema de condicionalidades».

⁴ Sobre el alcance de la justicia transicional pueden verse las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia en sentencias C-370 de 2006, C-771 de 2011, C-052 de 2012, C-253 A de 2012 y C-781 de 2012 y como han señalado diversos documentos de las Naciones Unidas como el «*Conjunto de principios para la protección y la promoción de los Derechos Humanos, para la lucha contra la impunidad*» y las Resoluciones 1503 de 2003 y 1534 de 2004 del Consejo de Seguridad, entre otras.

2. APROXIMACIÓN A LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL PILAR DE JUSTICIA EN EL MODELO TRANSICIONAL

La justicia transicional fundada en la verdad, reparación, no repetición e investigación, prueba y sanción de los graves crímenes contra la humanidad, requiere la existencia de un conjunto de factores que coincidan con la determinación de los máximos responsables, móviles de los crímenes, tipo de conductas desarrolladas, partícipes e intervinientes económicos, políticos, sociales o materiales que facilitaron o posibilitaron su realización, lo cual, puede derivarse en la concreción de la financiación, inversión y proyección económica si la hubiere. Todo ello, para garantizar la verdad y la reparación a las víctimas y a la sociedad en general.

En el desarrollo y abordaje del estándar de justicia transicional los elementos estructurales que la integran en primer lugar son: 1. Las víctimas directas e indirectas, concretas o indeterminadas, los sujetos pasivos y perjudicados de los crímenes. 2. Los sujetos activos de los crímenes más graves, autores y partícipes, máximos responsables, perpetradores de los delitos internacionales. 3. Los crímenes y las diferentes tipologías de delitos: guerra, lesa humanidad o genocidio. 4. Los bienes jurídicos y los intereses de protección personalismos, supraindividuales y patrimoniales afectados con la realización de los crímenes. 5. Las conductas típicas activas u omisivas cometidas por los perpetradores, autores y partícipes de los crímenes más graves. 6. El nexo de imputación entre la conducta criminal y la existencia o desarrollo del conflicto armado. 7. El abordaje del dolo del sujeto activo, respecto de los elementos conocimiento de la naturaleza del hecho, víctimas, y existencia del marco de violencia donde se lleva a cabo la conducta criminal y la intencionalidad de producir el resultado⁵.

En segundo lugar, resultan como elementos diferenciadores de la justicia transicional con la convencional la existencia de: 1. Tribunales especiales de justicia⁶.

⁵ La Corte Constitucional de Colombia en sentencia de 2013 precisó: «El pilar reconocido implica el deber de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, en los casos de conflicto armado interno debe tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra que permite la aplicación de amnistías generalizadas, cambia los criterios de interpretación de esta garantía, pues señala que «A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado». También indicó que: «existe un límite irrenunciable al deber de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, pues se deberán investigar, juzgar y en su caso sancionar los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los crímenes de guerra».

⁶ El artículo transitorio 5.º del Acto Legislativo 01 de 2017 que consagra la Jurisdicción Especial para la Paz. (JEP), prevé que «estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica; administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o

2. Jueces especializados 3. Procedimientos específicos en la investigación y judicialización de los crímenes. 4. Participación activa y permanente de las víctimas en los procesos de justicia restaurativa. 5. Las penas y sanciones especiales para los perpetradores de los crímenes⁷.

Además de lo anterior, y en tercer lugar, el estándar de justicia se ve complementado o nutrido con la existencia de otras instancias como: 1. Comisión de la verdad⁸. 2. Unidades para la búsqueda de personas desaparecidas⁹. 3. Unidades de reparación integral¹⁰. 4. Programas de reinserción y resocialización de los autores y partícipes de los crímenes¹¹, Entre otros, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha resaltado la importancia *«de contar con una serie completa de mecanismos políticos, judiciales y no judiciales para garantizar la accesibilidad y*

indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos»

⁷ El artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017 prevé: «El Sistema Integral parte del principio de reconocimiento de las víctimas como ciudadanos con derechos; del reconocimiento de que debe existir verdad plena sobre lo ocurrido; del principio de reconocimiento de responsabilidad por parte de todos quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto y se vieron involucrados de alguna manera en graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario; del principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición».

⁸ El artículo transitorio 2.º del Acto Legislativo 01 de 2017 indica que la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición será un ente autónomo del orden nacional con personería jurídica, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, sujeta a un régimen legal propio.

⁹ El artículo transitorio 3.º del Acto Legislativo 01 de 2017 consagra que la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado será un ente del orden nacional con personería jurídica y con autonomía administrativa, presupuestal y técnica, además tendrá carácter humanitario y extrajudicial y dirigirá, coordinará y contribuirá a la implementación de acciones humanitarias encaminadas a la búsqueda y localización de personas dadas por desaparecidas en contexto y en razón del conflicto armado que encuentren con vida y en los casos de fallecimiento, cuándo sea posible, la identificación y entrega digna de sus restos.

¹⁰ La Sentencia C-1199 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia reconoce la existencia de diferentes medidas que se deben incluir en la reparación de las víctimas que van más allá de la sanción penal y que reconoce la reparación simbólica y colectiva: *«Como resultado de un extenso análisis la Corte destacó que la reparación: i) incluye todas las acciones necesarias y conducentes a hacer desaparecer, en la medida en que ello sea posible, los efectos del delito; ii) al igual que el concepto de víctima, tiene una dimensión tanto individual como colectiva; iii) no se agota en su perspectiva puramente económica, sino que tiene diversas manifestaciones tanto materiales como simbólicas y iv) es una responsabilidad que atañe principalmente a los perpetradores de los delitos que dan lugar a ella, pero también al Estado, particularmente en lo relacionado con algunos de sus componentes»*

¹¹ La Sentencia C-771 de 2011 se precisó como mecanismos complementarios a la justicia transicional entre otros: *«iii) la justicia de género, que promueve iniciativas contra la impunidad de la violencia sexual y de género, y que propendan por la igualdad de condiciones para el acceso de las mujeres a programas de reparación por transgresiones a los derechos humanos, y iv) los actos de conmemoración, entre ellos la realización de ceremonias y la erección de monumentos públicos, a través de los cuales se busca preservar la memoria de las víctimas y aumentar la conciencia moral sobre las violaciones cometidas contra la sociedad, como dique de no repetición, entre otras».*

*la rendición de cuentas y para hacer justicia, promover y lograr la reconciliación y restablecer la confianza en las instituciones del Estado, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos y el principio de no discriminación*¹². En consecuencia, el elemento de justicia en el modelo transicional hacia la paz es un factor relevante pero no el principal, puesto que deben concurrir otro tipo de medidas no judiciales y acciones administrativas, sociales, políticas que garanticen la estabilidad y permanencia del valor superior de la paz¹³.

