

FERNANDO PÉREZ ALVAREZ (Dir.)

LINA MARIOLA DÍAZ GORTÉS

M.ª TERESA HEREDERO CAMPO

NATHALI JANETH VILLASANTE ARROYO

(Coords.)

PROPUESTAS PENALES:

NUEVOS RETOS

Y MODERNAS TECNOLOGÍAS

IV Congreso Internacional

USAL - CISE



Jóvenes Investigadores
Ciencias penales

MEMORIAS

IV CONGRESO INTERNACIONAL

DE JÓVENES INVESTIGADORES DE CIENCIAS PENALES

ANUAL
A



Ediciones Universidad
Salamanca

PROPUESTAS PENALES: NUEVOS RETOS
Y MODERNAS TECNOLOGÍAS

FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ (Dir.)

PROPUESTAS PENALES:
NUEVOS RETOS
Y MODERNAS TECNOLOGÍAS

LINA MARIOLA DÍAZ CORTÉS
M.^a TERESA HEREDERO CAMPO
NATHALI JANETH VILLASANTE ARROYO
(Coords.)



Ediciones Universidad
Salamanca

AQUILAFUENTE, 248

©

Ediciones Universidad de Salamanca
y los autores

1ª edición: diciembre, 2016

ISBN: 978-84-9012-709-4 (impreso) / DL.: S 578-201

ISBN: 978-84-1311-356-2 (pdf)

Entidades colaboradoras:

Universidad del Rosario (Colombia)

Universidad Pedagógica y Tecnológica (Colombia)

Universidad César Vallejo (Perú)

Universidad Nacional Federico Villareal (Perú)

Instituto de Ciencia Procesal Penal (Perú)

Universidad San Marcos (Perú)

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais Penal (Brasil)

Instituto Baiano de Direito Processual (Brasil)

Universidad de Atacama (Chile)

Instituto de Ciencia Procesal Penal, la Maestría en Administración de Justicia (Costa Rica)

Grupo de alumnos paraguayos coordinados por el Profesor Dr. D. David Eleuterio Balbuena Pérez,

Doctor por la Universidad de Castellón (España)

Consejo de la Abogacía en Castilla y León (España)

Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca, (España)

Proyecto I+D+i (MINECO) “Privacidad y Redes Sociales” (DER201342294R)

Proyecto I+D+i (MINECO) “Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a los Estados democráticos” (DER201344228R)

Ediciones Universidad de Salamanca

Plaza San Benito s/n

E-37002 Salamanca (España)

<http://www.eusal.es>

eus@usal.es

Composición:

Intergraf

Realizado en España-Made 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.

Ediciones Universidad de Salamanca es miembro de la UNE

Unión de Editoriales Universitarias Españolas

www.une.es



CEP. Servicio de Bibliotecas

PROPUESTAS penales :

nuevos retos y modernas tecnologías / Fernando Pérez Álvarez (dir.) ;

Lina Mariola Díaz Cortés, M.ª Teresa Heredero Campo, Nathali Janeth Villasante Arroyo (coords.).

— 1a. ed.—Salamanca : Ediciones Universidad de Salamanca, 2016

848 p. —(Aquilafuente ; 248)

1. Derecho penal-Discursos, ensayos, conferencias. I. Pérez Álvarez, Fernando, editor.

II. Díaz Cortés, Lina Mariola, editor. III. Heredero, Teresa, editor.

IV. Villasante Arroyo, Nathali Janeth, editor.

343(082)

ÍNDICE

Prólogo.....	13
--------------	----

PARTE I

CIENCIAS PENALES Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN

El <i>ciberbullying</i> : una aproximación criminológica.....	17
ARIADNA BOLDÚ PEDRO (España) <i>Investigadora Doctoranda, Universitat de Lleida, España</i>	

La controvertida determinación de la mayoría de edad penal: aportes desde la neuroimagen.....	33
MARÍA SÁNCHEZ VILANOVA (España) <i>Investigadora Doctoranda, Universidad de Valencia, España</i>	

La construcción jurisprudencial de las intervenciones telefónicas.....	49
ANTONIO FRANCISCO MAZUECOS ASID (España) <i>Investigador Doctorando, Universidad de Granada, España</i>	

La influencia de las nuevas tecnologías en el crimen organizado.....	67
SONIA M. GRANADOS ROMERO (España) <i>Investigadora Doctoranda, Universidad Jaime I de Castellón, España</i>	

La tecnología de la información y las comunicaciones en el marco del proceso de transformación Procesal Penal de América Latina.....	83
JUAN PABLO BONNET (Argentina) <i>Investigador Máster, Universidad Austral, Argentina</i>	

PARTE II

TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA EN EL MODERNO DERECHO PENAL

La extensión del principio de legalidad penal a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	101
JERÓNIMO GARCÍA SAN MARTÍN (España) <i>Doctor Senior, Universidad de Salamanca, España</i>	

Hermenéutica jurídica: tipos penales y tecnología.....	113
MARIANA SOLARI MERLO (España) <i>Investigadora Doctoranda, Universidad de Cádiz, España</i>	
¿Qué significa que un bien jurídico ha sido lesionado?.....	131
SANTIAGO TRUCCONE BORGOGNO (Argentina) <i>Investigador Doctorando, CONICET-Universidad Nacional de Córdoba, Argentina</i>	
Imputación objetiva e imprudencia en el derecho anglosajón.....	147
MARTA PANTALEÓN DÍAZ (España) <i>Alumna de Grado, Universidad Autónoma de Madrid, España</i>	
Redefinición de las relaciones entre dolo y culpa: el ocaso de la delimitación dolo eventual-culpa consciente	163
JOSE F. BUSTAMANTE REQUENA (Perú) <i>Investigador Práctico, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, Perú</i>	
El entendimiento y la comprensión en ámbito de la imputabilidad penal a la luz de las modernas neurociencias	181
FRANCINE MARIOLGA DOS REIS GUEDES (Brasil) <i>Investigadora Máster, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales UCES, Argentina</i>	
Una contribución a la determinación típica del robo con homicidio - Especial referencia al Derecho Penal Peruano.....	191
GODOFREDO ANDRÉ GARCÍA LEÓN (Perú) <i>Investigador Máster, Universidad Nacional de Trujillo, Perú</i>	
Regulación jurídico-penal de los delitos sexuales en Guatemala.....	205
HAZEL JASMIN BOLAÑOS VÁSQUEZ (El Salvador) <i>Doctora Junior, Universidad de Zaragoza, España</i>	
Polemizando sobre el bien jurídico protegido en el artículo 320 del Código Penal	221
ANTONIO MARTÍN PARDO (España) <i>Doctor Junior, Universidad de Málaga, España</i>	
Observaciones sobre la reforma del delito de blanqueo de capitales y su reciente desarrollo jurisprudencial.....	239
FIDEL NICOLÁS MENDOZA LLAMACPONCCA (Perú) <i>Investigador Doctorando, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú/ Universidad de Salamanca, España</i>	
Retribuciones externas y corrupción de los administradores sociales.....	269
IRENE NAVARRO FRÍAS (España) <i>Doctora Senior, Universidad de La Laguna, España</i>	
El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos a la luz de la L.O. 1/2015	285
CLARA MOYA GUILLEM (España) <i>Investigadora Doctoranda, Universidad de Alicante, España</i>	
La solución del CP de 2015 a la inconstitucionalidad del delito de negacionismo (del artículo 607.2 al 510 CP).....	301
CRISTINA GARCÍA ARROYO (España) <i>Investigadora Doctoranda, Universidad de Sevilla, España</i>	
Responsabilidad penal por crímenes internacionales y coautoría mediata.....	309
MIREN ODRIUZOLA-GURRUTXAGA (España) <i>Investigadora Doctoranda, UPV/EHU, España</i>	

Las aporías del discurso utilitarista de la pena.....	325
JORGE LUIS ZEGARRA RENGIFO (Perú) <i>Investigador Máster, Universidad de Salamanca, España</i>	
La expropiación del poder punitivo en manos de empresas privadas / Privatización en la justicia de menores	343
AGUSTINA REZZANI (Argentina) <i>Investigadora Máster, Universidad de Málaga, España</i>	
La libertad vigilada en la reforma del Código Penal de 2015. Un paso más hacia la radicalización del dualismo.....	355
DAVID-ELEUTERIO BALBUENA PÉREZ (España) <i>Doctor junior, Universidad Jaume I de Castellón, España</i>	
Los <i>compliance programs</i> o la vuelta al <i>no body to kick, no soul to damn</i> . Una aproximación a la luz de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015	379
ELENA GUTIÉRREZ PÉREZ (España) <i>Investigadora Máster, Universidad de Alicante, España</i>	
Proteger a las víctimas en contra de su voluntad: consecuencias y propuestas de <i>lege ferenda</i>	395
NATALIA PÉREZ RIVAS (España) <i>Doctora Senior, Universidad de Santiago de Compostela, España</i>	

PARTE III

EL MODERNO DISCURSO POLÍTICO CRIMINAL

Incidencia de la regulación penal en la investigación con células embrionarias humanas.....	413
JUAN MANUEL MARTÍN GUERRERO (España) <i>Investigador Práctico, Universidad de Málaga, España</i>	
Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo: ¿por fin una tutela para la persona «no nacional» en el ordenamiento jurídico penal español?	429
PATRICIA TAPIA BALLESTEROS (España) <i>Doctora Junior, Universidad de Valladolid, España</i>	
La narrativa del pedófilo como <i>doppelgänger</i> social	443
DAVID CASTRO LIÑARES (España) <i>Investigador Doctorando, Universidad da Coruña, España</i>	
La Justicia Restaurativa en el delito de hurto: reflexiones político-criminales para un modelo brasileño.....	455
ÍLISON DIAS DOS SANTOS (Brasil) <i>Investigador Máster, Universidad de Salamanca, España</i>	
Aproximación al delito de enriquecimiento ilícito (a propósito de la propuesta de incorporación al C. P. español)	465
MARIANO JORGE CARTOLANO (Argentina) <i>Doctor Senior, Universidad de Salamanca, España</i>	
El bien jurídico protegido en el art. 290 de Código Penal y su tutela.....	483
PAZ FRANCÉS LECUMBERRI (España) <i>Doctora Junior, Universidad Pública de Navarra, España</i>	

Sobre la regularización en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social como ejemplo político-criminal del nuevo «Derecho penal del amigo»	499
MIGUEL BUSTOS RUBIO (España) <i>Doctor Junior, Universidad Complutense de Madrid, España</i>	
¿Dónde acaban las nuevas tecnologías obsoletas?.....	519
MIRIAM RUIZ ARIAS (España) <i>Investigadora Doctoranda, Universidad de Salamanca, España</i>	
El origen internacional de la protección penal del medio ambiente y su evolución jurídica en España.....	535
MARÍA ÁNGELES FUENTES LOUREIRO (España) <i>Investigadora Doctoranda, Universidade da Coruña, España</i>	
Límites y conflictos entre el libre desarrollo de la personalidad y una Política criminal legalizadora de las drogas que no causan grave daño a la salud: salud pública vs salud individual.....	551
JULIO BALLESTEROS SÁNCHEZ (España) <i>Investigador Doctorando, Universidad de Salamanca, España</i>	
La seguridad vial desde la teoría del bien jurídico: análisis crítico.....	567
RODRIGO CARDOZO POZO (Chile) <i>Doctor Junior, Universidad de Atacama, Chile</i>	
Delitos contra la Administración Pública en el marco de contrataciones estatales: especial referencia al delito de colusión simple en el ordenamiento jurídico peruano	587
INGRID DÍAZ CASTILLO (Perú) <i>Investigadora Doctoranda, Universidad de Salamanca, España</i>	
El castigo de la pertenencia a organización criminal en el Código Penal español: los delitos de asociación criminal y organización y grupo criminal.....	603
JARA BOCANEGRA MÁRQUEZ (España) <i>Investigadora Doctoranda, Universidad de Sevilla, España</i>	
La gestión y el destino de los bienes decomisados en Italia, ¿un posible modelo para España?.....	617
ANA E. CARRILLO DEL TESO (España) <i>Investigadora de Doctoranda, Universidad de Salamanca, España</i>	
Contornos de un «modelo tipo» de expolio de las riquezas de las naciones como crimen de Derecho Internacional	631
MARCELO A. CASTILLO MONTERREY (Nicaragua) <i>Doctor Junior, Universidad de Salamanca, España</i>	
Crímenes de odio e intolerancia: Los desafíos de crear una Cultura de Paz.....	643
MÁRCIO RICARDO FERREIRA (Brasil) <i>Investigador Práctico, Universidad de Coimbra, Portugal</i>	
El discurso de la discriminación y los delitos de odio.....	659
JAVIER GARCÍA RODRÍGUEZ (España) <i>Investigador Doctorando, Universidad de Cádiz, España</i>	
Notas sobre temporalidad e imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad a propósito de la querrela argentina por crímenes del franquismo	673
DIEGO LUNA (Argentina) <i>Investigador Máster, Universidad de Buenos Aires, Argentina</i>	

Un reto inaplazable de la justicia penal del siglo XXI: La búsqueda de la paz a través de la Corte Penal Internacional.....	687
GABRIELA PALLÍN IBÁÑEZ (España) <i>Investigador Práctico, Universidad Pontificia Comillas, España</i>	
On a Universal Criminal Policy: For a Prospective Approach to the International Criminal Justice	703
RUI CARLO DISSENHA (Brasil) <i>Doctor Junior, Universidad de Sao Pablo, Brasil</i>	
Pretendidas justificaciones de la cadena perpetua a la luz de las teorías sobre el fin de la pena.....	721
SILVIO CUNEO NASH (Italia) <i>Investigador Doctorando, Universitat Pompeu Fabra, España</i>	
Represión estatal y Derecho Penal: relaciones paradójicas.....	737
LEOPOLDO PUENTE RODRÍGUEZ (España) <i>Investigador Máster, Universidad Autónoma de Madrid, España</i>	
La <i>General Strain Theory</i> y las Políticas Criminales.....	755
MARCO TEIJÓN ALCALÁ (España) <i>Investigador Máster, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España</i>	
<i>Stalking</i> : crítica a su incriminación a través del delito de quebrantamiento de condena.	773
ALEJANDRA PUJOLS PÉREZ (España) <i>Investigadora Doctoranda, Universitat de Lleida, España</i>	
Tomándose el abolicionismo en serio: Por un abolicionismo vigente en el debate político criminal.....	787
ANA MARÍA LÓPEZ PINILLA (Colombia) <i>Investigadora máster, Universidad de Málaga, España</i>	
Las víctimas y el discurso político penal populista – algunas causas y consecuencias	801
HENRIQUE ABI-ACKEL TORRES (Brasil) <i>Investigador Doctorado, Universidad de Sevilla, España</i>	
Mediación Penal en España.....	817
JOANA RUIZ SIERRA (España) <i>Investigador práctico, Universidad de Barcelona, España</i>	
La necesidad de un Consejo de Política Criminal: el caso del anteproyecto de reforma del Código Penal argentino	831
ROMINA ANDREA FRONTALINI REKERS (Argentina) <i>Investigadora Doctoranda, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina</i>	

Prólogo

Las Memorias del IV Congreso internacional de Jóvenes investigadores subrayan, una vez más, el importante encuentro de investigación penal que la Profesora Lina Mariola Díaz Cortés nos viene regalando con su buen hacer, desde su inicial idea de favorecer este valioso espacio compartido de reflexión.

Con el agradecimiento a Lina, vaya igualmente ese recado de gratitud para los casi cuarenta autores que colaboran en este libro. Porque estas memorias son el reflejo de mucha y muy buena investigación. De la mano de los «jóvenes investigadores» de estas colaboraciones, tuvimos ocasión de disfrutar y aprender con sus intervenciones, en las distintas ponencias y comunicaciones del Congreso, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca los días 29, 30 de junio y 1 de julio de 2015.

La originalidad de sus aportes recorre múltiples aspectos que las Ciencias penales reclaman en la actualidad. De modo que el lector va a encontrar esmerados análisis, múltiples propuestas y asuntos controvertidos, tanto en las reflexiones propias del moderno derecho penal, como en el discurso político criminal. Sus trabajos abordan la búsqueda de soluciones, ante los retos que la sociedad actual y globalizada nos plantea, desde la tecnología, la internacionalización de los ilícitos, el derecho comparado o la nueva delincuencia.

En todos los estudios que dan cuerpo a esta obra, asistimos a una disertación solvente, comprometida con los principios irrenunciables de un derecho penal garantista que permea todos los discursos, en reflexión enriquecida por el abordaje de distintos modelos penales, dado el ámbito internacional del Congreso. Una dimensión que nos acercó a jóvenes investigadores de distintas Universidades de Argentina, Portugal, Chile, Perú, Colombia, El Salvador, Costa Rica, Brasil y España.

El carácter coral de la obra que tengo el honor de presentar, igualmente se subraya con la multiplicidad de las colaboraciones que merecen una mención especial, no sólo para los numerosos compañeros de la organización española y extranjera que, generosamente, se aplicaron en el éxito del Congreso, sino para las distintas instituciones que acompañaron el buen hacer del mismo, como Ciencias de la Seguridad –CISE-, la Cátedra de Seguridad de Telefónica, el Área de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, la Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais y el Instituto Baiano de Direito Processual Penal en Brasil, la Universidad de Atacama en Chile, el Instituto de Ciencia Procesal Penal, la Universidad Cesar Vallejo,

la Universidad Nacional Federico Villareal y la Universidad San Marcos en Perú, la Maestría en Administración de Justicia en Costa Rica, la Universidad del Rosario en Colombia, el Consejo de la Abogacía en Castilla y León y el Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca en España. Vaya en estas líneas el reconocimiento a tan inestimable colaboración.

Un saldo de gratitud de tantos compañeros y amigos, querida Ana Messuti, por tu presente y constante ejemplo, que nos cautiva siempre con la fuerza y denuncia que traduce tu encantadora fragilidad. Gracias amigo Miguel Díaz y García Conlledo, por la magistral conferencia inaugural del Congreso que nos brindaste y que nos hace, como tantas veces, deudores de tu cercana valía.

Gracias Jóvenes investigadores por sumar tanto y tan bien a esta empresa y por último, gracias querido lector, porque nuestro Congreso tenía presente tu lectura postrera y atenta que amerita la obra que vas a disfrutar. Entre sus líneas hay mucha ilusión, esfuerzo, generosidad y acierto que rescata el sentido de nuestro trabajo.

FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ

Blondenber, diciembre de 2016

PARTE I
CIENCIAS PENALES
Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN
Y LA COMUNICACIÓN

El *ciberbullying*: una aproximación criminológica

ARIADNA BOLDÚ PEDRO (España)

*Investigadora Doctoranda, Universitat de Lleida, España*¹

RESUMEN: El fenómeno del acoso cibernético o *ciberbullying*, es un área de alto interés científico para la criminología, pero a su vez constituye un tema controvertido y difícil de estudiar. En este contexto, el presente estudio está encaminado a explorar la complejidad de esta problemática y sus consecuencias tanto para el individuo como para la sociedad. Con este propósito, se ha llevado a cabo una revisión bibliográfica de las publicaciones existentes que hacen referencia a la prevalencia, incidencia y consecuencias de este tipo de victimización, así como el análisis de los resultados obtenidos de 150 cuestionarios administrados a jóvenes universitarios de Cataluña para poder determinar si los datos obtenidos a través de este estudio se ajustan a los encontrados en la literatura existente.

Palabras clave: ciberbullying, acoso cibernético, ciberagresor, cibervíctima, ciclo de la violencia.

ABSTRACT: The *cyberbullying* phenomenon, also known as online harassment, is an area of increasing scientific interest to criminology, but is also controversial and a difficult topic to study. In this context, this research aims to explore the complexity of this problem and its consequences for both the individual and the society. For this purpose, it has been carried out a literature review of the current publications referring to the prevalence, incidence and consequences about this type of victimization, and the analysis of the results of 150 questionnaires filled out by university students of Catalonia to determine whether the data obtained from this analysis agrees with what has been found in the global literature.

Key words: cyberbullying, online harassment, cyber agresor, cyber victim, cycle of violence.

¹ Becaria de investigación FI-AGAUR. Departamento de Derecho Público, Universitat de Lleida (España).

SUMARIO: I. Aproximación conceptual al fenómeno del ciberbullying. II. Las nuevas tecnologías como contexto victimizante para los menores. III. El acoso cibernético. 1. *Definición y características*. 2. *Prevalencia e incidencia*. 3. *Características de los sujetos que intervienen*. 4. *Consecuencias del ciberbullying*. IV. Metodología. V. Discusión de resultados. VI. Conclusiones.

I. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL FENÓMENO DEL CIBERBULLYING

Desde que en 1973 OLWEUS comenzó a estudiar el fenómeno del maltrato entre iguales en el ámbito escolar ha transcurrido casi medio siglo en el que se ha ampliado el conocimiento de este acto de violencia y se han desarrollado una diversidad de programas de intervención en el ámbito escolar para prevenir este tipo de conductas e intervenir cuando aparecen. Paralelamente a esta evolución, en los estudios sobre el acoso escolar, se han ido introduciendo cambios en la realidad del maltrato y han ido apareciendo nuevas formas de agresión entre iguales, nuevas modalidades de acoso (GARAIGORDOBIL, 2011; BERA y LI 2005; BERA y LI, 2007).

La investigación sobre el *ciberbullying* surge de los trabajos sobre acoso escolar tradicionales. Como señala SMITH (citado en PEREDA y TAMARIT, 2013), el trabajo sistemático sobre acoso escolar ha transcurrido a través de cuatro etapas, de las cuales la cuarta corresponde al *ciberbullying*. La primera etapa, durante los años 70-80, se caracterizó por los importantes desarrollos teóricos de OLWEUS, las medidas pioneras de autoinforme para medir el acoso y el primer programa de prevención aplicado a escuelas. Esta primera etapa transcurre principalmente en los países nórdicos. En la segunda etapa, durante los años 80 y primera mitad de los 90, tiene lugar la internacionalización del estudio de este fenómeno con investigaciones en diferentes continentes y la importante diferenciación entre acoso directo (agresiones físicas) y acoso relacional (p.ej., difusión de rumores). En la tercera etapa, entre mediados de los 90 y 2004 aproximadamente, se pone en marcha un programa de investigación internacional consolidado y se establece la diferenciación entre los distintos roles en la participación en el acoso escolar (acosador, víctima y espectadores). Finalmente, a partir del año 2004, partiendo de la tradición anterior e incorporando los elementos previos, se comienzan a investigar las principales características, el alcance y las variables asociadas al *ciberbullying* (SMITH, 2012, citado en PEREDA y TAMARIT, 2013).

II. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO CONTEXTO VICTIMIZANTE PARA LOS MENORES

El problema de la violencia escolar y el *bullying* es ya un fenómeno conocido por la sociedad y un viejo tópico en la investigación, pero las vías por la que se produce el *bullying* han evolucionado en el tiempo y han surgido nuevas formas de intimidación, acoso y malos tratos (ORTEGA, CALMAESTRA y MORA-MERCHÁN, 2008).

El propósito del presente trabajo es conocer el fenómeno del *ciberbullying* en nuestro entorno. Así, esta investigación se centra principalmente en aclarar cuatro aspectos fundamentales. En primer lugar, determinar los niveles de implicación de los alumnos de la muestra como acosadores y víctimas. En segundo lugar, analizar la posible influencia de las variables edad y sexo en la prevalencia del *ciberbullying*. El tercer objetivo se centra en establecer las formas más

habituales de acoso cibernético y, finalmente, el cuarto objetivo pretende explorar la relación entre el hecho de ser victimizado y ser acosador en relación al ciberacoso; es decir, si se produce el llamado «ciclo de la violencia».

Este trabajo ha sido elaborado a partir de un extenso análisis bibliográfico con el fin de ilustrar el alcance de este fenómeno tan novedoso, para a través de cuestionarios semiestructurados, comparar si los resultados de nuestro estudio son similares a los que podemos encontrar en la bibliografía actual y/o si ha habido variaciones en su desarrollo. Los cuestionarios que configuran la parte cuantitativa del trabajo, han sido administrados a alumnos de primer curso universitario². Seguidamente se ha procedido a realizar un análisis estadístico mediante el programa SPSS para poder extraer los resultados de los cuestionarios y establecer las principales conclusiones.

III. EL ACOSO CIBERNÉTICO

1. *Definición y características*

El ciberacoso, también conocido como *ciberbullying*, acoso cibernético, *online harassment* o victimización electrónica, es entendido como el daño repetido e intencionado ocasionado a través de medios electrónicos como teléfonos móviles o Internet, realizado por un grupo o individuo contra el que la víctima no puede defenderse por sí misma (HINDUJA y PATCHIN, 2008). No obstante, esta definición no es homogénea. Así, según SMITH (2008), el *ciberbullying* es un acto agresivo e intencionado llevado a cabo de manera repetida y constante a lo largo del tiempo, mediante el uso de formas de contacto electrónicas por parte de un grupo o individuo contra una víctima que no puede defenderse fácilmente. WILLARD (2005) define el *ciberbullying* como el envío y acción de colgar textos o imágenes dañinas o crueles por Internet u otros medios digitales de comunicación. BELSEY (2005) conceptúa el ciberacoso como el uso vejatorio de algunas tecnologías de la información y de la comunicación, como el correo electrónico, los mensajes a través del teléfono móvil, la mensajería instantánea, los sitios personales y/o el comportamiento personal en línea difamatorio, de un individuo o un grupo, que deliberadamente y de forma repetida y hostil, pretende dañar a otra persona. Tal y como se puede observar a través de las definiciones recogidas, el acoso cibernético es una forma de causar un daño intencionado hacia una persona o grupo de personas a través de las nuevas tecnologías. No obstante, un aspecto que no queda tan claro en la literatura, es el sujeto activo y pasivo de esta conducta, pues muchos autores consideran que este fenómeno solo se produce entre menores de edad (GÁMEZ, 2014).

El *ciberbullying*, pese a ser parecido al acoso escolar, manifiesta una serie de diferencias con los tipos tradicionales de maltrato y acoso entre escolares (BERA y LI, 2007). En primer lugar, provoca una mayor inseguridad a la víctima, ya que no existen lugares seguros donde pueda estar a salvo por lo que vive bajo un riesgo constante de agresión. Asimismo esta puede ser observada por una gran cantidad de espectadores (un número indefinido a veces), lo que hace que el daño potencial de la agresión permanezca en el tiempo, ampliando los efectos esperados como consecuencia de la misma. Por otra parte, existe un gran número de víctimas que nunca conocerán

² Eran mayoritariamente alumnos de 18 años que podían recordar con exactitud experiencias de victimización recientes.

a sus agresores debido al anonimato que caracteriza este tipo de actuaciones (GÁMEZ, 2014). Mientras que el *bullying* o acoso escolar se realiza fundamentalmente en el centro educativo, el *cyberbullying* se puede producir fuera de él, lo que implica que sea más difícil de detectar por parte del profesorado (ORTEGA, MORA MERCHÁN, CALMAESTRA y VEGA, 2009; HINDUJA y PATCHIN, 2010).

GÁMEZ (2014) enumera los tipos más frecuentes de *cyberbullying*. Así, por ejemplo, podemos encontrarnos conductas como:

- a) Envío/recepción de mensajes electrónicos con un lenguaje hostil o vulgar;
- b) Envío/recepción de mensajes amenazantes o que pretenden obtener algo a cambio de la víctima en contra de su voluntad (p. ej., favores sexuales, dinero, etc.) a través de chantajes;
- c) Difusión a través de Internet o envío de imágenes, fotos o vídeos con información íntima o sexual, o que muestran a la víctima en una situación humillante o embarazosa;
- d) Acoso a la víctima con numerosos mensajes, correos electrónicos o llamadas, con el objetivo de molestarla o hacerla sentir mal;
- e) Difusión de comentarios crueles o rumores sobre una persona para dañar su reputación o sus relaciones con amigos;
- f) Infiltración en la cuenta de alguien y empleo de dicha cuenta para enviar mensajes que hacen quedar mal a su propietario, lo ponen en situación problemática o en peligro, o dañan su reputación y sus amistades;
- g) Exclusión intencional de un individuo de un grupo *online*, como por ejemplo, una lista de amigos, con el objetivo de causarle un daño o perjuicio;
- h) Divulgación de secretos o información embarazosa o comprometida de alguien;
- i) Grabación en video o captura de fotos de una víctima mientras se la obliga a llevar a cabo un comportamiento humillante, comprometido (p.ej., un comportamiento sexual) o se la agrede físicamente (fenómeno conocido como *happy slapping*) para después difundirlo a través de Internet o el móvil.

Otras formas de victimización online menos estudiadas, pero que están cobrando especial relevancia en los últimos años, son el acoso sexual a menores a través de las nuevas tecnologías (también conocido como *online grooming*), el *sexting* y la violencia en las relaciones de pareja a través de las nuevas tecnologías (TAMARIT y PEREDA, 2013; KARMEN, 2010).

2. Prevalencia e incidencia

GARAIGORDOBIL (2011) hizo un trabajo muy relevante donde se analizaban los estudios que han investigado la prevalencia y los efectos del *cyberbullying*. Los resultados de esta revisión permiten concluir que en todos los países se constata una alta prevalencia de acoso cibernético. Aproximadamente entre un 40 y un 55% de los escolares están implicados de algún modo (víctimas, agresores u observadores). Entre un 20% y un 50% informan experiencias de victimización, aunque únicamente entre un 2 y un 7% han sido víctimas de forma severa. Se constatan variaciones en función de los países, las edades de las muestras y el período de tiempo. No obstante, estos

datos no son nada uniformes en la literatura. Así, ORTEGA, CALMAESTRA y MORA MERCHÁN (2008) encuestaron a 830 escolares de entre 12 y 18 años y los resultados muestran que la prevalencia del fenómeno en nuestro entorno sociocultural no es especialmente grave en comparación con otros países. Uno de cada cuatro escolares está involucrado en conductas de *ciberbullying*, aunque un porcentaje no superior al 4% se hallaría implicado de forma severa. FÉLIX, SORIANO, GODOY y SANCHO (2010), en una muestra de escolares de la Comunidad Valenciana detectaron que de todos los tipos de violencia escolar, el *ciberbullying* representaba un 74,4%, siendo la mayoría de los acosos perpetrados a través de SMS. Finalmente, otro estudio que aporta datos muy relevantes y fiables debido al tamaño de la muestra, es el realizado por PEREDA, ABAD y GUILERA (2012). Estas autoras llevaron a cabo un trabajo muy exhaustivo en relación a la incidencia y repercusiones de la victimización y la polivictimización en jóvenes catalanes, donde en relación a la victimización a través de Internet encontraron que aproximadamente un 32,5% de la muestra femenina y un 11,1% de la masculina, había sido victimizada a través de las nuevas tecnologías en algún momento de su infancia/adolescencia temprana. Asimismo constataron que las victimizaciones por Internet se inician en la etapa de la adolescencia temprana, pero cuando tienen connotaciones sexuales aparecen más bien en la adolescencia media.

3. *Características de los sujetos que intervienen*

En relación a las características de la conducta de los menores protagonistas (acosadores, víctimas y espectadores) existe poca bibliografía (BARTRINA, 2014). No obstante, se pueden destacar algunas diferencias en las tipologías conductuales según el rol de los protagonistas.

En relación a las características de los acosadores, se dice que estos necesitan imperiosamente dominar a los demás y les gusta hacer valer su fuerza física. Asimismo suelen presentar un bajo rendimiento académico, impulsividad y baja tolerancia a la frustración (SMITH 2008). Finalmente tienen dificultades para asumir y cumplir una normativa y tienen poca empatía en relación a las víctimas de las agresiones.

En cuanto a las características de las víctimas, éstas suelen ser personas pasivas o sumisas que no responden al ataque o insulto. Asimismo suelen presentar estados emocionales negativos como ansiedad, depresión, baja autoestima, indefensión, apariencia triste, mal humor y/o ideas suicidas. Expresan disgusto por la soledad, frustración, irritabilidad, somatizaciones y/o altos niveles de estrés permanente. Asimismo experimentan un decremento en el rendimiento académico y en las actividades sociales, con tendencia al distanciamiento o aislamiento.

Finalmente los espectadores suelen ser un grupo de alumnos o amigos que participan en las intimidaciones pero que normalmente no toman la iniciativa. Son los terceros protagonistas. Hay poca información sobre sus características en la bibliografía, pero todo apunta a que éstos podrían adoptar un rol activo en un futuro no muy lejano y en este sentido se haría efectiva su implicación en la conducta de acoso. No obstante es difícil saber exactamente qué papel juegan, pues es difícil determinar el número de espectadores de una imagen, texto o vídeo colgado en la red (BARTRINA, 2014).

4. *Consecuencias del ciberbullying*

Los estudios evidencian que las cibervíctimas tienen sentimientos de ansiedad, depresión, ideación suicida, estrés, miedo, baja autoestima, sentimientos de ira y frustración, sentimientos de indefensión, nerviosismo, irritabilidad, somatizaciones, trastornos del sueño y dificultades para concentrarse que afectan al rendimiento escolar; mientras que los ciberagresores muestran falta de empatía, conducta agresiva y delictiva, superior consumo de alcohol y drogas, dependencia de las tecnologías y absentismo escolar (GARAIGORDOBIL, 2011; YBARRA, KIMBERLY y MITCHEL, 2007). Así, tal y como podemos observar, este fenómeno acarrea graves perjuicios tanto para la víctima como para el agresor y terceros observantes (MITCHELL, YBARRA y FINKELHOR, 2007).

Asimismo, siguiendo con los resultados del estudio de PEREDA, ABAD y GUILERA (2012), estas autoras también registraron el nivel de malestar de los jóvenes victimizados en su muestra. Para tal efecto pidieron que valoraran el grado de malestar o estrés que les generó la victimización en el momento en que se produjeron los hechos utilizando una escala comprendida entre nada=1 y mucho=5, con tres categorías intermedias definidas como un poco=2, regular=3, y bastante=4. De este modo pudieron concluir que los menores víctimas de ciberacoso y de solicitudes sexuales no deseadas a través de Internet presentan el máximo nivel de malestar (5). En relación con la frecuencia, también destacaron que estas victimizaciones, en general, suelen ser bastante esporádicas y se producen entre una y dos veces al año.

A fin de determinar el nivel de sintomatología psicológica de los adolescentes cibervictimizados utilizaron una escala llamada «Youth Self Report», con la que obtuvieron tres puntuaciones por cada participante: a) sintomatología internalizante, que incluye las escalas de Ansiedad/Depresión, Aislamiento/Depresión, y Quejas somáticas; b) sintomatología externalizante, que incluye las escalas de Transgresión de normas y Conducta agresiva; y c) sintomatología general, que además de las dos puntuaciones anteriores incluye las escalas de Problemas sociales, Problemas de pensamiento, y Problemas de atención. Así, encontraron que el tipo de victimización estudiado suele presentar sintomatología internalizante con mayor frecuencia que las otras. Los resultados de este trabajo, también los corroboran otros estudios como el de YBARRA, KIMBERLY y MITCHEL (2007) o el de HINDUJA y PATCHIN (2008).

En relación con el suicidio, HINDUJA y PATCHIN (2010) encontraron que el cyberbullying se relaciona con la ideación suicida entre los adolescentes. En su muestra constataron que un 20% de los menores que habían reportado haber sufrido acoso cibernético (19,7% del sexo femenino y 20,9% del sexo masculino) alguna vez habían pensado en autolesionarse con el propósito de suicidarse. Así mismo, de este 20%, un 19% lo había intentado alguna vez de forma seria.

Otros trabajos han observado que los menores victimizados, ya sea de forma directa o indirecta, también desarrollan actitudes negativas e intolerantes y una mayor aceptación de la violencia como forma de relación, que posteriormente será muy difícil de erradicar (WIDOM, 1989; PEREDA, GUILERA y ABAD, 2012, GÁMEZ, 2013).

Finalmente un dato muy interesante que presentan PEREDA, GUILERA y ABAD (2012) en relación a la victimización por Internet es que el acoso mediante este medio es un acontecimiento que puede llevar a que tanto la víctima como el agresor presenten una alta tasa de polivictimización. Es decir, que sean víctimas de una multiplicidad de acontecimientos adversos a lo largo de su adolescencia y adultez (MITCHELL, YBARRA y FINKELHOR, 2007).

Tal y como hemos podido apreciar en este apartado y tal y como afirman varios autores, actualmente no hay datos claros y uniformes sobre este fenómeno que afecta de forma bastante generalizada y muy perjudicial a los menores. No obstante, la literatura sí que muestra un consenso uniforme en determinar que las mujeres son en mayor medida víctimas de ciberacoso y los varones presentan un perfil de acosadores mayoritariamente (FÉLIX, SORIANO, GODOY y SANCHO, 2010; ORTEGA, CALMAESTRA y MORA MERCHÁN, 2008; GARAIGORDOBIL, 2011).

IV. METODOLOGÍA

La presente investigación, centrada en el análisis de las experiencias de victimización a través de las nuevas tecnologías en jóvenes catalanes, se ha realizado a través de encuestas administradas a estudiantes universitarios que durante el curso 2013/2014 se encontraban cursando el primer curso del Grado de Derecho en la Universitat de Lleida, el primer y segundo curso del Grado en Criminología en la Universidad de Barcelona y el primer curso del Grado de Criminología en la Universitat Autònoma de Barcelona.

La selección de esta muestra no se ha realizado de forma aleatoria, sino a través de un muestreo no probabilístico intencional. La forma más adecuada de llevarla a cabo, hubiera sido entrevistando a menores de entre 12-17 años, pues es entre esta franja de edad cuando se producen el mayor número de victimizaciones y cuando los menores son más vulnerables (PEREDA, GUILERA y ABAD, 2013; PEREDA y TAMARIT, 2013). En este sentido, trabajos como el de WIDOM, CZAJA, BENTLEY y JONSON (2012) hacen referencia al inconveniente de realizar estudios retrospectivos debido a que la víctima puede haber olvidado o borrado parte del recuerdo con el paso del tiempo, así como puede que tenga un recuerdo confuso o distorsionado, entre otros. Por todo esto, un estudio realizado sobre una muestra de menores que han sido víctimas o han victimizado a través de las nuevas tecnologías en un espacio de tiempo no muy lejano, es un punto fuerte a destacar en la muestra de este trabajo, pues estos jóvenes tienen el recuerdo más intacto. No obstante, el poder encuestar a menores es un procedimiento muy complejo, ya que requiere la autorización de los tutores y de los padres de los menores para no infringir la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor. Esta dificultad es la que ha llevado a que nuestra muestra finalmente la configuraran alumnos de primer curso de grado, puesto que en ese momento, la mayoría de ellos acaba de cumplir justamente la mayoría de edad y la autorización parental ya no es necesaria en este supuesto. Paralelamente, al estar aún en la adolescencia, se entiende que el recuerdo está más conservado y no se encuentra tan alejado en el tiempo.

El cuestionario administrado ha sido elaborado específicamente para este estudio. El mismo está dividido en tres partes diferenciadas: datos sociodemográficos³, datos en relación a las experiencias de victimización (acoso, divulgación de cosas malas o crueles sobre su persona y divulgación de vídeos o fotos personales con ánimo de perjuicio)⁴ y otros datos

³ Sexo, país y fecha de nacimiento, país de residencia, estudios, nivel de estudios de los padres, número de hermanos y tipo de escuela en la que cursó los estudios secundarios.

⁴ También se les preguntó el número de veces que hubiera podido ocurrir dicha situación, la persona que les había victimizado, la edad del agresor y del encuestado en el momento que sucedió dicha situación y el motivo que creían que había desencadenado el hecho.

relevantes⁵. Para facilitar la recogida de datos a través del cuestionario, las posibles respuestas a cada pregunta eran cerradas e incluían una lista de opciones configuradas a partir de los datos recogidos en la literatura, a excepción de la edad, año de nacimiento, país de nacimiento y residencia.

Después de estas tres preguntas, también se les preguntó si habían vivido algún episodio concreto (de una lista cerrada de opciones) a través de las tecnologías de la información y de la comunicación y cuál fue su nivel de malestar tanto en el momento que ocurrió dicho episodio como en la actualidad, en referencia al mismo. Adicionalmente se les pidió que indicaran si habían denunciado el episodio sufrido a la policía o comunicado la situación a sus padres, familiares, amigos, profesores u otros. Finalmente, si habían pensado alguna vez en suicidarse o hacerse daño como consecuencia de la situación y si alguna vez lo habían intentado.

Por otro lado, en relación a las experiencias victimizantes, también se les preguntó a los participantes si habían victimizado/agredido alguna vez a alguna persona a través de este medio y el porqué de tal conducta.

Finalmente, los datos recogidos en las encuestas fueron introducidos en una base de datos creada específicamente para este estudio y posteriormente procesados a través del programa estadístico SPSS.

V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

La media de edad de la muestra es de 21 años. La persona de mayor edad tiene 37 años y la más joven 19, siendo la desviación típica de 2,81. Asimismo todos ellos se encuentran cursando estudios universitarios, un 64,66 % en el grado de criminología (N=97) y un 35,33 % en el grado de derecho (N=53).

En relación al género de los entrevistados, del total de la muestra un 34,7 % (N=150) de los participantes son del sexo masculino, mientras que el 64,7% son del sexo femenino.

En relación a la pregunta ¿Durante tu infancia o adolescencia temprana sufriste acoso escolar?, un 19,33 % de la muestra (N=29) ha respondido haber sido victimizada. El total de víctimas de acoso escolar es del sexo femenino, encontrándose una relación estadísticamente significativa entre haber sufrido acoso escolar y ser chica.

En relación a la pregunta ¿Alguna vez alguien ha usado Internet para molestarte o acosarte?, 13 varones han respondido haber sufrido este tipo de acoso cibernético frente a 32 chicas. Las pruebas estadísticas no muestran una relación significativa entre esta tipología de victimización y el sexo de los encuestados.

La misma situación sucede en relación a la pregunta ¿Alguna vez alguien ha usado Internet para divulgar o hacer llegar a la gente cosas malas o crueles sobre ti?, donde 9 chicos revelan haber sufrido esta conducta frente a 13 chicas y donde tampoco se ha encontrado una relación significativa entre el sexo de los encuestados y la pregunta referida.

⁵ En este apartado se engloban las preguntas relativas al medio que ellos creen que es utilizado con mayor frecuencia para victimizar a través de las nuevas tecnologías así como la conducta empleada para acosar cibernéticamente.

Por el contrario, en relación a la pregunta ¿Alguna vez alguien ha usado Internet para divulgar vídeos o fotografías tuyas?, las estadísticas nos muestran que 10 chicos han vivido dicha experiencia frente a 6 chicas. Adicionalmente, se ha encontrado que esta experiencia es estadísticamente significativa en relación al sexo de los encuestados, así, los varones de esta muestra tienen más probabilidades de sufrir este tipo de victimización que las chicas encuestadas.

Por lo que refiere al hecho de haber sido como mínimo una vez víctima de acoso cibernético, tal y como podemos observar, respecto a las 9 conductas que podían haber vivido nuestros encuestados, estas se produjeron, como mínimo, un total de 72 ocasiones (25 veces las chicas y 47 veces los chicos). La diferencia más grande la encontramos en el hecho de que 3 chicos reconocen haber sido engañados para que facilitasen información personal, mientras que ninguna chica ha reportado haber sido victimizada a través de esta tipología. Por lo que hace a las siguientes victimizaciones: seguimiento mediante software espía, distribución de fotos/vídeos de carácter sexual sobre su persona, recepción de fotos y/o vídeos de carácter sexual y la promoción de rumores difamatorios, ambos sexos reportan casi las mismas frecuencias de victimización.

TABLA 1. Alguna vez has vivido alguna de las siguientes situaciones a través de los medios electrónicos

	M	F	Total
Insultos ofensivos	18	12	30
Promoción de rumores difamatorios	6	4	10
Amenazas de causar algún tipo de daño	5	1	6
Usurpación de personalidad para enviar o publicar material comprometedor sobre ti	5	1	6
Recepción de fotos y/o vídeos de carácter sexual	1	1	2
Envío denigrante de fotos o vídeos tuyos	4	2	6
Distribución de fotos/vídeos de carácter sexual sobre tu persona	1	1	2
Seguimiento mediante un software espía	4	3	7
Te han engañado para que facilitases información personal	3	0	3
TOTAL	47	25	72

En relación al hecho de haber sido cibervíctima y haber sido ciberagresor o viceversa, los datos obtenidos indican que de los 48 chicos encuestados, casi la mitad de ellos (N=22) han sido tanto víctimas como agresores de acoso cibernético en alguna ocasión, situación que difiere mucho a la de las chicas, donde de las 75, solo 15 han sido tanto víctimas como agresoras. Resumiendo, podemos concluir que en esta muestra se observa que los hombres son con más

frecuencia ciberacosadores en comparación con las mujeres. Así mismo, tal y como muestran las pruebas de significación, estos resultados son estadísticamente significativos.

A continuación se presentan los resultados que muestran una relación estadísticamente significativa al cruzar la variable ser ciberacosador (VI) con haber sido víctima (VD) de alguna de las conductas expuestas en la encuesta. En primer lugar encontramos que haber sido víctima de acoso a través de Internet se relaciona con ser o haber sido ciberacosador. Es decir, una persona que ha sido molestada o acosada a través de Internet, tiene más probabilidades de ser ciberacosadora en este estudio.

Los mismos resultados comentados con anterioridad se han obtenido al cruzar la variable ser ciberacosador con que alguna vez alguien haya usado Internet para divulgar o hacer llegar a la gente cosas malas o crueles sobre ella.

En relación al hecho de haber sufrido acoso escolar y ser o haber sido ciberagresor, no se ha encontrado relación entre ambas variables. Tampoco se ha encontrado relación entre ser víctima de envío y/o divulgación de fotografías personales y ser o haber sido ciberagresor (o viceversa).

Asimismo, en relación a las conductas de ciberacoso empleadas por los encuestados, la explotación de las encuestas nos muestra que de los 150 estudiantes, 38 de ellos han llevado a cabo alguna de las conductas de acoso cibernético a lo largo de su vida; es decir, como mínimo han perpetrado una de las conductas y como máximo 8 conductas. La distribución queda de la siguiente manera: 31 encuestados han respondido afirmativamente haber utilizado en alguna ocasión los medios electrónicos para llevar a cabo insultos ofensivos; en segundo lugar, 10 encuestados manifiestan haber utilizado los medios electrónicos para promover rumores difamatorios. En tercer lugar, 7 sujetos señalan haber utilizado las nuevas tecnologías para seguir a alguien mediante un software espía. Seguidamente encontramos 6 personas que afirman haber amenazado con causar algún tipo de daño; 6 encuestados que señalan haber distribuido fotos o vídeos denigrantes de otra persona mediante las nuevas tecnologías y otras 6 que afirman haber usurpado la personalidad para publicar material comprometedor sobre otra persona. Finalmente, 4 sujetos manifiestan haber engañado para que otra persona les facilitara información; 2 encuestados afirman haber distribuido fotos o vídeos de carácter sexual de otra persona y otros 2 encuestados manifiestan haber distribuido fotografías o vídeos suyos de carácter sexual a otra persona con el fin de molestarla o acosarla.

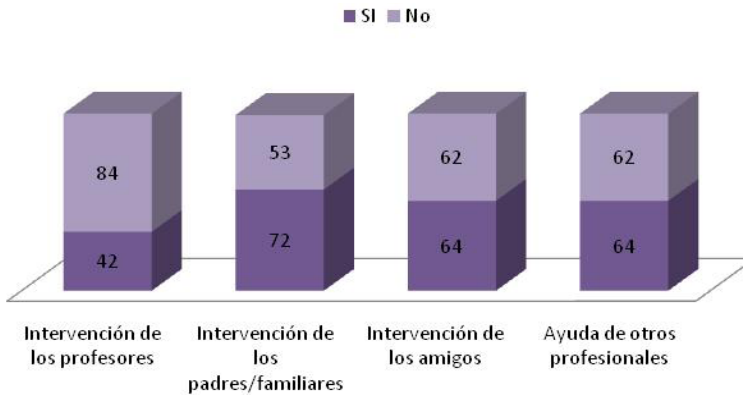
Como conclusión podemos señalar que la conducta empleada con mayor frecuencia por la mayoría de los participantes son los insultos ofensivos.

En relación al sexo del encuestado que ha llevado a cabo alguna de las conductas de acoso cibernético, podemos observar que los chicos utilizan con mayor frecuencia que las chicas las conductas de usurpación de la personalidad para enviar o publicar material comprometido, amenazas de causar algún tipo de daño, engaño para que otra persona les facilite información personal e insultos ofensivos. En cuanto al resto de conductas, estas se emplean de forma similar en ambos sexos.

Atendiendo a las personas que han sido victimizadas y que al mismo tiempo han victimizado a través de las nuevas tecnologías, las pruebas relativas a la diferenciación de sexos nos muestran que ser del sexo masculino es un predictor de riesgo de ser tanto víctima como agresor.

Finalmente, en relación a las conductas de prevención, la mayoría de los encuestados ha respondido que la intervención de los padres o familiares es la que mejor funciona (N=72), seguida de la ayuda por parte de los amigos (N=64) y de otros profesionales (N=64). Por contra, la gran mayoría (N=84) creen que la intervención por parte de los profesores no es efectiva.

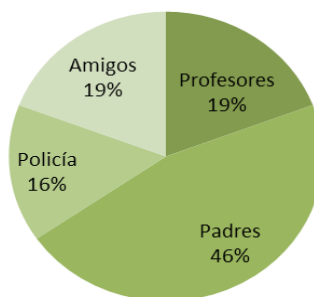
GRÁFICO I. Conductas de prevención efectivas



Atendiendo al tipo de relación que se mantiene con el victimario en los casos de victimización por Internet es bastante variada, pero destaca la participación de amigos o conocidos de la escuela respecto a la de otros sujetos.

En relación al hecho de denunciar a las autoridades o comunicar a los allegados el hecho de haber sido víctima, solo 23 (15,33%) de los encuestados afirman haberlo hecho. Asimismo la mayoría de los encuestados que habían sufrido algún tipo de victimización afirman sentirse más apoyados por los padres (46%) que por los profesores y amigos (19% respectivamente). Paralelamente, un 16% (N=4) afirma haber denunciado los hechos frente a la policía.

GRÁFICO 2. Comunicación de los hechos



Finalmente, en relación al malestar que les ha producido ser víctima a través de las nuevas tecnologías de alguna de las situaciones expuestas más arriba, el 51% de los encuestados afirman

que la victimización sufrida fue de poca gravedad, mientras que el 8% cree que el hecho fue muy grave. Adicionalmente, en relación a las ideas suicidas, 11 encuestados (7 chicas y 4 chicos) reportan haber pensado alguna vez en hacerse daño a sí mismos y 3 de ellos lo han intentado alguna vez (2 chicos y una chica).

VI. CONCLUSIONES

Los resultados obtenidos en esta investigación nos permiten sacar conclusiones relevantes de cara a los objetivos que nos habíamos planteado al inicio del estudio. Respecto al primero de los objetivos, el cual hacía referencia a los niveles de implicación de los alumnos de la muestra en conductas de acoso cibernético, cabe destacar que respecto a la conducta de «molestar o acosar» a través de las nuevas tecnologías, un 30% de la muestra ha respondido haber vivido dicha situación como víctimas; en relación a la conducta de «divulgar o hacer llegar a la gente cosas crueles sobre ti», un 14% de los encuestados afirma haber sido víctima de esta modalidad de ciberacoso. Finalmente, en relación al hecho de divulgar fotografías personales a través de Internet, sólo un 10,5% de los encuestados afirma haber padecido esta victimización. Resumiendo, podemos concluir que si bien la victimización producida con más frecuencia es la divulgación de cosas malas o crueles sobre una persona, la menos perpetrada es la de divulgar fotografías personales. No obstante, estas frecuencias coinciden con lo expuesto por GARAIGORDOBIL (2011), PEREDA, GUILERA y ABAD (2012) e HINDUJA y PATCHIN (2010), pues como mínimo un 30% de la muestra ha sido victimizada a través de las nuevas tecnologías, confirmándose así una alta prevalencia de víctimas de ciberacoso en nuestro entorno.

La mayoría de los episodios de acoso cibernético se producen de forma esporádica entre los jóvenes. No obstante, una minoría importante reporta haber sufrido graves episodios de *ciberbullying* que se han producido de forma repetida e intensa hasta el punto de que algunas de las víctimas se habían planteado quitarse la vida por ello.

El segundo de los objetivos pretendía analizar la posible influencia de las variables edad y sexo en la prevalencia del *ciberbullying*. La edad y el sexo principalmente y el uso de las redes sociales en segundo término, son variables todas ellas vinculadas a una mayor propensión a ser víctima o verdugo en un escenario de *ciberbullying*. Coincidiendo con la bibliografía citada (DEL RÍO, SÁHADA y BRINGUÉ, 2010) y otras (KOWALSKY, LIMBER y AGATSTON, 2010; MITCHELL, YBARRA y FINKELHOR, 2007; YBARRA y MITCHELL, 2004) en nuestra muestra también se ha constatado que las chicas son especialmente propensas a sufrir el acoso cibernético, mientras que los chicos parecen ejercerlo con mayor frecuencia. Paralelamente, tal y como se ha expuesto en los resultados, la variable sexo se relaciona de forma estadísticamente significativa con este fenómeno: ser del sexo femenino comporta mayor probabilidad de ser víctima de acoso cibernético. Como consecuencia las futuras intervenciones tendrían que considerar este hecho de cara a la prevención del ciberacoso. Estos hallazgos coinciden con varios trabajos, como por ejemplo los de YBARRA, MITCHELL, WOLAK y FINKELHOR (2006) y FERRERO (2013) entre otros. Sin embargo, la victimización masculina es suficientemente relevante para evitar el estereotipo basado en una imagen puramente femenina de la persona acosada.

En segundo lugar y en relación a la edad de las victimizaciones, también se ha constatado que el rango de edad donde es más probable ser victimizado se sitúa entre los 13 y 15 años (FINKELHOR, MITCHELL y WOLAK, 2000).

El tercer objetivo se relacionaba con establecer las formas más habituales de *ciberbullying*. Así pues, en nuestra muestra, las principales formas de comisión se produjeron a través de los insultos ofensivos y la promoción de rumores difamatorios. Por el contrario, la conducta que se produce con menor frecuencia es la distribución de fotografías de carácter sexual de otra persona con la intención de perjudicarla.

Finalmente, este estudio pretendía explorar la relación entre ser victimizado y ser acosador en relación al ciberacoso. Así pues, resulta muy importante destacar que un 24,6 % de la muestra encuestada, afirma haber sido víctima de *ciberbullying* y a la vez, haber acosado cibernéticamente, destacando en relación a este hecho que los chicos son los que con mayor frecuencia victimizan y son victimizados. Este dato es muy relevante pues nos indica que, el llamado «ciclo de la violencia» puede ser un factor de riesgo para desencadenar nuevas victimizaciones, hecho que debería preocuparnos y sobre el cuál establecer formas estratégicas de prevención. No se ha encontrado relación entre los estudios de procedencia de nuestros encuestados y el hecho de ser ciberacosador.

De cara a la prevención de este fenómeno, son varias las actuaciones que pueden surgir buenos resultados. En primer lugar, tal y como destaca CAPALDI (2004), la interacción social relacionada con las estructuras positivas de involucración parental de acompañamiento y disciplina, se relacionan con la ausencia de problemas, y por contra, el rechazo de los iguales pro sociales y la asociación con jóvenes involucrados en comportamientos problemáticos se consideran factores de riesgo, pues es con estos jóvenes con quienes muchos otros problemas de comportamiento se inician, se practican y se mantienen.

La mayoría de C.C.A.A (Islas Baleares, Catalunya, Madrid, País Vasco, etc.) disponen de guías de actuación para combatir tanto de forma preventiva como reactiva el ciberacoso. No obstante, desde el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, se plantearon en 2012 una serie de actuaciones dirigidas a padres y profesores en relación a las formas más efectivas de actuación. En este sentido es interesante destacar que se aconseja que, junto con la necesaria comunicación a padres y educadores en los casos de detección de ciberacoso, también se notifiquen estos hechos a las redes sociales (Tuenti, Facebook, Twiter, etc.) a través de los referidos mecanismos que se ponen a disposición de los usuarios, todo ello con el fin de que desde estos se pueda proceder a valorar y tomar las acciones más oportunas en cada caso con la mayor rapidez posible (p.ej. salvaguarda de la información que sea necesaria, bloqueo o eliminación del perfil del usuario infractor, etc.).

Para concluir y coincidiendo con GARAIGORDOBIL (2011), cabe destacar que hay que continuar ahondando sobre este nuevo fenómeno de violencia entre los jóvenes a través del desarrollo de investigaciones que ayuden a comprender: a) el rol que desempeñan las TIC en las vidas de los escolares; b) las diversas formas de *ciberbullying* que evolucionan y cambian de forma vertiginosa; c) los efectos físicos, psicológicos y psicopatológicos del acoso electrónico para las víctimas, los agresores y los espectadores; d) el peligro de su naturaleza anónima, rápida expansión y alcance; y e) los procedimientos que permitan que las víctimas puedan denunciar estas situaciones hablando con los adultos (padres, profesores) de esta situación. Adicionalmente, tal y como corroboran SMITH (2008), desde el punto de vista de la investigación es importante considerar las diversas variedades o tipos de *ciberbullying* en lugar de considerarlo como un fenómeno global. El mismo varía en el impacto percibido y en las modalidades en función de la edad.

Adicionalmente, cabe actuar de forma inmediata a la producción de una victimización de estas características para poder evitar a tiempo los futuros riesgos de aparición de conductas delictivas o antisociales, problemas psicosociales, emocionales y de conducta en estos jóvenes (SOURANDER, BRUNSTEIN e IKONEN, 2010). Paralelamente, tal y como se ha podido constatar en este estudio, la intervención y apoyo de los padres es percibida por los hijos como la más eficaz. Por lo tanto, la ayuda y apoyo de estos últimos debería potenciarse por encima de las demás.

BIBLIOGRAFÍA

- BARTRINA, María José. «Conductas de ciberacoso en niños y adolescentes: hay una salida con la educación y la conciencia social». *Educación*, 2014, 50 (2): 383-400.
- BELSEY, Bill. «Cyberbullying: An emerging Threat to the always of generation». Disponible en <http://www.cyberbullying.ca> (consultado el 13 de marzo de 2015)
- BERAN, Tanya y LI, Quing. «Cyber-Harrasment: A study of a new method for an old behaviour». *Journal of Educational Computing Research*, 2005, 32: 265-277.
- . «The relationship between cyberbullying and school bullying». *Journal of Student Wellbeing*, 2007, 1: 15-33.
- DEL RIO, Jorge; SÁHADA, Charo y BRINGUÉ, Xavier. «Menores y redes ¿sociales?: de la amistad al cyberbullying». *Revista de estudios de Juventud*, 2010, 88.
- FÉLIX, Vicente; SORIANO, Manuel; GODOY, Carmen y SANCHO, Sonia. «El ciberacoso en la enseñanza obligatoria». *Aula Abierta*, 2010, 38 (1): 47-58.
- FERREIRO, José Manuel. *Acoso escolar a través de las nuevas tecnologías. Cyberacoso y grooming*. Alcalá la Real: Formación Alcalá, 2013.
- FINKELHOR, David; MITCHELL, Kimberly y WOLAK, James. *Online victimization: A report on the nation's youth*. Alexandria, VA: National Center for Missing and Exploited Children: 2000.
- GÁMEZ, Manuel. «Victimización en el ciberespacio: victimización y acoso a través de las nuevas tecnologías. Características, prevalencia y prevención». En Tamarit, Josep Maria, *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*. Madrid: Edisofer, 2014, 159-183.
- GARAIGORDOBIL, Maite. «Prevalencia y consecuencias del cyberbullying: una revisión». *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, 2011, volumen 11 (2): 233-254.
- HINDUJA, Sameer y PATCHIN, Justin. «Cyberbullying: an exploratory analysis of factors related to offending and victimization». *Deviant Behavior*, 2008, 29: 129-156.
- . «Bullying, Cyberbullying, and Suicide». *Archives of Suicide Research*, 2010, 14 (3): 206-221.
- KARMEN, Andrew. *Crime victims. An introduction to victimology*. Belmont, CA: Wadsworth Cengage Learning, 2010.
- KOWALSKY, Robin; LIMBER, Susan. y AGATSTON, Patricia. *Cyber Bullying. El acoso escolar en la era digital*. Henao: Desclée De brouwer, 2010.
- LI, Quing; CROSS, David y SMITH, Peter. *Cyberbullying in the global playground. Research from International perspectives*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2012.
- MENDOZA, Silvia. *El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- MITCHELL, Kimberly; YBARRA, Michelle y FINKELHOR, David. «The relative importance of online victimization in understanding depression, delinquency and substance use». *Child Maltreatment*, 2007, 12: 314-324.

- ORTEGA, Rosario; CALMAESTRA, Juan y MORA, Joaquín. «Estrategias de afrontamiento y sentimientos ante el cyberbullying». *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 2008, 1: 123-132.
- ORTEGA, Rosario; ELIPE, Paz; MORA, Joaquín; CALMAESTRA, Juan y VEGA, Esther. «The emotional impact on victims of traditional bullying and cyberbullying: A study of Spanish adolescents». *Zeitschrift Fur Psychologie/Journal of Psychology*, 2009, 217: 197-204.
- PEREDA, Noemí y TAMARIT, Josep Maria. *Victimologia Teórica y Aplicada*. Barcelona: Huygens, 2013.
- PEREDA, Noemí; ABAD, Judit y Guilera, Georgina. «Victimología del desarrollo. Incidencias y repercusiones de la victimización y la polivictimización en jóvenes catalanes». *Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada*: 2012.
- SMITH, Peter; MAHADAVI, Jess; CARVALHO, Manuel; FISHER, Sonja; RUSSELL, Shanette y TIPPET, Neil. «Cyberbullying. Its nature and impact in secondary school pupils». *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2008, volumen 49: 376-385.
- SOURANDER, Andre; BRUNSTEIN, Anat; IKONEN, Maaria et al. «Factores psicosociales de riesgo asociados con el acoso cibernético entre los adolescentes: Un estudio poblacional». *Archives of General Psychiatry*, 2010, volumen 67: 720-728.
- TAMARIT, Josep Maria y PEREDA, Noemí. *La respuesta de la Victimología ante las nuevas formas de victimización*. Marid: Edisofer, 2014.
- WIDOM, Cathy. «Does Violence Beget Violence? A Critical Examination of the Literature». *Psychological Bulletin*, 1989, 106 (1): 3-28.
- WIDOM, Cathy; CZAJA, Sally; BENTLEY, Tyrone y JOHNSON, Mark. «A Prospective Investigation of Physical Health Outcomes in Abused and Neglected Children: New Findings From a 30-Year Follow-up». *American Journal of Public Health*. 2012, 102 (6): 1135-1144.
- YBARRA, Michele y MITCHELL, Kimberly. «Online aggressor/targets, aggressors, and targets: a comparison of associated youth characteristics». *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2004, 45: 1308-1316.
- . «Prevalence and frequency of Internet harassment instigation: implications for adolescent health». *Journal of Adolescent Health*, 2007, 41: 189-195.
- YBARRA, Michele; MITCHELL, Kimberly; WOLAK, James y FINKELHOR, David. «Examining characteristics and associated distress related to Internet harassment: Findings from the second youth Internet safety survey». *Pediatrics*, 2006, 118: 1169-1177.

La controvertida determinación de la mayoría de edad penal: aportes desde la neuroimagen

MARÍA SÁNCHEZ VILANOVA (España)

Investigadora Doctoranda, Universidad de Valencia, España

RESUMEN: Los ya no tan recientes avances en neurociencia cognitiva en relación al desarrollo cerebral de niños y adolescentes nos hacen cuestionar la idoneidad de la concreta edad que nuestro Código penal contempla para su imputabilidad; especialmente su límite superior, teniendo en cuenta que las razones por las que se les concede un régimen especial persisten, al menos, hasta entrada la veintena. Y, como veremos, la Corte Suprema de EE.UU. está empezando a admitir estudios de neuroimagen en la fase de sentencia de aquellos delitos perpetrados por jóvenes en los que la pena capital o la cadena perpetua es una opción, en un nuevo entendimiento de la justicia juvenil.

Palabras clave: neurociencia, responsabilidad, delincuencia juvenil, adolescentes, cerebro.

ABSTRACT: The not-so-recent advances in cognitive neuroscience about relation to brain development in children and adolescents make us question the appropriateness of the specific age that our Criminal Code provides for responsibility; especially its upper limit, taking into account the reasons that we give them special provisions under persist at least until late twenties. And, as we shall see, the US Supreme Court is beginning to admit neuroimaging studies in the sentencing phase of those crimes committed by young people in which the death penalty or life imprisonment is an option, on a new understanding juvenile justice.

Key words: neuroscience, responsibility, juvenile delinquency, adolescents, brain.

SUMARIO: I. Introducción. II. Regulación de la responsabilidad penal de los menores. III. Aportes de la neurociencia cognitiva. IV. Neuroimagen y delincuencia juvenil en Estados Unidos. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma operada por L.O.8/2006¹ eliminó la posibilidad de aplicación de la LO 5/2000², reguladora de la responsabilidad penal del menor (LORRPM), a jóvenes entre 18 y 21 años; una limitación que a la luz de las modernas investigaciones neurocientíficas es realmente cuestionable.

El derecho de los adolescentes a ser juzgados y sancionados por un sistema especial tiene amplia consagración en los tratados internacionales de Derechos Humanos. Desde hace siglos, los seres humanos se han enfrentado a la necesidad de definir la edad a partir de la cual se es moral y jurídicamente responsable de los propios actos. Ya Aristóteles destacaba que los jóvenes podían ser geómetras y matemáticos y, en cambio, no parecía que pudieran ser prudentes³. Con esto se desprendía que el comportamiento del individuo durante los años previos a la adultez presentaba importantes diferencias respecto del comportamiento de los individuos que habían logrado su pleno desarrollo. Y, como veremos, la neurociencia ha hecho recientemente importantes aportes que permiten entender el motivo de esas diferencias⁴.

La justificación de fijar uno de los límites de la capacidad de culpabilidad en la edad se explica por la constatación de que existe una etapa en la evolución cronológica de la madurez del ser humano en la que aún no están plenamente asentados los rasgos psicológicos ni la personalidad. A partir de la mayoría de edad, se considera que el sujeto puede ser penalmente responsable dada su capacidad de actuar motivado por las normas, salvo que se tenga, como destaca MUÑOZ CONDE⁵, algún defecto o alteración psíquica que incida en su imputabilidad.

Debemos recordar que la categoría dogmática de la imputabilidad es una de las más controvertidas en la Teoría Jurídica del Delito, y, sin duda, aquella que en menor medida admite criterios exactos de determinación⁶, pudiendo ser contemplada desde una multiplicidad de posicionamientos dogmáticos, prácticos, psiquiátricos o psicológicos.

La mera constatación de la realización de un hecho injusto tipificado por la ley penal no basta para la exigencia de responsabilidad criminal⁷, sino que la misma requiere la afirmación de la culpabilidad del sujeto, que, conforme destacan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN⁸, es el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico. Y, para afirmar dicha culpabilidad se requiere, entre otros requisitos, que el sujeto sea imputable;

¹ ESPAÑA. Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 290 de 5 de diciembre de 2006.

² ESPAÑA. Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal del menor. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 209 de 30 de agosto de 2004.

³ MARCOS, Alfredo. «Aprender haciendo: *paideia* y *phronesis*» en *Aristóteles*. Educação, Porto Alegre, v. 34, n. 1, 2011, pp. 13-24.

⁴ SLACHEVSKY, Andrea; SILVA, Jaime R.; PRENAFETA, María Luisa y NOVOA, Fernando. «La contribución de la neurociencia a la comprensión de la conducta: El caso de la moral». *Revista Médica de Chile*, 2009, 137:419-425.

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

⁶ MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 15.

⁷ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Madrid, Akal, 1998, p. 298.

⁸ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed. corregida, aumentada y actualizada, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 535.

esto es, la culpabilidad supone un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y unas determinadas condiciones biopsíquicas que permitan al autor conocer la lesividad material de su comportamiento y su ilicitud, así como dirigir su voluntad conforme a dicha comprensión, recibiendo este conjunto de condiciones o facultades mínimas el nombre de imputabilidad.

A este respecto, conviene destacar que nuestro texto punitivo no contiene un concepto expreso de imputabilidad, sino que a lo que alude es a su falta excepcional: la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad. Así, en su artículo 20 recoge tres causas de inimputabilidad; las anomalías o alteraciones psíquicas y el trastorno mental transitorio; el estado de intoxicación plena y el síndrome de abstinencia; y las alteraciones en la percepción, existiendo unanimidad en la doctrina sobre la consideración también como tal de la minoría de edad, regulada en el artículo anterior.

Pero, como seguidamente analizaremos, los nuevos avances en neurociencia cognitiva, aunque validan esta causa de inimputabilidad, corroborando la inmadurez que desde milenios atrás se percibió, nos hacen cuestionar la idoneidad del límite que contempla nuestro Código Penal (CP), puesto que, aunque su fijación cumple con la seguridad jurídica predicable de nuestro ordenamiento, la concreta edad que figura como límite superior, 18 años, es objeto de controversia, teniendo en cuenta cómo los estudios de neuroimagen ponen al descubierto que el periodo de maduración completo del cerebro, y la superación de las dificultades en el control de los impulsos, no se alcanza hasta entrada la veintena. Sin duda, es obligación del legislador marcar un momento a partir del cual se debe considerar a los individuos adultos, y, por tanto, responsables penalmente, aunque las razones que justifican tal determinación entendemos que pueden ser revisables a la luz de los hallazgos que la neuroimagen pone de relieve. A pesar de ello, lo cierto es que las últimas reformas legislativas han ido totalmente en contra de estos hallazgos, posiblemente debido a la alarma social creada por los medios de comunicación al generalizar sucesos especialmente dramáticos, protagonizados por jóvenes que lo cierto es que son puntuales, obviándose en esta particular carrera muchos de los principios y garantías de nuestro sistema.

Es imprescindible el estudio y análisis que estos descubrimientos podrían conllevar, puesto que las modernas técnicas de neuroimagen pueden convertirse, como veremos en el caso de su utilización en Estados Unidos, en un arma de doble filo. Sin duda, los futuros cambios tendrían que tener como finalidad la tutela de los derechos del imputado y evitar que los resultados de dichos estudios fueran utilizados en perjuicio del reo, alcanzando, tal vez, un sistema más acorde a las especiales características que se detectan en esta etapa del desarrollo, contribuyendo a una respuesta más eficaz por parte del sistema jurídico.

II. REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

Tanto en los sistemas civilistas como en aquellos de Derecho común existe, desde principios del siglo XX, una jurisdicción específica encargada de la responsabilidad penal de los menores de edad. Sin duda, una jurisdicción que nació con una clara vocación protectora y diferenciadora de la responsabilidad criminal de los adultos, aunque la misma ha acarreado desde su nacimiento gran controversia, tanto por lo que respecta a las garantías procesales, como por la determinación de la edad a partir de la cual debemos dejar de considerar a alguien como menor. De hecho, aunque a efectos de responsabilidad penal, como veremos, nuestro CP fija la mayoría de edad en

los 18 años, ni la normativa nacional ni la internacional ofrece un concepto único de minoría de edad⁹, y ni siquiera existe un término equitativo.

El menor es conceptualizado como aquella persona que por razón de su edad ostenta una condición que es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico como factor determinante de la situación o posición dentro de la comunidad y de su ámbito de poder, capacidad y responsabilidad. Así, deviene un término eminentemente sociocultural, dependiente de las creencias de la sociedad en relación con la protección que a determinadas personas se debe conceder, explicándose su régimen especial se explica por la constatación de que existe una etapa en la evolución del ser humano en la que todavía no están plenamente desarrolladas sus facultades.

Como punto de inflexión en la regulación actual de la minoría de edad encontramos la Sentencia del tribunal Constitucional 36/1991 de 14 de febrero, la cual declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores¹⁰, vigente hasta esa fecha, debido a la vulneración de determinados principios fundamentales, como por ejemplo el principio acusatorio o la presunción de inocencia entre muchos otros¹¹.

Como consecuencia de esta sentencia se aprobó la Ley Orgánica 4/1992¹², precedente de la actual L.O. 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal del menor. La necesidad de modificar esta normativa penal y procesal se explicó tanto por la entrada en vigor de la Constitución de 1978, como por las denominadas «Reglas de Beijing¹³»; reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia a menores, así como las derivadas de la Convención sobre los derechos del niño¹⁴, la directrices de RIAD¹⁵ y la L.O. 1/96 de 15 de enero de protección jurídica del menor¹⁶. Una ley que, debido a su contenido, se puede afirmar que es una ley penal, una ley procesal y una ley administrativa.

La actual regulación penal ha evitado la disparidad que, como veremos, existía con el anterior CP y establece, ahora sí, la mayoría de edad en los 18 años. Y, siguiendo estas directrices, el artículo 1 de la LORRPM establece que la misma se aplica a personas mayores de 14 años y menores de 18 años, aunque, desafortunadamente, tras la reforma efectuada en el año 2006, la

⁹ A pesar de ello, en nuestro ordenamiento sí que encontramos un reconocimiento unitario de los dieciocho años, tanto del Código Civil en su artículo 315, como el Código penal en el artículo 12, y la LO 1/96 en el primero.

¹⁰ ESPAÑA, Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948.

¹¹ En el pasado siglo asistimos a una transformación desde la tradición tutelar, cuyo origen se remonta a los siglos XVI-XVII y que tiene en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 su manifestación más importante, hasta un modelo de justicia que subyace en la actual Ley Orgánica 4/92 Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Ver más en: COY, Ernesto y TORRENTE, Ginesa. «Intervención con menores infractores: Su evolución en España», *Anales de Psicología* 1997, vol. 13(1): 39-49.

¹² ESPAÑA, Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 140 de 11 de junio de 1992.

¹³ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

¹⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 BOE-A-1990-31312.

¹⁵ Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

¹⁶ ESPAÑA, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 15 de 17 enero de 1996.

misma ya no podrá ser aplicada a los jóvenes entre los 18 y 21 años; intervalo que, como veremos, empieza a ser validado por la neurociencia cognitiva. Esta jurisdicción, que nació con una clara vocación protectora, ha acarreado desde su nacimiento una gran controversia, tanto por lo que respecta a las garantías sociales, como por la determinación de la edad a partir de la cual debemos de dejar de considerar a alguien como menor.

Es interesante como en Portugal manejan un intervalo de 16-21 años, cuyo límite superior será más acorde con estos estudios. A pesar de ello, en derecho comparado la mayoría de países regulan límites superiores iguales o incluso más bajos a los de nuestro país. De hecho, Alemania e Italia cuentan con la misma franja que la que nuestro CP acoge, mientras que en Francia el límite inferior desciende un año. Interesante es también el caso de Inglaterra, con un amplio margen que comprende entre los 10 y 17 años, aunque con un peculiar sistema para los de menos edad según la Ley de Justicia Juvenil de 1999. Finalmente, como veremos, en Estados Unidos la responsabilidad penal de los menores variará según los estados, y, aunque como regla general se aplica a partir de los 15 años, existen peculiaridades para los casos de delitos violentos, como seguidamente podremos comprobar, donde a un menor de esta edad se le podrá juzgar por el sistema penal de adultos.

Conviene recordar que nuestro CP no siempre ha considerado menores de edad a aquellos englobados dentro del actual intervalo, encontrando muchos vaivenes históricos¹⁷. De hecho, el CP de 1995 instauró por primera vez en nuestro país estos límites. Y, como vimos, hasta el año 2006 se podía aplicar la LORRPM a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno; previsión que figura en el artículo 69 del CP, pudiendo ser acordada por el Juez atendiendo a las circunstancias personales y al grado de madurez del autor, y a la naturaleza y gravedad de los hechos. Sin embargo, el CP no aclara en qué casos y con qué requisitos, sino que se remite expresamente a lo dispuesto en la LORRPM. Fue realmente esta ley, en su art. 1.2, la que fijó este régimen especial, aunque también sin desarrollo.

Junto con la tendencia imperante de endurecimiento de las sanciones en el Derecho penal de adultos, tal vez la dificultad de concreción de aquello que se valoraba en esta variable subjetiva esté detrás de la inaplicación y finalmente supresión de este intervalo. Debemos recordar que la Exposición de Motivos de la LORPM explica los límites de edad en base a dos fundamentos: En primer lugar, asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta, frente a la de los adultos, un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que supone considerables diferencias entre el objetivo y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo proceso. Por tanto, la determinación de la edad es un asunto crucial, dado que va a jugar un papel decisivo.

En segundo término, la edad límite de dieciocho años establecida por el CP para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience

¹⁷ En el CP de 1822 la mayoría de edad se situaba en 17 años. El CP de 1848 la situó dos años por debajo, a los 15 años. El siguiente código, el de 1870, mantuvo inalterados los límites de edad establecidos en el CP de 1848; límites que cambiaran con el CP de 1928, declarando la irresponsabilidad del menor de 16 años. También apostó por esta edad el Código Penal republicano de 1932, contemplando también, al igual que su predecesor, la atenuante cuando el culpable tenía entre 16 y 18 años. Finalmente, el CP franquista de 1944 mantuvo las líneas básicas del código anterior, con algunos cuestionados incisos.

la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años, con base en la convicción de que los niños menores de dicha edad carecen de suficiente madurez como para ser plenamente conscientes de la trascendencia de sus actos y que las infracciones cometidas por los menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado.

Realmente, el legislador ha establecido un criterio objetivo-biológico que delimita la utilización de un sistema punitivo u otro, en lugar de declinarse por razones de carácter psicológico que determinen el verdadero límite de la percepción de la realidad en función de la madurez del individuo.