2.1. DE LOS SUJETOS OBJETO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL: LOS PERPETRADORES Y EL ROL DE LAS VÍCTIMAS

2.1.1. *Del sujeto activo de los crímenes internacionales y la justicia transicional*

En la comisión de los crímenes más graves contra la humanidad pueden participar tanto máximos responsables como los líderes, organizadores, perpetradores, copartícipes, no se excluye de esta categoría a los niveles medios o inferiores de la organización que contribuyen en la comisión de los crímenes. No obstante, el enfoque principal debe dirigirse a quienes diseñaron o construyeron las políticas delictivas a mayor escala, y a quienes con su acción y omisión posibilitaron la realización efectiva de los crímenes. Esta premisa supone la verificación de los protagonistas dentro de la organización criminal sino inclusive dentro de estructuras legales o del propio Estado, personas jurídicas u organizaciones económicas, sociales y políticas.

El presupuesto principal se funda en una responsabilidad ascendente, que fija un mayor desvalor de la acción en la determinación del rol, el poder de mando y la capacidad efectiva de influencia organizacional en quien puede con su actuar positivo u omisivo causar mayor impacto en la afectación de Derechos humanos a gran escala. Para la Corte Constitucional Colombiana el concepto de máximo

¹² Vid. ONU. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resolución 2005/70 «Derechos Humanos y Justicia de Transición» Véase cap. XVII, E/CN.4/2005/L.10/Add.17.

¹³ Vid. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C 674 de 2017. La Corte Constitucional concluyó que el Acto Legislativo 01 de 2017 no sustituye los principios estructurales del ordenamiento superior, «teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: (i) primero, porque las restricciones al derecho de las víctimas a la justicia tienen como contrapartida una ganancia en términos de reconocimiento de la verdad y de reparación, a través del sistema de condicionalidades; (ii) segundo, porque respecto de las más graves formas de criminalidad el Acto Legislativo 01 de 2017 preserva el deber del Estado de imponer una sanción efectiva; (iii) tercero, porque aunque el deber general de reparación material se radica en el Estado y no en los victimarios, y además, se supedita la cuantía de la indemnización a la disponibilidad de recursos, este modelo general es consistente con la naturaleza de los programas de reparación en escenarios de violación masiva y sistemática de derechos, en los cuales el paradigma tradicional no solo puede tornarse materialmente inviable, sino que además produce inequidades y distorsiones en la distribución de recursos entre las víctimas, y entre estas y los demás sectores sociales»

responsable «*es aquella persona que tiene un rol esencial en la organización criminal para la comisión de cada delito, es decir, que haya: dirigido, tenido el control o financiado la comisión de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática. Dentro de este concepto se deben incluir entonces, no solamente líderes que hayan ordenado la comisión del delito, sino también conductas a través de las cuales este se haya financiado como el narcotráfico*»¹⁴. Sujetos que dominan ejecutivamente los medios, sujetos, elementos y circunstancias de comisión de los crímenes y cuya conducta resulta necesaria, efectiva y determinante en la puesta en marcha y ejecución de las graves violaciones a los Derechos humanos, el Derecho Internacional Humanitario e intereses que afectan a la comunidad internacional mediante la realización de crímenes internacionales.

Para ello las formas de autoría y participación previstas en el estatuto de Roma en sus artículos 25 y 28, están referidas a las estructuras de imputación clásica para los individuos que pueden cometer crímenes internacionales por sí mismos, a través de otros o con ayuda de terceros, pero también con la incorporación de nuevos institutos derivados de la participación en estructuras organizacionales legales o ilegales en las que pueden llevarse a cabo los crímenes internacionales. De este modo, encontramos formas de responsabilidad penal a través de la autoría mediata y el dominio por organización en los aparatos organizados de poder, la empresa criminal conjunta, la responsabilidad por el mando militar y civil, la determinación, la autoría directa y la coautoría, todas estas modalidades facilitan la concreción de la responsabilidad en los superiores, niveles jerárquicos, y máximos responsables. A su vez, las modalidades como el encubrimiento, la cooperación necesaria, la complicidad previstas en el artículo 25, permiten establecer la responsabilidad de los copartícipes en los crímenes internacionales para quienes coadyuvan con su actuar u omisión decisiva en la realización de las mayores afectaciones a los Derechos humanos y al DIH¹⁵.

En este sentido, pueden incorporarse actores no organizacionales o terceros no vinculados permanentemente a la estructura criminal o legal en cuyo interior se llevan a cabo los delitos. Terceros partícipes que pueden ser civiles, miembros de otras organizaciones o servidores públicos, representantes de una persona jurídica o sus integrantes, que facilitan la consumación de los delitos más graves. Estos sujetos contribuyen a la materialización del *modus operandi* de la organización y los móviles por los que participan pueden tener diferentes causas, de las que se deriva su responsabilidad penal por el grado de contribución y aporte efectivo.

Sobre este aspecto la Fiscal de la Corte Penal indicó en su concepto *amicus curiae* señaló: «*la participación activa como intercambiable con contribución por comisión. Sin embargo, esta interpretación podría llevar a resultados no deseados e*

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C 579 de 2013.

¹⁵ Vid. GIL, Alicia, y MACULAN, Elena: *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 207 a 230.

irrazonables, como excluir las medidas de tratamiento especial para todos los terceros que hubiesen contribuido a los crímenes a través de acciones positivas – con independencia de si fueron eficaces y decisivas. Existe un riesgo aparente de que se interprete el término “activa” como un requerimiento de que la participación sea física o directa. Esa interpretación sería incompatible con el derecho internacional consuetudinario»¹⁶.

En el Acto Legislativo 01 de 2017 se prevén como sujetos activos de la justicia transicional, a quienes por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas como graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos. Lo cual supone de una parte, la capacidad de investigación y juzgamiento para los miembros de la guerrilla FARC-EP, miembros de otras organizaciones armadas ilegales, terceros y particulares que participaron del conflicto, y de otra, lo que se prevé en el artículo 17 transitorio de la misma norma, para los «Agentes del Estado que hubieren cometido delitos relacionados con el conflicto armado o con ocasión de éste, aplicación que se hará de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico. En dicho tratamiento deberá en cuenta la calidad de garantes de derecho por parte del Estado».