Como veremos, múltiples estudios ponen de relieve que los delincuentes juveniles tienen más dificultades para ponerse en el lugar de los otros y anticipar las consecuencias de sus actos. Por ello, si contáramos con instrumentos infalibles que pudieran detectar qué persona ha alcanzado la suficiente madurez en su capacidad racional, ampliamente considerada y no limitando la misma al coeficiente intelectual, presuponiendo la responsabilidad absoluta de sus actos, probablemente constituiría la forma más justa de aplicar un derecho penal u otro. Pero, dado que esta infalibilidad no existe, parece evidente que al amparo del principio de la seguridad jurídica se haya optado por el criterio más objetivo y generalizado, además de coherente con la realidad jurídica social de los derechos y deberes jurídicos de los menores de edad en el ordenamiento jurídico español (art. 12 de la Constitución).

A pesar de ello, la edad concreta será discutible, y teniendo en cuenta los objetivos y principios de la LORPM, conviene cuestionar si, una vez que las investigaciones neurocientíficas sobre el desarrollo cerebral a lo largo de la infancia y adolescencia hayan alcanzado determinado consenso, como está empezando a ocurrir, se deberían revisar los límites fijados de forma arbitraria por nuestros legisladores adecuándolos a la nueva realidad. Aunque la madurez comienza cuando termina la adolescencia, se admite que existiría un período entre los 18 a los 25 años en el que seguiría el crecimiento, como ponen de relieve los estudios neuroanatómicos y de evolución moral que seguidamente comentaremos, no alcanzando de todos modos tal desarrollo, al menos, hasta los 21 años.

III. APORTES DE LA NEUROCIENCIA COGNITIVA

Gracias a la aparición de la neuroimagen se ha conseguido observar los concretos cambios físicos que tienen lugar en el cerebro durante la adolescencia y el comienzo de la edad adulta. De hecho, en la actualidad están en marcha algunas importantes investigaciones relativas al cerebro humano durante el período de la adolescencia. En este punto conviene efectuar una serie de precisiones sobre qué es exactamente este amplio campo interdisciplinario que denominamos neurociencia cognitiva. Esta disciplina, diferenciada de la neurociencia general, se dedica al estudio de las bases biológicas de la cognición humana, e integra diferentes ramas científicas, como la neurobiología, la psicobiología o las matemáticas, teniendo un papel protagonista los métodos de neuroimagen, que por primera vez en la historia permiten el estudio multidisciplinario del cerebro humano en vivo, y cuyos aportes están teniendo una importante repercusión en muchos

ámbitos del derecho¹⁸. De todos modos, en este campo debemos proceder con verdadera precaución. La neuroimagen, especialmente la funcional, con independencia de las explicaciones reduccionistas que se emplean para su comprensión, es sustancialmente diferente de una fotografía o video del cerebro. De hecho, la explicación neurocognitiva es computacional, y no tiene un significado fisiológico directo. Tampoco debemos perder de vista el famoso «efecto del árbol de navidad», y no olvidar que la correlación no equivale a la causación, teniendo en cuenta que una misma región no implica necesariamente una misma función, encontrando diferencias interindividuales verdaderamente significativas¹⁹. Al final, lo cierto es que la Neuroimagen debe ser interpretada en su contexto, y pensar que una IRMf equivale a la lectura de la mente es igual de precipitado que desecharla por completo por considerarla una especie de frenología moderna sin ningún tipo de interés. El cerebro no es una masa indiferenciada, y actualmente se impone el modelo de red²⁰.

Pasando ya a las concretas contribuciones, GIEDD²¹ apunta que durante la pubertad existe una segunda oleada en la producción de conexiones y células nerviosas; brote neurológico seguido más tarde en la adolescencia por una poda sináptica que ayudará a fortalecer tales conexiones. Utilizando la neuroimagen se demostró que existe una reorganización cerebral inmensa entre los 12 y los 25 años de edad. También en este periodo se observa un proceso de maduración que explicaría las actitudes de riesgo e impulsividad que presenta el ser humano durante la etapa de la adolescencia. Esto colisiona con la creencia, ampliamente extendida, de que el cerebro humano establecía todas sus conexiones durante el periodo perinatal y los primeros años de infancia, poniéndose de relieve que durante la adolescencia se extiende un proceso de maduración neurológica que implica nuevas células nerviosas, nuevas conexiones sinápticas, y una reorganización neurológica.

En relación al proceso de toma de decisiones las diferencias existentes entre los jóvenes y los adultos derivaran, más que de la imposibilidad de realizar un razonamiento de coste-beneficio, de la forma en que realizan dicho razonamiento y cómo sopesan los riesgos y las ganancias, con gran protagonismo de las ganancias a corto plazo.

Conforme ponen de relieve los últimos estudios, durante la adolescencia el cerebro no se encuentra completamente desarrollado, siendo una de las últimas áreas en madurar de forma completa el lóbulo frontal, especialmente el córtex prefrontal (CPF)²², una de las regiones claves en la regulación de actividades como la toma de decisiones, la planificación, o el control

¹⁸ Entre ellos, el Derecho penal, encontrando en nuestro país diferentes obras sobre la temática. Ver, entre otros: DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid, EDISOFER, 2013, FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Madrid, Civitas, 2012.

¹⁹ MORSE, Stephen y ROSKIES, Adina. «A Primer on Criminal Law and Neuroscience: A contribution of the Law and Neuroscience Project», supported by the MacArthur Foundation, USA, *Oxford Series in Neuroscience, Law, and Philosophy*, 2013.

²⁰ FUSTER, Joaquín M. *Cerebro y Libertad*. Barcelona, Ariel, 2014.

²¹ GRIEDD, Jay N. «Structural magnetic resonance imaging of the adolescent brain», *Annals of the New York Academy of Science*, 2004, 1021: 77-85.

²² Especial protagonismo le confiere DAMASIO al lóbulo frontal, destacando entre otros aspectos, su capacidad para controlar impulsos o el sentido de la responsabilidad hacia uno mismo y los demás. DAMASIO, Antonio. *El Error de Descartes*, Barcelona, Destino, 2011.

de los impulsos, alcanzando su plena maduración alrededor de los 25 años²³. De hecho, en un estudio prospectivo con la utilización de imágenes de resonancia nuclear magnética cerebral cada 2 años a niños entre los 4 y 21 años durante 10 años, se mostró que las regiones dorsolateral y orbitofrontal del CPF presentaban cambios significativos entre los 12 y los 30 años de edad, alcanzando el volumen del cerebro del adulto tras los 21 años²⁴. Por ello, cada vez más estudios explican las diferencias conductuales de los jóvenes con los adultos en situaciones de riesgo en base a las limitaciones que tiene éstos para anticipar las consecuencias de sus acciones²⁵. También se encuentra en desarrollo el sistema límbico²⁶, responsable del procesamiento y el control de las emociones e impulsos, por lo que los adolescentes experimentan mayores cambios de humor y adoptan comportamientos más impulsivos que los adultos.

Por último, no podemos olvidar en este entramado la neuroquímica, puesto que sin considerar las sustancias químicas presentes en estas concretas áreas nuestros resultados serán incompletos. Entre estas sustancias tiene un papel importantísimo la dopamina²⁷. Esta sustancia, producida por el cerebro para conectar las acciones con sensaciones de placer, fluctúa durante la adolescencia, hecho que conlleva que actividades que antes resultaban emocionantes dejen de serlo, buscando por ello los jóvenes nuevas actividades con un comportamiento cada vez más riesgoso. También en la adolescencia la materia gris del cerebro comienza a diluirse a medida que las sinapsis sufren un proceso de poda. Esto conlleva que, a la hora de adoptar una conducta con un determinado riesgo, los adolescentes no utilizan en la misma medida que los adultos las áreas del cerebro responsables de la reflexión, la toma de decisiones y la recompensa, llevándoles a exagerar los beneficios de una acción sin evaluar completamente los riesgos inherentes o las consecuencias a largo plazo.

Al final, las conclusiones son las mismas que desde la época clásica se tenían, como es que aunque lo cierto es que la capacidad intelectual de los adolescentes puede estar tan desarrollada como la de un adulto y ser capaces de tomar decisiones razonadas, cuando un adolescente se encuentra en un contexto con posible presión de sus pares, donde se le apremia para tomar una decisión rápida, existe la posibilidad de asumir un comportamiento riesgoso con un nivel desmesurado de emocionalidad.

En la actualidad los métodos de la neurociencia en este concreto ámbito, a diferencia de lo que ocurre con otros usos, tienen una base verdaderamente sólida, por lo que desde el punto

²³ SLACHEVSKY, Andrea; PÉREZ, Carolina, SILVA, Jaime R.; ORELLANA, Gricel, PANA-FETA, Maria Luisa; ALEGRÍA, Patricia y PEÑA, Marcela. «Córtex prefrontal y trastornos del comportamiento: Modelos explicativos y métodos de evaluación». *Rev. Chil. Neuro-Psiquiatría*, 2005; 43(2): 109-21.

²⁴ GRIEDD, Jay N. «Structural magnetic resonance imaging of the adolescent brain», *Annals of the New York Academy of Science*, 2004, 1021: 77-85; GOGTAY, Nitin; GIEDD Jay N.; LUSK, Leslie; HAYASHI, Kiralee M.; GREENSTEIN, Deanna y VAITUZIS, A. Catherine et al. «Dynamic mapping of human cortical development during childhood through early adulthood», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2004, 101: 8174-8179.

²⁵ BECKMAN, Mary. «Neuroscience. Crime, culpability, and the adolescent brain». *Science*, 2004, 305: 596-9. VINCENT, Matthew; KRONENBERGER, William G.; WANG, Yang; LURITO, Joseph T.; LOWE, Mark J. y DUNN David W. «Media Violence Exposure and Frontal Lobe Activation Measured by Functional Magnetic Resonance Imaging in Aggressive and Nonaggressive Adolescents», *J Comput Assist Tomogr*, 2005, 29: 287-92.

²⁶ BLAKEMORE, Sarah-Jayne y ROBBINS, Trevor W. «Decision-making in the adolescent brain». *Nature Neuroscience*, 2012, 15(9), 1184-1191.

²⁷ CASEY, B.J.; GETZ, Sarah y GALVAN, Adriana. «The Adolescent Brain», *Dev Rev*, 2008, 28(1): 62-77.

de vista de su posible utilización como prueba en el proceso se cumpliría con la validez científica requerida, teniendo en cuenta, además, que encontramos estudios longitudinales con gran validez²⁸.

IV. NEUROIMAGEN Y DELINCUENCIA JUVENIL EN ESTADOS UNIDOS

Estados Unidos es, en la actualidad, uno de los países pioneros en la introducción de técnicas de neuroimagen en el proceso judicial. Dada la peculiaridad de su sistema de justicia juvenil, en el que la minoría de edad depende de cada estado, existiendo además excepciones en función de la gravedad de los delitos, por lo que menores de 15 años pueden ser juzgados por el sistema de adultos, las pruebas neurocientíficas están adquiriendo especial protagonismo en la fase de sentencia de aquellos delitos perpetrados por jóvenes en los que se prevé la pena capital o la cadena perpetua. Aunque la prueba neurocientífica ha sido ya introducida en todas las fases del proceso penal estadounidense, destaca especialmente su uso en la fase de sentencia, debido a que las reglas de prueba en la misma no son tan estrictas como en la de culpabilidad, especialmente en los estados que aun contemplan la pena de muerte, admitiéndose cualquier circunstancia, incluidas las sociales, que puedan permitir a los imputados salvarse de la misma. A pesar de ello, las reglas de admisión diferirán también en cada estado.

De todos modos, la teoría del doble soberano que encontramos en un país federal provoca que mientras en estados como California se propongan leyes en consonancia con las modernas investigaciones para reducir la dureza de las sanciones en el caso de jóvenes infractores, en otros como Kansas o Nebraska los mismos son utilizados para el fin contrario. Con independencia de lo dicho, lo cierto es que cada vez son más las repercusiones que la ciencia del cerebro está teniendo para evitar la condena a muerte de menores de edad. De hecho, encontramos autores como SHUST que promueven la ampliación de la posibilidad de mitigación hasta los 25 años a la luz de los nuevos conocimientos neurocientíficos, elaborando además la Red Nacional de Justicia de Menores una guía completa para los abogados interesados en utilizar técnicas de neuroimagen²⁹.

²⁸ MERCURIO, Ezequiel N. y LÓPEZ, Florencia C. «Cerebro y adolescencia. Implicancias jurídico penales», *Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Publicaciones del Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses*, 2009, 103, pp. 13-54.

²⁹ MORSE, Stephen. «Brain Overclaim Redux»; *Law and Inequality: A journal of Theory and Practice*, 2013, 31(2): 509. National Juvenile Justice Network, *Using Adolescent Brain Research to Inform Policy: A Guide for Juvenile Justice Advocates*, 2012. SOLER, Mark; SHOENBERG, Dana y SCHINDLER, Marc. «Juvenile Justice: Lessons for a New Era», *Georgetown Journal on Poverty Law & Policy*, 2009, 16: 483-495. FEDERLE, Katherine y SKENDELAS, Paul. «Thinking Like a Child: Legal Implications of Recent Developments in Brain Research for Juvenile Offenders», *Law, Mind and Brain*, 2009, 199. ARONSON, Jay. «Brain Imaging, Culpability and the Juvenile Death Penalty», *Psychol. Pub. Pol'y & L.*, 2007, 13(2): 115-142. BAIRD, Abigail A., BARROW, Christy L. y RICHARD, Molly K. «Juvenile Neurolaw: When It's Good It Is Very Good Indeed, and When It's Bad It's Horrid», *J. Health Care L. & Pol'y*, 2012, 15(1): 15-35. GRUBER, Staci A. y YURGELUN-TODD, Deborah A. «Neurobiology and the Law: A Role in Juvenile Justice?», *Ohio St. J. Crim. L.*, 2006, 3: 321-340. MARONEY, Terry A. «Adolescent Brain Science After Graham v. Florida», *Notre Dame L. Rev.* 2010, 86(2): 765-793. MARONEY, Terry A. «The False Promise of Adolescent Brain Science in Juvenile Justice», *Notre Dame L. Rev.* 2009, 85(1): 89-176. ROSS, Catherine J. «A Stable Paradigm: Revisiting Capacity, Vulnerability and the Rights Claims of Adolescents After Roper v. Simmons», *Law, Mind and Brain*, 2011, 183, 189-196. BIRCKHEAD, Tamar R. «Symposium: Juvenile Justice Reform 2.0», *Brooklyn Journal of Law and Policy* 2011, 19. SHUST, Kelsey B.

En el filo de la primera mitad de la década del siglo XXI encontramos el caso de Roper contra Simmons³⁰, uno de los primeros casos en los que la Corte Suprema consideró la evidencia neurocientífica en la toma de decisión acerca de la relación entre la madurez del imputado y la culpabilidad. Este caso, que se configura como la pieza inicial de un nuevo entendimiento de la delincuencia juvenil, estableció el precedente de que se debían considerar los estudios neurocientíficos cuando se discutía la imposición de la pena de muerte a menores de edad.

Christopher Simmons se enfrentó a la pena de muerte por el asesinato de Shirley Cook cuando contaba tan sólo con 17 años. El Tribunal sostuvo que la ejecución de delinquentes adolescentes violaba la octava y catorceava Enmienda al considerar que los adolescentes tenían, entre otras consideraciones, más dificultades para controlar sus impulsos. Esto es, entendió que la etapa de desarrollo que la adolescencia implicaba mitigaba la responsabilidad de los menores de edad, yendo su ejecución en contra de los estándares en desarrollo de la decencia que marcan el progreso de una sociedad madura. Pero, respecto a lo que a nosotros nos interesa, esta decisión de inconstitucionalidad de la Corte Suprema fue influenciada por los aportes de la neurociencia, dado que al emitir su veredicto se refirió a los argumentos aportados por diferentes organizaciones (entre otras la American Psychological Association (APA), o la American Medical Association (AMA)), que pusieron de relieve que el cerebro adolescente aún no había finalizado su desarrollo, como la neurociencia cognitiva destacaba, por lo que debían tener una responsabilidad disminuida.

Años después, el caso de Graham contra Florida³¹ siguió las incipientes directrices del caso Roper y citó, ahora sí explícitamente, el desarrollo de la investigación sobre el cerebro. Este hecho nos evidencia cómo este primer caso del año 2005 tuvo un gran impacto para la formación del neuroderecho, planteando donde trazar la línea a partir de la cual se podían tener en consideración las pruebas neurocientíficas para las defensas³².

En esta decisión de la Corte Suprema afirmó que los delinquentes juveniles no podían ser condenados a cadena perpetua sin libertad condicional por delitos que no fueran de homicidio, extendiendo el argumento del caso Roper contra Simmons. Remontándonos a los hechos, conviene destacar que el acusado, menor de edad en el momento de los mismos, intentó robar en un restaurante junto con dos cómplices, siendo arrestado y acusado como adulto por robo a mano armada, asalto y agresión. Seis meses más tarde fue detenido nuevamente por robo y allanamiento de morada, y en el año 2006 fue condenado a una pena de prisión perpetua. Este caso llegó a

«Extending Sentencing Mitigation for Deserving Young Adults», *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2014, 104(3): 667-704.

³⁰ TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. Caso Roper v. Simmons, 543 U.S. 551, 578 (2005). BAIRD, Abigail A.; BARROW, Christy L. y RICHARD, Molly K. «Juvenile Neurolaw: When It's Good It Is Very Good Indeed, and When It's Bad It's Horrid», *J. Health Care L. & Pol'y*, 2012, 15(1): 15-35.

³¹ TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. Caso Graham v. Florida, 08-7412.

³² De todos modos algunos autores destacan que desde mediados de la década de los ochenta estaría abierta la puerta para la introducción de pruebas neurocientíficas, teniendo en cuenta que desde el caso Akey contra Oklahoman, la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo la necesidad de testimonio psiquiátrico cuando se alegaba demencia. Y, teniendo en cuenta que la neuroimagen está incluida en el ámbito del testimonio psiquiátrico, las mismas pueden ser aportadas. YEON CHOE, So. «Misdiagnosing the Impact of Neuroimages in the Courtroom». *UCLA Law Review*, 2014, 61: 1504-1505. PATEL, Purvak; MELTZER, Carolyn C.; MAYBERG, Helen S. y LEVINE, Kay L. «The Role of Imaging in United States Courtrooms», *Neuroimaging Clinics of N. Am.*, 2007, 17(4), p. 558.

la Corte Suprema, la cual, según opinión mayoritaria, entendió que la Constitución prohibía la imposición de este tipo de penas a un delincuente juvenil en delitos que no atentaban contra la vida, invirtiendo la sentencia del Tribunal de 1ª instancia de Florida.

Lo cierto es que las pruebas de neuroimagen están siendo especialmente admitidas en la fase de sentencia. Aunque las conclusiones de los estudios son controvertidas, parece que las evidencias de un desarrollo incompleto en los adolescentes deberían ser tomadas en consideración, puesto que, de todos modos, concuerdan con la clásica psicología popular. De todos modos, esta evidencia sólo tendría una limitada e indirecta relevancia para la evaluación de la responsabilidad, que evidentemente se basa en criterios de comportamiento³³.

Estos ejemplos ponen de manifiesto que en la evidencia neurocientífica ya ha llegado a la sala de los tribunales norteamericanos, y, como hemos visto, a una de las jurisdicciones más importantes: la penal³⁴.

V. CONCLUSIONES

Como los estudios neurocientíficos ponen de relieve, la capacidad para tomar decisiones por parte de los adolescentes se encuentra disminuida por la falta de madurez y desarrollo cerebral, especialmente de las zonas frontales del cerebro. Estas zonas, relacionadas con el autocontrol, la impulsividad, la ponderación de riesgos y la regulación emocional, son las últimas en desarrollarse y no culminarían su proceso de maduración, especialmente la corteza prefrontal, hasta entrada la veintena.

Ante estos descubrimientos la legislación, como producto social, no podría permanecer al margen, dado que las investigaciones en neurociencia cognitiva tienen una clara incidencia en el comportamiento humano que el Derecho pretende regular y, como hemos visto, en Estados Unidos están empezando a colarse estos conocimientos en la sala del tribunal. Más que rechazar de entrada cualquier nuevo conocimiento, entendemos que lo más idóneo es su estudio y valoración, evitando así las extralimitaciones que pueden producirse debido al desconocimiento de gran parte de los actores judiciales de estos campos. Como en líneas anteriores se destacaba, la menor edad es un término sociocultural dependiente de las creencias sociales, explicándose su régimen especial por la constatación de que existe una etapa en la evolución del ser humano en la que todavía no están plenamente desarrolladas sus facultades; facultades que en la actualidad se sabe que no se alcanzaría su desarrollo completo hasta entrada la veintena.

³³ MORSE, Stephen. «Neuroimaging Evidence in Law: A Plea for Modesty and Relevance». En: SIMPSON, J. (Ed.) y GREELY, H. *Neuroimaging in Forensic Psychiatry From the Clinic to the Courtroom*. Nueva Jersey: Wiley-Blackwell, 2012, pp. 350 y ss. AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, Brief of the American Medical Association et al. as Amici Curiae in Support of Respondent, 2005. TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. Caso Thompson v. Oklahoma (1988) 487 U.S. 815.

³⁴ FARAHANY, Nita A. *An empirical study of brains and genes in U.S. Criminal Law*, Vanderbilt University Law School, 2011. Nita Farahany se hace eco de la rápida tasa de crecimiento, con el doble de denuncias en los que es alegada una evidencia neurocientífica en 2009 en Estados Unidos.

En base a estas diferencias, encontramos autores que plantean la ampliación de la posibilidad de un tratamiento diferenciado de estos jóvenes³⁵. En este sentido, dado que existe cierto consenso en que, al menos, hasta los 21 años el cerebro no terminaría de desarrollarse, MOLINA GALÍCIA³⁶ entiende que sería adecuado este límite superior para la determinación de la mayoría de edad y el sometimiento al sistema penal de adultos.

Sería factible valernos de los avances en el campo neurocientífico para perfeccionar el sistema legal vigente de la minoría de edad, especialmente respecto a la edad en la que consideramos al imputado mayor de edad, siempre con respeto a los derechos y garantías de los imputados. De hecho, el Comité de Derechos del Niño de la ONU se ha mostrado conforme con esta posibilidad de ampliación de la justicia de menores hasta los 21 años de edad³⁷, por lo que parece que no encontraríamos más inconvenientes que el hecho de llegar a un acuerdo legislativo en fijar un nuevo límite en la determinación del límite superior de la responsabilidad penal, o valorar la posibilidad de reintroducir el régimen previsto antes de la reforma del año 2006 que posibilitaba la aplicación de la LORRPM a los jóvenes entre 18 y 21 años, teniendo el criterio subjetivo respaldo en estos estudios.

BIBLIOGRAFÍA

- AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. Brief of the American Medical Association et al. as Amici Curiae in Support of Respondent, 2005.
- ARONSON, Jay D. «Brain Imaging, Culpability and the Juvenile Death Penalty», *Psychol. Pub. Pol'y & L.*, 2007. 13(2): 115-142.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, BOE-A-1990-31312. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1990-31312
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil. Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990. <http://portaljuridico.lexnova.es/legislacion/JURIDICO/194226/resolucion-45-112-de-14-de-diciembre-de-1990-por-la-que-se-aprueban-las-directrices-de-las-nacione>
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/BeijingRules.aspx>

³⁵ SHUST, Kelsey B. «Extending Sentencing Mitigation for Deserving Young Adults», *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2014, 104(3): 667-704

³⁶ MOLINA GALÍCIA, René. «Neurociencia, Neuroética, Derecho y proceso». En: NIEVA FENOLL, Jordi y TARUFFO, Michelle (dirs). *Neurociencia y proceso*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 62.

³⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS, Observación General N° 10, 2007. Párrafo núm. 38. «Por lo tanto, el Comité recomienda a los Estados Partes que limitan la aplicabilidad de las normas de la justicia de menores a los niños menores de 16 años, o que permiten, a título de excepción, que los niños de 16 ó 17 años sean tratados como delincuentes adultos, que modifiquen sus leyes con miras a lograr la plena aplicación, sin discriminación alguna, de sus normas de justicia de menores a todas las personas menores de 18 años. El Comité observa con reconocimiento que algunos Estados Partes permiten la aplicación de las normas y los reglamentos de la justicia de menores a personas que tienen 18 años o más, por lo general hasta los 21 años, bien sea como norma general o como excepción».

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Akal, Madrid, 1998.
- BAIRD, Abigail A., BARROW, Christy L. y RICHARD, Molly K. «Juvenile Neurolaw: When It's Good It Is Very Good Indeed, and When It's Bad It's Horrid», *J. Health Care L. & Pol'y*, 2012, 15(1): 15-35. <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1203&context=jhclp>
- BECKMAN, Mary. Neuroscience. «Crime, culpability, and the adolescent brain». *Science*, 2004, 305: 596-9.
- BIRCKHEAD, Tamar R. «Symposium: Juvenile Justice Reform 2.0», *Brooklyn Journal of Law and Policy* 2011, 19. <http://ssrn.com/abstract=1856257>
- BLAKEMORE Sarah-Jayne y ROBBINS Trevor W. «Decision-making in the adolescent brain». *Nature Neuroscience*, 2012, 15(9), 1184-1191.
- BLANCO BAREA, Jose Ángel. «Responsabilidad Penal del Menor: principios y medidas judiciales aplicables en el Derecho Penal Español», en *Revista de Estudios Jurídicos*, 8, 2008. <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/9/9>
- CASEY B. J.; GETZ, Sarah y GALVAN, Adriana. «The Adolescent Brain», *Dev Rev*, 2008, 28(1): 62-77. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2500212/>
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed. corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS, Observación General N° 10, 2007. Párrafo núm. 38. http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10_sp.pdf
- COY, Ernesto y TORRENTE, Ginesa. «Intervención con menores infractores: Su evolución en España», *Anales de Psicología* 1997, vol. 13(1): 39-49. http://www.um.es/analesps/v13/v13_1/04-13-1.pdf
- DAMASIO, Antonio. *El Error de Descartes*, Destino, Barcelona, 2011.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid, Edisofer, 2013.
- ESPAÑA. Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 281 de 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-25444>
- ESPAÑA. Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 290 de 5 de diciembre de 2006. <http://www.boe.es/boe/dias/2006/12/05/pdfs/A42700-42712.pdf>
- ESPAÑA. Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal del menor. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 209 de 30 de agosto de 2004. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641>
- ESPAÑA, Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 140 de 11 de junio de 1992. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-13444>
- ESPAÑA, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 15 de 17 enero de 1996. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-1069>
- ESPAÑA, Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 152, de 27 de junio de 1983. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-17890>
- FARAHANY, Nita A. *An empirical study of brains and genes in U.S. Criminal Law*, Vanderbilt University Law School, 2011.

- FEDERLE, Katerine y SKENDELAS, Paul. «Thinking Like a Child: Legal Implications of Recent Developments in Brain Research for Juvenile Offenders», *Law, Mind and Brain*, 2009, 199.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Madrid, Civitas, 2012.
- FUSTER, Joaquín M. *Cerebro y Libertad*. Ariel, Barcelona, 2014.
- GOGTAY, Nitin; GIEDD Jay N.; LUSK, Leslie; HAYASHI, Kiralee M.; GREENSTEIN, Deanna y VAITUZIS, A. Catherine *et al.* «Dynamic mapping of human cortical development during childhood through early adulthood», *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2004, IOI: 8174-8179. <http://www.pnas.org/content/101/21/8174.full.pdf>
- GRIEDD, Jay N. «Structural magnetic resonance imaging of the adolescent brain», *Annals of the New York Academy of Science*, 2004, IO2I: 77-85.
- GRUBER, Staci A. y YURGELUN-TODD, «Deborah A. Neurobiology and the Law: A Role in Juvenile Justice?», *Ohio St. J. Crim. L.*, 2006, 3: 321-340. http://moritzlaw.osu.edu/osjcl/Articles/Volume3_2/Symposium/Gruber-PDF-03-29-06.pdf.
- MARCOS, Alfredo. «Aprender haciendo: *paideia* y *phronesis*» en *Aristóteles*. Educação, Porto Alegre, v. 34, n. 1, 2011.
- MARONEY, Terry A. «Adolescent Brain Science After Graham v. Florida», *Notre Dame L. Rev.* 2010, 86(2): 765-793. <http://ssrn.com/abstract=1680113>.
- MARONEY, Terry A. «The False Promise of Adolescent Brain Science in Juvenile Justice», *Notre Dame L. Rev.* 2009, 85(1): 89-176. <http://ssrn.com/abstract=1405367>.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MERCURIO, Ezequiel N. y LÓPEZ, Florencia C. «Cerebro y adolescencia. Implicancias jurídico penales», *Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Publicaciones del Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses*, 2009, 103. <http://www.ciencias.org.ar/user/files/MercurioLopez09.pdf>
- MOLINA GALÍCIA, René. Neurociencia, Neuroética, Derecho y proceso. En: NIEVA FENOLL, Jordi y TARUFFO, Michelle (dirs.). *Neurociencia y proceso*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- MORSE, Stephen J. «Neuroimaging Evidence in Law: A Plea for Modesty and Relevance». En: SIMPSON, J. (Ed.) y GREELY, H. *Neuroimaging in Forensic Psychiatry From the Clinic to the Courtroom*. Nueva Jersey: Wiley-Blackwell, 2012.
- MORSE, Steephren J. «Brain Overclaim Redux»; *Law and Inequality: A journal of Theory and Practice*, 2013, 31(2): 509. <http://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/Morse%20Brain%20Overclaim%20Redux.pdf>.
- MORSE, Stephen J. y ROSKIES, Adina. «A Primer on Criminal Law and Neuroscience: A contribution of the Law and Neuroscience Project, supported by the MacArthur Foundation», *Oxford Series in Neuroscience, Law, and Philosophy*, 2013.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*, Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985. ISBN: 84-600-3846-7.
- NATIONAL JUVENILE JUSTICE NETWORK. «Using Adolescent Brain Research to Inform Policy: A Guide for Juvenile Justice Advocates», 2012, http://www.njjn.org/uploads/digital-library/Brain-Development-Policy-Paper_Updated_FINAL-9-27-12.pdf.
- PATEL, Purvak; MELTZER, Carolyn C.; MAYBERG, Helen S. y LEVINE, Kay L. «The Role of Imaging in United States Courtrooms», *Neuroimaging Clinics of N. Am.*, 2007, 17(4).
- ROSS, Catherine J. «A Stable Paradigm: Revisiting Capacity, Vulnerability and the Rights Claims of Adolescents After Roper v. Simmons», *Law, Mind and Brain*, 2011, 183, 189-196 <http://ssrn.com/abstract=2171299>.

- SHUST, Kelsey B. «Extending Sentencing Mitigation for Deserving Young Adults», *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2014, 104(3): 667-704. <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol104/iss3/6/>.
- SLACHEVSKY, Andrea; SILVA, Jaime R.; PRENAFETA, María Luisa y NOVOA, Fernando. «La contribución de la neurociencia a la comprensión de la conducta: El caso de la moral». *Revista Médica de Chile*, 2009, 137: 419-425. <http://www.scielo.cl/pdf/rmc/v137n3/art15.pdf>
- SOLER, Mark; SHOENBERG, Dana y SCHINDLER, Marc. «Juvenile Justice: Lessons for a New Era», *Georgetown Journal on Poverty Law & Policy*, 2009, 16:483-495. <http://cclp.org/Lessons.pdf>.
- TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. Caso Graham v. Florida, 08-7412. <http://www.law.cornell.edu/supct/html/08-7412.ZO.html>.
- TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. Caso Roper v. Simmons, 543 U.S. 551, 578 (2005). <http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-633.ZS.html>.
- TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. Caso Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988). <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/487/815>
- VINCENT, Matthew; KRONENBERGER, William G.; WANG, Yang; LURITO, Joseph T.; LOWE, Mark J. y DUNN David W. «Media Violence Exposure and Frontal Lobe Activation Measured by Functional Magnetic Resonance Imaging in Aggressive and Nonaggressive Adolescents», *J Comput Assist Tomogr*, 2005, 29: 287-92. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15891492>.
- YEON CHOE, So. «Misdiagnosing the Impact of Neuroimages in the Courtroom». *UCLA Law Review*, 2014, 61: 1504-1505. <http://www.uclalawreview.org/pdf/61-5-8.pdf>.

La construcción jurisprudencial de las intervenciones telefónicas

ANTONIO FRANCISCO MAZUECOS ASID (España)
*Investigador Doctorando, Universidad de Granada, España*¹

RESUMEN: La intervención de las comunicaciones telefónicas es un instrumento de investigación criminal y un excepcional medio de prueba, utilizado sobre todo para la instrucción de Delitos contra la Salud Pública. Se trata de una diligencia de investigación que afecta al Derecho Fundamental al secreto de las Comunicaciones (art. 18.3 CE), motivo por el que su práctica debe ajustarse a unos mecanismos legales, debiendo llevarse a cabo a través del procedimiento establecido en la ley, pues de lo contrario, la consecuencia será la falta de valor probatorio de cuanto se haya obtenido. A lo largo de este trabajo, analizaremos la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: secreto, intervención, comunicaciones, telefónicas, delito.

ABSTRACT: The intervention of telephone communications is an instrument of criminal investigation and exceptional test medium it used primarily for the instruction of Crimes against Public Health. It is a measure of research that affects the Fundamental Right to Secrecy of Communications (art. 18.3 CE). One to this, his practice must comply with a legal, must be carried out the procedure established by law. Otherwise, the consequence will be the lack of probative value of what has been obtained. Throughout this elaboration we will analyze the jurisprudence of the Supreme Court, Constitutional Court and European Court of Human Rights.

Key words: secret, intervention, communications, telephone, crime.

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. III. Requisitos para proceder a la intervención telefónicas. IV. Procedimientos de intervención. V. Valor probatorio de las escuchas telefónicas.

¹ Abogado penalista en ejercicio y Doctorando en Criminología por la Universidad de Granada.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque Antonio Meucci inventó el teléfono alrededor del año 1857, y a pesar de que en los albores del Siglo XXI no es concebible nuestra vida cotidiana sin el apoyo de este instrumento, el legislador penal sigue resistiéndose, incomprensiblemente, a regular detalladamente una de las diligencias de investigación penal más frecuentes en nuestro Tribunales: las intervenciones telefónicas.

Frente al vacío normativo, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, han ido elaborando una detallada doctrina al respecto, siguiendo en gran medida las genéricas indicaciones marcadas desde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Pero lo cierto es que, como a continuación expondremos, existen dudas y contradicciones que debieran ser resueltas en el futuro Código de Procedimiento Penal, que viene anunciándose desde hace décadas, y que está llamado a suceder a la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

II. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

1. *Marco Legal*

La CE de 1978 reconoce como derecho fundamental el secreto de las comunicaciones, que sólo puede quedar restringido por la autoridad pública mediante resolución judicial motivada, a no ser que medie el consentimiento de los titulares de tal derecho. La CE contempla este derecho en el artículo 18.3, a diferencia de la CEDH que no lo reconoce explícitamente, aunque el TEDH, en numerosas sentencias, entre otras la STEDH de 6 de septiembre de 1978, ha destacado que aunque el artículo 8.1 CEDH no menciona las conversaciones telefónicas, se entiende que se encuentran comprendidas en las nociones de vida privada y de correspondencia, señaladas en ese texto dispositivo².

Las intervenciones telefónicas aparecen en nuestro ordenamiento positivo a través de la Ley Orgánica 7/1984 que incorpora al Código Penal los artículos 192 bis y 147 bis, reguladores del delito de escuchas telefónicas clandestinas, delitos que, con algunas variaciones en el tipo y con un notable incremento de pena, han pasado a incorporarse a los artículos 197, 198 y 536 del CP de 1995 y, posteriormente, de otro, en el ordenamiento procesal, a través de la Ley Orgánica 4/1988 que modificó el artículo 579 de la LECrim en el sentido de incluir expresamente, como acto de investigación en el sumario, las intervenciones telefónicas en un Código Procesal Penal que tan sólo contemplaba las intervenciones postales y telegráficas.

Por su parte, el desarrollo normativo de este derecho fundamental viene contenido en el artículo 33 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Igualmente, la normativa legal que regula el procedimiento a través del cual se puede restringir este derecho fundamental viene recogida, con carácter general, en los artículos 579 a 588 de la LECrim. En

² STEDH de 6 de septiembre de 1978. En esta sentencia es donde por primera vez se pronuncia el TEDH sobre la intervención de las comunicaciones. Esta sentencia es importante porque a partir de este momento, los demás pronunciamientos de este tribunal sobre esta materia, van a seguir la doctrina indicada en tal sentencia.

relación a esta regulación legal, entiendo que es de utilidad detenerse un instante en la STC 56/2003, de 24 de marzo, relativa a unas escuchas telefónicas que realiza la Guardia Civil, a cuenta de una denuncia por amenazas. Es de especial interés el fundamento jurídico tercero de la citada sentencia: «*nuestra Constitución exige que toda limitación de un derecho fundamental esté prevista en la ley (art. 53.1 CE)*». Otra sentencia de interés al hilo de lo que venimos comentando es la STC 184/2003, de 23 de octubre, en la que el Tribunal no sólo reitera y explica la necesidad de que se cumplan los requisitos establecidos taxativamente por la ley, sino que también realiza un análisis crítico de lo contenido en el artículo 579 LECrim. De la lectura de estas dos sentencias, podemos extraer una serie de conclusiones, de enorme interés:

1. La aparente insuficiencia del artículo 579 de la LECrim. Este artículo no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 8.1 de la CEDH. Así la STEDH de 18 de febrero de 2003, ha declarado la vulneración del mencionado artículo de la CEDH, porque el actual artículo 579 LECrim no cumple con las exigencias requeridas por dicho precepto relativas a la previsión legal de la injerencia. Se trata de la naturaleza de las infracciones susceptibles de dar lugar a las escuchas, de la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y de las condiciones de establecimiento del procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas.
2. Asumiendo esa doctrina, el TC reconoce que el artículo 579 LECrim es algo ambiguo e indeterminado en aspectos esenciales, por lo que no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 18.3 CE para garantizar la protección al derecho de las comunicaciones. El artículo 579 LECrim, muestra:
 - La insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, ya que no existe un límite sobre las prórrogas que se puedan establecer sobre las mismas.
 - La delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos para cuya investigación pueden acordarse estas intervenciones.
 - El control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas.

Por estas razones, tal y como señalan estas sentencias, el artículo 579 LECrim, no es una norma que garantice la cobertura adecuada de este derecho, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica que se requieren para efectuar una restricción sobre el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (artículo 18.3 CE). Además tampoco regula con la precisión requerida las condiciones de grabación, custodia y utilización de estas escuchas.

2. *Concepto*

Coincidimos plenamente con la precisa definición de GIMENO SENDRA³: «*Todo acto limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, o que por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor*»⁴.

3. *Sujetos de este derecho*

Tenemos que entender la titularidad de este derecho de forma amplia y flexible. Ello nos lleva a comprender que dicho derecho abarca tanto a las personas individuales como a las jurídicas.

Un aspecto interesante es si los reclusos internos en centros penitenciarios son titulares del derecho al secreto de las comunicaciones o si por el contrario, dada su situación, lo tienen de algún modo atenuado. El TC, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre tal respecto en algunas sentencias, en concreto en la STC 200/1997, de 24 de noviembre, el alto tribunal, establece lo siguiente: «*El enjuiciamiento en sede de amparo constitucional de las alegaciones relativas a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de los reclusos por parte de la Administración penitenciaria tiene como objeto primordial, en casos como el aquí analizado, la determinación de si los acuerdos de las Juntas de Régimen y Administración de los establecimientos penitenciarios que limitan el ejercicio de ese derecho se han producido en los supuestos legalmente previstos de acuerdo con la Constitución –en definitiva, si responde a la persecución de un fin constitucionalmente legítimo previsto por la ley–, si se han cumplido los requisitos constitucionalmente exigidos y si la medida era idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido. Para llevar a cabo este control jurisdiccional debe partirse, claro está, del marco normativo constitucional del derecho a las comunicaciones de que puede gozar un interno recluido en un establecimiento penitenciario. Ese marco viene determinado no sólo por lo dispuesto en el art. 18.3 CE –que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial–, sino también y primordialmente por el art. 25.2 de la propia Constitución que dispone en su inciso segundo que «el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». En principio el recluso goza, pues, del derecho al secreto de las comunicaciones, aunque pueda verse afectado por las limitaciones mencionadas. Hay que advertir, como se ha dicho en la STC 175/1997, que este derecho tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los internos y adquiere por ello suma relevancia en orden al cumplimiento de la finalidad, no exclusiva, de reinserción social de las penas privativas de libertad que establece el primer inciso del art. 25.2 CE. Mediante la comunicación oral y escrita con otros*

³ GIMENO SENDRA, Vicente. «La necesaria nueva regulación de las intervenciones telefónicas a raíz de la jurisprudencia del TEDH, TC y TS». *Revista La Ley*, año XVII, n.º 4024, del 26 de abril de 1996, p. 2.

⁴ STC 85/1994, de 14 de marzo.

sujetos, el preso no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y ello le permite relacionarse con el exterior y, en definitiva, prepararse para su futura vida en el seno de la sociedad»⁵.

Por otro lado, es lógico pensar que en toda conversación telefónica, existen al menos dos sujetos; si se interviene el teléfono y se escucha una conversación ilegalmente, ¿se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones de la persona que se pretende investigar y por la que se intercepta el teléfono o también ve lesionado su derecho el tercero que interviene en la conversación y que no es titular del teléfono intervenido? Lógicamente, la intromisión ilegítima en la conversación telefónica, les confiere legitimación para invocar amparo por lesión del derecho al secreto de las comunicaciones. La STC 165/2005, de 20 de junio, destaca que están legitimados para incoar un procedimiento por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones los interlocutores intervinientes en la conversación interceptada, con independencia de que sean o no titulares del teléfono o teléfonos intervenidos.

III. REQUISITOS PARA PROCEDER A LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

1. *Requisitos Materiales:*

a') Previsión Legal

El artículo 8.2 del CEDH establece como requisito expreso que la intervención telefónica sólo puede tener cabida bajo el amparo de una norma legal. No obstante, el TEDH, en la interpretación que ha hecho de este precepto no delimita si la norma ha de ser escrita o no, por lo que esta perspectiva también es aplicable en aquellos países que se sigue un sistema jurídico consuetudinario. El TEDH tampoco establece que la norma haya de tener rango legal necesariamente, por lo que se admite también que estas medidas estén amparadas por normas de rango inferior a la ley. Lo que sí ha extraído el alto Tribunal europeo de este precepto es la necesidad de que exista una norma de carácter general en el ordenamiento de cada país, que contemple, regule y establezca los límites y garantías para la adopción, ejecución y control de las medidas limitadoras del derecho al secreto de las comunicaciones. El TEDH, además ha delimitado en su jurisprudencia, que se ha de tratar de una normativa de calidad, para lo cual da una serie de recomendaciones al legislador⁶:

- La normativa **ha de ser accesible** para todo el mundo.
- Que el sujeto afectado **pueda deducir con claridad las consecuencias de la limitación de este derecho fundamental.**
- La norma ha de contener los **requisitos mínimos indispensables para poder llevar a cabo las intervenciones** limitativas de este derecho fundamental.

Nuestra normativa tiene un notable cúmulo de carencias en esta materia, tal y como ha manifestado el TC. En tal sentido, es oportuno mencionar la STC 184/2003, de 23 de octubre, por la reseña que hace del artículo 579 LECrim: *«el art. 579 LECrim adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por*

⁵ Esta línea jurisprudencial ha sido seguida por diversas sentencias del TC; por destacar algunas: las SSTC 170/1996, de 29 de octubre, 128/1997 de 14 de julio, 175/1997 de 27 de octubre, etc.

⁶ SSTEDH de 24 de abril de 1990, de 30 de marzo de 1989, de 22 de octubre de 1981, etc.

el art. 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2».

La lectura de la STC 184/2003, de 23 de octubre, revela la insuficiencia del artículo 579 LECrim, en relación a la regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite a las prórrogas que se pueden acordar, la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de los cuales puede llevarse a cabo esta medida, el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes sobre los que se plasme dicho resultado, esto es, la grabación, custodia, utilización y borrado de dichas grabaciones. En este sentido y siguiendo la línea del TEDH y del TC, el artículo 579 LECrim no es un precepto que dé una cobertura adecuada a este derecho fundamental, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica que requiere la injerencia en las conversaciones telefónicas de las personas. Pero además, el artículo 579 LECrim, tampoco regula con el nivel de diligencia requerido, las condiciones de grabación, custodia y utilización de las conversaciones en el proceso penal, como prueba para incriminar a los terceros que intervienen en la conversación (las personas con las que el titular del teléfono intervenido se comunica), en la medida en que sólo habilita específicamente para afectar el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas sobre las que se tengan indicios de responsabilidad criminal en el momento de acordar la intervención de los teléfonos, pero no habilita expresamente la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones de los terceros con quienes aquellos se comunican.

En la regulación española, en concreto, existe también un notable vacío legal en lo que respecta a la naturaleza jurídica y a la entidad de los hechos delictivos en los que es posible llevar a cabo la intervención telefónica. No se establece tampoco ninguna previsión legal sobre lo que la jurisprudencia ha denominado «*teoría del hallazgo casual*», es decir, hechos delictivos ajenos a la investigación criminal de los que no se conocía su existencia y que se descubren al tiempo que se realiza la intervención telefónica.

Y así un largo etcétera; hay numerosos aspectos importantes que no se recogen en la ley y que el TC ha tenido que suplir con su jurisprudencia, apoyada en la doctrina del TEDH que pone de manifiesto la endeble regulación española. La LECrim, no cumple las exigencias legislativas que marcaba el TEDH, como vimos antes, aunque actualmente el alto Tribunal Europeo, al hilo de las últimas sentencias del TC, ha venido a decir que en España el problema se está solventando gracias a la doctrina jurisprudencial del TC que se está encargando de suplir las insuficiencias apreciadas en la normativa española con respecto al artículo 8 CEDH⁷. Pero a pesar de ello, la intervención del legislador es necesaria para producir una regulación ajustada a las exigencias de la Constitución y al techo garantista de la CEDH⁸.

b') Finalidad Constitucionalmente Legítima

La intervención telefónica supone la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por lo que los actos procesales en virtud de los cuales se instan las posibles

⁷ STC 26/2006, de 30 de enero.

⁸ MARTÍN MORALES, Ricardo. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Civitas, 1995, p. 23.

injerencias en la esfera de protección de este derecho, han de estar sometidos al principio de proporcionalidad; lo que implica que dichas medidas estén reconocidas por ley (como acabamos de ver) y que respondan también a una finalidad legítima. La doctrina, que no el artículo 579 LECrim, en aras de dar cumplimiento al principio de proporcionalidad, exige además de la previsión legal, la más estricta observancia del principio de necesidad, ya que no basta con que la medida esté prevista en la ley y que sea adoptada por un juez, sino que es también imprescindible que se justifique y que constituya la opción menos lesiva para el derecho fundamental.

El cumplimiento de este requisito, esto es, que el fin para el cual se insta la realización de la escucha telefónica sea legítimo constitucionalmente, implica la observancia de dos presupuestos especiales, uno de carácter material y otro de carácter procesal⁹:

- **Material:** la adopción de una intervención telefónica exige que el objeto de la instrucción o investigación criminal lo constituya un delito grave, que ha de determinarse en la solicitud de la intervención. Sin embargo el artículo 579.2 LECrim, suscita un problema y es que no contiene un criterio cualitativo, es decir, no ofrece un listado de delitos graves en los que habría que autorizar la realización de las escuchas telefónicas ni tampoco otorga un criterio cuantitativo, esto es, el establecimiento de un *quantum* de pena a partir del cual instar la intervención.

La problemática que presenta este precepto ha sido zanjada por el TS pues ha optado por combinar los dos criterios. En virtud de esta línea jurisprudencial, las intervenciones telefónicas, tan sólo se justifican, en principio, para la investigación de delitos de carácter muy grave y para los delitos de carácter leve que tengan una cierta trascendencia social, como es el caso de los delitos cometidos por funcionarios que tengan una carga política o económica.

- **Procesal:** este presupuesto se refiere a la exigencia de que la intervención telefónica se lleve a cabo en el seno de un proceso de instrucción judicial.

c') Medida acorde al Estado de Derecho

La STEDH de 25 de marzo de 1983 indica una serie de ideas a modo de principio, a partir de las cuales ha de fraguarse este requisito:

1. Entender que la medida ha de ser necesaria en una sociedad democrática no quiere decir que ésta haya de ser indispensable. La intervención «*debe corresponder especialmente a una necesidad social imperiosa y resultar proporcionada a la finalidad legítima perseguida*».
2. El CEDH permite a los países tener un cierto margen de maniobrabilidad a la hora de establecer las oportunas limitaciones al derecho al secreto de las comunicaciones, siempre que no se excedan con ellas los fines para los que se dictaron.
3. No cabe hacer una interpretación extensiva del artículo 8 del CEDH, por lo que sólo se admite una interpretación restrictiva.

⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba obtenida ilegalmente*. Madrid: Akal, 1989, p. 102.

4. Se han de articular mecanismos de control sobre la injerencia en el marco de protección de este derecho fundamental.

Llegados a este punto, es momento de mencionar los **requisitos formales** que cabe exigir.

2. *Requisitos Formales:*

a') Motivación Judicial

La autoridad judicial, ha de motivar en el auto a través del cual autoriza la intervención telefónica. Esto constituye una nueva garantía en virtud del principio de proporcionalidad, según el cual, toda resolución judicial que suponga limitar la esfera de protección de un derecho fundamental, ha de ser motivada por la autoridad de la que emane. En este sentido, tenemos que interpretar el concepto «resolución judicial» al que se refiere el artículo 18.3 CE como «resolución motivada», esto es, en los términos del artículo 579.2 LECrim. En este sentido, el juez, mediante auto, deberá de plasmar el oportuno juicio acerca de la idoneidad o necesidad de la intervención telefónica, de tal manera que mediante dicho juicio se pueda constatar que a través otros instrumentos no se podría proceder a dilucidar los hechos objeto de la investigación criminal.

La resolución judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo (Vid. STC 25/2011, de 14 de marzo). Estos datos o hechos pueden haber sido puestos en conocimiento de la policía a través de informaciones anónimas. En este sentido, las SSTS n.º 457/2010, de 25 de mayo y 1151/2010, de 17 de diciembre precisan que *«un anónimo no es por sí mismo fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que en virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la Policía a los efectos de corroborar lo manifestado»*.

A pesar de ello, es abundantísima la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, que admite que la falta de motivación del Auto judicial habilitante puede ser suplida por remisión a los motivos o razones expuestas por la policía o fuerza actuante en el oficio policial que solicita la intervención telefónica. Si bien, la autoridad judicial ha de ser cauta con esto, pues dicho sea con el mayor de los respetos, en algunas ocasiones el secreto de las comunicaciones se ve desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva alguna, pues para eso existen otras diligencias de investigación menos lesivas para los Derechos Fundamentales (Vid. STC 26/2010, de 27 de octubre).

b') Contenido del Auto Judicial

1. **Identificación del titular del teléfono que se va a intervenir:** que ha de ser titular del derecho al secreto de las comunicaciones y que no tiene que coincidir necesariamente con el dueño del teléfono que se pretende intervenir.
2. **El auto, ha de reflejar el número de teléfono (o IMEI del terminal) que se va a intervenir y el delito que se pretende dilucidar.**

3. **Se debe especificar qué tipo de conexiones se pretenden intervenir, y qué cuerpo policial está autorizado a llevarlas a cabo.** Esta cuestión es muy interesante pues si se autoriza el monitoreo de las conexiones GPRS y UMTS, se pueden obtener además del tráfico de llamadas y SMS habitual, todas las páginas webs visitadas mediante el terminal móvil, las búsquedas en Google, los mensajes intercambiados en redes sociales o incluso a través de aplicaciones de mensajería como Whatsapp, Viper, Line u otros, para lo cual las fuerzas de seguridad y sobretodo el Aduanas, ya han adquirido las oportunas licencias que explotan a través de nuevos software de monitoreo, como por ejemplo SIC (Sistema Integrado de Comunicaciones).
4. **Duración de la intervención telefónica y obligación de dar cuenta periódicamente a la autoridad judicial de los resultados obtenidos con las escuchas.**
5. Por último, **debe especificar los soportes en los que deben de aportarse las grabaciones al juzgado, así como las medidas de seguridad que han de cumplir para garantizar su autenticidad y cotejo por parte del Secretario Judicial.**

IV. PROCEDIMIENTO DE INTERVENCIÓN

I. Fase inicial

a. Mecanismo procesal adecuado: debido a la configuración de nuestro Ordenamiento, el Juez que ha de otorgar la autorización para la práctica de la intervención de las comunicaciones telefónicas, en el ámbito de la investigación criminal, es el Juez de Instrucción al que diversos preceptos de la LECrim (arts. 286 y 785.3), configuran como titular de la investigación oficial. El proceso es el único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial. La naturaleza de la intervención telefónica, su finalidad y la misma lógica de la investigación exigen que la autorización y desarrollo de la misma se lleve a cabo, inicialmente, sin conocimiento del interesado, que tampoco participa en su control. Sin embargo, al desarrollarse la actuación judicial en el curso de un proceso, esta ausencia ha de suplirse por el control que en él ejerce el Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos «ex» art. 124.1 CE, y posteriormente, cuando la medida se alza, el propio interesado ha de tener la posibilidad, constitucionalmente necesaria dentro de ciertos límites que no procede precisar aquí (Sentencia del TEDH, caso Klass, núm. 55), de conocer e impugnar la medida. Tal garantía existe también cuando las de por sí discutibles «diligencias indeterminadas» se unen, pese a todo, sin solución de continuidad, al proceso judicial incoado en averiguación del delito, satisfaciendo así las exigencias de control del cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en un permanente, y por ello constitucionalmente inaceptable, secreto.

b. Motivación: la intervención se ha de realizar bajo el soporte de una resolución judicial motivada, bajo los presupuestos y requisitos que ya se han apuntado.

c. Proporcionalidad de la medida respecto al fin, la averiguación de un hecho delictivo.

d. Duración de la intervención telefónica: el Auto judicial que dé luz verde a la intervención telefónica, debe señalar el tiempo en que ésta se podrá realizar. Para determinar la duración de la intervención telefónica, el juez habrá de estimar los fines constitucionales que se persiguen con la misma y en función de ellos, determinará el tiempo por el que se podrá realizar la escucha.

Aún así, el artículo 579.3 LECrim dispone que la duración de la intervención podrá prolongarse hasta un máximo de 3 meses prorrogables.

Es totalmente indispensable que el Auto judicial que insta la intervención telefónica establezca la duración de la misma. Así lo ha establecido el TC que exige una serie de requisitos:

- En primer lugar, el plazo de duración de la intervención telefónica no comenzará a computarse desde el momento en que se dicte el Auto judicial que la autorice, sino desde la efectiva intervención. A este respecto se ha pronunciado el TC en su sentencia 205/2005, de 18 de julio:
 - «El cómputo del plazo de duración de la medida limitativa del derecho empieza a correr desde la fecha en que es puesta en práctica y se ejecuta de modo efectivo» una vez que la intervención telefónica ha sido dada de alta en SITEL.
 - La intervención tendrá una duración determinada, establecida por el mandato judicial según lo establecido en el artículo 579 de la LECrim.
- En segundo lugar, una vez transcurrido el plazo establecido por el juez en el auto para llevar a cabo la intervención telefónica, pueden ser acordadas sucesivas prórrogas, siempre que se cumplan dos exigencias:
 - Que se expresen motivadamente las razones por las que se decide prorrogar la intervención telefónica.
 - Para adoptar la prórroga de la intervención telefónica, no es necesario que el juez reciba toda la información obtenida durante el tiempo de vigencia de la misma (antes de ser instada su prórroga), bastará, dice la STC 205/2005 de 18 de julio con que «el juez haya sido informado puntualmente de las investigaciones».
 - La prórroga ha de ser concedida antes de que venza el período de duración de la intervención telefónica y deberá fundamentarse en los resultados obtenidos con las escuchas autorizadas.

2. Fase de intervención telefónica

En esta fase, hay que tener presente el artículo 579 LECrim, que diferencia dos modalidades de intervención, esto es, *la observación y la intervención*.

- *Observación*: nos ofrece una información de carácter externo, esto es, a través de ella se sabe que la comunicación existió, que tuvo lugar en la fecha y hora consignada y quienes fueron los interlocutores. Todo ello sin acceder al contenido de lo comunicado. A raíz de la STEDH de 2 de agosto de 1984 Malone contra Reino Unido, el TC asumió que el concepto de secreto de la comunicación no sólo cubre su contenido, sino que alcanza la identidad subjetiva de los interlocutores, la propia existencia de la comunicación, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión.

- *Intervención*: es la que nos ofrece una información que restringe directamente el derecho de los interlocutores al secreto de sus comunicaciones, al mostrarnos el contenido de las mismas.

La distinción que hace el artículo 579 LECrim no es somera ni irrelevante, sino que es fundamental a los ojos del principio de proporcionalidad¹⁰, puesto que en función de la relevancia de los hechos que se quieran investigar, habrá de adoptarse un mecanismo u otro.

Por su parte, el TC, ha establecido una serie de exigencias para que la actuación de la Policía Judicial y del juez sea la adecuada, para que las pruebas que se obtengan de las mismas no devengan contaminadas y por ende inadmisibles en un proceso penal¹¹:

- En relación al control judicial de la intervención telefónica, la STC 166/1999, de 27 de septiembre¹², establece que «*el control judicial puede resultar ausente o deficiente en caso de falta de fijación judicial de los períodos en los que debe darse cuenta al juez de los resultados de la restricción, así como en caso de su incumplimiento por la Policía; igualmente, queda afectada la constitucionalidad de la medida si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la intervención telefónica, y si no conoce el resultado obtenido en la investigación*»¹³.
- En relación a la Policía Judicial:
 - Ha de realizar una transcripción de las conversaciones interceptadas, si bien ninguna norma exige que la transcripción total o parcial haya de hacerse, siendo más una posibilidad que una exigencia (Vid. STS 972/2010, de 29 de septiembre). Tampoco existe ningún precepto que exija la transcripción de los pasajes más relevantes. Las transcripciones «*solo constituyen un medio contingente –y por tanto prescindible– que facilita la consulta*» (Vid. STS 940/2011, de 27 de septiembre). El material probatorio son en realidad las cintas grabadas y no su transcripción, que solo tiene como misión permitir un más fácil manejo de su contenido. Lo decisivo, por lo tanto, es que las cintas originales estén a disposición de las partes para que puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición total o parcial. Las transcripciones, siempre que estén debidamente cotejadas bajo la fe pública del Secretario Judicial, una vez incorporadas al acervo probatorio como prueba documental, pueden ser utilizadas y valoradas como prueba de cargo siempre que las cintas originales estén a disposición de las partes a los fines antes dichos, de manera que puedan contradecir las afirmaciones y argumentaciones que sobre su contenido se presenten como pruebas de cargo (Vid. SSTS 1044/2011, de 11 de octubre y 515/2006, de 4 de abril).
 - Le corresponde grabar las conversaciones telefónicas, en soportes electrónicos de los que haya sido fedatario el Secretario Judicial, para luego ponerlas a disposición del juez. Dichas grabaciones, han de contar con las debidas medidas de seguridad que

¹⁰ MONTERO AROCA, Juan. *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

¹¹ Sobre la validez de las pruebas obtenidas mediante la intervención telefónica hablaremos más adelante.

¹² Vid. SsTS 712/2012, de 26 de septiembre; 751/2012, de 28 de septiembre; 493/2011, de 26 de mayo y 309/2010, de 31 de marzo.

¹³ Esto lo establece también la STC 49/1999, de 5 de abril.

garantizan su autenticidad. En concreto, los soportes que contengan las grabaciones de las conversaciones interceptadas han de disponer de la necesaria firma digital avanzada¹⁴, que garantiza que esos dispositivos o soportes no han sido manipulados ni alterados en origen, pues permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados. De igual manera, dichos soportes han de ser encriptados antes de ser remitidos al juzgado, para evitar así su manipulación.

- Han de cumplir con los tiempos establecidos en el Auto judicial habilitantes para ir dando cuenta al juzgado de los resultados obtenidos con la intervención telefónica.
- Identificación con su T.I.P. de los agentes que hayan realizados las transcripciones de las conversaciones. Igualmente, identificación del traductor o traductores que hayan traducido las escuchas en caso de que estas estuvieran en idioma distinto del Castellano.
- Identificación del sistema de escucha y grabación utilizado para realizar las intervenciones telefónicas e identificación de los agentes que dispusieron de acceso al sistema de monitorización.

Una gran importancia tiene, por otro lado, todo lo que pueda suceder al tiempo que se realiza la intervención telefónica, por ejemplo que se descubran nuevos implicados en los hechos delictivos que se están investigando o que se descubran nuevos ilícitos o nuevos teléfonos que se hayan utilizado en los mismos y que por ende sea necesario intervenir. En este sentido, nos movemos en la esfera de lo que la jurisprudencia ha venido en llamar «*teoría de los hallazgos casuales*», que veremos con mayor profundidad dentro de poco.

3. *Tras la intervención telefónica*

Para la STC 202/2001, de 15 de octubre «*no constituye vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, sino del derecho a un proceso con todas las garantías, la utilización como prueba del contenido de las conversaciones intervenidas, pero con respecto a las cuales las irregularidades, que implican ausencia o deficiente control judicial de la medida, no tienen lugar durante la ejecución del acto limitativo, sino en la incorporación de su resultado a las actuaciones sumariales*» (...) «*todo lo que respecta a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido no forma parte de las garantías derivadas del artículo 18.3 CE, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia*».

En esta fase, es muy importante el control judicial del juez, pero para que éste cobre un carácter efectivo, es necesario que él asegure la autenticidad de la fuente de prueba, esto es, que las intervenciones de los teléfonos y las conversaciones grabadas como consecuencia de ello, sean observados por éste y analizados a efectos de prueba.

¹⁴ Vid. Sentencia núm. 1215/2009 de 30 diciembre de la Sección Primera de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (RJ 2010\435).

Una vez que ha terminado la intervención del teléfono, el titular del mismo, obviamente tiene conocimiento de que se han estado realizando las escuchas, y tiene la opción de defenderse o de matizar lo que en las grabaciones de las mismas se constate. Pero existe una importante laguna en nuestro Ordenamiento: si tras la intervención se decreta el archivo, el investigado quizá no sepa nunca que se grabó la conversación. Lo mismo sucede con todos los partícipes en conversaciones intervenidas que luego no resulten imputados.

V. VALOR PROBATORIO DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS

Teniendo presentes los artículos 18.3 y 24.2 de la CE y el artículo 11.1 de la LOPJ, en ningún caso una prueba ilícita puede ser admitida por un tribunal. En este sentido, la STC 114/1984 de 29 de noviembre establece que *«las pruebas obtenidas violentando un derecho o libertad fundamental, no pueden ser admitidas como tales medios de prueba en el proceso penal, acarreando como consecuencia la nulidad radical de todo acto...»*.

1. *La doctrina del árbol de los frutos envenenados*

Esta teoría tiene su esencia en el derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, y supone la nulidad de todas aquellas actuaciones que tengan su origen en una intervención telefónica ilegítima o irregular, como ya hemos venido apuntando. La falta de algunos de los principios que ya hemos expuesto¹⁵ o su cumplimiento defectuoso suponen el vicio de todos aquellos actos y pruebas que tengan su causa en ésta. En este sentido los vicios pueden ser de diversa índole, como por ejemplo, ausencia de fundamento para su autorización, la conculcación del principio de proporcionalidad que ha de regir la decisión del Juez, los defectos transcendentales en la resolución judicial, o las graves incorrecciones en la ejecución de lo acordado que supongan una extralimitación en el quebranto de los derechos del afectado o terceros (tales como prórrogas temporales o extensiones a otros teléfonos no autorizados expresamente y, en definitiva, cualquier actuación de los investigadores que incumpla lo dispuesto por el Instructor en lo relativo a los límites constitucionalmente protegidos). Por ello, de acuerdo con lo que dispone el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *«no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales»*; o, dicho de otro modo, la diligencia de intervención de alguna comunicación de tipo personal realizada sin las garantías que la legitiman deviene nula de pleno derecho y, en consecuencia, no podrá ser utilizada como elemento probatorio. No obstante, esta afirmación ha de ser matizada, ya que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Constitucional¹⁶ distinguen entre la ilicitud constitucional de la diligencia de intervención, por no ampararse en los requisitos constitucionalmente establecidos para su práctica, y su irregularidad o nulidad procesal, por no cumplir las normas impuestas para su ejecución, valorables en el plano de la legalidad ordinaria y trascendente sólo a efectos procesales.

¹⁵ Principio de legalidad, pero sobre todo el principio de proporcionalidad, esto es en esencia, que la medida sea proporcional a los fines que con ella se pretenden perseguir.

¹⁶ SSTs 1448/1997, de 24 de noviembre, y 1075/1998, de 23 de septiembre. SSTC 121/1998 de 15 de junio y 151/1998 de 13 de julio.

Así pues, en los casos en que no se aprecie una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, no devendrá aplicable sin más la prohibición de utilización contemplada en el 11.1 LOPJ, sino que habrá que enjuiciar el valor procesal de esa prueba defectuosamente incorporada a las actuaciones del proceso; por ello en la STC 228/1997, de 16 de diciembre, se afirma que, *«cuestión distinta es (...) que la defectuosa incorporación a las actuaciones de su resultado no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia. Mas al ser tales irregularidades procesales posteriores a la adquisición del conocimiento cuya prueba funda la condena, lo conocido gracias a las escuchas puede ser introducido en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido, por ejemplo mediante las declaraciones testificales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas. Y, desde luego, lo conocido puede ser objeto de posterior investigación y prueba por otros medios que legítimamente accedan al juicio oral»*. En este punto, el TC enlaza con la doctrina sentada en su interesante Sentencia 81/1998, de 2 de abril, en la que matiza la aplicación de la teoría, de origen anglosajón, del *fruto del árbol envenenado*, ya que al analizar el alcance de la expresión *pruebas obtenidas indirectamente vulnerando los derechos fundamentales* a que alude el artículo 11.1 LOPJ, admite la valoración de elementos de prueba, de manera que el juzgador pueda basar en ellos su convicción acerca de la culpabilidad del acusado, por ser jurídicamente independientes de la prueba (en este caso una intervención telefónica) declarada contraria al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. En efecto, la sentencia señala lo siguiente: *«según se ha dicho tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas; por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar la ilegitimidad constitucional de las primeras que se extienden también a las segundas (conexión de antijuridicidad)»*. En el análisis de si existe o no dicha conexión de antijuridicidad, se deben distinguir: de una parte, las pruebas que de hecho están indisolublemente unidas con la prueba primariamente viciada (acta de la diligencia o declaración testifical de las personas que en ella intervinieron) y, de otra, aquellas pruebas en que esa indisoluble conexión fáctica no se da (declaración autoinculpatoria del imputado o de coimputados, por ejemplo). Así como en las primeras dicha conexión es indudable desde una perspectiva meramente interna y no pueden ser valoradas en ningún caso sin infringir el artículo 24.2 de la CE, ya que lo que accede al juicio a través de estas pruebas es pura y simplemente el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita, respecto de las segundas es preciso realizar un juicio para valorar si, también desde una perspectiva externa, existe o no la mencionada conexión de antijuridicidad.

El juicio de experiencia que determina el grado de conexión entre la prueba originaria y la derivada, de cara a determinar la pertinencia o impertinencia de esta última, corresponde hacerlo a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose el eventual examen del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo a la comprobación de su razonabilidad. En ejercicio de esta facultad, el Tribunal Constitucional, consolidando una línea jurisprudencial ya apuntada en la Sentencia 86/1995, de 6 de junio, ha afirmado que *«es jurídicamente independiente del acto lesivo del derecho fundamental la declaración del imputado, previamente informado de sus derechos constitucionales y asistido de letrado, admitiendo los hechos de la pretensión acusatoria, de tal manera que el contenido de las declaraciones del acusado, y muy singularmente, el de las prestadas*

en el juicio oral, puede ser valorado siempre como prueba válida y, en el caso de ser de cargo, puede fundamentar la condena».

2. *Teoría del hallazgo casual o inevitable*

Nos referimos a la aparición de hechos delictivos nuevos no incluidos en la resolución judicial habilitante de la medida de intervención telefónica y que salen a la luz cuando ésta se está llevando a efecto. Estos nuevos hechos delictivos pueden tener relación con la actividad criminal investigada, siendo en tal caso delitos conexos que deben investigarse y enjuiciarse en la misma causa, o puede tratarse de delitos absolutamente autónomos e independientes, produciéndose una especie de novación del tipo penal investigado.

La forma de proceder en estos supuestos ha sido establecida en el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 (caso Naseiro), que señala: *«respecto al problema de la divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga (...) basta con que en el supuesto de comprobar el funcionario de policía que el delito presuntamente cometido, objeto de investigación a través de interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que se dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente».*

En consecuencia, la resolución declara incorrecto el mantenimiento de la intervención telefónica, con vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por no haberse dictado una nueva y expresa autorización judicial, ya que el Juez, al producirse los hallazgos casuales, debería haber hecho una valoración individualizada en torno a la proporcionalidad de la medida.

Esta es la línea mantenida en otras resoluciones, entre las que se pueden destacar la Sentencias 1424/1993, de 18 de junio, y 400/2004, de 27 de octubre. En esta última se señala que la policía debe informar *debidamente* al Juez del hallazgo causal, puesto que aquél sólo puede ser utilizado como mera *notitia criminis*; en caso contrario las escuchas ya no tendrían cobertura en el auto ya que la autorización, de hecho, se transformaría *en una especie de persecución del comportamiento genérico de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, la cual es totalmente antijurídica*. Idéntica es la doctrina del Tribunal Constitucional; como se afirma en la Sentencia 49/1996, en el momento en que la policía deduzca de las conversaciones intervenidas la existencia de otro delito, debe poner de manifiesto ante el Juez ese inesperado dato.

Partiendo de esta premisa se puede establecer un doble criterio de actuación. Una vez que el Juez tenga conocimiento del hallazgo casual de un hecho delictivo distinto al investigado, la solución dependerá de que se trate de un delito relacionado con el inicialmente investigado, esto es, que exista conexidad entre ambos, o, por el contrario, se trate de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior. En el primer caso, deberá darse una orden judicial ampliatoria del ámbito de la escucha telefónica y proseguir la investigación en la misma causa; por el contrario, en el segundo supuesto, el Juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e incoar la oportuna causa, tras deducir el correspondiente testimonio, en la que se prosiga una investigación diferente de la que ha sido el mero punto de arranque.

BIBLIOGRAFÍA

- CASANOVA MARTÍ, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Primera Edición. Barcelona: J. M. Bosch, 2014.
- ECHARRI CASI, Fermín Javier. «Prueba ilícita: conexión de antijuricidad y hallazgos casuales», *Revista Poder Judicial*, n.º 69, 2003.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo. «El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal», *Revista del Poder Judicial*, n.º 32, 1993, p. 28.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. «El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de la restricción de los Derechos Fundamentales», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16/2003, editorial Aranzadi.
- GIMENO SENDRA, Vicente. «La necesaria nueva regulación de las intervenciones telefónicas a raíz de la jurisprudencia del TEDH, TC y TS». *Revista La Ley*, año XVII, n.º 4024, del 26 de abril de 1996.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. «La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicada en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato». En GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Prueba y proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 107 y ss.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier. «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo y PUCHOL AIGUABELLA, Marta: «La cámara oculta frente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen» (Comentario a la STS, Sala 1a, Pleno, 1233/2008, de 16 de enero de 2009), *La Ley*, n.º 7152, Sección Tribuna, Madrid, 08.04.2009.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba obtenida ilegalmente*. Madrid: Akal, 1989.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid: Colex, 1991.
- MARTÍN MORALES, Ricardo. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Civitas, 1995.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio. *Escuchas telefónicas (Libro-Homenaje a E. Ruiz Vadillo)*, Madrid: Colex, 1999.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. «La evolución de la doctrina de los “frutos del árbol envenenado” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Presente y futuro de la Constitución Española de 1978*, ed. Tirant lo Blanch, 2005.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena. *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- MEDINA CEPERO, Juan Ramón. «La prueba ilícita o prohibida» Repertorio de Jurisprudencia núm. 37/2002, Ed. Aranzadi, S.A., Pamplona, 2002.
- MONTERO AROCA, Juan. *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- PULIDO QUECEDO, Manuel. «El programa SITEL y las escuchas de las comunicaciones. Apunte de la Sentencia (2a), de 5 de noviembre de 2009», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2009, parte Tribuna, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

- RIVES SEVA, Antonio Pablo. *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal: análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*, Barcelona: Bosch, 2010.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. «Las intervenciones telefónicas y el derecho a la intimidad». *Diario La Ley*, 2009, número 7201, Sección Tribuna de 2 de junio de 2009.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. La intervención de las comunicaciones telefónicas: su evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Barcelona: Bosch, 2002.
- RODRIGUEZ LAINZ, José Luis. «El tercero frente a la Intervención Judicial de las comunicaciones telefónicas», Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 2/2005, Pamplona: Aranzadi, 2005.
- RUBIO SÁNCHEZ, Francisco. «Validez procesal de la grabación de una conversación telefónica privada (Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de enero de 2006 (AS 2006/928))», *Repertorio Aranzadi Social* núm. 6/2006, Pamplona 2006.
- YLLANES SUÁREZ, Juan Pedro. «Comentarios a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18-2-2003», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* n.º 6/2003, Pamplona, 2003.
- VACAS GARCÍA-ALÓN, Luis y MARTÍN MARTÍN, Gervasio. *De la nulidad de los actos judiciales (1ª parte)*, Pamplona: Aranzadi, 2008.

La influencia de las nuevas tecnologías en el crimen organizado

SONIA M. GRANADOS ROMERO (España)

Investigadora Doctoranda, Universidad Jaime I de Castellón, España

RESUMEN: La impactante evolución de las TICs ha favorecido la aparición y proliferación de manifestaciones criminales de alcance transnacional con un potencial lesivo de enormes dimensiones que el crimen organizado ha convertido en una de sus principales herramientas aprovechando su carácter transnacional, globalizador, desregularizado y tendente al anonimato que propicia un ámbito de oportunidad económica con escaso riesgo de detección policial.

Palabras clave: delincuencia organizada transnacional, nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC), globalización, cibercrimen, ciberterrorismo.

ABSTRACT: Impressive evolution of ICTs has favoured the emergence and proliferation of criminal manifestations of transnational scope with a damaging potential of enormous dimensions that organized crime has become one of its main tools leveraging its transnational globalization, deregulated character and geared to the anonymity fosters an environment of economic opportunity with little risk of police detection.

Key words: transnational organized crime, information and communication technologies (ICT), globalization, cybercrimen, cyberterrorism.

SUMARIO: I. Introducción. II. Globalización y nuevas tecnologías en la delincuencia organizada. III. Crimen organizado, internet y derecho penal. IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La globalización transforma a la criminalidad y aumenta su transnacionalidad. La evolución reciente de la criminalidad organizada ha supuesto un cambio en sus estructuras orgánicas y un gran aumento en su capacidad de desafiar al orden estatal. Los factores de la globalización están incidiendo en la criminalidad actual puesto que al ser más fácil el

movimiento de personas y objetos que acompaña la globalización, se posibilita la existencia de delitos con elementos de extranjería lo que, unido al avance de las telecomunicaciones, permite que se creen nuevas formas de delincuencia mediante los sistemas informáticos y las telecomunicaciones a la vez que aumentan las amenazas a las instituciones supranacionales. A estas alteraciones de la criminalidad debe añadirse los efectos negativos de la globalización con efectos criminógenos como la presión migratoria sur-norte que hace surgir delitos contra el tráfico de personas o la explotación de los inmigrantes; la marginación y empobrecimiento extremo de regiones enteras fomenta el extremismo y el terrorismo; la concentración de poder en manos de grandes sociedades empresariales tiende a conducir al abuso de poder y la corrupción; etc¹. No obstante, la globalización no sólo provoca cambios en los postulados clásicos del derecho penal sino también en el concepto de soberanía² ya que el Derecho combina dos aspectos esenciales: su carácter normativo y su relación con el poder, relación poco visible en el ámbito del Derecho internacional privado pero que tiende a invadir al Derecho internacional público favoreciendo lo político en perjuicio de lo jurídico³.

En tiempos de perturbación política y económica, la criminalidad organizada prospera y se expande favoreciéndose por la disminución de controles que hacen más difícil seguir el rastreo de los beneficios de origen delictivo, la gran cantidad de capitales que cubren la huida de los fondos legales en momentos de apremio de efectivo y en los que la rentabilidad de la inversión suele ser alto por las propias características del riesgo asumido. Es por ello que las estrategias mundiales de las grandes organizaciones delictivas se han visto influenciadas en gran medida por los acontecimientos geopolíticos. Un ejemplo lo podemos encontrar en Afganistán, uno de los territorios considerados germen y punto de irradiación de inestabilidad internacional. En este lugar confluyen los factores favorecedores por excelencia del crimen organizado transnacional: estado fallido, varios hombres de la guerra, cultivo y tráfico de drogas, tráfico de armas, etc.⁴.

En el mundo se ha impuesto el sistema de producción de libre mercado con la caída del socialismo real que, sumado al espectacular desarrollo tecnológico principalmente en el ámbito de las telecomunicaciones, ha facilitado el movimiento de capitales, de bienes y servicios, incrementando notablemente el comercio internacional, pero también ha acercado a los grupos que se dedican al comercio ilícito; ha facilitado el blanqueo de capitales permitiendo de esta forma organizarse más y mejor⁵. Una de las organizaciones que se ha beneficiado del nuevo contexto económico es la N'Drangheta que consiguió filtrarse en el poder político participando activamente en el financiamiento de campañas. La Camorra, aunque se mantuvo al margen del poder político (no así la *Nuova Camorra Organizzata* de influencia italoamericana), incrementó los

¹ Cfr. J. VOGEL. «Derecho penal y globalización», en M. CANCIO MELIÁ. *Globalización y derecho, Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 9, 2005, p. 116.