En conclusión, tanto el Derecho penal internacional como la justicia transicional coinciden con el principio de responsabilidad igualitaria que plantean la inexistencia de fueros, inmunidades o inviolabilidades para los autores y partícipes de los crímenes internacionales. De igual forma, los criterios de imputación para los actores de los crímenes internacionales se fundan en factores objetivos y subjetivos, que permiten determinar el grado de participación, la intensidad de su desvalor de acción y resultado y los criterios de dominio y control de la organización, entre otros.

¹⁶ Vid. en <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>. Allí se indica textualmente: «con arreglo al derecho internacional consuetudinario sobre la responsabilidad por complicidad, basta con que una persona brinde asistencia práctica, aliento o apoyo moral que tenga un efecto sustancial en la perpetración de los crímenes. En particular, la contribución del cómplice no necesita ser una *conditio sine qua non* ni necesita estar dirigida específicamente a la comisión de los crímenes. Por ejemplo, si una empresa privada financia a un grupo armado involucrado en la comisión de los crímenes, es irrelevante si el apoyo económico estaba específicamente dirigido a la comisión de los crímenes o apuntaba a la supervivencia del grupo. Tampoco es relevante si apoyar al grupo armado es el objetivo principal de la empresa. Basta con que contribuya sustancialmente a los crímenes, en forma directa o indirecta. Para ser consistente con el derecho internacional consuetudinario, las expresiones activa, eficaz y decisiva deberán interpretarse en ese sentido». Este concepto lo emitió la fiscal jefe de la CPI como *amicus curiae* a la Corte Constitucional de Colombia respecto al contenido del Acto Legislativo 01 de 2017, que adopta medidas jurídicas para un paz sostenible y duradera.

2.1.2. *De las víctimas de los crímenes internacionales y los sujetos pasivos de la justicia transicional*

Los sujetos pasivos o las víctimas de la justicia transicional son aquellas personas que resultan afectadas en sus bienes jurídicos personalísimos que se vinculan con los derechos más importantes como la vida, salud, integridad personal, autonomía, libertad sexual, entre otros. Según el tipo de crimen cometido las víctimas pueden ser miembros de la población civil (crímenes de lesa humanidad); personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario (crímenes de guerra); miembros de un grupo nacional, racial, étnico o religioso (crímenes de genocidio).

Las víctimas pueden ser individuales o colectivos, determinadas e indeterminadas, lo cual, supondrá la valoración del tipo de delito que se llevó a cabo, su caracterización con un grupo o población determinada, la intensidad del dolo, los efectos de la conducta delictiva respecto de sus derechos o de terceros. Lo anterior, implica la valoración de aspectos cuantitativos y cualitativos que permitan verificar las tipologías del daño causado, la lesión producida, el grado de afectación causado, el número de sujetos afectados por los crímenes o las situaciones particulares de vulnerabilidad o indefensión de las víctimas.

La víctima con su narración cuando ello es posible, contribuye decididamente a la determinación de los responsables de los crímenes junto con los mecanismos de delación y aceptación de responsabilidades de los autores y partícipes, cuando ello no es posible, el relato de los perjudicados, víctimas indirectas o terceros, testigos facilita la individualización de los actores o perpetradores de los crímenes. Lo que a su vez, posibilitará la construcción del estándar de verdad sobre lo ocurrido y sobre los demás factores endógenos y exógenos a las tipologías criminales.

La Resolución sobre el derecho a la verdad, 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas resalta *«la necesidad imperativa de que la sociedad en general reconozca el derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves de las normas internacionales de derechos humanos, así como a sus familias, en el marco del sistema jurídico interno de cada Estado, de conocer la verdad sobre esas violaciones, en particular la identidad de los autores y las causas, los hechos y las circunstancias relacionados con las violaciones»*¹⁷.

Asimismo, la Resolución 2005/66 de la citada Comisión reitera que cada sociedad tiene el derecho inalienable a conocer la verdad sobre la perpetración de crímenes internacionales, y sobre los móviles de las violaciones masivas o sistemáticas a los Derechos humanos. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la

¹⁷ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS página 1 El derecho a la verdad Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/66 <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/4342>.

verdad proporciona una salvaguarda fundamental contra la repetición de tales violaciones.

Para los fines del Estatuto de Roma y sus Reglas de Procedimiento y Prueba, específicamente, en la regla 85 se consagra la definición de víctima como las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte; también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.

El Estatuto de Roma prevé además, la participación de las víctimas en el procedimiento del artículo 68.3, ello con observancia a los derechos fundamentales de los acusados, lo cual se expresa desde la autorización para iniciar la investigación hasta la determinación de la reparación del daño; la protección de víctimas y testigos, a través de la regla 86 que establece el deber de la Sala y el resto de órganos de tener en cuenta las necesidades de todas las víctimas y testigos, en particular los niños, las personas de avanzada edad, las personas con discapacidad y las víctimas de violencia sexual o de género, y la reparación prevista en el artículo 75 del Estatuto la cual, incluye la restitución, la indemnización y la rehabilitación. La Corte podrá estimar el daño que debe ser indemnizado, así como dictar una decisión directamente contra la persona condenada en la que se indique la adecuada reparación que ha de otorgarse a las víctimas. Por último, también podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por medio del Fondo Fiduciario¹⁸.

El sujeto pasivo de los crímenes objeto de la justicia transicional goza de amplias facultades como actor principal del proceso restaurativo¹⁹, el artículo

¹⁸ PÉREZ VIZÁN, Almudena: «Las víctimas ante la Corte Penal Internacional ¿El final del oxímoron víctimas-justicia internacional?», *Revista de Derechos Humanos Defensor*, 2011, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26828.pdf>, pp. 22 y ss.