² Cfr. L. O. DE OLIVEIRA ROCHA. «La vigencia de la ley penal en el espacio: efectos de la globalización, en *Letras Jurídicas*», *Revista electrónica de Derecho*, México, Universidad de Guadalajara, en <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx>.

³ Cfr. H. A. DELMAS-MARTY. «Lo relativo y lo universal», *Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*, M. MORALES ROMERO (trad.). Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, en www.cienciaspenales.net, p. 2.

⁴ Cfr. MARTÍNEZ DELGADO, Jerónimo. «Organizaciones intrnacionales de seguridad y empleo de capacidades y medios militares frente al crimen organizado», en MAGAZ ÁLVAREZ, Ricardo. *Crimen organizado transnacional y seguridad*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2011, p. 162.

⁵ Cfr. SANZ MULAS, Nieves. *El desafío de la criminalidad organizada*, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 52.

negocios ilegales aprovechando los intersticios de la economía legal. La Mafia siciliana consolidó una estrecha relación de alianzas y mutuas concesiones con la autoridad política, extendió su influencia al sistema crediticio y bancario, y a la utilización de los fondos públicos. Una de sus derivaciones, la Cosa Nostra, cobró importancia en tierras norteamericanas, especialmente Nueva York y Chicago, y claro ejemplo de empresa criminal donde se hilaba un complejo entramado entre lo lícito y lo ilícito. Por su parte, las Tríadas chinas descubrieron nuevas oportunidades de negocios ilegales en Hong Kong y Taiwan que les servía de conexión con el mundo occidental. Las Yakuza también vieron prosperar su organización cuando tras la Segunda Guerra Mundial representaron un papel fundamental en la regulación del sector obrero, principalmente como grupos antihuelgas, lo que les permitió adquirir una posición de semilegalidad⁶.

La era de la información está afectando a toda clase de conflictos. Actualmente, tanto los grupos terroristas como las organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico utilizan formas de organización, doctrina, estrategia y tecnología en red⁷. A causa de las nuevas tecnologías se manifestaron dificultades en la determinación e imputación de la responsabilidad criminal en el contexto de estructuras organizativas complejas, las viejas instituciones del Derecho penal clásico, pensadas más para la atribución de responsabilidades criminales como consecuencia de la realización de conductas individuales, también presentan problemas a la hora de combatir, con un mínimo de eficacia aceptable, los retos que para cualquier Estado representan estas estructuras organizativas al servicio de la comisión de hechos delictivos⁸.

De este modo, el nuevo modelo de crimen organizado presenta tres diferencias fundamentales con fases anteriores del fenómeno globalizador:

1. una operatividad a escala mundial
2. unas conexiones transnacionales extensivas y,
3. la capacidad de retar a la autoridad nacional e internacional⁹.

En la actualidad, la delincuencia organizada plantea una amenaza para la seguridad y la estabilidad nacionales e internacionales al constituir un ataque frontal contra las autoridades políticas y legislativas que plantea a los estados problemas fundamentales a los estados, trastorno y compromete a las instituciones sociales y económicas y causa una pérdida de fe, en los procesos democráticos, socava el desarrollo y desvirtúa los beneficios que éste ha alcanzado con grandes esfuerzos, victimiza a poblaciones enteras sirviéndose para ello de la vulnerabilidad humana, y se apropia de segmentos enteros de la sociedad, especialmente las mujeres y los niños, a los que tiende trampas e incluso esclaviza en el marco de sus diversas empresas ilícitas y estrechamente relacionadas, particularmente la prostitución¹⁰.

⁶ Cfr. GABRIEL ORSI, Omar. *Sistema penal y crimen organizado*, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 28.

⁷ Cfr. ARQUILLA, Jhon y RONFELDT, David. *Redes y guerras en red. El futuro del terrorismo, la criminalidad organizada y el activismo político*, Alianza, 2003, p. 24.

⁸ Cfr. GRANADOS PÉREZ, Carlos. «La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos». *Cuadernos de derecho judicial*, CGPJ, 2001, p. 149.

⁹ Cfr. RESA NESTARES, Carlos. *Crimen organizado transnacional: definición, causas y consecuencias*, Madrid, 2003, p. II.

¹⁰ Cfr. ALBINI, J. L., ROGERS, R. E. y otros. «Russian organized crime: Its history structure and fuction», en RYAN P. J., RUSH G.E. *Understanding organized crime in global perspective*, London, 1997, p. 153.

Hoy en día las organizaciones criminales mantienen la misma configuración flexible en red que la empresa lícita, es decir, se constituye en pequeñas organizaciones vinculadas a grandes organizaciones criminales, en diversas redes, entre las cuales se entrecruzan las organizaciones legales y las organizaciones ilegales¹¹.

En los últimos años los investigadores y profesionales de la seguridad, alertados por informes prospectivos de Naciones Unidas y otros organismos internacionales en la última década del siglo pasado, advierten la convergencia entre actividades y estructuras criminales y diversas expresiones de violencia política, especialmente la perpetrada por grupos terroristas¹². Este tema produjo un interés mayor como consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001 y quedó plasmado en la Resolución de 28 de septiembre de 2001 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que denunciaba la estrecha conexión entre el terrorismo internacional y los grupos de delincuencia transnacional organizada que se dedicaban al blanqueo de dinero y el tráfico de drogas, armas y diversos materiales potencialmente letales de tipo nuclear, químico y biológico¹³.

Desafortunadamente, los sistemas penales de los estados individuales son incapaces de hacer frente a las actividades del crimen organizado si éste alcanza una dimensión internacional. Por ello, la lucha contra la criminalidad organizada implica medidas de carácter internacional para enfrentarse a él¹⁴.

II. GLOBALIZACIÓN Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

La expansión internacional de la actividad económica, la enorme apertura de fronteras, los grandes avances científicos y tecnológicos, la consolidación del uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), facilitan la expansión de la criminalidad que frecuentemente presenta carácter transnacional. Los cambios tecnológicos quedan reflejados en los cambios sociales, lo que propicia el nacimiento de un nuevo tipo de delincuencia económica vinculada con el ciberespacio y la evolución de los intereses sociales y nuevos servicios relacionados con Internet¹⁵. De este modo, la criminalidad organizada se aprovecha de todo ello para obtener el máximo beneficio y el mínimo riesgo, así como las formas más lucrativas de actividad ilegal¹⁶.

La delincuencia organizada ha logrado sacarle partido a la globalización¹⁷, los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la

¹¹ Íbid. SANZ MULAS, Nieves. *El desafío de la criminalidad organizada...*, p. 56.

¹² Cfr. DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis. *Criminalidad organizada: evolución y claves de la delincuencia organizada*, Ariel, 2010, p. 319.

¹³ Cfr. Resolución 1373, aprobada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en su sesión 4385, celebrada el 28 de septiembre de 2001.

¹⁴ Cfr. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest, Almagro, mayo de 1999, p. 23.

¹⁵ Cfr. MIRÓ LINARES, Fernando. *El Cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2012, p. 27.

¹⁶ Cfr. GALAIN PALERMO, P. y ROMERO SÁNCHEZ, A., «Criminalidad Organizada y Reparación», en PÉREZ ÁLVAREZ F., *Universitas Vitae Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, 2007, pp. 247 y ss.

¹⁷ Cfr. GUIDDENS, A. *Sociología*, Madrid, 2001, pp. 305 y ss.

tecnología sofisticada que la acompaña¹⁸. Las conductas más básicas de *phising*¹⁹, de ataques *scam*²⁰ y de *skimming*²¹ generalmente provienen de bandas organizadas que se inician en el ciberespacio. Su evolución en el mundo de las TIC las conducen al reclutamiento de expertos *hackers* capaces de realizar casi cualquier tipo de ciberataque²². Como manifestación de la participación criminal en el delito con fórmulas de concertación delictiva que sobrepasan la mera individualidad, la criminalidad organizada siempre ha estado vinculada a las nuevas tecnologías²³ y ello en base a dos premisas:

1) En primer lugar, existe la necesidad del grupo de mantenerse en contacto de forma permanente. Para llevar a cabo la actividad delictiva, es necesario un fase previa de preparación (planificación, reparto de tareas...) y una fase ejecutiva donde la utilización de medios tecnológicos se convierten en medio instrumental de coordinación para posibilitar e incluso potenciar su acción conjunta (teléfono, correo electrónico,...).

Asimismo, las nuevas tecnologías sirven como medio instrumental de propaganda en específicas modalidades delictivas como el terrorismo y que son utilizadas para justificar sus acciones ilícitas, captar a nuevos integrantes, adoctrinar a simpatizantes o colaboradores, etc.

2) En segundo lugar, suponen una nueva vía de afección a bienes jurídicos clásicos (en 2007 la Agencia Tributaria advirtió de un intento de *phising*²⁴) o la afección a nuevos intereses que con el desarrollo de las nuevas tecnologías se ven afectados, como puede ser las posibilidades abiertas a raíz de los ataques a los sistemas de información²⁵ (ataques con virus a servidores informáticos para borrar información). Se abre un nuevo reto político criminal puesto que todas las

¹⁸ Cfr. ANNAN, KOFI A. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Nueva York, 2004, Prefacio.

¹⁹ El *phising* o suplantación de identidad hace referencia a un modelo de abuso informático realizado mediante el empleo de ingeniería social caracterizado por intentar adquirir información confidencial de forma fraudulenta.

²⁰ El término *scam* se emplea para definir los intentos de estafa a través de un correo electrónico fraudulento o bien páginas web fraudulentas. Generalmente se desea estafar económicamente por medio del engaño presentando una supuesta donación a recibir o un supuesto premio de lotería al que se accede previo envío de dinero.

²¹ El *skimming* se refiere a la obtención de los datos de la tarjeta de crédito por cualquier medio con la intención de su posterior uso fraudulento.

²² Íbid. MIRÓ LINARES, Fernando. *El Cibercrimen...* p. 242.

²³ Cfr. VELASCO NUÑEZ, E. «Crimen Organizado, Internet y Nuevas Tecnologías», Juzgado Central de Instrucción 6 de la Audiencia Nacional, 2012, pp. 245 y ss.

²⁴ Vid. Madrid, 30 de enero de 2007, la Agencia Tributaria advierte de un intento de *phising* (ataque a través de e-mails que simulan ser entidades bancarias y afirman necesitar confirmar datos confidenciales por medidas de seguridad). El dominio que figura en la página web www.aeats.eu no es el de la Agencia Tributaria, una ligera variación del dominio real www.aeat.es. Durante el mes de junio de 2015 se ha vuelto a detectar un envío de comunicaciones por correo electrónico en el que suplantando su identidad e imagen y haciendo referencia a un supuesto reembolso, se facilita un enlace para descargar un formulario con el que solicitar dicha devolución. En esta página falsa aparece un formulario aparentemente legítimo, donde se solicitan datos personales, bancarios y de la tarjeta de crédito. El envío de estos correos fraudulentos fue detectado gracias a la colaboración de los internautas que alertaron a los servicios de información de la Agencia Tributaria. Disponible en http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/_componentes/_Le_interesa_conocer/Historico/La_Agencia_Tributaria_advierte_de_un_nuevo_intento_de_fraude_tipo_phishing_a_traves_de_Internet.shtml.

²⁵ Cfr. Decisión Marco 2005/222/JAI/ del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas informáticos.

estructuras políticas, económicas y sociales deben adaptarse a la nueva sociedad, es decir, la sociedad de la información, sociedad digital o sociedad en red, con el fin de proteger tanto a los intereses tradicionales como a los nuevos intereses, ya que las formas delictivas son novedosas y sufren múltiples cambios debido a que el entorno social en el que se producen poseen esas mismas características tecnológicas evolutivas.

Con la evolución de las TIC, el ciberespacio se ha convertido en un nuevo lugar para la comisión de diversos ataques a bienes jurídicos de gran relevancia como el honor, la intimidad, la libertad sexual, la propiedad e incluso la integridad física y la vida. A pesar de que la mayoría de las conductas no son novedosas en sí mismas, la extraordinaria particularidad del instrumento con el que se cometen, o sobre el medio en que actúan, aporta a estas conductas una especial configuración que trunca los esquemas clásicos para su investigación y enjuiciamiento²⁶.

Los *modus operandi* se propagan interconectados con dinamismo por todo el planeta, incidiendo directamente en el concepto de seguridad, en sentido genérico del término, y acarreando serios peligros para las naciones. Quizás las manifestaciones más severas podrían atribuirse al terrorismo, por el uso extremo e indiscriminado de la violencia, y el narcotráfico, por el deterioro de la salud pública, las mafias y la corrupción que genera²⁷. La ausencia de fronteras y el avance de la tecnología ha supuesto un incremento hasta límites insospechados del tráfico ilícito que no se limita al concepto tradicional de tráfico de sustancias prohibidas para el consumo, como ocurre con las drogas, o con elementos cuya producción y venta se encuentra rígidamente regulada, como ocurre con las armas de fuego, sino que se ha recuperado el tráfico de seres humanos destinados a la esclavitud o la explotación sexual. También se ha incorporado el tráfico ilegal de un elemento de consumo como son los vehículos fabricados en occidente, que tras ser sustraídos en los países más poderosos, se maquillan, se trasladan a otros con menor poder adquisitivo y se distribuyen dentro de un comercio donde es muy complicado determinar su origen ilegal²⁸.

Las oportunidades ofrecidas por el ciberespacio han permitido la afluencia de diversas modalidades de blanqueo de capital virtual, entre ellas las formas más comunes son la utilización de mulas para el envío de dinero y el logro de divisas por medio de los juegos *online*. En el primer supuesto, se refiere a aquellos supuestos, generalmente en el ámbito del *phising*, en que los usuarios de Internet que poseen cuentas bancarias son reclutados vía web bajo la apariencia de contrato laboral realizado desde casa el cual consiste en la recepción en sus cuentas de efectivo y su posterior envío, generalmente vía Western Union o transferencia bancaria, por el que perciben comisión. El segundo supuesto se refiere a las webs de juego *online* donde se crea una economía virtual donde se intercambia dinero real por dinero virtual que permite la participación en sus juegos. Este sistema es utilizado por las organizaciones criminales para intercambiar dinero real por dinero virtual que más tarde se vuelve a recuperar como real dificultando así su perseguibilidad²⁹. La importancia del blanqueo de capitales es cada vez mayor tanto por su volumen y extensión como por su relación

²⁶ Cfr. RAYÓN BALLESTEROS, María Concepción y GÓMEZ HERNÁNDEZ, Jose Antonio. «Ciberdelitos: particularidades en su investigación y enjuiciamiento». *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, Madrid, 2014, p. 2.

²⁷ Cfr. MAGAZ ÁLVAREZ, Ricardo. *Terrorismo y narcotráfico como elementos clave del crimen organizado transnacional y amenaza para la seguridad*. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2011, p. 15.

²⁸ Cfr. MORÁN RUBIO, J. L. «Tráficos ilícitos: especial referencia a materiales de doble uso», en MAGAZ ÁLVAREZ, Ricardo. *Crimen organizado transnacional y seguridad*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2011, p. 55.

²⁹ Íbid MIRÓ LINARES, Fernando. *El Ciberdelito...* p. 83.

directa con el funcionamiento de las organizaciones criminales lo que, unido a la creciente complejidad de este tipo de delitos en un mundo social y económicamente más globalizado, exige mecanismos no sólo de represión sino que también de prevención más complejos³⁰. Los cuerpos policiales de América (Ameripol) han demandado más recursos para combatir el crimen organizado transnacional, especialmente narcotráfico y trata de personas³¹.

Otra de las oportunidades que ofrece el ciberespacio es su utilización como nuevo método de extorsión del crimen organizado como sucede en aquellos casos en que se solicita importantes cantidades económicas a cambio de no iniciar un ciberataque o, si éste ya se ha iniciado, cesarlo. Es el caso de la compañía BetWWTs.com, con sede en la Antigua World Wide Tele-Sports, que en septiembre de 2003 efectuó un pago de 30.000 dólares con el fin de poner fin a los ataques a las redes de la compañía que impidieron a los clientes realizar apuestas y por lo que sufrieron pérdidas estimadas en cinco millones de dólares³².

Mención especial por la trascendencia como instrumento para la lucha política o ideológica donde las TIC desempeñan un papel predominante es la utilización de Internet como forma de ciberterrorismo donde adquiere gran protagonismo el *hacktivismo*³³ político, como quedó demostrado en la denominada «primavera árabe» como medio de difusión del mensaje terrorista y adoctrinamiento o, según datos de la inteligencia antiterrorista, organizaciones terroristas como Al-Qaeda utilizar el ciberespacio como medio transnacional de difusión de mensajes entre los miembros de la organización criminal así como realizar ataques informáticos contra el gobierno de los Estados Unidos y otros objetivos enemigos³⁴. Hasta la fecha no se ha producido un ataque cibernético que haya causado grandes destrozos o pérdidas humanas. Los ataques informáticos se han limitado a rastros de visitas o intentos de acceso a infraestructuras estratégicas, colapsar sitios web de instituciones o empresas, inutilizar los sistemas de comunicación como en la Guerra del Golfo en 1991, a contrainformar como sucedió en la Guerra de Kosovo en el año 1999, robar información, por lo que se habla hasta ahora de uso pasivo de la Red. Actualmente, los grupos terroristas usan el ciberespacio para financiarse, reclutar nuevos miembros, adiestrar a los integrantes de las diferentes células, comunicarse, coordinar y ejecutar acciones, búsqueda de información, adoctrinar ideológicamente, promocionar sus organizaciones y desarrollar una guerra psicológica contra el enemigo³⁵.

En los últimos años, el uso de las nuevas tecnologías como objeto de ataque en sí mismo cobra mayor relevancia, ejecutándose cada vez más de forma organizada y en grupo de delincuentes³⁶. Las bandas de delincuencia organizada han comenzado a trasladar sus acciones al ciberespacio, explotando las facilidades que el anonimato les ofrece debido a las limitaciones en la aplicación

³⁰ Cfr. CUESTA SAHUSILLO, M.ª Teresa. «Blanqueo de Capitales», en MAGAZ ÁLVAREZ Ricardo. *Crimen organizado transnacional y seguridad*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2011, p. 93.

³¹ Cfr. SU, Rodrigo Marcelo. Policías piden más recursos contra los delitos transnacionales. Global Network Content Services LLC, DBA Noticias Financieras LLC, Estados Unidos, 2014, p. 1.

³² Cfr. KSHETRI, Nir. «The Simple Economics of Cybercrimes». *IEEE Security and Privacy*, January/February, 4 (1), p. 36.

³³ El *hacking* hace referencia a aquella conducta consistente en acceder ilícitamente a sistemas informáticos.

³⁴ Íbid MIRÓ LINARES, Fernando. *El Cibercrimen...* p. 132.

³⁵ Cfr. SÁNCHEZ MEDERO, Gema. «Ciberespacio y el crimen organizado. Los nuevos desafíos del siglo XXI».

³⁶ Íbid VELASCO NUÑEZ, E. «Crimen Organizado, Internet y Nuevas Tecnologías», p. 246.

de la ley por las fronteras físicas entre los países. En este sentido, Rusia y China se han convertido en puertos seguros para los cibercriminales mientras que Brasil es uno de los países de mayor crecimiento como «chivo expiatorio» para el crimen cibernético³⁷. Las bandas organizadas, ante este nuevo escenario y con las deficiencias legislativas operando a su favor, deciden irrumpir en este terreno pero, a pesar de su estructura y organización criminal, necesitan de los conocimientos de los expertos hackers³⁸. Ante la proliferación de usuarios procedentes de una gran variedad de países y culturas, de diferentes intereses y estatus sociales, provocó una exacerbada búsqueda y almacenamiento de datos personales de potenciales clientes de las multinacionales del ámbito de la informática y las telecomunicaciones con fines comerciales. Pronto se vislumbró su potencial financiero y las bandas organizadas desarrollaron técnicas con las que cometen sus actos ilícitos como son la estafa económica y el tráfico de información personal³⁹.

Según datos del FBI, en el año 2009 el impacto de la ciberdelincuencia por la acción de la criminalidad organizada ocasionó unas pérdidas, tanto a empresas como a particulares estadounidenses por un valor superior a 560 millones de dólares⁴⁰, y en 2013 3000 empresas comunicaron haber sufrido ciberataques. En el Golfo Pérsico, dos bancos perdieron 45 millones de dólares, en la Unión Europea la Comisión Europea estima que nos cuesta al año unos 750 millones de euros⁴¹. Según un estudio realizado por el CSIS (*Center of Strategic and International Studies*) en colaboración con McAfee, el coste anual de la ciberdelincuencia en la economía global supera los 450 millones de dólares. El grueso de estas pérdidas recae en los países del G20, donde las pérdidas debidas a la ciberdelincuencia en las cuatro mayores economías mundiales, es decir, Estados Unidos, China, Japón y Alemania, alcanzaron los 200.000 millones y ocasionaron la pérdida de más de 200.000 puestos de trabajo en Estados Unidos y 150.000 empleos en la Unión Europea⁴². El 17% e los cibercrímenes se atribuyen a bandas organizadas mientras que el 27% a empleados internos de las empresas⁴³. El gran problema no es solo el perjuicio económico, que es muy elevado, sino que el 19% se descubre un año después y el 21% entre 10 días y un mes

³⁷ Cfr. GUTIÉRREZ FRACÉS, María Luz. «Reflexiones sobre la ciberdelincuencia hoy (en torno a la Ley Penal en el espacio virtual)». *Redur* n.º 3, 2005, p. 69.

³⁸ Cfr. SALOM CLOTET J. «El ciberespacio y el Crimen Organizado», en *Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio. Cuadernos de Estrategia*, n.º 149, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, pp. 143 y ss. El autor explica cómo los primeros escenarios de la delincuencia organizada se focalizaban en el comercio electrónico y en la banca electrónica como instrumentos más rápidos para conseguir dinero, desarrollando a pasos agigantados una mayor complejidad en los sistemas informáticos e introduciéndose en nuevos escenarios como el blanqueo de capitales mediante mulas, las estafas por internet y la industria del malware.

³⁹ Cfr. LAGARES, Diego. *Internet y el Derecho. Tecnología y Jurisprudencia: dos conceptos obligados a entenderse*. Ediciones Carena, Barcelona, 2000, p. 46.

⁴⁰ Cfr. CARO BEJARANO M. J. «Alcance y ámbito de la seguridad nacional en el ciberespacio», en *Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio. Cuadernos de Estrategia*, n.º 149, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, pp. 72 y ss.

⁴¹ Cfr. Anunciado por Cecilia Malmström, Comisaria de Asuntos de Interior, en su página ec.europa.eu/commission_2010-2014/malmstrom/welcome/default_en.htm, referencia IP/10/1535, publicado con fecha 22 de noviembre de 2010, Bruselas.

⁴² Cfr. Net Losses: Estimating the global cost of cybercrime. Economic impact of cybercrime II. Center for Strategic and International Studies, 2014, p. 17 disponible en <http://www.mcafee.com/us/resources/reports/rp-economic-impact-cybercrime2.pdf>

⁴³ Cfr. GARCÍA, Carlos Arturo. «Este año, fraudes cibernéticos han costado US \$ 500 millones». *Global Network Content Services LLC, DBA Noticias Financieras LLC*, Estados Unidos, 2013, p. 2, disponible en <http://search.proquest.com/docview/1450013263?accountid=15297>

después, lo que puede resultar demasiado tarde. España pierde cada año 19.000 millones de Euros a causa de los ciberataques, según el Centro Nacional de Inteligencia (CNI), ataques que pasaron de 458 en 2010 a casi 4.000 en 2012, triplicándose en el caso de las administraciones públicas⁴⁴. En dicho informe se llega incluso a advertir que vamos de camino hacia una guerra fría cibernética, donde la ciberdelincuencia y el ciberterrorismo son las mayores amenazas a las que habrá que hacer frente en el siglo XXI.

La Comisión Europea creó en 2013 el Centro Europeo contra el Ciberdelincuencia (EC₃), el cual se une a la constitución del grupo de trabajo bilateral Unión Europea-Estados Unidos, con la finalidad de servir de ayuda a los Estados miembros en el desmantelamiento y disuasión de delitos cometidos a través de las redes de comunicación electrónicas mediante métodos forenses y de evaluaciones especializadas en los riesgos, así como la formación de jueces y fiscales. Su actividad se centra en las actividades ilegales que perpetran las bandas organizadas en el ciberespacio, especialmente en los ataques dirigidos contra las operaciones bancarias y otras actividades financieras en línea⁴⁵. De ahí que la seguridad en el ciberespacio es un tema que ha aumentado su importancia debido a la preocupación que supone, no sólo debido al ciberdelincuencia, sino por la mayor gravedad con la que operan la criminalidad organizada y el terrorismo, llegando a suponer, en este último supuesto, una ciberamenaza a la seguridad nacional.

Afortunadamente, el Derecho penal y el Derecho procesal penal han evolucionado para enfrentarse a ese nuevo marco de ejecución delictiva que se desarrolla en un ámbito virtual y tecnológico, distinto al modelo tradicional de criminalidad física, individual e interpersonal, ya que cuestiona los axiomas vigentes⁴⁶. Sin embargo, las TIC están en continuo desarrollo. Se trata de un fenómeno delictivo cada vez más variado y abundante donde las regulaciones legales quedan obsoletas muy rápidamente por la rapidez de la evolución tecnológica. A ello se le unen las dificultades propias de su carácter transnacional como la determinación del tribunal competente y la determinación espacial de la ley penal, lo que favorece su impunidad. En la sociedad de la información no existen fronteras y la comunicación es inmaterial por lo que desaparecen los límites temporales y espaciales. Otros factores que dificultan la perseguibilidad de estas conductas son la facilidad del intercambio de información, la comunicación inmediata entre lugares lejanos, la fugacidad de las acciones y la facilidad para conseguir sus anonimato, la dificultad a la hora de identificar las huellas digitales, la fácil alteración de los rastros en la comisión de los hechos delictivos, la dificultad en la detección y persecución de las conductas antijurídicas, así como la insuficiente conciencia por parte de los usuarios en la toma de medidas preventivas de seguridad.

III. CRIMINALIDAD ORGANIZADA, INTERNET Y DERECHO PENAL

Con la finalidad de hacer frente a esta nueva forma de delincuencia se celebró el 23 de noviembre de 2001 en Budapest el Convenio sobre Ciberdelincuencia con el objetivo de dar

⁴⁴ Cfr. FOLGADO, Ruben. *La llave de la confianza*. Unidad Editorial Revistas S.L.U., Madrid, 2013, p. 4.

⁴⁵ Vid. Muyseguridad.net La Unión Europea inaugura el Centro Europeo contra el Ciberdelincuencia (EC₃) con fecha 12 enero 2013 disponible en <http://muyseguridad.net/2013/01/12/apertura-centro-europeo-ciberdelincuencia>, consultado el 10 de abril de 2015.

⁴⁶ Cfr. RAYÓN BALLESTEROS... p. 1.

respuesta, desde un enfoque supranacional, mediante instrumentos eficaces de cooperación de lucha contra la cibercriminalidad, a la necesidad de aplicar una política penal común. Dada la especial transcendencia en los supuestos de las bandas organizadas, el Convenio nace con pretensiones armonizadoras para el conjunto de los estados europeos.

Los organismos internacionales han tomado diversas iniciativas en materia de innovación tecnológica como es el caso de la anteriormente citada Decisión Marco de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información, como respuesta a la existencia de los ataques contra los sistemas de información, en particular como consecuencia de la amenaza de la delincuencia organizada y la creciente inquietud frente a posibles ataques terroristas contra los sistemas de información que forman parte de las estructuras vitales de los Estados miembros.

La opción político criminal de contenido más utilitarista realizada por los estados se fundamenta en la introducción de mecanismos de control en Internet que dificulten la libre circulación de los contenidos ilícitos. Es por ello que los gestores de la Red desempeñan un papel esencial en la limpieza del sistema, fundamentalmente a los que facilitan el acceso u ofrecen servicios en el ciberespacio no por su conducta positiva sino por no evitar la actuación delictiva de aquellos a los que les presta algún servicio de Red. El problema que se plantea es lograr la corresponsabilidad de los proveedores de acceso o de servicios tanto de índole jurídico, como ocurre con el secreto de las comunicaciones, como de índole técnico, como sucede por la falta de garantía del proveedor puesto que la Red no puede considerarse en sí misma fuente de peligros⁴⁷.

Una de las reformas más importantes que introduce la reforma realizada en el Código Penal español por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, reside en la creación de un nuevo Capítulo VI enmarcado en el título XXII del Libro II que comprende los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quater bajo la rúbrica «De las organizaciones y grupos criminales», y que a tenor de la Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado⁴⁸, obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente todas las formas de criminalidad organizada así como a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la Unión Europea en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transnacional o transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal.

El antecedente de tales figuras se sitúa en los compromisos derivados de la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del parlamento Europeo sobre el Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada, concretada en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los estados miembros de la Unión Europea, y la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril que aprueba, en nombre de la Comunidad,

⁴⁷ Cfr. RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón y GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. *El factor tecnológico en la expansión del crimen organizado*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico CIIDPE, Argentina, 2008, p. 15.

⁴⁸ Cfr. Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, firmada por España con fecha 13 de diciembre de 2000 y ratificada mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003. Del mismo modo la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada, que entró en vigor el 11 de noviembre de 2008, dejando sin efecto la Acción Común 98/733/JAI y cuya finalidad reside en lograr la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la lucha de la delincuencia transnacional, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales.

El objeto de la reforma se explica en el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, al afirmar que «el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado. La seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones».

Las ventajas de las TIC en materia de seguridad gubernamentales son numerosas en todos sus niveles. No obstante, también plantean desafíos en materia de seguridad ciudadana ya que la globalización ha originado una gran repercusión en las estructuras políticas y administrativas del Estado, debiendo constituirse un nuevo modelo de gestión pública que permita el uso tecnológico con conocimiento y capacitación no sólo técnica sino requiriendo tanto del conocimiento científico como de su fundamentación ética⁴⁹.

En España, el legislador ha seleccionado un catálogo de agravantes específicas tanto para las conductas descritas en las figuras del delito de pertenencia a organización criminal (artículo 570 bis CP) como el de pertenencia a un grupo criminal (artículo 570 ter), imponiéndose las penas previstas en su mitad superior cuando:

- a) esté formado por un elevado número de personas,
- b) disponga de armas o instrumentos peligrosos,
- c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Si concurriesen dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

⁴⁹ Cfr. PRINCE, Alejandro y JOLÍAS, Lucas. «Las TIC y su relación con la seguridad ciudadana: un marco de análisis a la problemática». *Cuadernos de seguridad*. Ministerio de Seguridad, Argentina, p. 13, disponible en www.minseg.gob.ar/download/file/fid/960

No será difícil dicha concurrencia, sobretodo en el caso de las organizaciones, ya que la disposición de armas y de medios tecnológicos es casi consustancial al *modus operandi* de las redes de delincuencia organizada⁵⁰.

De lo anteriormente expuesto en el apartado c), podemos desglosar el precepto en dos ideas o nociones:

1. la disposición de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte,
2. y que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

En primer lugar, cuando el legislador establece como agravante la disposición de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables, no estipula qué debe entenderse por «avanzados». Se trata de un elemento cognoscitivo pendiente de valoración que, lógicamente, dependerá del estado en que se encuentre la tecnología en el momento de los hechos⁵¹.

La exigencia típica de «avanzado» puede entenderse como exigencia de un plus de tecnología, en el sentido de que dicho medio no sea de común acceso o disponibilidad por parte de la normalidad de personas, por lo que quedarían exentos, a modo de ejemplo, los teléfonos móviles y ordenadores comunes⁵². Dicha interpretación debe vincularse al abuso y proliferación en el uso de las tecnologías de comunicación muy novedosas de uso no cotidiano y de difícil interceptación por parte del investigador, de las especialmente sofisticadas, de las económicamente no al alcance de todo el mundo⁵³.

En segundo lugar, cuando el legislador establece que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables, impone una especial aptitud para facilitar los delitos acompañantes o la impunidad de los integrantes del grupo. Los instrumentos tecnológicos deben suponer una mayor facilidad para la ejecución de la actividad delictiva, como es el caso de la tenencia de aeronaves para el tráfico de drogas o de programas informáticos especializados para fraudes masivos a través de internet, o para lograr la impunidad de los culpables, como es el caso de los sofisticados sistema de video vigilancia⁵⁴.

Entre los diferentes medios de comunicación, se englobarían los que usen habitualmente sistemas de enmascaramiento, ocultación, esteganografía, encriptación y cifrado, la comunicación satelital independiente de empresas de telecomunicaciones oficiales, el uso de escáneres espías o de aparatos de interceptación ilegal de conversaciones ajenas. Por lo que se refiere a los medios de medios de transporte, se encuadraría dentro de este bloque aquellos que exigen conocimientos especiales para su pilotaje, altos costes de adquisición y mantenimiento, etc⁵⁵.

⁵⁰ Cfr. GARCÍA RIVAS, N., «Organizaciones Criminales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Directores). *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant Lo Blanch, pp. 514 y ss.

⁵¹ Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C. «Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales», *Revista Penal* n.º 30, 2012, pp. 160 y ss.

⁵² Cfr. CORCOY BIDASOLO, M. *Derecho penal. Parte especial*. Tomo I., Tirant Lo Blanch, 2011, p. 858.

⁵³ Íbid. VELASCO NUÑEZ, E. «Crimen Organizado, Internet y Nuevas Tecnologías ...», pp. 268 y ss.

⁵⁴ Íbid. CORCOY BIDASOLO, M. *Derecho penal. Parte especial...* p. 858.

⁵⁵ Íbid. VELASCO NUÑEZ, E. «Crimen Organizado, Internet y Nuevas Tecnologías...», pp. 268 y ss.

Podemos encontrar la utilización de este tipo de medios de transporte en relación al tráfico de drogas para agravar la pena. En este caso, el artículo 370 CP se refiere a buques o aeronaves mientras que los preceptos 570 bis y 570 ter únicamente mencionan a los medios de transporte. El Tribunal Supremo, en relación con el artículo 370 CP, mediante Sentencia de 25 de noviembre de 2008 excluyó como agravante la utilización de simples lanchas motoras y exigiendo se trate de embarcaciones aptas para efectuar travesías de cierta entidad. Este criterio fue confirmado en STS 317/2010, de 19 de abril, y STS 341/2010, de 13 de abril. Pero no basta con probar la utilización de buques o satélites para aplicar este subtipo sino que es preciso demostrar que con ello se facilita la ejecución o la impunidad⁵⁶.

En cualquier caso, se trata de la mera posesión de la organización o grupo criminal de estos medios avanzados que faciliten la comunicación entre sus componentes (y lograr así coordinarse entre ellos) o de medios de transporte que favorezcan su movilidad de un lugar a otro reforzando así su capacidad operativa. La Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado⁵⁷ aclara al respecto que no basta la mera posesión sino que es preciso demostrar que sus características incrementan el desvalor del injusto de modo que su empleo facilite la ejecución de los hechos o la impunidad de sus responsables.

En otro orden de consideraciones, uno de los problemas concursales que se plantearía con este modelo de agravantes específicas con las que opera el legislador, a diferencia del problema de compatibilidad con el delito de asociación ilícita, es que no cabría justificar la diferencia basándose en la delimitación de dos objetos de protección distintos⁵⁸. Con el fin de subsanar futuros problemas, el legislador decide alterar el orden de prelación de los principios proclamados en el artículo 8 recurriendo a la regla cuarta de dicho artículo donde el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor, y así lo establece en el artículo 570 quater apartado 2º párrafo 2º «En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8)». Esta previsión expresa de que el conflicto debe resolverse optando por la sanción más grave obliga a una labor interpretativa de considerable dificultad y lo que aún es más censurable, provoca importantes desajustes penológicos⁵⁹.

IV. CONCLUSIONES

El imponente avance de las TIC a nivel social, político, económico y cultural ha permitido a la criminalidad organizada obtener grandes beneficios económicos aprovechando las oportunidades de abarcar numerosos mercados, encubrir sus conductas delictivas, al tiempo que la ausencia de territorio de actuación que plantea el ciberespacio y las facilidades para el anonimato permiten la impunidad en los hechos antijurídicos. A lo largo de los últimos 20 años, la consolidación de las TIC en las actividades de carácter lúdico, cultural, financiero o comercial ha

⁵⁶ Íbid GARCÍA RIVAS, N. «Organizaciones Criminales...», pp. 515 y ss.

⁵⁷ Cfr. Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

⁵⁸ Cfr. CANCIO MELIÁ, M. «Capítulo XXVIII Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo», en DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO (Directores). *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por la LO 5/2010, de 22 de enero, y 3/2011, de 28 de enero*, Thomson Reuters, 2011, pp. 655 y ss.

⁵⁹ Íbid. VIDALES RODRÍGUEZ, C. «Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados...», pp. 166 y ss.

abierto las puertas a determinadas actividades nocivas que lesionan bienes jurídicos relevantes. Las bandas organizadas han sabido aprovechar el potencial que las nuevas tecnologías les ofrece y las deficiencias jurídicas que este fenómeno globalizador presenta para obtener el máximo rendimiento a la evolución tecnológica minimizando el riesgo asumido.

Nuestro legislador, al igual que en las legislaciones europeas, ha mostrado su preocupación por la amenaza que, en este nuevo escenario, adquiere la criminalidad organizada en torno a la base misma de la democracia, y así lo ha reflejado en el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, ya comentado en líneas anteriores, como fundamento de la reforma operada. Pero en su decisión legislativa ha optado por una estrategia de intervención represiva contra la criminalidad organizada difícil de aplicar que exige un gran esfuerzo en su labor interpretativa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBINI, J. L., ROGERS, R.E. y otros. «Russian organized crime: Its history structure and fuction», en RYAN P. J. y RUSH, G.E. *Understanding organized crime in global perspective*, London, 1997.
- ARQUILLA, J. y RONFELDT, D. *Redes y guerras en red. El futuro del terrorismo, la criminalidad organizada y el activismo político*, Alianza, 2003.
- CANCIO MELIÁ, M. «Capítulo XXVIII Delitos de organización: criminalidad organizada común y delitos de terrorismo», en DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO (Director). *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por la LO 5/2010, de 22 de enero, y 3/2011, de 28 de enero*, Thomson Reuters, 2011.
- CARO BEJARANO, M. J. «Alcance y ámbito de la seguridad nacional en el ciberespacio», en *Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio. Cuadernos de Estrategia*, n.º 149, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011.
- CORCOY BIDASOLO, M. (Directora). *Derecho penal. Parte especial*. Tomo 1, Tirant Lo Blanch, 2011.
- CUESTA SAHUSILLO, M. T. «Blanqueo de Capitales», en MAGAZ ÁLVAREZ, Ricardo. *Crimen organizado transnacional y seguridad*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2011.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. *Criminalidad organizada: evolución y claves de la delincuencia organizada*, Ariel, 2010.
- DE OLIVEIRA ROCHA, L. O. «La vigencia de la ley penal en el espacio: efectos de la globalización», en *Letras Jurídicas, Revista electrónica de Derecho*, México, Universidad de Guadalajara.
- DELMAS-MARTY, H. A. «Lo relativo y lo universal», *Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*, M. MORALES ROMERO (trad.). Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha.
- FOLGADO, Ruben. *La llave de la confianza*. Unidad Editorial Revistas S.L.U., Madrid, 2013.
- GABRIEL ORSI, O. *Sistema Penal y Crimen Organizado*, Tirant Lo Blanch, 2007.
- GALAIN PALERMO, P. y ROMERO SÁNCHEZ, A. «Criminalidad Organizada y Reparación», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. *Universitas vitae homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, 2007.
- GARCÍA, Carlos Arturo. «Este año, fraudes cibernéticos han costado US \$ 500 millones». *Global Network Content Services LLC, DBA Noticias Financieras LLC*, Estados Unidos, 2013.
- GARCÍA RIVAS, N. «Organizaciones y grupos criminales», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Directores), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant Lo Blanch Reformas, 2010.

- GONZÁLEZ CUSSAC J. L. «Estrategias legales frente a las ciberamenazas», en *Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio. Cuadernos de Estrategia*, n.º 149, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011.
- GRANADOS PÉREZ, C. *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Cuadernos de derecho judicial, CGPJ, 2001.
- GUIDDENS, A. Sociología, Madrid, 2001.
- KSHETRI, Nir. «The Simple Economics of Cybercrimes». *IEEE Security and Privacy*, January/February, 4 (1).
- LAGARES, Diego. *Internet y el Derecho. Tecnología y Jurisprudencia: dos conceptos obligados a entenderse*. Ediciones Carena, Barcelona, 2000.
- MAGAZ ÁLVAREZ, R. *Terrorismo y narcotráfico como elementos clave del crimen organizado transnacional y amenaza para la seguridad*. Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2011.
- MARTÍNEZ DELGADO, J. «Organizaciones internacionales de seguridad y empleo de capacidades y medios militares frente al crimen organizado», en MAGAZ ÁLVAREZ, R. *Crimen organizado transnacional y seguridad*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2011.
- MIRÓ LINARES, F. *El Cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid, 2012.
- MORÁN RUBIO, J. L. «Tráficos ilícitos: especial referencia a materiales de doble uso», en MAGAZ ÁLVAREZ, R. *Crimen organizado transnacional y seguridad*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2011.
- PRINCE, Alejandro y JOLÍAS, Lucas. «Las TIC y su relación con la seguridad ciudadana: un marco de análisis a la problemática». *Cuadernos de seguridad*. Ministerio de Seguridad, Argentina.
- RESA NESTARES, C. *Crimen organizado transnacional: definición, causas y consecuencias*, Madrid, 2003.
- RAYÓN BALLESTEROS, M. C. y GÓMEZ HERNÁNDEZ, J. A. «Cibercrimen: particularidades en su investigación y enjuiciamiento». *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Madrid, 2014.
- RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón y GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria. *El factor tecnológico en la expansión del crimen organizado*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico CIIDPE, Argentina, 2008.
- SALOM CLOTET, J. «El ciberespacio y el Crimen Organizado», en *Ciberseguridad. Retos y amenazas a la seguridad nacional en el ciberespacio. Cuadernos de Estrategia*, n.º 149, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011.
- SÁNCHEZ MEDERO, Gema. «Ciberespacio y el crimen organizado. Los nuevos desafíos del siglo XXI». *Revista Enfoques*, Vol. X, n.º 16, 2012.
- SANZ MULAS, N. *El desafío de la criminalidad organizada*, Tirant Lo Blanch, 2006.
- SU, Rodrigo Marcelo. «Policías piden más recursos contra los delitos transnacionales». *Global Network Content Services LLC, DBA Noticias Financieras LLC*, Estados Unidos, 2014.
- VELASCO NÚÑEZ, E. Juzgado Central de Instrucción 6 de la Audiencia Nacional, 2012, disponible en http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/9173/1/ponencias_13_Velasco_Nune_z_245-282.pdf.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C. «Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales», *Revista Penal* n.º 30, 2012.
- VOGEL, J. «Derecho penal y globalización», en M. CANCIO MELIÁ en *Globalización y derecho*, Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid n.º 9, Madrid, 2005.

La tecnología de la información y las comunicaciones en el marco del proceso de transformación Procesal Penal de América Latina

JUAN PABLO BONNET (Argentina)
*Investigador Máster, Universidad Austral, Argentina*¹

RESUMEN: El objetivo de este documento es tratar de contribuir al mejoramiento de la administración de justicia penal, mediante la formulación de sugerencias concretas para optimizar prácticas jurisdiccionales. Para esto, se han tomado especialmente en cuenta los retos que enfrenta, en el presente, el poder judicial en una sociedad latinoamericana en el siglo XXI. Esto, producto de las demandas que sobre su desempeño recaen, con esto me refiero a la expectativa de contar con investigaciones penales y procesos judiciales eficientes, eficaces y transparentes. Con este marco, se tratará de aportar una mirada dirigida a potenciar la eficiencia y eficacia del sistema de justicia penal, enfocándose en la actividad jurisdiccional previa a la celebración del juicio oral, con la introducción de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, esto relacionado con la evolución que transitan los procesos penales en esa parte del mundo.

Palabras clave: reforma procesal, derecho penal, america latina, tecnologia, administracion de justicia.

ABSTRACT: The purpose of this document is help to improve the justice administration system by making suggestions to optimize jurisdictional practices. For this, have particularly taken into account the challenges faced in the present, the judiciary in Latin American society in the XXI century. This was due to the demands on their performance fall, by that I mean the expectation of having criminal investigations and efficient, effective and transparent judicial process. With this framework, we will try to provide a gaze directed at enhancing the efficiency and effectiveness of the criminal justice system, focusing on judicial activity prior to the conclusion of the trial, with the introduction of information technology and communications, this related to the evolution transiting criminal proceedings in that part of the world.

¹ Magister en Derecho Penal de la Universidad Austral, República Argentina.

Key words: litigation reform, criminal law, latin america, technology, administration of justice.

SUMARIO: I. Introducción. II. El proceso de reforma procesal penal en la Región. III. Nueva lógica de investigación y distintas formas de organizar el trabajo. IV. El aporte de la tecnología de la información y comunicaciones. V. Adelantos tecnológicos introducidos. VI. Características de procedimiento sugerido. VII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Las características actuales de los procesos de investigación penal, hacen ineludible poner en manifiesto la necesidad realizar un cambio estratégico en la forma en que actualmente se realiza la recopilación de prueba en ese momento procesal. Cuando digo un cambio estratégico me refiero a un cambio de enfoque en el que, luego de un análisis de la forma en que trabajan los operadores del sistema, se genere una alternativa que trate de superar los inconvenientes existentes actualmente. Esta nueva lógica de trabajo, se encuentra íntimamente relacionada no solo con procesos judiciales de orientación acusatoria, sino que también y conjuntamente, con la aplicación de la tecnología de la informática y las comunicaciones. Esto último, como soporte de este proceso de modernización, que a su vez posibilite una mejor interacción de la justicia con el ciudadano.

Como primera aproximación se ha tenido en cuenta qué es lo que tiene de particular o característico la administración de justicia a nivel regional en la etapa que nos interesa para este trabajo, esto es como ya dijimos, la etapa investigativa previa al debate oral. En paralelo a esto se recopiló información relativa a las herramientas tecnológicas que pueden contribuir al mejoramiento de esta etapa procesal. También se realizó un relevamiento acerca de los procesos de reforma judicial que se han producido en la región, el impacto que tienen en la actualidad de la administración de justicia, y de qué manera están relacionadas con las soluciones que proponemos más adelante.

Para el desarrollo de la idea, entiendo que es central el rol que las tecnologías de la información y comunicaciones van a desempeñar en el alcance de estos objetivos, ya que como intentaré explicar, pueden ayudar al mejoramiento del desenvolvimiento del poder judicial y de esta manera brindar mejores servicios a la sociedad.

En la actualidad, y desde los últimos 40 años, se viene advirtiendo que cada vez con mayor claridad, que la utilización de estas tecnologías en actividades productivas dentro de cualquier sociedad, se ha traducido en enormes ganancias económicas y el aumento en la eficiencia de los servicios ofrecidos, modificando a su vez la forma de trabajo de las personas que participan de esos procesos. De esta manera la introducción de la tecnología dentro del proceso de investigación judicial contribuiría sin duda alguna en mejorar los niveles de transparencia del proceso, facilitando el acceso de la ciudadanía al sistema de justicia, aumentando en gran medida la eficiencia y haciendo posible a su vez medir la eficacia de este.

II. EL PROCESO DE REFORMA PROCESAL PENAL EN LA REGIÓN

En el plano regional, se ha observado en los últimos 30 años un proceso de reforma de los procedimientos penales que vienen a modificar la tradición inquisitiva hacia procesos de corte acusatorio. Este viraje, que aún se encuentra en pleno proceso, presenta grandes dificultades para su profundización sino se advierte la importancia de cambiar la forma de trabajo de los operadores. Esto ya que los cambios a nivel normativo, para el desarrollo de cualquier política pública, son necesarios pero no suficientes, dado que los sujetos involucrados, en este caso los participantes del sistema de justicia penal, no están en condiciones de bajar a la práctica el cambio de filosofía que se pretende.

En materia procesal penal, dentro del ámbito latinoamericano, existe actualmente un estado de reforma procesal permanente, o mejor dicho un intento constante de reforma que aun no se ha materializado. Julio Maier buscando explicar este fenómeno refiere que *«la reforma ha trascendido hoy los alcances de una necesidad política, para situarse también en el plano de una necesidad práctica. La administración de justicia penal ha sido descrita como colapsada, ineficiente e inoperante desde varios y muy diversos ángulos de observación, pues no responde a ninguno de sus posibles fines primarios ...»*².

Estas reformas judiciales se han centrado, generalmente, en modificaciones del marco normativo, necesarias pero también insuficientes, como se trata de poner en manifiesto. Esto ha sido advertido por diversos actores del ámbito penal y por esta razón, en los últimos 20 años, se ha buscado mejorar otros aspectos del sistema judicial, dirigiendo la atención especialmente en aquellos vinculados con la gestión. Así por ejemplo se generó la creación de diagnósticos de desempeño del sistema judicial, programas de mejores prácticas, gestión judicial, diseño de indicadores de gestión jurisdiccional³, alternativas al diseño de las oficinas judiciales, y la incorporación de las nuevas tecnologías de la información⁴.

Pero antes de comenzar a avanzar sobre las soluciones deseadas, y habiendo resumido en forma sucinta el marco normativo aplicable, es indispensable describir la forma de trabajo actual de los operadores del sistema para contar con una visión acabada del fenómeno. Como primer aproximación, se puede advertir que, al requerir la investigación dejar constancia por escrito de absolutamente toda la actividad realizada, en muchos casos bajo la amenaza de privar de validez lo realizado, y siendo imposible para el juez o el fiscal a cargo realizarlo personalmente, la delegación de tareas de parte de ellos a sus respectivos empleados es la regla.

En cuanto al lenguaje, fórmulas y solemnidades utilizadas en el proceso de investigación previa al juicio, estas son muchas veces resultado de una herencia histórica, dado que las instituciones y personas que integran este ámbito tienen a priori una estructura y forma de trabajo que

² Julio MAIER. «La democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica», en *Reformas procesales en América Latina*. Santiago de Chile, 1993, p. 36.

³ Convenio de Información sobre la Justicia Argentina. Ver estadísticas comparadas a nivel provincial en www.jufejus.org.

⁴ Un completo relevamiento de indicadores de gestión jurisdiccional por jurisdicción en www.unidosjusticia.org.ar y la publicación *Experiencias exitosas de los Poderes Judiciales Provinciales y CABA*, editado por la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Editorial La Ley (2007).

no necesariamente están orientadas a elevar la eficacia y eficiencia, sino que son producto de una repetición que busca salvar la validez formal de la actividad.

Esta escrituración y formalidad imperante se traduce en procesos excesivamente largos, expedientes y papeles que se acumulan, generando en la persona a cargo de los mismos una confusión de prioridades siendo más importante la correspondencia formal que la eficiencia, o dicho de otra manera, dando más relevancia a la existencia del expediente físico, que el conflicto social que este contiene.

Respecto a la variable tiempo en la investigación preliminar estudios de campo han podido determinar que de los casos que llegan a juicio, el factor complejidad no es la causal determinante explicar la demora en los procesos, sino que es más gravitante la formalización de la investigación preliminar.

En un diferente orden de ideas, pero también relacionado, se advierte que la mayor parte de las decisiones se dictan –y se comunican en forma escrita– y ese resultado solo llega a la ciudadanía en el caso de que haya particulares interesados en el resultado de la investigación, o en los casos de personas que hayan llegado a tomar conocimiento de la imputación dirigida contra ellos. En caso contrario la actividad procesal desarrollada no sale de la esfera judicial, siendo estos la gran mayoría de los casos. Esta pobre comunicación de la información a las víctimas viene generando una notoria falta de credibilidad en la administración de justicia penal⁵.

En contraposición a esto, la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones hacen posible una interacción rápida y fácil con la ciudadanía, haciendo visible la actividad del estado a través de sus órganos jurisdiccionales, elevando la transparencia.

Estas circunstancias puestas de manifiesto pueden explicar los bajos niveles de confianza que en la administración de justicia tiene la sociedad⁶, la sensación de inseguridad que esta tiene y los altos niveles de impunidad que el sistema soporta. El estudio de estos factores debería motorizar la creación de nuevas y originales formas de investigación penal basadas en el análisis de información inteligente de los hechos ilícitos en forma ágil, racional y en tiempo real.

III. NUEVA LÓGICA DE INVESTIGACIÓN Y DISTINTAS FORMAS DE ORGANIZAR EL TRABAJO

Como ya se dijo, en materia penal el proceso de reforma exterioriza la necesidad de evolucionar hacia un nuevo paradigma, que no solo involucra la modificación del marco normativo sino que también implica profundos cambios en la forma de trabajo de los operadores, la dinámica de las instituciones intervinientes y en la forma de comunicación de estas con la sociedad⁷.

⁵ Consultar Índice de Confianza en la Justicia (ICJ) alcanzó, en marzo de 2009, un valor de 48 (en una escala donde 0 expresa el mínimo de confianza y 100 el máximo). Dicho indicador es elaborado por el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia –Fores–, la Fundación Libertad y la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella.

⁶ El índice de Confianza en la Justicia elaborado por el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia, forma conjunta con la universidad Torcuato Di Tella, mes de julio de 2007.

⁷ Milena RICCI. «El sistema acusatorio en la estructura federal, Estudio sobre la reforma procesal penal en Argentina». Disponible en internet <http://www.cejamericas.org/index.php/es/biblioteca> (acceso en diciembre de 2012).

De llevarse a cabo todo lo antes dicho acarrearía la necesidad de adaptar la oficina judicial existente, con la consiguiente desaparición de la delegación de tareas jurisdiccionales, surgiendo por esto el trabajo especializado y funciones en equipos orientados al logro de objetivos, con la concreta separación del trabajo administrativo del jurisdiccional, e insertando dentro del esquema a profesionales de la gestión de otras disciplinas más ligadas con la administración, para organizar el flujo de trabajo.

Organizados los recursos humanos de esa manera, y siempre en orden a reducir los lapsos de duración de los procesos y mejorar la calidad de respuesta por parte de la administración de justicia, entiendo recomendable encontrar formas de mejorar la interacción con el público en general, ya sea al momento de la denuncia, para delimitar las causas que deben ser investigadas, como al momento de las audiencias testimoniales, para potenciar al máximo su capacidad de esclarecer el hecho en cuestión. También crear criterios de selección de casos y definir prioridades de investigación, para de esta manera orientar los recursos humanos y materiales de forma inteligente para maximizar los resultados.

IV. EL APOORTE DE LA TECNOLOGÍA DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES

Para intentar superar los desafíos identificados va a ser necesario emplear distintas herramientas, y abordar el problema desde diversos puntos, ya que como venimos resaltando, los cambios legales y procesales tienen un alcance limitado. Dado que un código diferente puede ser un gran avance, pero como ya nos demostró la experiencia, no tienen una influencia total en la forma de trabajar de los agentes intervinientes dentro y fuera de tribunales.

Entonces vamos a tener que tomar herramientas de áreas como la administración y la gestión, a la vez crear programas de capacitación, reestructurar los recursos humanos, y lo que trataremos en este capítulo con mayor detalle, que es la introducción de las Tecnologías de Información y Comunicaciones.

En este sentido se ha dicho que la *«...e-justicia (...) puede suponer importantes beneficios en el funcionamiento de la Administración de Justicia: los profesionales de la justicia pueden ahorrar tiempo y trabajo; el Gobierno y la Administración de Justicia pueden obtener mayor información y transparencia sobre el funcionamiento de la justicia, y ofrecerla de manera más eficaz y eficiente; los justiciables pueden relacionarse directamente con la justicia, lo que les puede facilitar el acceso a la misma; los usuarios de la justicia pueden suponer una mayor eficiencia en el tratamiento de los casos, un ahorro de tiempo, una disminución de los costes y un mejor acceso a una justicia de mayor calidad.»*⁸.

Estas tecnologías ya vienen siendo utilizadas en la práctica actual de la investigación previa al juicio, pero están muy lejos de tener el impacto trascendente en la productividad, como lo han tenido en los últimos años en otras áreas del trabajo humano. Esto se puede deber a que el rápido desarrollo de estas áreas del conocimiento, contrasta con la realidad en la que nos encontramos

⁸ Agustí CERRILLO. «E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI», en *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*. Disponible en internet <http://www.justiciacordoba.gov.ar/justiciacordoba/files/investigacion/E-Justicia.pdf>.

inmersos, en un medio poco propenso a los cambios y arraigado a las formas con las que se viene desempeñando.

Un error sería entender que introducir tecnologías es comprar nuevas computadoras e instalarlas en los despachos judiciales, ya que si no se explota ninguna de las ventajas de estas, como el almacenamiento, proceso y acceso a información y de conexión con terceros, se reduce su utilidad a reemplazar las máquinas de escribir, lo que difícilmente se pueda transformar en el alcance de mayores niveles de productividad. De esta manera, introducir realmente la tecnología de la información y las comunicaciones en la justicia debería ser el proceso mediante el cual se seleccionan, adaptan y se ponen en funcionamiento nuevas herramientas informáticas, cambiando a su vez las prácticas de trabajo, con el fin de aumentar el nivel de productividad, la calidad de los resultados y reducir costos.

El punto de partida debe ser reemplazar la existencia de los expedientes escritos actuales por carpetas digitales o expedientes electrónicos, que contengan toda la información de un caso. Esto solo sería posible con la creación anterior de un programa informático que estandarice el procedimiento y de garantías de seguridad tanto en el almacenamiento y como en el acceso a los datos.

Ya contando con esa base, se crea la posibilidad de poseer la información procesada y disponible para ser consultada por las personas autorizadas, y de esta manera facilitar la interacción con la policía, fiscalías, juzgados, abogados, instituciones, ciudadanía en general, etc., al prescindir de la necesidad de que estas personas se desplacen físicamente. A su vez al evitar el traslado del expediente se eliminan los tiempos muertos en la investigación, porque hay que tener en cuenta que para poder recolectar pruebas, las distintas instituciones deben comunicarse internamente, y con otras instituciones o personas, lo que hace en la actualidad que la investigación no avance hasta que se obtenga respuesta de lo querido.

Esta última descripción de la realidad está íntimamente relacionada con el estudio de flujos de trabajo, o *workflow*⁹ como se conocen en inglés, de las cuales resulta de sumo interés el intento de desarrollar, seleccionar e investigar el valioso aporte que el software para trabajo colaborativo (*groupware*) puede aportar para el correcto desenvolvimiento de esta nueva filosofía de trabajo.

Otras aplicaciones de las tecnologías de la información, es la de implementar en las audiencias orales, ya sean denuncias o testimoniales, los registros de audio y vídeo, lo cual provee a las personas que no están presentes en el acto, información de primera calidad, sin intermediarios y con menos vaguedad a las interpretaciones abiertas que una transcripción puede brindar. Asimismo, el hecho de tener toda la información organizada y digitalizada permite realizar búsquedas para encontrar datos más rápidamente, patrones entre datos que de otra manera estarían inconexos, y aumentar como resultado de esto, la efectividad en las investigaciones.

En otro orden de ideas estas nuevas tecnologías pueden permitir el archivo de información de forma más segura que los expedientes escritos, en cuanto a protección de la confidencialidad, como también en cuanto al resguardo de esta información.

⁹ El Flujo de trabajo (*workflow* en inglés) es el estudio de los aspectos operacionales de una actividad de trabajo: cómo se estructuran las tareas, cómo se realizan, cuál es su orden correlativo, cómo se sincronizan, cómo fluye la información que soporta las tareas y cómo se le hace seguimiento al cumplimiento de las tareas.

En el caso de que las tecnologías de la información y comunicaciones puedan ser correctamente articuladas para facilitar la actividad investigativa, interviniendo en todos sus aspectos (esto es reconocimiento, recolección, proceso y análisis de las pruebas), resultaría mucho más fácil el seguimiento de la actividad de las distintas oficinas judiciales y evaluación de estas. Esta tarea sería fácilmente llevada a cabo con el diseño de sistemas de seguimiento procesal, que recolectando datos en forma automática serían a su vez la base para el desarrollo de dos tipo de aplicaciones, como los sistemas de estadísticas judiciales, y los sistemas de control de gestión¹⁰, herramientas valiosísimas para incrementar la transparencia y hacer posible un adecuada revisión de los resultados obtenidos por los operadores.

Es importante no pasar por alto el problema de la autenticación de los documentos, ya sea que se trate de notificaciones electrónicas, como pruebas o dictámenes digitalizados, aspecto que ya encontré solución en otros ámbitos, como por ejemplo la financiera o tributaria, con la firma digital y sus mecanismos de validación. La firma digital es un mecanismo criptográfico que determina la identidad que originó un documento digital y al mismo tiempo confirmar que no ha sido alterado desde que fue firmado, pudiendo también determinarse fehacientemente fecha y lugar donde se realizó¹¹.

Así, como en el caso de las firmas escritas el mecanismo de seguridad está dado por las características de tipo grafológico inherentes al signatario, en el caso de las firmas digitales, el secreto del firmante es el conocimiento exclusivo de una clave secreta utilizada para generar la firma¹². Las aplicaciones son muchas, permite enviar mensajes con autenticidad asegurada y sin posibilidad de repudio, haciendo de esta manera posible notificaciones y requerimientos judiciales electrónicos, como así también decretos, autos y resoluciones digitales, todo esto con plena seguridad de quien, cuando y donde lo emitió.

Es así, que contando con la firma digital se abre la posibilidad de que la tecnología de las comunicaciones haga interoperables los sistemas informáticos de las instituciones relacionadas con la administración de justicia, y no solo eso, ya que se puede hacer extensible a otras instituciones y a la población en general. Esto es posible gracias a que la tecnología de la información ha estado orientada a desarrollar estándares abiertos de datos, lo que traducido significa, que la posibilidad de interconexión con otros sistemas (bancario, registral, de antecedentes, etc.) pasa a ser un problema de implementación, y no un problema tecnológico.

¹⁰ Sistemas de control de gestión como los Balanced Scorecard (BSC) tienen aquí un importante potencial. «El BSC es un robusto sistema de aprendizaje para probar, obtener realimentación y actualizar la estrategia de la organización. En la Fiscalía Regional Metropolitana Occidente, en Chile, se implementó en el año 2006 un sistema de control de gestión empleando la metodología de Balanced ScoreCard. Se construyó una aplicación informática en que es posible medir la gestión de toda la fiscalía, de las fiscalías locales e incluso de cada fiscal, en las perspectivas del ciudadano, de los usuarios directos de la fiscalía, de los procesos de trabajo y del uso de recursos humanos. Se definieron ámbitos estratégicos, y se les asociaron objetivos, metas y rangos de variación de las metas». Disponible en http://www.cejamericas.org/doc/eventos/balancedscorecard_Godoy_Lillo.pdf.

¹¹ En algunas ocasiones la firma lleva un sello de tiempo (en inglés *timestamping*). Este sello de tiempo establece el momento en el que se ha realizado la firma. Este sello se puede utilizar por los protocolos para establecer periodos de tiempos después del cual la firma no es válida.

¹² A esto se le puede sumar un dispositivo físico, como una smart card, se dice que es resistente a modificaciones (en inglés *tamper resistant*) si se cree que es difícil acceder a la clave secreta almacenada en él.

Por último, una de las aplicaciones tecnológicas con mayor futuro son los software que durante el transcurso de la investigación colaboran con el operador y facilitan la toma de decisiones. Estos programas informáticos conocidos como sistemas expertos o por su sigla en inglés D.S.S. (*Decision Support Systems*), lo que hacen es apoyar la toma de decisiones en procedimientos que han podido ser estandarizados con anterioridad. Así estos procedimientos se estandarizan agregándole reglas de toma de decisiones de expertos en algún ámbito, que en nuestra área vendrían a ser los criterios antes establecidos. Originalmente se desarrollaron para prestar ayuda en el campo militar o en la medicina, específicamente en el diagnóstico de enfermedades, pero se pueden adaptar para nuestro campo de estudio analizando previamente posibles decisiones que pudiesen ser soportados por algún tipo de DSS. A fines ejemplificativos puede ser utilizado para el chequeo previo de admisibilidad formal de denuncias de ciertos tipos penales, cuya estandarización sea conveniente por el alto volumen que presentan.

Sintetizando, existen en la actualidad dos grandes objetivos de reforma en la justicia penal: Por un lado, mejorar la gestión y el desempeño de las instituciones, ya sea de la oficina judicial a nivel estructural, la organización de recursos humanos y la forma en que se manejan los casos. Por otro lado, la implementación de las nuevas tecnologías de la informática y comunicaciones, con el fin de mejorar la conexión dentro del sistema, y el vínculo con las personas e instituciones que componen la sociedad, mejorando el acceso a la justicia¹³.

A modo de conclusión del presente capítulo, entiendo se puede argumentar que, en términos generales, la introducción de estas tecnologías superficialmente descritas, pueden hacer posible un ahorro significativo de costos y tiempo, ya sea por medio la automatización de lo repetitivo, por el acceso más rápido a la información, o también por la posibilidad de una intercomunicación más fluida. De esta manera, se ha dicho que «*Gracias a las TIC las tareas repetitivas pueden automatizarse y descargar de esas labores a los empleados para dedicarlos a tareas en las que aporten más valor ayudando así a repartir las cargas de trabajo de una manera más racional*»¹⁴.

V. ADELANTOS TECNOLÓGICOS INTRODUCIDOS

La creación del sitio Web institucional del organismo, ampliamente instrumentado en la región, constituye una importante herramienta para dar a conocer la actividad institucional, ya sea dentro de la misma, como a la sociedad. Sin perjuicio de que a mi entender es el punto de partida, ya que se le puede adicionar muchas otras funcionalidades, su valor en términos de difusión significan un gran adelanto hacia la transparencia y el acercamiento con la comunidad.

Quedará como desarrollo futuro que este medio de difusión de información judicial adquiera mayor complejidad¹⁵. En su evolución histórica, los sitios institucionales generalmente han pasando de ser páginas que entregan nada más que información básica de la institución,

¹³ CEJA y MICROSOFT. «Perspectivas de Uso e Impactos de las TIC en la Administración de Justicia en América Latina», p. 25. Disponible en internet http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/1776-perspectivas-de-uso-e-impacto-de-las-tic-en-la-administracion-de-justicia-en-america-latina.

¹⁴ BRAVO, Julio (coord.), *Las TIC en la Justicia del Futuro*. Editorial Ariel. Madrid, España, 2009, p. 25.

¹⁵ Índice de Accesibilidad a la Información Judicial, disponible en internet www.cejamericas.org

como dirección de contacto, hacia portales que centralizan tanto la entrega de información y permitir que los usuarios puedan interactuar con el organismo.

En consonancia con esto la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha destacado la utilidad de los sitios Web institucionales, al señalar que *«No cabe duda que la creación de páginas de Internet en las que las personas puedan fácilmente conseguir la información con las que cuentan las dependencias estatales constituye un mecanismo sencillo para los Estados, de forma tal que puedan facilitar el acceso y cumplir con la obligación de regirse por los principios de máxima divulgación, publicidad y transparencia para garantizar el derecho de acceso a la información en poder del Estado»*¹⁶.

Respecto de los sistemas informáticos, se desarrollaron e implementaron redes globales internas que vinculara a todo la institución entre sí, y con los principales organismos con los que interactúa. Otro paso adelante significa el remplazo los sistemas de registro físicos (libros de mesa de entradas, detenidos, estadísticas, copiadores, efectos secuestrados, etc.) por un software de gestión para aprovechar la interconectadas antes descrita. Asimismo, como síntesis de los dos pasos anteriores, con objeto de optimizar los datos de los sistemas informáticos sobre casos penales, se encuentra en proceso en la Argentina, más o menos avanzado, el enlazado de bases de datos de los casos penales entre las fiscalías y los juzgados con el objeto de evitar la duplicidad de carga de datos, homogeneizar la información vital para la gestión del trámite de causas, agilizar los procesos y esclarecer la mayor cantidad de casos posibles.

Otros avances que se vienen intentando a nivel regional y que vale la pena mencionar, son los de interconectarse con sistemas informáticos o base de datos pertenecientes a otras instituciones ya sean públicas o privadas. Las bases de datos *«...constituyen, probablemente, la aplicación que ha tenido una mayor extensión y que goza de un mayor uso por parte de los operadores jurídicos. En la actualidad las bases de datos más extendidas son las que procesan información sobre normativa y sobre jurisprudencia, vinculada en algunos casos a información doctrinal»*¹⁷. De esta manera los organismos que funcionan dentro del sistema judicial acceden directamente con la utilización de una clave a las bases de datos de por ejemplo registros públicos como el Registros de la Propiedad Automotor, el Registros de la Propiedad Inmueble, la Dirección de Migraciones, Dirección de Armas, etc.

Todos estos adelantos sumamente favorables para una correcta administración de justicia también alientan la necesidad de proseguir en esa dirección, a fin de establecer nuevas herramientas y procesos de investigación con el fin de obtener como resultado procesos judiciales más ágiles y eficientes.

Sobre la implementación de mejoras en el trámite, gestión e investigación de delitos, es mi opinión que se debería comenzar por el tipo de hechos delictivos que reúnen dos características, relativa baja complejidad, y su alto volumen. En este sentido hay que tener en cuenta que *«... la litigación a través de Internet tiene su espacio de desarrollo natural en la justicia de pequeñas causas o cobranza de deudas sin oposición, caracterizadas por un alto volumen de casos y con tramitación*

¹⁶ CIDH, Estudio sobre el derecho de acceso a la Información, 2007, p. 119.

¹⁷ FABRA ABAT, Pedro y otros. «E-Justicia: La Justicia en la Sociedad del Conocimiento. Retos para los Países Iberoamericanos», preparado para la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, p. 112.

simplificada, siendo uno de los desafíos centrales en el diseño de este tipo de aplicaciones es (sic) mejorar el acceso de la ciudadanía al sistema de justicia»¹⁸.

De ello se desprende la oportunidad de obtener muy buenos resultados en la aplicación de procedimientos que con la utilización de tecnología informática, comunicaciones y formas proactivas de organizar el trabajo, procesen un alto volumen de casos repetitivos de forma más eficientemente. Así, de comenzar a implementar estas prácticas y herramientas lo lógico es comenzar por los procesos más simples y luego ir replicándolos en otros tipos de causas más complejas, pero siempre aprendiendo de su aplicación en el mundo real.

En base a las consideraciones descritas se puede bosquejar que el procedimiento sería íntegramente digital¹⁹, con todos los beneficios antes señalados. Al respecto hay que señalar que la barrera hacia la implementación de estos procesos no es normativa, ni tecnológica, como a continuación explicaremos, procesos similares ya se utilizan a nivel mundial. Entonces la creación y utilización de un expediente judicial electrónico solo se ve detenido parcialmente por cuestiones culturales o de planeamiento.

En referencia al Expediente Judicial Electrónico, en España se creó el Plan Estratégico de Modernización del Sistema de Justicia (2009-2012), dentro del cual se introdujo la implantación del expediente judicial electrónico. Esta se implementó, inicialmente en la Audiencia Nacional, y progresivamente en otros juzgados y tribunales del país, buscó la superación de una tradición jurídica basada en el papel y la modernización de la Justicia española. En este proceso, y gracias al Proyecto de Digitalización que arrancó en 2010, la Audiencia Nacional se convirtió en un tribunal con «*papel cero*». En el marco de este proyecto, desde mayo de 2011 se han digitalizado, indexado y catalogado unos 20 millones de páginas.

Los objetivos perseguidos por este plan de modernización del sistema, es que mediante el expediente judicial electrónico, la administración de justicia sea más segura, ya que permite autenticar a través de certificación electrónica los documentos que se incorporan; más rápida, dado que se tramitarán los procedimientos con más celeridad y se dará una respuesta en menos tiempo; más eficiente ya que se optimizan los recursos materiales y humanos por una Justicia más ágil; más sostenible al suprimir el uso reiterado del papel en los expedientes judiciales se estará contribuyendo a lograr un medio ambiente más sostenible; y por último más interconectada, ya que la digitalización de los expedientes favorecerá el intercambio de información y la comunicación entre los órganos judiciales y otras instituciones y órganos implicados en la Administración de Justicia²⁰.

Por su parte la Unión Europea ha desarrollado el Plan de Acción E-Justicia que busca la mejora de la eficacia de los sistemas judiciales mediante la aplicación de las tecnologías de

¹⁸ CEJA Y MICROSOFT. *Perspectivas de Uso e Impactos de las TIC en la Administración de Justicia en América Latina*, p. 46. http://www.cjamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/bibliotecavirtual/doc_details/1776-perspectivas-de-uso-e-impacto-de-las-tic-en-la-administracion-de-justicia-en-america-latina.

¹⁹ El sistema *Tuomas* de Finlandia, posee una base de datos automatizada destacable por sus capacidades de comunicación, que contiene de manera virtual toda la información importante respecto a cada acción o causa ingresada al tribunal.

²⁰ El Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad (EJIS) permite la comunicación en red de todos los sistemas de gestión procesal que actualmente coexisten en el territorio nacional.

información y comunicación en la gestión administrativa de los procesos judiciales, y con ella se conseguir una administración de justicia más accesible, transparente, ágil y eficiente.

Es importante resaltar la experiencia Uruguaya en la introducción del expediente electrónico. Ya en el año 1998 el Decreto N° 65, referente al procedimiento administrativo electrónico, regula la utilización de mecanismos electrónicos para dar soporte al expediente, y sienta las normas sobre el procedimiento administrativo electrónico, las disposiciones generales, firma electrónica y digital. El decreto mencionado establece que las actuaciones en la administración pública, así como los actos administrativos que se dicten en las mismas, podrán realizarse por medios telemáticos. Producto de la implementación del expediente digital, el año 2010 la Agencia para el Gobierno Electrónico, la Sociedad de la Información y el Conocimiento definió un formato de almacenamiento digital para el intercambio de expedientes en Uruguay²¹, garantizando de esta manera la estandarización y seguridad de los mismos.

La utilización de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en Uruguay han tenido un gran desarrollo, siendo un modelo a seguir por la Argentina. En ese país rige la ley 26.685 que da sustento normativo a nivel nacional al concepto de equivalencia funcional para los expedientes, firmas, comunicaciones y domicilios electrónicos, dándole la misma eficacia jurídica y valor probatorio. Se parte así de los conceptos de estructura y función, y se considera que cuando diferentes estructuras pueden desempeñar la misma función, pueden sustituirse entre sí ya que son funcionalmente equivalentes²².

Esta concepción ya había sido instaurada en la «*Ley Modelo de Firma Electrónica*» (UNCITRAL) que establecía que «*cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia*» y fue tenido en cuenta en nuestro país al definir la Ley de Firma Digital al «*documento digital*» como «*la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura*»²³.

VI. CARACTERÍSTICAS DE PROCEDIMIENTO SUGERIDO

Imaginemos que la víctima del delito se presenta para realizar una denuncia, la cual va a ser receptada por el funcionario y volcada en una formulario digital tipo²⁴ para esa modalidad delictiva. Simultáneamente el acto podría ser vídeo filmado para el correcto registro del mismo, y así evitar que se pierdan datos esenciales o tener que volver a citar a la persona. Desde el momento

²¹ El formato se basa en estándares de amplia adopción: PDF (Estándar ISO 32000-1), en particular en la definición de PDF/A para el almacenamiento de documentos electrónicos a largo plazo, plasmado originalmente en el estándar ISO 19005-1:2005 y MIME con su extensión segura S/MIME. FIEE almacena la carátula del expediente y cada actuación como un PDF firmado electrónicamente y agrega a cada actuación una firma electrónica de las firmas anteriores para garantizar integridad. Toda esta información es almacenada en un único documento utilizando el estándar S/MIME.

²² Horacio R. Granero. «La sanción de la Ley 26.685 de expedientes digitales, el principio de la equivalencia funcional y la firma digital» disponible en internet <http://www.informaticalegal.com.ar>.

²³ Ley 25.506, art. 6°.

²⁴ El formulario digital tipo debe ser diseñado previamente para facilitar la carga, hacerla más rápida sin requerir una formación legal muy especializada.

mismo de la denuncia y durante toda su tramitación el expediente se realizará de forma electrónica, con la creación de constancias y comunicaciones en formato digital²⁵.

Respecto de las constancias o certificados que puedan necesitar los denunciantes para presentar por ejemplo en entidades bancarias, seguros, empresas de telefonía, etc., estos pueden ser impresos automáticamente en cualquier parte del proceso²⁶, pero mejor aún también sería posible establecer nexos de interconexión con estos organismos requirentes. En esta inteligencia es apreciable que estas empresas u organismos requieren todo el tiempo la misma información de cada delito que se trate, por lo que sería muy conveniente que una comunicación electrónica automática les sea dirigida y así descomprimir la carga de trabajo.

Luego cerrado el acto de la denuncia, toda la información va directamente a través de la red a la base de datos de la fiscalía de turno. De esta manera se evita la dilación temporal producida por el sistema actual. Con el envío electrónico se evita las formalidades requeridas para que el sumario sea elevado, reemplazando la firma de los responsables policiales por la firma digital. Se evita también la necesidad de distraer recursos humanos en la remisión del sumario a la sede de la fiscalía, y por último se sortea la necesidad que la información se deba volver a ingresar en el sistema de la fiscalía, dado que este programa informático estaría integrado con el de la comisaría.

Indirectamente, desde el momento que reciben todas las denuncias que reúnen estas características, se simplifica dentro de la fiscalía el proceso de decisión en el que se determina cuáles de estas se pueden descartar o archivar en virtud de las facultades que le confiere la ley.