¹⁹ La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C 674 de 2017, se indicó que: «El Acto Legislativo 01 de 2017 contiene las siguientes restricciones a los derechos de las víctimas: (i) se confiere al Estado la potestad para concentrar la función persecutoria de los delitos en los máximos responsables de los crímenes más graves y representativos, así como establecer unos tratamientos penales especiales que flexibilizan el régimen punitivo ordinario, lo cual comporta una restricción a los derechos de las víctimas, para quienes todos los delitos cometidos en su contra implican una negación de sus derechos; (ii) no se establece una diferenciación clara entre las condiciones para acceder a los beneficios, derechos y tratamientos penales especiales, del contenido restaurativo y reparador de las penas, lo cual podría diluir los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación integral; (iii) no se fijan los elementos estructurales del modelo de reparación, y además, libera parcialmente a los victimarios del deber general de indemnización, al supeditar la reparación material a cargo del Estado a la disponibilidad de recursos presupuestales, y al disponer, en el artículo transitorio 18 en relación con los destinatarios de las medidas de amnistía, indulto o renuncia a la persecución penal, que no proceden las acciones judiciales en su contra para la indemnización de las víctimas, y en el artículo transitorio 26, en relación con los miembros de la fuerza pública, que

transitorio 18.º de Reparación Integral en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición, señala que el Estado garantizará el derecho a la reparación a las víctimas de graves violaciones a los Derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario que hayan sufrido danos, individual o colectivamente con ocasión del conflicto armado²⁰.

En definitiva, el proceso transicional gravita entorno a las víctimas y la garantía de reconocimiento que posibilite su intervención activa como actores principales que pueden ejercer sus derechos en el proceso y obtener verdad sobre las causas, factores, actores, procesos de victimización, el paradero de los desaparecidos, entre otros, en el marco de un debido proceso. Además del reconocimiento de su rol en los procesos de reparación que no se limiten a lo económico, sino que extiendan su alcance al reconocimiento del daño moral, colectivo a través de mecanismos simbólicos, integrales, restaurativos y resarcitorios, acompañados de las garantías de no repetición.

3. EL ESTÁNDAR DE PENA Y CASTIGO EFECTIVO EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y EN LAS NORMAS INTERNACIONALES APLICABLES A LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN

El concepto de castigo y justicia internacional existen y se desarrollan normativamente en el Estatuto de la Corte Penal Internacional desde su Preámbulo donde se indica expresamente: «Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo», y, «Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes»²¹. Con lo cual, el concepto de justicia penal internacional por los crímenes más graves contra la comunidad internacional supone la lucha contra la impunidad, la existencia de un proceso justo, con observancia del debido proceso y la sanción o castigo. Lo anterior, para garantizar de una parte, la función de prevención de nuevos crímenes internacionales, y de otra, la función de disuasión del delito ante la amenaza del castigo efectivo²².

contra ellos no procede la acción de repetición y el llamamiento en garantía previsto en el artículo 90 de la Carta Política».

²⁰ El artículo 18 transitorio consagra además que: «La reparación será garantizada por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada y efectiva, priorizando la distribución de las medidas de reparación entre las víctimas teniendo en cuenta el universo de víctimas del conflicto armado y buscando la igualdad en el acceso y la equidad en la distribución de los recursos disponibles, y dando preferencia en la atención a los sujetos de especial protección constitucional».

²¹ Así lo indica expresamente el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

²² Vid. ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1997. Pág. 85, y la Sentencia de la Corte Constitucional C-806 de 2002. El Acto Legislativo 01 de 2017, en InDret., 2018,

La justicia penal internacional no es idéntica a la justicia transicional, tienen diferencias que las identifican: la primera es una justicia para perpetradores de los crímenes más graves de la humanidad que son competencia de la Corte en países que han aprobado y ratificado el Estatuto de Roma, es complementaria a las jurisdicciones domésticas, se activa por cualquiera de las tres vías precisas que prevé el Estatuto de Roma, en ella, opera el principio de legalidad estricto y la no retroactividad, el principio de competencia de la Corte Penal Internacional es reglado y depende de factores objetivos como el lugar de comisión de los hechos, la nacionalidad de los autores o partícipes de los crímenes, la solicitud que llegare a efectuar el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, entre otros²³. Por su parte, la justicia de transición suele tener un objeto más limitado a procesos de tránsito a la paz después de guerras o dictaduras, los procesos judiciales transicionales entremezclan elementos judiciales y políticos, su finalidad principal es la verdad y reparación a las víctimas, el proceso penal transicional tiene enfoque restaurativo y no retributivo, por tanto el concepto de sanción y castigo es más flexible²⁴.

El Conjunto de Principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad define la impunidad como «*la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas*»²⁵.

El Conjunto de Principios de la impunidad dispone también que «*La impunidad constituye una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas*

pe 2018erdo como pieza central en la consolidaci valor superior de la pazstoEl Acto Legislativo 01 de 2017, en InDret, 2018, pe 2018erdo como pieza central en la consolidaci valor superior de la pazsto

²³ Vid. Artículos 13, 17, 22 y siguientes del Estatuto de Roma.

²⁴ El artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2017 indica: «El Sistema Integral hará especial énfasis en medidas restaurativas y reparadoras, y pretende alcanzar justicia no solo con sanciones retributivas. Uno de los paradigmas orientadores de la JEP será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido».

²⁵ En Promoción y Protección de los Derechos Humanos e Impunidad Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf>

recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones»²⁶.

La Resolución sobre impunidad, 2005/81 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas «*Estima que los Estados deben enjuiciar o extraditar a los autores, incluidos los cómplices, de delitos internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la tortura en cumplimiento de sus obligaciones internacionales para llevarlos ante la justicia, y exhorta a todos los Estados a que tomen medidas eficaces para cumplir estas obligaciones...*»²⁷.

Por tanto, si verificamos el alcance del contenido del castigo y sanción efectiva en la justicia penal internacional y específicamente en el Estatuto de Roma, ésta varía considerablemente del alcance de pena aceptable dentro de justicia transicional. Así por ejemplo, el artículo 77 del Estatuto de la Corte Penal Internacional prevé como sanciones privativas de la libertad hasta la cadena perpetua o la reclusión que no exceda de los 30 años²⁸. Además, se pueden imponer multas con arreglo a los principios enunciados en las Reglas de Procedimiento y prueba; y el decomiso de los bienes, productos, haberes, procedentes directa o indirectamente del delito, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe²⁹. El artículo 78 de la misma norma fija los criterios de imposición de la pena teniendo en cuenta la gravedad de los delitos, las condiciones personales del autor, entre otros.

En la justicia transicional y concretamente en el modelo colombiano de Justicia Especial para la Paz producto del Acuerdo de Paz entre el Gobierno Colombiano y la Guerrilla de las FARC-EP³⁰, se estableció que los responsables de los crímenes más graves cometidos en el contexto y en razón del conflicto que hayan reconocido responsabilidad deberán cumplir una sanción de entre 5 y 8 años de restricción efectiva de la libertad, que será definida por el Tribunal para la Paz. Por su parte, aquellos que no reconozcan responsabilidad o lo hagan tardíamente, deberán cumplir con penas privativas de la libertad de hasta 20 años en establecimientos carcelarios convencionales³¹.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS página 1 El derecho a la verdad Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/66, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/4342>

²⁸ internacionales capacidad efectiva de impartir justicia penal ante crímenes judicial y la existencia de privilegios extralegales GIL, Alicia, y MACULAN, Elena: *Derecho penal internacional*, op. cit., págs. 333 a 336.

²⁹ *Idem*, pág. 103.

³⁰ RAMÍREZ BARBOSA, Paula y TAMARIT SUMALLA, Josep: «La lucha contra el crimen organizado en tiempos de postacuerdo como pieza central en la consolidación de la Paz», *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, 2018, pág. 3 y ss.

³¹ El Artículo transitorio 13.º del Acto Legislativo 01 de 2017 prevé que las sanciones que imponga la JEP tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz. Deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado, siempre en relación

Sobre el particular, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha indicado que las medidas de justicia transicional deben en todo momento estar de conformidad con los objetivos del Estatuto de Roma, los cuales se vinculan con evitar la impunidad y disuadir la comisión de futuros crímenes de su competencia. Así, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional expresó su conformidad frente al Acuerdo de Paz pero resaltó que en su implementación deben darse «sanciones efectivas» a los responsables de crímenes de su competencia³².

Expresamente el Vicefiscal de la Corte Penal Internacional durante visita a Colombia en mayo de 2015, respecto al Marco Jurídico para la Paz, indicó: «sin perjuicio del continuo interés académico en la interface entre paz y justicia en la relación entre paz y justicia es una cuestión ya decidida con arreglo al Estatuto de Roma. Una vez que un Estado se une al sistema del Estatuto de Roma, acepta que la justicia es parte integral de la solución de conflictos y la creación de una paz sostenible»³³.

Las penas consagradas en el Estatuto de Roma son para la CPI, pero allí no se definen las penas que deben ser impuestas en particular por los Estados que adelanten procesos de justicia transicional frente a los crímenes internacionales para cumplir los fines del Estatuto de Roma, esto es la no impunidad y la disuasión ante el castigo. Ello supone, que el alcance de las penas y sanciones en la justicia transicional goza de amplia discrecionalidad judicial en las que se pueden adoptar diferentes formas de castigo.

Así, resultan aspectos complejos en este ámbito como el principio de necesidad de la pena, la suspensión de la ejecución de la pena, la definición de una sanción adecuada por la gravedad del delito y el grado de responsabilidad del perpetrador o la sustracción real de la responsabilidad penal. En consecuencia, la determinación de la sanción efectiva debe interpretarse en cada caso en concreto,

con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Las sanciones podrán ser propias, alternativas u ordinarias y en todos los casos se impondrán en los términos previstos en los numerales 60, 61, 62, y en el listado de sanciones del sub-punto 5.1.2 del Acuerdo Final.

³² Oficina del Fiscal (2016) Declaración de la Fiscalía de la CPI, Fatou Bensouda, sobre la conclusión de las negociaciones de paz entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo. La Haya, Corte Penal Internacional. <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=160901-otp-stat-colombia&ln=Spanish>, donde se contiene: «La importancia fundamental de una auténtica rendición de cuentas –que por definición incluye sanciones efectivas– en la consolidación de una paz sostenible no puede ser suficientemente enfatizada. Como Estado Parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Colombia ha reconocido que los crímenes más graves constituyen una amenaza a la paz, la seguridad y al bienestar general del mundo. Asimismo, ha afirmado su determinación para poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes, contribuyendo así a la prevención de los mismos. Noto con satisfacción que el texto final del acuerdo de paz excluye amnistías e indultos para crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra bajo el Estatuto de Roma».

³³ STEWART, James: «La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional. Bogotá, discurso en la conferencia organizada por la Universidad del Rosario, 2015. En <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf>.

analizando la compatibilidad de las medidas con la observancia de los principios rectores del Estatuto de Roma y los derechos de las víctimas.

La justicia restaurativa propia del modelo transicional supone la reducción efectiva de la pena privativas de la libertad vinculadas a la concurrencia de otros elementos fundamentales como la verdad y la narración real de las causas, móviles, factores y actores del conflicto armado, el reconocimiento de la responsabilidad penal respecto de los crímenes cometidos, la desmovilización y desarme efectivo, la garantía de no repetición de la conducta delictiva, la reparación moral, patrimonial y simbólica, entre otras.

La proporcionalidad de la pena en este tipo de procesos no se vincula exclusivamente en relación con la gravedad del crimen y el grado de responsabilidad del autor, sino a los elementos de verdad, reparación y garantía de no repetición. El juez transicional debe efectuar un estudio particular de las circunstancias objetivas, subjetivas, materiales, antecedentes y concomitantes del hecho y también del grado de compromiso del procesado con los fines de la justicia restaurativa. Por tanto, las penas alternativas transicionales pueden garantizar los fines del Derecho penal internacional a través de sentencias que observen eficazmente los componentes adicionales a la justicia y los fines del Estatuto de Roma.

La Fiscal de la CPI en el 2017 en su *amicus curiae* ante Corte Constitucional sobre Jurisdicción Especial para la Paz, manifestó³⁴: «*En este contexto, las sanciones penales efectivas podrían ser de distinto tipo, en la medida en que cumplan los objetivos apropiados de las penas, de la disuasión, retribución, rehabilitación y restauración. Estos objetivos podrían manifestarse a través de distintos medios, como la condena público de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas y la disuasión de otras conductas criminales*».

De otra parte, el Vicefiscal de la CPI en mayo de 2018, precisó que «los procesos de naturaleza no penal, como los procesos de reparaciones para las víctimas, podrían ser tomados en consideración para efectos de analizar los esfuerzos nacionales, en el contexto de una evaluación holística, pero, en sí mismos, no tornarían un caso inadmisibles ante la CPI». Reiterando así lo dicho en el *amicus curiae* de la Fiscal General de la CPI en 2017.