Para colaborar con la toma de decisiones del fiscal, el sistema de seguimiento procesal debe posibilitar un seguimiento del estado de avance las pruebas ordenadas y de las muchas peticiones que comúnmente le hace a otras instituciones (policías, cuerpos de peritos, testigos, centros de monitoreo, etc.) en el transcurso de una investigación. Esto cobra mucha utilidad si se tiene en cuenta que un fiscal gestiona cientos de investigaciones al mismo tiempo, y su control es fundamental.

Asimismo, respecto del número de posibles diligencias por realizar en cada investigación, tratándose de delitos cuya repetición es elevada, y las medidas de prueba tienden a ser siempre similares, se hace evidente la conveniencia de establecer estándares probatorios, que sean integrados a software de soporte de toma de decisiones²⁷, y de esta manera sirvan de apoyo a ese fin. Así por ejemplo esta herramienta informática va orientando al responsable de la causa²⁸,

²⁵ Holanda, por ejemplo tiene un sistema integrado que desde el inicio hasta la decisión del caso, es manejado a través de sistemas electrónicos. Tiene una red nacional brindada por el Ministerio de Justicia llamada *Justitienet*, la cual incluye un sistema electrónico de manejo de casos, de la cual son usuarios tanto los tribunales como el Ministerio Público. Ambas instituciones, tienen su propio espacio protegido en esta red de carácter nacional. La intranet de tribunales es llamada *INTRO (Intranetvoor de rechterlijke organisatie)*, y la intranet del Ministerio Público es llamada *OMtranel (Openbaar Ministerie Intranet)*.

²⁶ Así, el portal *CITJUS*, permite el fácil acceso a la ciudadanía a diversos servicios prestados, especialmente en lo relativo al otorgamiento de distintos tipos de certificados según tipos de registro.

²⁷ Tanto el sistema *PROMIS* para la toma de decisiones médicas, de la Universidad de Vermont, como el sistema *ZOG/KMS* para la toma de decisiones militares y de negocios, de la Universidad Carnegie Mellon fueron dos sistemas de apoyo a las decisiones.

²⁸ Como ya explicamos los *DSS* es un sistema para servir de apoyo, no para automatizar la toma de decisiones. Es una herramienta para ayudar al operador judicial que trabaja en el caso, a generar alternativas y tomar

respecto de las medidas de prueba a considerar, de acuerdo a una lista de medidas conducentes preestablecida, dependiente del delito que se trate.

Una vez determinadas las medidas de prueba conducentes para esclarecer el hecho delictivo, pasa el análisis a la forma en que estas medidas de prueba se materializan. En este tópico también se puede simplificar y mejorar las prácticas actuales con la sola introducción de la tecnología de la información. Para ello, es necesario crear interconexiones entre el Ministerio Público y otras instituciones públicas o privadas²⁹ para hacer posible enviar requerimientos informáticos, ósea «oficios o cédulas digitales», y así agilizar los tiempos para el avance de la investigación³⁰. Más aún el actual desarrollo de la tecnología permite el acceso remoto a bases de datos ajenas para que los datos sean consultados directamente por el personal que investiga el caso. Para esto previamente se tendría que identificar que tipos de datos serían posibles de ser consultados sin la previa autorización judicial y una vez delimitados generar los debidos niveles de seguridad e identificación para el acceso.

Otro aspecto de la realidad cotidiana en las fiscalías dentro de la etapa investigativa es la facultad de los fiscales de darle las instrucciones a la policía. En ese momento se requiere dejar registradas estas instrucciones, por lo que en la tramitación de un expediente digital se observa como superador la utilización de aplicaciones que combinan teléfono con software, que permiten un contacto en línea entre la comisaría y las fiscalías. Estas aplicaciones permiten una comunicación más fluida al dejar la línea telefónica libre, al mismo tiempo que hace posible registrar en forma automática las diligencias ordenadas.

Finalmente en el caso de no dilucidarse lo acontecido, siendo que a pesar de la actividad probatoria desplegada no se haya podido identificar al autor del hecho, se abren a mi parecer dos posibilidades: disponer el archivo de la investigación manteniendo su estado digital mediante la firma electrónica de un documento digital que sintetice toda las diligencias realizadas, y/o crear la posibilidad de que el sistema genere eso mismo pero en un reporte impreso para el control del fiscal y su firma en forma tradicional.

En cualquiera de los dos supuestos, al momento de disponer el archivo toda esa información recopilada pasa automáticamente a la base de datos del archivo general. Es en ese momento procesal que, mediante sistemas informáticos que organicen en forma automática los archivos de las investigaciones reservadas, se facilite el análisis de toda la información (registros de video, fotográficos, bases de datos de objetos robados, modus operandis, etc.). Esta organización del trabajo no solo hace posible destinar los actuales recursos humanos involucrados en el traslado y archivo físico de los expedientes, sino que también permite el

decisiones con la ayuda a la estimación, la evaluación y la comparación de alternativas. Disponible en <http://diuf.unifr.ch/ds/courses/dss2002/pdf/DSS.pdf>.

²⁹ Israel, tiene el sistema NGCS por sus siglas en inglés (Next Generation Court System), consistente en una red a nivel nacional a la que se suben todos los documentos y comunicaciones judiciales mediante un sistema de ingreso electrónico.

³⁰ Inglaterra el sistema XHIBIT, que en el marco del sistema criminal permite la coordinación entre los diversos actores que lo componen, haciéndolo más rápido al enviar en cuestión de minutos información esencial producida en la audiencia desde el tribunal a la policía, víctima y testigos, al sistema de medidas alternativas (*Probation*), al servicio de persecución pública, al servicio penitenciario, entre otras instituciones vinculadas. Mayor Información en: <http://www.hmcourts-service.gov.uk/online-services/xhibit/index.htm>.

entrecruzamiento automático de cierta información³¹, generando alertas y facilitando ese trabajo tanto a la Unidad Fiscal de Investigaciones con Autor Desconocido como a las Fiscalías de Instrucción y Correccionales.

También, al tratarse de datos y procesos que se encuentran digitalizados desde un primer momento del trámite del expediente judicial electrónico, la confección de las estadísticas oficiales de delitos, la elaboración del mapa del delito se produce en forma automática con el entrecruzamiento de los datos necesarios a tales fines. Así, ya sea en el momento de la denuncia, como durante la sustanciación del expediente, los datos como lugar del hecho, tipo penal, modalidad delictiva, objeto del delito, fecha y hora, etc., son automáticamente catalogados para la confección de los registros oficiales.

Estos registros, sumados a herramientas informáticas que midan la cantidad de actividad procesal y tiempo de trabajo utilizado por dependencia en cada tipo de delito colaborarían en gran medida a la evaluación sobre el desempeño de las distintas fiscalías y sus operadores.

Paralelamente con todos los beneficios antes detallados, no hay que perder de vista que cualquiera sea la resolución de la causa, las tecnologías de la informática y las comunicaciones favorece largamente a la transparencia y el acceso a la información por parte de la ciudadanía. El Derecho de Acceso a la Información es un derecho humano reconocido en Tratados Internacionales de Derechos Humanos consistente en el derecho que asiste a toda persona de tener acceso a información pública que se encuentra en manos de los órganos del Estado. Su consagración como derecho fundamental radica en el carácter esencial que este tiene para el buen funcionamiento y fortalecimiento del sistema democrático representativo de gobierno³².

Es que, una vez finalizada la investigación, la víctima al tomar conocimiento de esto, y de toda la actividad probatoria realizada durante el trámite de su causa. La posibilidad de acceder a toda esta información muestra hacia la sociedad un sistema judicial transparente y que rinde cuentas a la ciudadanía, lo que puede mejorar su imagen frente a la sociedad³³. En este sentido se ha afirmado que «...su intervención en el sistema político es profunda, influyendo –en algunos casos de manera muy sofisticada– en el vínculo entre el Estado y la ciudadanía, y en las relaciones entre los distintos actores sociales... en los procesos de formulación de políticas públicas, en el reconocimiento y protección de derechos, y en el control de los restantes poderes del Estado»³⁴.

³¹ En este punto es de importancia destacar el aporte que la tecnología puede ofrecer en un futuro cercano en el esclarecimiento de delitos con autor ignorado, así cobran relevancia la aplicación del reconocimiento humano por intermedio de la biometría, con las herramientas informáticas de reconocimiento facial automático a través de filmación o fotos; o los adelantos en identificación automática de objetos, como son las aplicaciones que detectan dominios de automóviles con pedido de secuestro (*Automatic license-plate recognition A.L.P.R.*).

³² Corte IDH. Caso «Claude Reyes y otros Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas», del 19 de septiembre de 2006.

³³ Índices de percepción ciudadana respecto de los órganos judiciales. El Reporte sobre la Justicia en las Américas 2008-2009 del CEJA. Disponible en internet.

³⁴ ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC). «Acceso a la Información y Transparencia en el Poder Judicial, Guía de Buenas Prácticas en América Latina», p. II. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/PSGLP/Resources/accesoalainformacionytransparencia.pdf>.

VII. CONCLUSIÓN

Como corolario de la situación actual descrita, sumado a las ventajas argumentadas en las alternativas propuestas, la idea de gestión y modernización tecnológica aparecen como centrales para el buen funcionamiento de la administración de justicia. Indirectamente, como resultado de la correcta implementación de estas prácticas, se colaboraría a fomentar la relación con la comunidad, elevando la transparencia de las instituciones públicas que intervienen en los procesos, disminuyendo la sensación social de inseguridad, y dependiendo de la eficacia lograda, podría contribuir a reducir el nivel de impunidad actual.

No escapa al análisis, que un cambio de gestión como el propuesto tendrá detractores, ya sea en forma consciente o refleja, o por acción u omisión. Esta resistencia al cambio, entiendo, se debe a la comodidad de los operadores de seguir organizando su trabajo como lo vienen haciendo y por otro lado a la permanencia de una perspectiva inquisitiva de analizar el procesos y los alcances de este.

Sin perjuicio de esto, y más allá del camino que se elija resulta evidentemente necesaria una administración eficiente en la Justicia y se ha vislumbrado recientemente que la gestión judicial es parte esencial de un moderno servicio de Justicia. Gestión entendida ampliamente como la encargada de la organización, dirección y control de los recursos que a la vez pueden ser humanos, materiales, tecnológicos, del conocimiento de las instituciones de la administración de justicia, con el fin de obtener el máximo beneficio social posible.

Las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones pueden ser una herramienta valiosa para la reducción de los tiempos de duración del procesos, extremo indispensable para lograr una sustancial mejora en el rendimiento de la administración de justicia.

Finalmente las propuestas formuladas en este ensayo son de aplicación posible y de alguna manera serán implementadas con el paso del tiempo. Requerirán para esto el apoyo institucional, y políticas orientadas a tal fin. Dado el avance de la técnica en estos últimos años las tecnologías informáticas descritas no son demasiado sofisticadas, ni su implementación requiere grandes sumas de dinero. Por lo demás, es mi opinión que debemos prestar atención tanto a la aplicación de nuevas tecnologías como las formas alternativas de organizar el trabajo y dejar de enfocar todo el esfuerzo en un cambio normativo para lograr una mejor administración de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) «Acceso a la Información y Transparencia en el Poder Judicial, Guía de Buenas Prácticas en América Latin». Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/PSGLP/Resources/accesoalainformacionytransparencia.pdf>
- BINDER, Alberto. «Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal», en *Política Criminal de la formulación a la praxis*. Ad Hoc. Buenos Aires, 1997, pp. 160 a 194.
- BRAVO, Julio (Coord). *Las TIC en la Justicia del Futuro*. Editorial Ariel. Madrid, España, 2009.
- CEJA y MICROSOFT. «Perspectivas de Uso e Impactos de las TIC en la Administración de Justicia en América Latina». Disponible en internet <http://www.cejamericas.org>.
- DUTTO, Giorgina. «Pronunciamientos Judiciales que evidencian la necesidad de reforma del código procesal de la nación», en *Revista de derecho penal del Instituto de Ciencias Penales*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2008. Tomo I, pp. 21 y 27.

- FABRA ABAT, Pedro y otros. «E-Justicia: La Justicia en la Sociedad del Conocimiento. Retos para los Países Iberoamericanos», preparado para la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana.
- JUAREZ ELIAS, Erick. *Eficacia y desformalización de la investigación criminal*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2012. Tomo II, p. 101.
- GARCÍA YOMHA, Diego. «La gestión del los tribunales como herramienta esencial para un funcionamiento eficaz del sistema judicial», en *Revista de derecho penal del Instituto de Ciencias Penales*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2009. Tomo II, p. 249.
- . «El expediente electrónico, próximo a ser Ley Nacional». Editorial del Suplemento de Derecho de la Alta Tecnología de mayo 2011 (elDial.com - CC2684) disponible en internet <http://www.eldial.com.ar>.
- GODOY BERROCAL, Elena. «Estado de la reforma procesal penal en el sistema nacional y federal: una asignatura pendiente». http://www.cejamericas.org/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/cat_view/43-documentos/73 (acceso en marzo de 2013).
- LEDESMA, Ángela Esther. «Proceso de reforma procesal penal y judicial. Momentos y ejes rectores», en *Revista de derecho penal del Instituto de Ciencias Penales*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2009. Tomo II, p. 15.
- LILLO, Ricardo. «El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial, Experiencias y Precauciones». Disponible en internet en <http://cejamericas.org> (acceso diciembre 2012).
- QUAINE, E. M. «Un paso hacia la desformalización: el fin del expediente y el comienzo de la oralidad», en *Revista de derecho penal del Instituto de Ciencias Penales*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2009. Tomo II, p. 193.
- RICCI, Milena. «El sistema acusatorio en la estructura federal, Estudio sobre la reforma procesal penal en Argentina». Disponible en internet <http://www.cejamericas.org/index.php/es/biblioteca> (acceso en diciembre de 2012).

PARTE II

TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA EN EL MODERNO DERECHO PENAL

La extensión del principio de legalidad penal a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

JERÓNIMO GARCÍA SAN MARTÍN (España)
Doctor Senior, Universidad de Salamanca, España

RESUMEN: La garantía constitucional del principio de legalidad penal, se ha visto considerablemente extendida por una reiterada y constante doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al art. 7 del CEDH. Tal disonancia, obliga al Tribunal Constitucional Español a adaptar los márgenes del derecho fundamental equivalente, así como a nuestros Juzgados y Tribunales a acatar tales posicionamientos a la hora de interpretar y aplicar la norma penal.

Palabras clave: legalidad penal, ejecución, penas, garantía, TEDH.

ABSTRACT: Constitutional guarantee of penal legality principle has been seen considerably extended by constant, repeated precedents from the European Human Rights Court case-law on art. 7 of ECHR. Such a dissonance obliges Spanish Constitutional Court to adapt and leave clear the extent of the related fundamental right, as well as our courts to comply with such stance when interpreting and applying penal rule.

Key words: penal legality, execution, penalties, guarantee, ECHR.

SUMARIO: I. El principio de legalidad penal en el ordenamiento jurídico español. II. El principio de legalidad penal según la doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional. III. El principio de legalidad penal según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. IV. Los efectos indirectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su incidencia en el ordenamiento jurídico español.

El objeto del presente trabajo refiere a la extensión del principio de legalidad penal acogida por una reiterada y constante doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al artículo 7 del CEDH; doctrina que amplía singularmente el ámbito de protección de tal derecho y respecto a las penas, en disonancia con la posición mantenida por nuestro Tribunal Constitucional respecto al equivalente derecho fundamental

garantizado en el artículo 25 de la Constitución Española. Doctrina sentada por el TEDH, que si bien ha alcanzado una especial atención por nuestros órganos internos y operadores jurídicos a raíz de la conocida Sentencia de 21 de octubre de 2013 dictada en el asunto Del Río Prada y por cuanto representa la atribución a España de la violación de tal derecho, no obstante, la misma constituye una posición firme, reiterada y uniformemente acogida por el TEDH en multitud de sentencias, y que ya resultaba desde sus orígenes vinculante para nuestro País, con independencia de que las afectaciones consiguientemente declaradas lo fueran a terceros Estados contratantes del CEDH, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 CE.

Tales posicionamientos, dirigidos a extender la protección del consiguiente derecho de legalidad penal en cuanto a las penas, no sólo ha de obligar al Tribunal Constitucional a adaptar en consonancia los márgenes garantizados por el equivalente derecho fundamental, sino que, asimismo, ha de resultar vinculante para los Juzgados y Tribunales en cuanto a la interpretación y aplicación de la norma penal.

I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El principio de legalidad penal encuentra en nuestro Ordenamiento Jurídico reconocimiento expreso a través de los artículos 1, 2.1 del Código Penal y 25.1 de la Constitución Española; principio de legalidad penal que resulta, asimismo, reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966; siendo así que, habiéndose ratificado tales Tratados por España y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce (entre los que se encuentra obviamente el principio de legalidad penal) se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Como apunta MUÑOZ CONDE, «para evitar que el principio de legalidad sea una proclamación vacía de contenido, la ley debe reunir una serie de requisitos que generalmente se resumen en la necesidad de que sea escrita, previa a la realización de los hechos que se pretende sancionar y estricta, esto es, que establezca claramente las características del hecho punible. Según los distintos momentos sobre los que opera, el principio de legalidad de los delitos y las penas contiene, en primer lugar, las denominadas garantía criminal y garantía penal, lo que se corresponde con la originaria formulación de dicho principio. Estas garantías actúan en el momento de la definición de los delitos y las penas y en el de la decisión sobre la responsabilidad penal y la pena aplicable, pero a ellas se han añadido otras que operan en momentos distintos; concretamente, el principio de legalidad exige también que la decisión sobre la responsabilidad penal y sobre la pena aplicable se lleve a cabo mediante el proceso establecido legalmente y por los órganos judiciales competentes, en cumplimiento de lo que se conoce como garantía procesal y jurisdiccional. Por último, se exige también que la pena impuesta se ejecute con arreglo a las disposiciones vigentes en cumplimiento de la garantía de ejecución o principio de legalidad de la ejecución¹».

¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 100.

Garantía de ejecución, que se extiende a la exigencia de taxatividad o certeza no sólo de las penas sino de su aplicación y ejecución; en efecto, como apunta SÜSS, «este principio de taxatividad es de aplicación no sólo en el tipo en sentido estricto, donde está descrito el tipo punible, sino también en los otros niveles del sistema de delito, especialmente en el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito²».

Al respecto, suscribe MATA Y MARTÍN que «en cuanto a las penas y su duración, problema que no sólo afecta a la legislación penitenciaria, también tiene que dar respuesta el sistema penal a esta problemática desde el punto de vista de su determinación o determinabilidad. La previsión legal de las penas ya implica la necesidad de establecerse en condiciones que respeten el principio de legalidad. Su inclusión en la ley en términos excesivamente vagos o con duraciones demasiado amplias parecen contradecir los postulados básicos del principio³». Si bien, continúa el autor «aun cuando no se puede renunciar a un margen de maniobra en la fase de ejecución que permita adaptar la ejecución a las necesidades tratamentales del sujeto individual, será necesario conseguir un equilibrio con la existencia de previsiones normativas que permitan hacer calculable la duración de la condena así como evitar incertezas fundamentales en la ejecución penitenciaria. Incluso contando con el límite máximo de tiempo de condena que puede haber quedado fijado en la sentencia, cosa que no siempre sucede, no puede privarse de poder efectuar un cálculo siquiera aproximado de la duración efectiva de la prisión para el interno⁴».

A mi juicio, el recurso jurisprudencial a criterios interpretativos sobre la extensión de la norma penal relativa a la ejecución de la pena, que carentes de cualquier previsibilidad y trasgrediendo el sentido literal, ofrezcan soluciones que supongan la prolongación, por mínima que sea, del tiempo efectivo de cumplimiento de la pena inicialmente previsto o la negación de un beneficio penitenciario o medida alternativa al cumplimiento de una pena privativa de libertad a quien potencialmente estaba llamado a su concesión, no encuentra cobertura en nuestro Ordenamiento Jurídico por cuanto supone una cualificada afectación de la garantía de ejecución y, por ende, del principio de legalidad penal.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL SEGÚN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El principio de legalidad penal, expresamente consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española, y por el cual «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento», ha sido ampliamente desarrollado por una reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Constitucional.

Al respecto, la STC 13/2003, de 28 de enero, ya sostenía que la garantía material de certeza derivada de tal principio, tiene implicaciones no sólo para el Legislador, sino también para los órganos judiciales que, en su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales,

² SÜSS. «El trato actual del mandato de determinación», en *La insostenible situación del Derecho Penal* (AA.VV.), Ed. Comares, 2000, p. 226.

³ MATA Y MARTÍN, R. M. «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá IV, 2011, p. 284.

⁴ MATA Y MARTÍN, R. M. *Idem*, p. 285.

se encuentran, por razones de seguridad jurídica y legitimidad democrática de la intervención punitiva, en situación de sujeción estricta a la ley penal, estándoles vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. En este mismo sentido, se posicionaban las SSTC 133/1987 de 21 de julio, FJ 5; 182/1990 de 15 de noviembre, FJ 3; 34/1996 de 11 de marzo, FJ 5; 156/1996 de 14 de octubre, FJ 1; 137/1997 de 21 de julio, FJ 6; 151/1997 de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997 de 16 de diciembre, FJ 2; 64/2001 de 17 de marzo, FJ 4; ó 170/2002 de 30 de septiembre, FJ 12, entre otras muchas.

En palabras de la STC 133/1987, «el principio de legalidad [...] significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penal, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador».

Garantía material del principio de legalidad penal, respecto de la que la STC 242/2005 de 10 de octubre, señala que aparece derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. Por tanto, la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador; en este mismo sentido, las SSTC 100/2003 de 2 de junio, FJ 2, y 26/2005 de 14 de febrero, FJ 3.

Esta doctrina constitucional sentada al respecto del principio de legalidad penal, en sus primeras aproximaciones a dicho principio, partía de la consideración de que toda norma penal admite diversas interpretaciones, como consecuencia natural, entre otros factores, de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo, correspondiendo en exclusiva dicha función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, a los Jueces y Tribunales, de conformidad con lo establecido en el artículo 117.3 de la Constitución Española, y sin que pueda el Tribunal Constitucional sustituirlos en dichas tareas, ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, ni que política criminal concreta debe orientar esa selección.

No obstante y a sensu contrario, la función del Tribunal Constitucional, y a partir fundamentalmente de la STC 137/1997 de 21 de julio, no se limita a comprobar el respeto de los órganos judiciales al tenor literal de la norma, ni a la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad de las decisiones judiciales, sino que va más allá de estas constataciones, asumiendo el deber de comprobar en positivo la razonabilidad de la decisión, desde las pautas axiológicas que inspiran nuestro Ordenamiento constitucional y desde los modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica, pues sólo de este modo puede verse en la decisión sancionadora «un fruto previsible de una razonable administración judicial o administrativa de la soberanía popular». Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad penal las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también

constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios (STC 137/1997, FJ 7). Así, cabría hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas.

A mi juicio, la STC 137/1997 de 21 de julio, constituye un singular punto de inflexión respecto a la función que decide asumir el Tribunal Constitucional en orden al control de la interpretación de la norma penal efectuada por los Jueces y Tribunales así como a su labor de subsunción de los hechos que le son sometidos a su conocimiento en dichas normas, abandonando el Tribunal Constitucional posiciones cercanas a un control superficial, simbólico o meramente aparente de la interpretación jurisprudencial en orden a velar por la garantía del principio de legalidad penal, para acoger una posición de control efectivo que permita rechazar aquellas interpretaciones ilógicas, extravagantes, arbitrarias e irrazonables, alcanzando soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma penal y, por ende, manifiestamente previsible para sus destinatarios.

Posición finalmente acogida por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 137/1997 de 21 de julio, y reproducida por otras muchas tales como las SSTC 242/2005 de 10 de octubre, 129/2008 de 27 de octubre, 91/2009 de 20 de abril ó 153/2011 de 17 de octubre, que, a mi juicio, representa la única opción posible si lo que se pretende es garantizar la no afectación del principio de legalidad penal mediante un ejercicio, en ocasiones abusivo y extralimitado, de la función jurisdiccional en cuanto a la tarea interpretativa de la norma penal; ejercicio de una interpretación desmedida de la norma penal, de la que huelga significar no ha estado exenta nuestra historia jurisprudencial, que supone la asunción fáctica por los órganos integrantes del Poder Judicial de funciones legislativas, obviamente no atribuidas constitucionalmente; y ese límite donde la interpretación de la norma se trasmuta en creación de una nueva norma, que como decimos ha sido transgredido en no pocas ocasiones, ha de ser irrenunciablemente controlado por el Tribunal Constitucional en orden a garantizar la no afectación del principio constitucional de legalidad penal. Principio de legalidad penal que, desde mi más particular consideración, quiebra inevitablemente cuando la interpretación excede y desvirtúa lo interpretado, otorgando, en consecuencia, a la norma penal un sentido contrario o contrapuesto al literal, alcanzando soluciones contradictorias con las precedentes, eliminando la más elemental y razonable previsibilidad.

No obstante, y sin perjuicio de la posición apuntada, el Tribunal Constitucional sigue diferenciando los conceptos de imposición de la pena y su ejecución a efectos de la posible afectación del principio de legalidad penal, considerando que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena, en la medida que no implican que la pena impuesta sea más grave que la prevista por la ley, no pueden vulnerar el derecho a la legalidad penal consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española.

Así, en la práctica totalidad de las Sentencias dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, frente a la invocación, por parte de los recurrentes afectados por la doctrina Parot, de

la afectación del principio de legalidad penal, el Alto Tribunal rechazó *a limine* la vulneración de dicho derecho fundamental, aduciendo que la cuestión planteada quedaba extramuros del ámbito de aplicación de tal derecho, ya que éste se despliega en torno a la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados en los mismos y la imposición de la pena en ellos prevista, pero no alcanza a la ejecución de la pena privativa de libertad ni por tanto, a la decisión sobre el cómputo y aplicación de beneficios penitenciarios. Por ello, en la medida en que de la interpretación de la ley efectuada por la Sala Segunda, no se deriva ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto, el derecho recogido en el art. 25.1 CE queda incólume. Posición la expuesta, que es acogida por la STC 39/2012, de 29 de mayo, y reproducida por las demás dictadas por el Tribunal Constitucional en la resolución de los recursos de amparo interpuestos por los demás demandantes afectados por la doctrina Parot.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España, dispone en su artículo 7, con la rúbrica «*No hay pena sin ley*», que «1. *Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.* 2. *El presente artículo no impedirá el juicio y castigo de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de su comisión, constituya delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*».

Párrafo segundo del apartado 1 del artículo 7 del CEDH que viene a extender, expresamente, la protección del principio de legalidad penal a las penas impuestas, que no podrán ser más graves que las aplicables en el momento en que la infracción haya sido cometida; previsión que, si bien encuentra su equivalente en nuestro Derecho interno a través del artículo 2.1 del Código Penal, y por el cual «*no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración*», no encuentra reflejo expreso en el artículo 25.1 de la CE, que refiere exclusivamente al principio de legalidad penal respecto a los delitos, faltas o infracciones administrativas, no así respecto a las penas.

Artículo 7 del CEDH que como sostiene la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos S.W. contra Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995, se ha de interpretar y aplicar de manera que asegure una protección efectiva contra procesamientos, condenas y sanciones arbitrarias; precepto que no se limita a prohibir la aplicación retroactiva de la norma penal sino que consagra, también, de manera más general, el principio de legalidad de los delitos y de las penas y el principio de que no se puede aplicar la ley penal de manera extensiva en perjuicio del acusado, particularmente por analogía.

Pese a la omisión al respecto, el artículo 7 del CEDH no se opone a la aplicación retroactiva de una disposición penal más favorable para el condenado, como se desprende de la STEDH G. contra Francia, de 27 de septiembre de 1995, e incluso, tras la STEDH Scoppola contra Italia, si tal ley penal es aprobada con posterioridad a la comisión del hecho delictivo.

Como apunta CASADEVALL MEDRANO, «del principio de legalidad y de su inherente prohibición de retroactividad, derivan las exigencias de certidumbre, accesibilidad y previsibilidad de las disposiciones de derecho penal⁵».

El TEDH, en su Sentencia *Cantoni contra Francia*, de 15 de noviembre de 1996, afirma que la noción de «derecho» empleada por el artículo 7, se corresponde con la de «ley» que aparece en otros artículos del Convenio; noción que engloba tanto el derecho de origen legislativo como el jurisprudencial y presupone ciertas condiciones cualitativas, entre otras, de accesibilidad y de previsibilidad.

En cuanto a la exigencia de que la disposición penal defina de una manera precisa la tipificación de un comportamiento delictivo, se hace patente, entre otras, en la STEDH *Kokkinakis contra Grecia*, en la que se advierte expresamente que la infracción ha de estar claramente definida por la ley, a efectos de que el individuo, a partir de la redacción de la norma y, si cabe, con la ayuda de la interpretación hecha por los tribunales, pueda conocer aquellos comportamientos que, por acción o por omisión, pueden comprometer su responsabilidad penal; todo ello, sin perjuicio de admitir que existen ciertas disposiciones legales que carecen de una precisión absoluta y que, en consecuencia y para evitar un exceso de rigidez y poder adaptarlas a las diferentes situaciones, determinadas vaguedades han de ser necesariamente subsanadas a través de la interpretación de los tribunales.

Respecto a la exigencia de accesibilidad y previsibilidad de las disposiciones de derecho penal, la STEDH de 12 de febrero de 2008 en el asunto *Kafkaris contra Chipre*, declara la violación del artículo 7 del Convenio por los defectos de accesibilidad y previsibilidad que presentaba la ley penal aplicable en el momento de los hechos, a consecuencia de la dificultad para determinar la noción de «pena de reclusión a perpetuidad», establecido en el Código Penal chipriota, así como su aplicación en la práctica en base a las disposiciones del Reglamento Penitenciario.

Como relata CASADEVALL MEDRANO, un problema similar de previsibilidad de la norma penal (si bien ahora de signo contrario respecto a la jurisprudencia) se presenta en el caso de un ciudadano británico condenado por la violación de su esposa. El demandante se quejaba de haber sido condenado por un comportamiento que, en el momento de la comisión de los hechos, no era legalmente constitutivo de una infracción penal, puesto que, según los principios del *common law*, un marido no podía ser declarado culpable de la violación de su esposa (en los términos de la ley sobre delitos sexuales de 1976), según lo tenía establecido la jurisprudencia de los tribunales del Reino Unido. El demandante, sin negar la relación sexual forzada, alegaba que el cambio jurisprudencial operado en su caso había vulnerado el artículo 7 del Convenio. El TEDH (Sentencia de 22 de noviembre de 1995, en el asunto *C. R. contra Reino Unido*) recuerda que sea cual sea la redacción de un texto legal siempre es necesario interpretarlo, sobre todo en sistemas de derecho como el británico en los cuales la función interpretativa de los tribunales es fundamental y concluye que no hubo violación del artículo 7, considerando que los tribunales británicos siguieron una tendencia ya perceptible en la evolución de una jurisprudencia encaminada a poner fin a la impunidad del marido que había violado a su esposa; que la interpretación jurisprudencial era la evolución manifiesta del derecho penal que tenía a

⁵ CASADEVALL MEDRANO, J. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 317.

generalizar aquella conducta como constitutiva de un delito de violación, y que la evolución era tal que el reconocimiento judicial de la ausencia de impunidad constituía ya una etapa de la ley que era razonablemente previsible⁶.

Asimismo, el principio de exigencia de previsión legal, contenido en el artículo 7 del CEDH, rechaza de manera terminante cualquier interpretación extensiva o razonamiento analógico, tanto de los delitos como de las penas, que comporte un resultado desfavorable para el reo.

Como apunta GIMENO SENDRA, «el artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, contiene un plus de protección jurisdiccional, pues, junto al principio de tipicidad contemplado en su primer apartado yuxtapone, en el segundo, el de penalidad... Nótese la diferencia entre este segundo apartado del art. 7.1 CEDH –que como se ha dicho, dentro del principio de legalidad, yuxtapone al de tipicidad el de penalidad (el *nulla poena, sine lege*)– y el art. 25.1 CE que tan sólo contempla, como también se ha reiterado, el principio de tipicidad (el *nullum crimen, sine lege*)⁷».

No obstante, la posición del TEDH respecto a la aplicación del principio de legalidad penal y referido a las penas, no fue siempre uniforme, identificándose la Sentencia Kafkaris contra Chipre, Gran Cámara 12 de febrero de 2008, como el punto de inflexión hacia una interpretación extensiva de dicho principio. En esta Resolución, el TEDH parte del concepto autónomo de pena y de su establecida doctrina de diferenciar el contenido substancial del castigo de su ejecución, de tal suerte que cuando la naturaleza y el fin de la medida apunte a la remisión de la sentencia o a un cambio en el régimen de liberación anticipada, dichos aspectos no pertenecen al concepto de pena a efectos del art. 7 CEDH. No obstante, a continuación la citada Sentencia, viene a señalar que «sin embargo, en la práctica, la distinción entre ambos no siempre será suficientemente nítida. Y a partir de aquí se plantea una revisión material del concepto de pena que va más allá de su contenido en abstracto como pena perpetua en el Código Penal y que integra la normativa penitenciaria, la praxis aplicativa y la jurisprudencia interpretativa de aquélla a la búsqueda de su accesibilidad y previsibilidad».

Como sostiene LANDA GOROSTIZA, «en el caso Kafkaris, el TEDH decide atraer hacia el ámbito material del art. 7 CEDH cuestiones de ejecución penitenciaria que tienen un efecto material en la definición de pena desde el punto de vista de su impacto real aflictivo. Está en juego una prolongación de la pena de prisión por la pérdida sorpresiva de la posibilidad de una liberación anticipada. Las expectativas del demandante se quiebran, y por ello la forma de endosar el problema es ampliar la definición material del concepto de pena tomando en su conjunto no sólo una aproximación formal a su definición legal sino a su real y efectivo significado de acuerdo también a la normativa y praxis penitenciaria... El caso Kafkaris, en conclusión, parece fruto de la voluntad de imprimir un cambio de rumbo en la aplicación del art. 7 CEDH particularmente respecto del inciso final de su párrafo primero en lo que respecta a las penas. Y es un cambio que, materialmente, permite construir la violación de garantías del principio de legalidad en el ámbito de la determinación penitenciaria⁸».

⁶ CASADEVALL MEDRANO, J. Op. cit., p. 318.

⁷ GIMENO SENDRA, V. «La doctrina Parot y el principio de legalidad», *Diario La Ley* n.º 8307, Sección Doctrina, 9 de mayo de 2014, Ed. La Ley, p. 3.

⁸ LANDA GOROSTIZA, J. M. «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH», *InDret*, Barcelona, Octubre de 2012, pp. 12 y 13.

Posición jurisprudencial que es mantenida de forma constante por el TEDH hasta la conocida y reciente Sentencia de 21 de octubre de 2013 dictada en el asunto *Del Río Prada contra España*, y en la que declara la violación de los artículos 5.1 y 7 del CEDH. Respecto a la afectación del art. 7 del CEDH, señala la referenciada Sentencia que, con la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 197/2006, 28 de febrero, por la que se instaura la doctrina *Parot*⁹), éste se aparta de su línea interpretativa hasta la fecha; así, tras reconocer que las jurisdicciones internas pueden estar en mejor posición para interpretar y aplicar su derecho nacional, concluye que ello no autoriza a una interpretación del principio de legalidad de los delitos y las penas de forma extensiva en perjuicio del reo, tal y como proscribía el artículo 7 del CEDH. Así, la nueva interpretación seguida por el Tribunal Supremo, con la aplicación de la llamada doctrina *Parot*, entraña una prolongación retroactiva de la pena a purgar de nueve años, convirtiendo en totalmente inoperante a la institución de redención de penas por el trabajo; de modo que, por la forma en que se ha cambiado el criterio de cómputo y por las consecuencias que ésta tiene en la duración efectiva de la pena en perjuicio del reo, el TEDH considera que la distinción entre el alcance de la pena infligida a la demandante y las modalidades de su ejecución, no resulta sostenible.

En palabras de LANDA GOROSTIZA, el aspecto esencial sobre el que la Sentencia se asienta, es la consolidación de «un criterio material, sustantivo, de afectación como elemento clave para reconocer aspectos de ejecución penitenciaria que deben ser atraídos al arcano de garantías propias del principio de legalidad en su sentido fuerte. Podría afirmarse que en este supuesto se visualiza una cierta vis expansiva del artículo 7 CEDH más allá de los aspectos estrictos de definición sustantiva de los delitos y las penas hacia el ámbito de ejecución y sus modalidades, siempre que éstas determinen en una operación jurídica de valoración *ad causum* un impacto equivalente de incremento de alicividad. El artículo 7 en su interpretación original por el TEDH está colonizando nuevos territorios en un ejercicio *pro libertate* de extensión de las garantías allí donde éstas se vean afectadas en sentido material, levantando el velo más allá de divisiones o consideraciones puramente formales de definición v. ejecución de delitos y/o penas¹⁰».

A mi juicio, la garantía del principio de legalidad penal en cuanto a las penas, no puede cobijar bajo una apariencia puramente nominal una pretenciosa distinción entre penas y ejecución, en orden a excluir la segunda categoría del ámbito de singular protección; y ello por cuanto, ambas refieren a dos realidades indisolublemente ligadas, más cuando las normas que regulan la ejecución, así como los criterios interpretativos que sirven a su aplicación, tienen una especial incidencia en el tiempo de cumplimiento efectivo de la pena originaria, prevista e impuesta legalmente. No puede, en consecuencia, sostenerse la incolumidad del principio de legalidad

⁹ En la STS 197/2006, de 28 de febrero, el Tribunal Supremo rompe con la línea jurisprudencial precedente e introduce un distinto sistema de cómputo de la redención de penas por el trabajo en los casos de acumulación de condenas: en lugar de aplicar la reducción de un día por cada dos trabajados sobre la pena fijada por el límite máximo, la Sala Segunda, opta por descontarlo de cada una de las penas impuestas por separado, en el orden sucesivo de cumplimiento; así, sostiene que «la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcancen las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del Código Penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante».

¹⁰ LANDA GOROSTIZA, J. M. Op. cit., p. 18.

penal frente a giros e interpretaciones jurisprudenciales extraídas *ad causam*, materializadas en un alargamiento efectivo de las penas privativas de libertad, o en la negación de beneficios penitenciarios o de medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad que en supuestos precedentes, y concurriendo los presupuestos legalmente establecidos, hubiera resultado del todo previsible y accesible para el reo su concesión.

IV. LOS EFECTOS INDIRECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SU INCIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias no se limita exclusivamente a resolver el supuesto concreto que se les plantea mediante la satisfacción de los intereses jurídicos que se derivan del CEDH en relación con las partes en conflicto, sino que, asimismo, este órgano jurisdiccional viene a interpretar las disposiciones del CEDH con efectos sobre todos los Estados Contratantes; este último, es el denominado comúnmente como efecto indirecto de las sentencias del TEDH, en concreto este efecto uniformador de los distintos ordenamientos de los Estados Parte, que tienden a alinearse en torno a un orden público europeo de los derechos humanos.