En conclusión, de acuerdo al estándar de justicia penal internacional en materia de sanciones que prevé el Estatuto de Roma, frente al modelo transicional ante la Justicia Especial para la Paz, deben analizarse en cada caso la naturaleza y el alcance de las medidas impuestas, que deben cumplirían adecuadamente los

³⁴ Ver en <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>, donde se indicó adicionalmente. «Que las condenas sean compatibles con los principios del Estatuto de Roma dependerá de las circunstancias particulares del caso. La Fiscalía ya ha expresado su posición de que una suspensión total de la pena sería manifiestamente inadecuada, puesto que impediría de facto el castigo de individuos con la mayor responsabilidad por la comisión de crímenes graves».

objetivos de la pena y la reparación efectiva a las víctimas. Lo cual, no excluye la implementación efectiva de las restricciones de libertades y derechos, acompañados de un sistema riguroso de verificación, «y de si su operacionalización con actividades que no forman parte de la sanción, como la participación en los asuntos políticos, no frustren el objeto y fin de la pena»³⁵.

4. LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL Y LA JUSTICIA TRANSICIONAL: LOS FACTORES QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN OBSERVANCIA DEL ART 20.3 DEL ESTATUTO DE ROMA

El Estatuto de la Corte Penal Internacional señala en su artículo 20 que no procesará a nadie que haya sido judicializado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 de la misma norma, a menos que el proceso en el otro tribunal: a). Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia³⁶.

De la citada norma se deriva el principio de *non bis in idem* internacional que a su vez se vincula con dos cuestiones, de una parte, el principio de complementariedad y primacía de las jurisdicciones nacionales siempre que éstas observen la tutela judicial efectiva y de otra, su relación con las cuestiones de admisibilidad de la competencia de la Corte en virtud del Art. 17 núm. 1c), disposición que señala: «La Corte resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando (...) la persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20».

El Acto Legislativo 01 de 2017 estableció en el artículo transitorio 5 que la Justicia Especial para la Paz administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas

³⁵ *Idem*.

³⁶ Vid. VERVAELE, Jhon: «*Ne bis in idem*: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?», Barcelona, 2014, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*. En <http://www.indret.com/pdf/1027.pdf>, y, RAMÍREZ BARBOSA, Paula: «El principio de *non bis in idem* como pilar fundamental del Estado de Derecho. Aspectos esenciales para su configuración», en *Novum Jus*, Vol. 2. N.º 1. 2008, págs. 101 y ss.

consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos. Lo cual, indica la primacía de la justicia nacional transicional sobre la competencia de la Corte Penal internacional por su carácter complementario, siempre que se observen los presupuestos previstos en el artículo 20.3 del Estatuto de Roma.

Sobre el alcance del artículo 20. 3 del Estatuto de Roma, puede destacarse la decisión de la Sección de Apelaciones en Fiscalía, en el caso c. Saif al –Islam Gadaffi y Abdullah al– Senussi, precisó que «ambas normas tienen lenguaje tan similar, que es razonable afirmar que se buscaba que tuvieran el mismo significado»³⁷. En el Caso Fiscalía de la CPI contra C. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, se indicó que la definición del principio *non bis in idem* es definido en el artículo 20 pero el artículo 17(1)(c) solo hace referencia al mismo, por tanto, se consideró aplicable el principio de complementariedad al no concurrir ninguna circunstancia de no admisibilidad. En el Caso de la Fiscalía de la CPI contra J. Pierre Bemba la Sala de Apelaciones concluyó que el sistema judicial nacional de la República Centroafricana del Congo era «incapaz» de judicializarlo por complejidad y dificultades del caso, aplicando el art. 17(3) del ER).⁴⁰ y dando cumplimiento a la admisibilidad del caso³⁸.

La doctrina ha destacado que el principio de *non bis in idem* del art 20 implica que la CPI no puede ejercer su jurisdicción respecto de los mismos hechos (no cargos) que hayan sido objeto de un juicio nacional, independientemente de dónde se haya llevado a cabo (Estado Parte o no)³⁹. También la Fiscalía de la

³⁷ SALA APELACIONES, *Prosecutor vs. Saif Al-Islam Gadda and Abdullah Al-Senussi*, Decisión sobre la apelación de Libia en contra de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares del 31 de mayo de 2013 titulada «Decisión en la admisibilidad del caso en contra de Saif Al-Islam Gadda », 24 de mayo de 2014, ICC-01/11-01/11-547-Red, párr. 43 y SALA APELACIONES, *Prosecutor vs. Saif Al-Islam Gadda and Abdullah Al-Senussi*, Decisión sobre la apelación de Libia en contra de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares del 31 de mayo de 2013 titulada «Decisión en la admisibilidad del caso en contra de Saif Al-Islam Gadda », 24 de mayo de 2014, ICC-01/11-01/11-547-Red, par. 43.

³⁸ Vid. Jean-Pierre Bemba Gombo against the decisión of Trial Chamber III of 24 June 2010 entitled «Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges», ICC-01/05-01/08-962, 19 de octubre de 2010, párrafos 74 y 107-110. Véase también El Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo, Sentencia sobre la apelación interpuesta por Thomas Lubanga Dyilo contra la Decisión relativa a la impugnación por la Defensa a la competencia de la Corte con arreglo al apartado a) del párrafo 2 del artículo 19 del Estatuto, de 3 de octubre de 2006, ICC-01/04-01/06-772-tSPA, párrs. 21 y 22; Situación en la Republica de Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr, 31 de marzo de 2010, párr. 39.

³⁹ Vid. BASSIOUNI, Cherif: «Observations concerning the 1997-98 Preparatory Committee's work», en *Nouvelles Etudes Penales – The International Criminal Court: Observations and Issues before the 1997-98 Preparatory Committee; and Administrative and Financial Implications*, n.º 13, èrés, 1997, pág. 9. SCHABAS, William: «Article 17. Issues of Admissibility», en TRIFFTERER (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, Beck-Hart-Nomos, Munich, 2010, pp. 383-394, p. 394.

Corte Penal Internacional en el «Documento de política general sobre exámenes preliminares», de noviembre de 2013 precisó que la intención de sustraer a una persona de la acción de la justicia puede evaluarse a la luz de indicadores como: a) Medidas manifiestamente insuficientes durante la investigación o enjuiciamiento; b) Desviaciones de las prácticas y procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico; c) Omisión de los estándares probatorios, cercenamiento u omisión de pruebas relevantes al caso; d) Intimidación de víctimas, testigos o personal judicial; e) Violación a la tutela judicial efectiva con valoración distinta a la prueba presentada; f) Insuficiencias manifiestas en la formulación de cargos; g) Indeterminación en el tipo de responsabilidad atribuido en relación con la gravedad de la conducta alegada y el rol atribuido al acusado; h) Ausencia de programas de protección de víctimas y testigos; i) Falencias en el acceso a la justicia y en los mecanismos de denuncia, entre otros⁴⁰.

Lo anterior, también puede vincularse con conclusiones judiciales equivocadas a causa de una identificación errónea, un examen forense defectuoso, deficiencias en la publicidad procesal, pruebas fabricadas, declaraciones manipuladas o extraídas mediante coacción, o decisiones indebidas de admisión o no admisión de pruebas, o independencia en el procedimiento⁴¹. Siendo indicadores: a) La responsabilidad de miembros del Estado, servidores públicos, miembros de las fuerzas armadas y fuerza pública; b) La capacidad de las instituciones judiciales de adelantar investigaciones y juicios con observancia de la tutela judicial efectiva; c) La idoneidad e independencia en nombramiento y destitución de investigadores, fiscales y jueces encargados de adelantar los procesos y la autonomía para ejercer sus actividades; d) La existencia de un régimen de inmunidad y privilegios jurisdiccionales que puedan dificultar la acción de la justicia; e) La injerencia política o económica en la investigación, la acusación o el juicio; f) La posibilidad procesos paralelo al penal o la existencia instancias extrajudiciales; g) La corrupción

⁴⁰ El documento completo puede consultarse en: <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Preliminary-Examinations--November2013-SPA.pdf>. Allí se toma en consideración la situación en la República de Kenia, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr, párr. 50. Véase también *ibíd.*, 182 y 188; Situación en la República de Côte d'Ivoire, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, ICC-02/11-14, 3 de octubre de 2011, párrs. 190 y 191 y 202 a 204.

⁴¹ Las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares I han indicado que «la prueba relacionada, entre otras cosas, con la determinación de si las medidas de investigación son apropiadas, la cantidad y el tipo de recursos asignados a la investigación, así como el alcance de las facultades de investigación de las personas que están a cargo de la investigación.. que son importantes para la cuestión de si no existe una situación de «inactividad» a nivel nacional, también son indicadores pertinentes de la voluntad y la capacidad del Estado de llevar a cabo de manera auténtica los procedimientos correspondientes»; véase *El Fiscal c. Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi*, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11-466-Red, 11 de octubre de 2013, párr. 210.

de investigadores, fiscales y jueces o de altas Cortes de Justicia; h) Las demoras injustificadas en el proceso judicial y la existencia de privilegios extralegales para los procesados⁴².

En relación a la interpretación de estos asuntos, la Sala de cuestiones preliminares de la Fiscalía de la CPI en la situación de c. Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Sennusi, precisó que las violaciones de los derechos procedimentales del acusado no constituyen por sí mismo un motivo para encontrar una falta de voluntad para juzgar. Lo cual supone, analizar cada caso en particular si las violaciones de derechos procedimentales son relevantes para determinar la independencia e imparcialidad de procedimientos nacionales y con ello, su capacidad efectiva de impartir justicia penal ante crímenes internacionales⁴³.

La violación de la tutela judicial efectiva en estos casos, debe vincularse a las exigencias del artículo 17(2), en el entendido que no exista la intención de no hacer comparecer o sustraer al procesado a la acción de la justicia o a la existencia de barreras que afecten la independencia e imparcialidad de los procedimientos o cuando existan practicas manifiestan da falta de respeto de los principios del debido proceso en la investigación, judicialización y sanción de los crímenes internacionales⁴⁴.

En conclusión para determinar la competencia de la Corte Penal Internacional y el alcance de los sistemas transicionales internos, deben valorarse de una parte: 1. Factores objetivos como la naturaleza de los hechos, la tipología de crímenes internacionales cometidos; la existencia de circunstancias contextuales como un conflicto armado o un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, o la verificación de un ataque de destrucción contra un grupo protegido; las condiciones de los presuntos autores y partícipes de los delitos, su pertenencia a una estructura organizada de poder, sus fuentes de financiamiento alianzas políticas o económicas, la intensidad del dolo, el desprecio a los derechos

⁴² Vid. <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Preliminary-Examinations-November2013-SPA.pdf>, págs. 15 y ss.

⁴³ Véase El Fiscal c. Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11-466-Red, 11 de octubre de 2013, párr. 210.

⁴⁴ Véase sobre los criterios de admisibilidad los casos del Fiscal c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled «Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, ICC-01/09-01/11-307, 30 de agosto de 2011, párrs. 1, 47; El Fiscal c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled «Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, ICC-01/09-02/11-274, 30 de agosto de 2011, párrs. 1 y 46. Véase también El Fiscal c. Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11-466-Red, 11 de octubre de 2013, párr. 66.

humanos y a las circunstancias de vulnerabilidad de las víctimas. 2. El principio de complementariedad y las cuestiones de admisibilidad como presupuestos procedimentales de procedibilidad ante la Corte Penal Internacional y 3. Las condiciones de justicia efectiva, denegación de justicia, las posibilidades de sustracción del acusado al proceso penal, la ausencia de condiciones materiales, personales o judiciales para adelantar el proceso penal en el sistema de justicia nacional, entre otros.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai: *Parte general del Derecho Penal Internacional*, Temis, Bogotá, 2005.
- AMBOS, Kai (coordinador): «Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado». GIZ. Proyecto de «Apoyo al proceso de paz en Colombia en el contexto de la Ley de Justicia y Paz». Embajada de la República Federal de Alemania, Bogotá. 2011.
- AMBOS, Kai: *Treatise on International Criminal Law: Volume 1*, Foundations and General Part, Oxford University Press, 2013.
- BASSIOUNI, Cherif: «Observations concerning the 1997-98 Preparatory Committee's work», en *Nouvelles Etudes Penales – The International Criminal Court: Observations and Issues before the 1997-98 Preparatory Committee; and Administrative and Financial Implications*, n.º 13, èrès, 1997.
- BASSIOUNI, Cherif: *Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- GIL GIL, Alicia: *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GIL GIL, Alicia, y MACULAN, Elena: *Derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, 2016.
- LA HAYE, Eve: *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, página 1 El derecho a la verdad Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/66 <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/4342>.
- Oficina del Fiscal, Declaración de la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, sobre la conclusión de las negociaciones de paz entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo. La Haya, Corte Penal Internacional. 2016, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=160901-otp-stat-colombia&ln=Spanish>
- ONU. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resolución 2005/70 «Derechos Humanos y Justicia de Transición» Véase cap. XVII, E/CN.4/2005/L.10/Add.17.
- ONU. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resolución 2005/66, «El derecho a la verdad» 2005/66. Véase cap. XVII, E/CN.4/2005/L.10/Add.17.
- ONU. Comisión de Derechos Humanos. Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar

- el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. (8 de febrero de 2005) E/CN.4/2005/102/Add.1. Principios 13, 14 y 15.
- PÉREZ VIZÁN, Almudena: «Las víctimas ante la Corte Penal Internacional ¿El final del oxímoron víctimas-justicia internacional?, en *Revista de Derechos Humanos Dfensor*, 2011, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26828.pdf>.
- RAMÍREZ BARBOSA, Paula: «El principio de *non bis in ídem* como pilar fundamental del Estado de Derecho. Aspectos esenciales para su configuración», en *Novum Jus*, Vol. 2. No. 1. 2008, págs. 101 y ss.
- RAMÍREZ BARBOSA, Paula y TAMARIT SUMALLA, Josep: «La lucha contra el crimen organizado en tiempos de postacuerdo como pieza central en la consolidación de la Paz», *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, 2018, pág. 3 y ss.
- ROTTBERG BEIL, Angelika: *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005.
- ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1997.
- SALA APELACIONES CPI, «Prosecutor vs. Saif Al-Islam Gadda and Abdullah Al-Senussi, Decisión sobre la apelación de Libia en contra de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares del 31 de mayo de 2013 titulada «Decisión en la admisibilidad del caso en contra de Saif Al-Islam Gadda », 24 de mayo de 2014, ICC-01/11-01/11-547-Red.
- SALA APELACIONES, «Prosecutor vs Saif Al-Islam Gadda and Abdullah Al-Senussi, decisión sobre la apelación de Abdullah Al-Senussi frente a la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de Libia en contra de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 11 de octubre de 2013 titulada «Decisión en la admisibilidad del caso en contra de Al-Senussi», 24 de julio de 2014, ICC-01/11-01/11-565.
- SCHABAS, William: «Article 17. Issues of Admissibility», en TRIFFTERER (coord.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, Beck-Hart-Nomos, Munich, 2010.
- STEWART, James: «La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional. Bogotá, discurso en la conferencia organizada por la Universidad del Rosario, 2015, En <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-stat-13-05-2015-SPA.pdf>.
- TAMARIT SUMALLA, Josep: «Justicia transicional, amnistías y víctimas: los casos de España, El Salvador y Colombia», en Jimeno Aranguren, R. (coord.), *Justicia transicional: historia y actualidad*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2017.
- TEITEL, Ruti: *Transitional Justice*, Oxford University Press, Nueva York, 2000.
- The Prosecutor vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Appeals Chamber, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497, 25 de septiembre de 2009.
- VERVAELE, Jhon: «*Ne bis in ídem*: ¿un principio transnacional de rango constitucional en la Unión Europea?, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2014. En <http://www.indret.com/pdf/1027.pdf>.
- WERLE, Gerhard: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- WERLE, Gerhard, y JESSBERGER, Florian: *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.



NURIA MATELLANES RODRÍGUEZ

nuriam@usal.es

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, en la que se doctoró en el año 1999, obteniendo Premio Extraordinario, con una tesis relativa a la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en materia ambiental. Completó su formación en la University of North Carolina at Chapel Hill (USA). Su línea investigadora se ha especializado en la tutela penal del medio ambiente, tema sobre el que ha escrito varios libros y artículos. Ha trabajado en otros sectores, en especial, sobre delincuencia informática y sobre corrupción, ámbito éste último que le ha llevado a formar parte de varios proyectos de investigación financiados y a impartir cursos y conferencias en varios países de América Latina. Ha coordinado varias ediciones de los Cursos de Especialización en Derecho Penal y varios bienios del Programa Doctorado «Aportaciones de la Política Criminal a las reformas penales Iberoamericanas» impartidos en la Universidad de Salamanca. Desde su incorporación como docente al área de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca ha sido profesora en el Centro de Formación del Cuerpo Nacional de Policía (Ávila), en el Título Propio de Criminología y en diversos Grados y Másteres de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca. Durante 8 años, hasta el año 2012, compaginó su labor docente con el puesto de Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Salamanca.

Esta obra recoge una amplia serie de artículos en los que se abordan temas centrales del conocido como moderno Derecho penal, que de alguna manera es la respuesta penal frente a nuevas manifestaciones de la criminalidad, consecuencia en buena medida de la evolución que en los últimos tiempos ha experimentado la sociedad. La internacionalización es una característica que condiciona el actual momento histórico y que se proyecta tanto sobre nuevos intereses que es necesario proteger, como sobre nuevas formas de delincuencia ante intereses más «tradicionales». Estos cambios, necesariamente abren la puerta al debate sobre el contenido de nuevas decisiones político criminales. Desde el marco de los problemas que acarrea una posición de populismo punitivo, las aportaciones contenidas en este volumen se centran en diversas manifestaciones de la internacionalización de la delincuencia. Así, se ocupa de la situación que se genera por el tránsito de dictadura a democracia o la finalización de largas situaciones de conflicto interno, que ponen a la vista la comisión de delitos gravísimos contra los más elementales derechos humanos. Por otro lado, la internacionalización genera también nuevas manifestaciones de la criminalidad organizada. Es el caso del terrorismo internacional, que acusa las carencias de una definición de terrorismo universalmente aceptada y condiciona el contenido de los modelos de respuesta regionalmente aceptados, muy especialmente en el marco de la Unión Europea. Igualmente, la internacionalización de las relaciones económicas da protagonismo a las grandes corporaciones, en cuyo seno, la actividad delictiva requiere nuevas respuestas, distintas de las utilizadas hasta este momento. En esta obra se hace un estudio sobre las normas de *compliance*, que implican una privatización de los controles internos de la empresa y se presentan como la gran alternativa de carácter preventivo frente a la nueva delincuencia económica.



VNIVERSIDAD
D SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



1218 ~ 2018

ISBN: 978-84-1311-346-3



9 788413 113463