Efecto indirecto que, no obstante, alcanza reconocimiento constitucional a través del artículo 10.2 CE, y por el cual la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas por la Constitución debe llevarse a cabo de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Como apunta BUJOSA VADELL, «es claro que la virtualidad de esta norma se hace patente cuando sea necesario aportar claridad a la interpretación de una norma constitucional española, actuando de este modo como cláusula de garantía o norma de mínimos, que puede ser invocada por los particulares ante los poderes públicos, incluidos por supuesto los órganos jurisdiccionales, y, en su caso, por esta vía puede invocarse la inconstitucionalidad de las leyes contrarias a las interpretaciones en materia de derechos humanos que se deriven de la jurisprudencia del TEDH. Por otra parte, se hace especialmente interesante la jurisprudencia del TEDH para llenar de contenido los conceptos jurídicos indeterminados que los órganos jurisdiccionales españoles tengan que aplicar en materia de derechos y libertades fundamentales. Este efecto indirecto, a través del instrumento integrativo-interpretativo de los derechos fundamentales que es el artículo 10.2 CE, se extiende incluso a los casos en que España no ha sido parte en el litigio del que ha resultado la sentencia aplicable, por el efecto *erga omnes* de la jurisprudencia del TEDH¹¹».

Y todo ello, hasta el punto de que, como bien apunta DELGADO BARRIO, «se ha abierto una vía para la permanente actualización de la Constitución¹²»; siendo así que las sentencias del Tribunal Constitucional, y en menor medida del Tribunal Supremo y de los órganos

¹¹ BUJOSA VADELL, L. M. *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Ordenamiento Español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 137 a 139.

¹² DELGADO BARRIO, J. «Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española», *El Poder Judicial en Europa*, RAP, 1989, número 119, p. 331.

jurisdiccionales inferiores, se han servido de las argumentaciones esgrimidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para concretar sus interpretaciones de las normas de la parte dogmática de nuestra Constitución, e incluso tales sentencias han provocado, en ocasiones, alguna importante reforma legislativa. Ejemplos de esta función de orientación legislativa en nuestro ámbito procesal, lo constituyen las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1982 (caso Piersack), y de 26 de octubre de 1984 (caso De Cubber), respecto a la separación orgánica de la función de instruir y la de juzgar en el procedimiento penal, en orden a asegurar la imparcialidad objetiva del juez, que dieron lugar a la declaración de inconstitucionalidad de del artículo 2.1 de la LO 10/1980, de 11 de noviembre, y que tuvo como consecuencia la derogación de esa ley y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la LO 7/1988, de 28 de diciembre.

Efectos indirectos que, a mi juicio, en el caso concreto que nos ocupa y relativo a la extensión de las garantías del principio de legalidad penal en cuanto a las penas acogido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en clara disonancia con el contenido otorgado a tal derecho por parte de nuestro Tribunal Constitucional, obliga, de conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución Española, a adaptar los márgenes de protección de nuestro derecho fundamental a los sentados por la doctrina jurisprudencial, ya consolidada, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al principio de legalidad penal, reconocido en el art. 7 del CEDH.

En palabras de ALCÁZER GUIRAO, «la importancia de la sentencia Del Río Prada es que pone de manifiesto la discordancia de la doctrina del TC con los estándares del TEDH en el derecho a la legalidad penal; estándares que se presuponen mínimos. Dicho de otro modo, la Sentencia de Estrasburgo va a enfrentar al TC a la necesidad de modificar el contenido y alcance del derecho a la legalidad penal, particularmente en la espinosa cuestión de la irretroactividad de la jurisprudencia desfavorable¹³».

Al respecto, sostiene GIMENO SENDRA que «habida cuenta, pues, de las diferencias entre el art. 25.1 CE y el 2º apartado del art. 7 CEDH, así como de la publicación de la STEDH de 21 de octubre de 2013, puede afirmarse que el Tribunal Europeo, por obra de lo dispuesto en el art. 10.2 CE («Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España») y al igual que aconteció en el asunto López Ostra c. España, ha creado un nuevo derecho fundamental en nuestro ordenamiento, cual es el que asiste a todo recluso a no ver incrementada su condena por encima de la pena prevista en el momento en el que hubiera cometido su infracción¹⁴».

Para concluir, y desde mi más particular consideración, la reiterada y constante doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la luz del principio de legalidad penal no sólo ha de obligar al Tribunal Constitucional a adaptar la extensión del derecho fundamental de legalidad penal en cuanto a las penas, sino que, en virtud del mismo art.

¹³ ALCÁZER GUIRAO, R. «La “Doctrina Parot” ante Estrasburgo: del Río Prada c. España (STEDH 10.7.2012, n.º 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 43, Madrid, septiembre/diciembre 2012, p. 938.

¹⁴ GIMENO SENDRA, V. Op. cit., p. 3.

10.2 de la CE, ha de vincular a los Juzgados y Tribunales de nuestro País en orden a abstenerse de idear giros interpretativos *ad causam*, interpretaciones que desnaturalizan lo interpretado, de la norma penal, que conduzcan a soluciones que supongan un particular y efectivo alargamiento de la duración del cumplimiento de la pena originaria, prevista e impuesta legalmente, o la negación de beneficios penitenciarios o de medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad, carentes de toda accesibilidad y previsibilidad para sus destinatarios.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZER GUIRAO, R. «La “Doctrina Parot” ante Estrasburgo: del Río Prada c. España (STEDH 10.7.2012, n.º 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 43, Madrid, septiembre/diciembre 2012.
- BUJOSA VADELL, L. M. *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Ordenamiento Español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997.
- CASADEVALL MEDRANO, J. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- DELGADO BARRIO, J. «Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española», *El Poder Judicial en Europa*, RAP, 1989, número 119.
- GIMENO SENDRA, V. «La doctrina Parot y el principio de legalidad», *Diario La Ley* n.º 8307, Sección Doctrina, 9 de mayo de 2014, Ed. La Ley.
- LANDA GOROSTIZA, J. M. «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH», *InDret*, Barcelona, Octubre de 2012.
- MATA y MARTÍN, R. M. «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá IV, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- SÜSS. «El trato actual del mandato de determinación», en *La insostenible situación del Derecho Penal* (AA.VV.), Ed. Comares, 2000.

Hermenéutica jurídica: tipos penales y tecnología

MARIANA SOLARI MERLO (España)

Investigadora Doctoranda, Universidad de Cádiz, España

RESUMEN: No son pocos los casos en que la interpretación de tipos penales con elementos tecnológicos ha resultado, cuanto menos, problemática. La falta de referentes a los que acudir y la incomprensión del significado y funcionamiento de la tecnología han desvirtuado la finalidad última de la norma penal. Cegados por la tecnología, se ha perdido de vista el bien jurídico a tutelar; la interpretación de la utilización delictiva de tarjetas bancarias constituye un caso paradigmático.

La propuesta de la nueva hermenéutica jurídica supone una toma de consciencia de estas limitaciones. La relevancia de la precomprensión del intérprete se convierte en un reclamo sobre la necesidad de recordar y acudir a las bases del Derecho penal, cuyo valor y validez permanecerán impasibles por mucho que cambien los medios de comisión.

Palabras clave: hermenéutica jurídica, interpretación, derecho penal y tecnología.

ABSTRACT: There are many cases where the interpretation of criminal offenses with technological elements has been, at best, problematic. The lack of reference to turn to and misunderstanding of the meaning and operation of technology have distorted the ultimate aim of the criminal law. Blinded by technology, it has lost sight of the good protected by the law; the interpretation of the criminal use of bank cards is a paradigmatic case.

The proposed new legal hermeneutics implies a consciousness of these limitations. The relevance of the precompression interpreter becomes a complaint about the need to remember and turn to the foundations of criminal law, whose value and validity will remain impassive by lot to change the means of commission.

Key words: legal hermeneutics, interpretation, criminal law and technology.

SUMARIO: I. La interpretación bajo el paradigma del positivismo jurídico. II. Nuevas perspectivas posmodernas: la irrupción de la hermenéutica. III. La praxis jurídica: la interpretación de las tarjetas bancarias en el ámbito penal. IV. Conclusiones.

Señala KAUFMANN¹ que tras la lucha mantenida durante siglos entre el *iusnaturalismo* y el positivismo, sólo han salido dos vencidos. El Derecho natural y el positivismo jurídico se han derrotado mutuamente y, en las mismas circunstancias en las que surgió la posmodernidad, cobrará una renovada fuerza la hermenéutica jurídica pero esta vez con un significado distinto al de su originario siglo XVII².

En la década de 1960, no obstante, es cuando comienzan a proliferar los trabajos académicos sobre esta cuestión. Como se verá, la obra de GADAMER fue la impulsora de este nuevo significado que ha ido adquiriendo la hermenéutica y, en especial, la hermenéutica jurídica comprendida no ya como una metodología de interpretación sino como filosofía trascendental.

I. LA INTERPRETACIÓN BAJO EL PARADIGMA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Para comprender el significado y alcance de la irrupción de la hermenéutica jurídica, debemos remontarnos al contexto en el que ésta ha tendido lugar. El punto de partida no puede ser otro que el radical cambio que supuso el cambio de paradigma del conocimiento científico. Como señala MASSINI, desde el reconocimiento de múltiples saberes que se diversificaban fundamentalmente por sus objetos, «*pasó a una concepción univocista según la cual sólo se consideraba científicos a aquellos conocimientos que aplicaran el único método que aparecía a los diversos autores modernos como el único racional y riguroso: el que corresponde a las matemáticas –en el racionalismo continental– o el propio de las ciencias experimentales –en las islas británicas–*»³.

El conocimiento del Derecho no permaneció ajeno a estas transformaciones. El surgimiento del positivismo jurídico vendría a reivindicar el método científico –empírico, descriptivo y exacto– como la única posibilidad de obtener un conocimiento objetivo y riguroso. La filosofía jurídica, por su parte, debía centrarse en el estudio metodológico y lingüístico de cuantas afirmaciones proporcionara el Derecho, entendido de un modo positivo. Otro conocimiento del Derecho, carecía de sentido⁴.

Esta mentalidad positivista legalista, señala ORREGO, iba indefectiblemente unida a «*la creencia en la capacidad de la razón humana para describir sin valorar el derecho abstracto y la capacidad y el deber de los jueces de aplicar la ley y solamente la ley a los casos concretos*»⁵. Entiende el autor que las notas características del positivismo son⁶:

- I. Las normas jurídicas son producidas por el legislador e interpretadas por el juez. Se trata de una interpretación aplicadora; el juez, en palabras de Montesquieu, es *la boca de la ley*. A los juristas les corresponde una interpretación científica, describir el derecho sin aplicarlo.

¹ KAUFMANN, A. «Concepción hermenéutica del método jurídico». *Persona y Derecho*, núm. 35, 1996, p. 11.

² RODRÍGUEZ PUERTO, M. J. *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*, Granada: Comares, 2011, p. 46.

³ MASSINI, C. I. «Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica». *Persona y Derecho*, 2007, núm. 56, p. 206.

⁴ *Ibid.*, pp. 208-209.

⁵ ORREGO SÁNCHEZ, C. «Un juicio justo: la especificación del juicio legal en la filosofía jurídica analítica, la hermenéutica *iusfilosófica* y la teoría de la ley natural». *Anuario Filosófico*, 2011, núm. 44/3, p. 548.

⁶ *Ibid.*, pp. 549-550.

2. Debe evitarse la interpretación de la ley; sólo en casos marginales de oscuridad, insuficiencia o lagunas jurídicas debe recurrirse a la interpretación.
3. Relevancia de la necesidad de buscar unos cánones de interpretación rigurosos, racionales y lógicos que permitan encontrar el sentido exacto de la letra de la ley

El positivismo, tanto en su versión clásica y en la renovada del neopositivismo, comenzó a agotarse hacia principios del siglo XX. En el ámbito jurídico, resultó insuficiente la visión de un Derecho reducido al derecho vigente. Su comprensión supera estas limitaciones y, desde luego, no puede reducirse a la letra de la ley. Interpretar el derecho no supone desvirtuarlo, la interpretación no sólo es necesaria en algunos casos sino que es la única forma de aplicar el derecho. Se requiere descender del plano abstracto de la ley al caso concreto donde ésta tendrá su aplicación. Luego hallar unos cánones de interpretación, a modo de silogismos a aplicar por el juez, es una limitación absurda.

II. NUEVAS PERSPECTIVAS POSMODERNAS: LA IRRUPCIÓN DE LA HERMENÉUTICA

La crisis del positivismo generó una pluralidad de perspectivas para abordar la cuestión del mejor conocimiento y comprensión del derecho y de la tarea de los juristas. Entre dichas perspectivas, destaca la llamada hermenéutica filosófica que, heredera de una gran tradición humanista, se presenta como una concepción general cuyo centro de interés es la comprensión y, por tanto, la interpretación. En este sentido, no es de extrañar que el enfoque hermenéutico haya encontrado amplia simpatía en el ámbito jurídico, pues si hay una ciencia que se enfrenta al problema de interpretar textos con la finalidad de comprenderlos es precisamente la ciencia de los juristas.

Desde la Antigüedad y el Medioevo, los orígenes de la hermenéutica como conjunto de reglas referidas a la interpretación de documentos escritos se ha relacionado con el derecho y los textos jurídicos. Sin embargo, habrá que esperar a comienzos de los años sesenta del pasado siglo para que llegase esa *etapa obligada* de la que nos habla ZACCARIA donde se da una relación más profunda entre hermenéutica y derecho. Tal encuentro, señala el autor, «no carece de ambigüedades: si por un lado el jurista muestra interés sobre todo hacia aquellas orientaciones filosóficas que no modifican su manera de pensar, por otro lado –hay que admitirlo– la hermenéutica ha mantenido hasta ahora una actitud demasiado acomodaticia con respecto a la manera tradicional de pensar de los jurista»⁷.

La publicación de la obra de GADAMER, *Verdad y método*, supuso el punto de partida para que se estableciera una nueva relación entre la hermenéutica y el derecho. No se trataba ya de una recepción pasiva, de la inspiración en determinados principios de una corriente filosófica por parte de los juristas. «Los juristas no buscaban en la hermenéutica filosófica solo la adquisición de indicaciones o reglas metodológicas directas, sino más bien un despertar y una evolución de su conciencia interpretativa, el estímulo para una reflexión crítica acerca de la actividad específica que desarrollaban»⁸.

⁷ ZACCARIA, G. «Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica». *Persona y Derecho*, 1996, núm. 35, p. 228.

⁸ *Ibid.*, p. 229.

La hermenéutica supuso el estímulo necesario para que los juristas comenzaran a realizar una reflexión crítica de la tarea que desarrollaban. De ahí el efecto que juristas como ESSER o LARENZ han tenido sobre filósofos del derecho como DWORKIN. Podría decirse que se produjo una efectiva reciprocidad de influencias.

La hermenéutica va a venir a superar la concepción objetivista del conocimiento, centrada en el contraste sujeto-objeto. Se considera que el conocimiento es tanto objetivo como subjetivo. Como señala KAUFMANN, «*el sujeto cognoscente se introduce a sí mismo en el «horizonte del conocer» y, en vez de limitarse a recibir pasivamente en su conciencia el objeto a comprender, contribuye a construirlo*»⁹.

La hermenéutica es el arte de comprender pero esto no puede asimilarse a un método sino, como lo entiende KAUFMANN, es una Filosofía trascendental que formulará las condiciones que hacen posible cualquier modo de comprensión. Como señala RODRÍGUEZ, la hermenéutica no se ocupa de lo que es el interpretar sino de lo que es el entender¹⁰.

Entiende GADAMER que «*la hermenéutica es filosofía porque no puede limitarse a ser el arte de entender las opiniones del otro. La reflexión hermenéutica implica que en toda comprensión de algo o de alguien se produce una autocrítica. El que comprende, no adopta una posición de superioridad, sino que reconoce la necesidad de someter a examen la supuesta verdad propia. Esto va implicado en todo acto comprensivo y por eso el comprender contribuye siempre a perfeccionar la conciencia histórico-efectual*»¹¹.

Es decir, supera la interpretación. Se trata de comprender pero desde la consideración de la propia realidad y la interacción con ella. No se limita a la comprensión de posturas u opiniones sino que requiere llevar a cabo una autocrítica donde se cuestione nuestra propia verdad¹².

a. *Principales componentes de la hermenéutica: lenguaje, tradición, experiencia e interpretación*

En este sentido, el texto y el lenguaje en el cual se transmite se vuelven elementos esenciales de la hermenéutica. Es necesario construir, en palabras de GADAMER, una *conversación hermenéutica*, para realizar una verdadera interpretación que haga referencia al texto. «*El texto hace hablar a un tema, pero quien lo logra es en último extremo el rendimiento del intérprete. En éste tiene parte los dos*»¹³.

Destaca LUIZ la transformación que se produce en el entendimiento del lenguaje. «*El lenguaje –señala el autor– deja de ser una cosa que se interpone entre un sujeto y un objeto pasando a ser condición de posibilidad. Al mismo tiempo, el proceso interpretativo deja de ser reproductivo (Auslegung) y pasa a ser productivo (Sinngebunt). Es imposible para el intérprete desprenderse de*

⁹ KAUFMANN, A. (1996), ob. cit., p. 14.

¹⁰ RODRÍGUEZ-GRANDJEAN, P. «Experiencia, tradición e historicidad en Gadamer». *A Parte Rei: revista de filosofía*, 2002, núm. 24, p. 2.

¹¹ GADAMER, H. G. *Verdad y método. Volúmen II*, 4 ed., Salamanca: Sígueme, 2004, p. 117.

¹² LONDRONO GARCÍA, C. A. «La hermenéutica gadameriana en el ámbito interpretativo jurídico». *Ambiente Jurídico*, 2009, núm. 11, p. 152.

¹³ GADAMER, H. G. (2004), ob. cit. p. 464.

la circularidad de la comprensión, es decir... nosotros que decimos el Ser, debemos escuchar lo que dice el lenguaje. La comprensión y explicitación del ser ya exigen una comprensión anterior»¹⁴.

Comprender es interpretar. No obstante, hay que tener en cuenta que esa interpretación tiene lugar, como señala CARRILLO¹⁵, en el marco de un diálogo de preguntas y respuestas que hace referencia a un lenguaje. En este sentido, afirma Picontó que *«en la nueva hermenéutica todo enunciado es valorado como la respuesta a una determinada pregunta, que debe ser hallada recurriendo a otros contextos de sentido. Esta exigencia de remontarse a las «preguntas motivantes» es un hecho, en absoluto extraño, que se da en la praxis general. Para encontrar los presupuestos de las preguntas habrá que elaborar una «conciencia de la situación» hermenéutica, en concreto, qué implicaciones hay en la pregunta»¹⁶.*

Se debe destacar también la relevancia que adquiere en este contexto la tradición. En primer lugar, porque en cierto sentido, precede al lenguaje. El lenguaje se convierte en la tradición hablada. Y, en segundo lugar, porque va a conformar posteriormente la experiencia del sujeto.

ZACCARIA¹⁷ ha analizado el papel de la tradición en la hermenéutica jurídica como una dimensión o componente de la misma. Entiende el autor, que la experiencia hermenéutica (interpretativa) se distingue por el dato temporal de la comprensión. Es decir, lo que se interpreta es siempre algo –normas, textos jurídicos– que se transmite a lo largo de la cadena del tiempo. Siguiendo a HEIDEGGER¹⁸, entiende el autor que la tradición jurídica puede representar el horizonte dentro del cual se realiza y se expresa la vida del derecho. En derecho, no obstante, el horizonte tiene un carácter activo que permitirá superar la distancia que separa al texto del intérprete. Ahora bien, la permanencia del derecho en el tiempo transmite también un valor, y ese valor del derecho se actualiza día a día.

En consecuencia, la afirmación de que el acto hermenéutico va unido a la tradición hace referencia a dos aspectos fundamentales: por un lado, que en ese acto se custodian valores humanos y modelos de comportamiento que han contribuido a la formación y consolidación de la tradición jurídica. Pero por otro lado, el acto de interpretar se halla siempre en desarrollo, de modo activo, de tal manera que ante nuevas situaciones el orden jurídico pueda responder adecuadamente.

Los materiales jurídicos en vigor presuponen el tejido de un mundo común y de formas de vida comunes en que se insertan. No obstante, *«dichos materiales adquieren un significado específico sólo cuando se aplican a las situaciones concretas. La comprensión jurídica se desarrolla sólo en la aplicación»¹⁹*. Será en este momento cuando se perciba una decisión como coherente o correcta, o razonable, por su adecuación a un contexto y a una tradición cultural que nos vincula

¹⁴ LUIZ STRECK, L. *Verdad y consenso. De la posibilidad a la necesidad de respuestas concretas en Derecho*, Montevideo: B de F, 2012, pp. 158-159.

¹⁵ CARRILLO DE LA ROSA, Y. «La crisis del positivismo jurídico y la hermenéutica filosófica». *Revista Mario Alario D'Filippo*, 2011, vol. 3, núm. 1, p. 89.

¹⁶ PICONTÓ NOVALES, T. «Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer». *Anuario de Filosofía del Derecho IX*, 1992, p. 239.

¹⁷ ZACCARIA, G. (1996), ob. cit., pp. 230-231.

¹⁸ HEIDEGGER, M., *Ser y tiempo*, trad. Rivera, J. E. edición electrónica Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, 1927, p. 47. Accesible en: www.philosophia.cl.

¹⁹ ZACCARIA, G. (1996), ob. cit., p. 232.

(por ejemplo, percibimos las mutilaciones genitales como contrarias a nuestra tradición judeo-cristiana-occidental). Esto es lo que permite determinar la coherencia de una decisión dentro del *traditum* del material jurídico.

Por otra parte, la experiencia hermenéutica demuestra que sólo puede haber recepción de la tradición en el diálogo. «*Sólo en una apertura radical a lo que el texto transmitido puede decirme se experimenta la tradición como tradición, al igual que sólo en la escucha abierta de lo que el tú tiene que decirme, hay una relación personal plena. Sin embargo, la tradición se experimenta a través del texto transmitido; es más la tradición se fija en textos, esto es, lo transmitido de la tradición queda recogido en textos*»²⁰.

El intérprete adquiere un papel central en este contexto pues es quien, con su interpretación, actualiza el significado del texto. En la ontología jurídica podríamos considerar al «*texto legal, la norma legislada, como mero boceto de decisiones judiciales futuras, como simple propósito genérico y altamente indeterminado que necesita concreción para tornarse derecho efectivamente operativo, como apunte que, todo lo más, delimita con amplitud las fronteras dentro de las que acontecerá ulteriormente, y en cada caso, la opción judicial, pero sin proporcionar aún una auténtica pauta decisoria. Entre el enunciado legal y la sentencia que resuelve en derecho habría un extenso espacio intermedio, en el que el juez maniobra con amplio margen para sus opciones, y en tal maniobrar en ese espacio tiene un papel central la labor interpretativa. La interpretación media siempre, por tanto, entre el enunciado legal y el concreto patrón decisorio que al caso se aplique. La interpretación deja de verse como la excepción y pasa a convertirse en la regla*»²¹. En este sentido, el intérprete supera su papel de mero aplicador de la norma sino es será quien, en cierto sentido, le otorgue significado.

Al otorgarle sentido se está diciendo que de algún modo influye en el significado que adquiere el texto. No se trata de una mera trasposición o un mero intermediario. Como señala Picontó, «*el intérprete de un texto realiza siempre un proyectar. Esto no supone valorar peyorativamente el proceso mismo de la comprensión. Únicamente se le pide al intérprete que constate esas anticipaciones de sentido, hacerlas conscientes de forma que le permita alejarse de su ceguera abriéndose a lo que el texto quiera decirle. Pero esta apertura o receptividad que tiene que lograr no le exige autocancelarse, lo único que propone es que sea consciente de sus anticipaciones de sentido para poder tenerlas controladas. Debe ponerse en situación de «conocer» desde la cosa misma porque es la tradición la que le está hablando*»²².

De este modo, la hermenéutica jurídica de GADAMER elevará a una categoría central el momento de aplicación de la ley ya que entiende que, en toda aplicación, siempre es necesaria la interpretación²³. Y, en el mismo sentido, Viola ha destacado la importancia de la interpretación en la práctica jurídica entendiendo que no sólo debe ser considerada un instrumento sino que es una parte constitutiva de la propia naturaleza del derecho²⁴.

²⁰ RODRÍGUEZ-GRANDJEAN, P. (2002), ob. cit., p. 8.

²¹ GARCÍA AMADO, J. A. «Filosofía hermenéutica y derecho». *Azafra: Revista de Filosofía*, 2003, núm. 5, pp. 195-196.

²² PICONTÓ NOVALES, T. (1992), ob. cit., p. 239.

²³ OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A., «La hermenéutica jurídica en la perspectiva de la razón práctica». *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 1996, núm. 35, p. 181.

²⁴ GARCÍA AMADO, J. A. (2003), ob. cit., p. 199.

b. *La relevancia de la precomprensión*

La interpretación del intérprete lógicamente conllevará la aplicación de unas ideas preconcebidas que acompañan a todos los sujetos. Un filtro a través del cual se observará el texto y coadyuvará en la obtención del significado resultante. Esto, que había sido señalado ya por HEIDEGGER, supone la existencia de un substrato de prejuicios o precomprensiones que de modo consciente o inconsciente acompañan al ser; son el producto de la temporalidad del estar ahí –historicidad– y la base del conocimiento. Y, en este sentido, constituye un intermediario entre la relación que se da entre el intérprete y el texto; como señala Carrillo, «*el intérprete pregunta al texto desde sus preconceptos tradicionales*»²⁵.

Recuerda PICONTÓ, junto con GADAMER, que la precomprensión o el prejuicio tienen un carácter previo a la interpretación y en ningún caso debe ser confundido con la formación de un juicio falso como tradicionalmente –desde la Ilustración– se hace. Los prejuicios, estos es, juicios con carácter previo, pueden ser valorados tanto negativa como positiva; «*junto a prejuicios precipitados y erróneos existen también prejuicios justificados que pueden ser productivos para el conocimiento*»²⁶.

En el mismo sentido, CARRILLO entiende que «*la precomprensión antecede, incluso, al texto que se interpreta, y el sentido que a través de las normas jurídicas se expresa, con el propósito de guiar las acciones con arreglo a pautas de corrección, es un sentido previo y preconstituido aun al surgimiento del texto, del enunciado legal que luego, sí, se va a interpretar a partir de esa anterior comprensión*»²⁷.

KAUFMANN sintetiza la relación que se da entre estos conceptos que, al interactuar, conformarán la hermenéutica jurídica. Señala el autor que «*para hacer que el texto hable, el intérprete ha de acercarse a él disponiendo de una «noción previa» (Josef Esser), un «prejuicio» (Hans-Georg Gadamer), que podría considerarse «como un caso de culpa in contrahendo». Solamente cuando él mismo entre a formar parte del horizonte del conocer, pisando el suelo de la tradición que ha recibido, se hallará en condiciones de fundamentar argumentalmente la conclusión «provisional» a que había llegado ya*»²⁸.

III. LA PRAXIS JURÍDICA: LA INTERPRETACIÓN DE LAS TARJETAS BANCARIAS EN EL ÁMBITO PENAL

La incorporación de *elementos tecnológicos* en determinadas leyes ha suscitado no pocos problemas de interpretación relacionados, fundamentalmente, con la falta de referencias a las que acudir para comprender su interrelación con los demás elementos de la ley.

El campo del Derecho penal es, sin duda, donde estas dificultades tienen mayor relevancia. El carácter represivo del Derecho penal supone que rijan, sobre cualquier otro principio, el sintetizado en el aforismo «*odiosa sunt restringenda*». La intervención del Derecho penal va a

²⁵ CARRILLO DE LA ROSA, Y. (2011), ob. cit., p. 88.

²⁶ PICONTÓ NOVALES, T. (1992), ob. cit., p. 240.

²⁷ GARCÍA AMADO, J. A. (2003), ob. cit., p. 199.

²⁸ KAUFMANN, A. (1996), ob. cit., p. 15.

suponer siempre una limitación de derechos sobre el ciudadano por lo que se debe llevar a cabo una interpretación restrictiva de la norma y no extenderla a casos no contemplados expresamente en la letra de la ley.

La prohibición de analogía *in mala partem* se deriva del principio de legalidad se basa no sólo en el principio de división de poderes –cuya vulneración supondría una transformación del juez en legislador toda vez que pudiera transformar la ley a su antojo en los casos concretos– sino también en el principio de igualdad, que podría verse vulnerado por una aplicación arbitraria de la ley a determinados supuestos.

A continuación se analizará el caso concreto de las diferentes interpretaciones que han tenido las tarjetas electrónicas. Parecería, *a priori*, un elemento que no presenta mayores dificultades de comprensión. No obstante, como se verá, no es tan fácil equipararlo sin más a un billete de curso legal, es decir, considerarlas «dinero» y ofrecerles la misma protección que éste ostenta.

Como punto de partida, se debe realizar una primera distinción entre las tarjetas electrónicas bancarias –dinero de plástico²⁹– de aquellas otras que se utilizan, por ejemplo, para acceder a determinados sitios como pueden ser las habitaciones de los hoteles. En este último caso, claro está, no podemos considerar que estemos hablando de dinero como podríamos llegar a considerar en el primer supuesto. Pero cabría incluso preguntarse, como lo han hecho los jueces y la doctrina, si todas las tarjetas bancarias merecen la misma protección, si es que merecen alguna. Como veremos a continuación, la cuestión ha sido sumamente controvertida.

a. *El delito de falsificación de tarjeta de crédito*

La utilización de tarjetas bancarias como medio de pago se ha generalizado desde la década del setenta hasta alcanzar en la actualidad un enorme nivel en el conjunto de la actividad económica³⁰. Sin embargo, este nuevo fenómeno no se ha visto acompañado del correspondiente desarrollo legislativo por lo que los tribunales se han visto obligados a improvisar diversas soluciones para dar respuesta a la utilización fraudulenta de las tarjetas.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1987, en un caso de utilización de tarjeta ajena, otorgaba la consideración de documento mercantil y tipificaba el acto como un delito de estafa. En el mismo sentido, las SSTS de 3 de diciembre de 1991 y de 15 de marzo de 1994, recurren a la falsedad en documento mercantil poniendo esta última de manifiesto la problemática que entonces suponía para los tribunales la falta de regulación normativa; se afirma en su Fundamento primero que «*La tarjeta de crédito se ha constituido en un documento esencial para el desenvolvimiento de las relaciones económicas y mercantiles de toda índole, sobre todo después de que el año 1968 fue declarado por la «Bank of América» como «año de la tarjeta de crédito», aunque su iniciación, por medio de las denominadas tarjetas de identificación o tarjetas de prestigio, tuviera lugar a finales del siglo pasado en algunos Estados americanos. Como medio de pago, de crédito o de garantía, la tarjeta se ha impuesto no sólo por la facilidad que su uso*

²⁹ FLORES PRADA, I. *Criminalidad informática (Aspectos sustantivos y procesales)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, [edición electrónica sin paginar].

³⁰ RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. «Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias». *Revista de Internet, derecho y política*, 2006, núm. 3. [Documento de trabajo en línea]. <<http://www.uoc.edu/idp/3/dt/esp/ruiz.pdf>>, p. 2. [Fecha de consulta: 02/04/2015].

representa sino también por la cobertura y por la protección que legal, judicial y socialmente se ha ido otorgando a la misma. Múltiples son los efectos, las consideraciones y los aspectos que su estudio propicia. La tarjeta de crédito es desde luego un documento mercantil, sin una efectiva regulación legal que la proteja y considere, sometida por ello a las normas, muchas veces discutibles, establecidas por las distintas entidades que las emiten. Su utilización indebida o abusiva no ha recibido en el ordenamiento jurídico y penal un tratamiento específico, tal se acaba de señalar, aunque la jurisprudencia se ha venido ocupando, cada vez más, del supuesto en el que las mismas se usan como medio de pago de cosas o servicios en establecimientos públicos, concertados al efecto con la entidad emisora, siempre en el contexto de los delitos de falsedad y estafa. También cuando de sacar dinero de la propia cuenta se trata, ya mediante los servicios prestados por los empleados de las correspondientes oficinas bancarias, ya mediante la utilización de los denominados cajeros automáticos, en estos casos alrededor de los delitos de robo con intimidación o robo con fuerza en las cosas en los que, prioritariamente, suscitasen distintas controversias en orden a la naturaleza de la tarjeta de crédito como llave, cuando no respecto de la tipicidad atinente a esas conductas generales por quienes las poseen y emplean irregularmente».

En esta sentencia no sólo se plantean los problemas que suscita la falsificación y uso ilícito de tarjetas en comercios sino también en los cajeros automáticos, conducta que se ha ido encajando bajo diversas teorías en los delitos de robo con fuerza en las cosas.

La entrada en vigor del Código penal de 1995 acabará con esta jurisprudencia tipificando expresamente esta conducta como una forma de falsificación de moneda. El artículo 387 establecía que «*a los efectos del artículo anterior... se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y los cheques de viaje...*». Se anticipaba así el legislador a las exigencias internacionales de sanción penal de conductas relativas a fraudes informáticos.

Ahora bien, esta redacción, lejos de aportar una solución pacífica o, cuanto menos, clarificadora, plantea nuevas controversias a las que una vez más la jurisprudencia y la doctrina tratarán de poner fin.

En primer lugar, se cuestiona la propia equiparación de las tarjetas a la moneda de curso legal para todos los supuestos descritos en el art. 386 sin tener en cuenta que los comportamientos delictivos desarrollados en relación con uno y otro objeto material presentan una fenomenología diferente. De este modo, las conductas incriminadas en el art. 386 CP están adaptadas a la realidad delictiva en relación con la moneda de curso legal falsa, pero no se acomodan tan bien a las actuaciones criminales que se proyectan sobre tarjetas o cheques de viaje³¹. La imprecisión del legislador supuso que fuesen los tribunales los que hayan tenido que determinar qué debía entenderse por falsificación de tarjeta, es decir, si se limitaba a la confección de una tarjeta nueva, de una relación crediticia falsa, o se incluía la duplicidad de la tarjeta lícita basada en una relación de crédito real y legal³².

La STS 1469/2001, de 11 de julio analiza un caso en el que se modifica la información contenida en la banda magnética de una tarjeta de crédito, introduciendo los datos del titular de otra tarjeta, y entiende que el supuesto debe ser calificado de falsedad documental «*ya que ha existido*

³¹ BRANDARIZ GARCÍA, J. A. «Falsificación de moneda (art. 387 CP)». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir). *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

³² RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (2006), ob. cit., p. 5.

alteración de un documento en sus elementos esenciales sin que pueda olvidarse que por documento hay que entender, conforme al artículo 26 del Código Penal, todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica, características que concurren en las tarjetas de crédito». Se acoge a un concepto restringido de fabricación de moneda falsa limitado exclusivamente a la creación de una nueva relación crediticia, no a la alteración de una preexistente como sería el caso que nos ocupa.

Esta línea jurisprudencial, no obstante, llegará a su fin con el Acuerdo Plenario de 28 de junio del 2002 del Tribunal Supremo que entiende que la incorporación a la banda magnética de uno de estos instrumentos de pago, de unos datos obtenidos fraudulentamente, constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el art. 386 del Código penal. Con la misma interpretación, también constituirá un supuesto de fabricación la alteración del chip electrónico que contienen algunas tarjetas. A partir de entonces, los tribunales han apreciado un delito de falsificación de moneda aplicando una relación concursal con los usos fraudulentos posteriores que se realicen con ese instrumento de pago (SSTS 48/2002, de 8 de julio y 1563/2002, de 26 de septiembre y SAN 28/2006, de 17 de julio, entre otras).

La doctrina se ha mostrado crítica con esta interpretación entendiendo que en modo alguno este supuesto puede entrar en el concepto de «fabricación»³³. Apunta RUIZ RODRÍGUEZ³⁴ que «para que la duplicación de tarjetas sea falsificación de moneda, es preciso que, además de tratarse de una falsificación del soporte plástico, constituya, como en toda falsificación de moneda, una afectación al sistema de pagos nacional e internacional, es decir, debe crear nuevas relaciones crediticias o de débito no previstas o generadas por el sistema financiero, teniendo, por lo tanto, como fenómeno, capacidad para alterar los sistemas de pago, para generar relaciones crediticias inexistentes o débitos sobre cuentas no reales. Pero la clonación o duplicación sólo conlleva una afectación a la relación patrimonial trilateral que se crea entre el titular, el establecimiento y la entidad financiera, introduciendo a un tercero no legitimado en la misma». Es decir, se trata de títulos de carácter mercantil que no son emitidos en régimen de monopolio por el Estado, como la moneda, sino por entidades privadas³⁵ por lo que resulta desproporcionado asignarles la misma pena –y hablamos aquí de una pena privativa de libertad de ocho a doce años– a conductas que no presentan el mismo nivel de ofensividad³⁶.

El legislador de 2010 parece acabar en cierto modo con esta desproporción mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica el art. 387 CP extrayendo del mismo toda referencia a instrumentos de pago distintos de la moneda metálica o en papel. Dentro de las falsedades documentales se crea una sección cuarta donde se recogen los delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, con lo que se crea una situación muy similar a la que teníamos con anterioridad a la entrada en vigor del Código penal de 1995. La pena que reciben estos delitos, si bien continúa siendo bastante elevada, se ha rebajado de ocho a doce años de prisión a cuatro a ocho.

³³ QUINTERO OLIVARES, G. «Fraudes y defraudaciones ante una reforma del Código penal». En Arroyo Zapatero, L., y et. al., *La reforma del Código penal tras 10 años de vigencia*, Navarra: Cizur Menor, 2010, p. 65.

³⁴ RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (2006), ob. cit., p. 5.

³⁵ FARALDO CABANA, P. *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009 [edición electrónica sin paginar].

³⁶ BRANDARIZ GARCÍA, J. A. (2010), ob. cit.

La enumeración taxativa que se realiza impide castigar la falsificación de otros instrumentos de pago distintos a las tarjetas de crédito y débito y cheques de viajes, como las tarjetas prepago y otras aludidas anteriormente³⁷. Las actividades ilícitas que tengan por objeto estas tarjetas quedarán comprendidas dentro de los delitos de falsedad en documento mercantil³⁸.

Es decir, se viene a realizar un reconocimiento a posteriori, un blanqueamiento, si se quiere, de la situación que de facto los jueces estaban imponiendo. No es que se estime incorrecta la conducta de los jueces.

Éstos, necesariamente tuvieron que realizar una interpretación pero no en el sentido habitual del que nos habla la hermenéutica jurídica en tanto aplicación del derecho al caso concreto. La interpretación de los jueces tuvo que convertirse en legislación *de facto* ante la falta de previsión del legislador de que las situaciones que pudieran surgir en la realidad y la misma evolución de la tecnología conllevarían indefectiblemente una obsolescencia de la ley.

La reforma operada no está, no obstante, ajena de críticas. El nuevo delito, el contener una enumeración taxativa de los supuestos contemplados, ha pecado de los mismos defectos que tenía su predecesor. Es decir, por un lado, se produjo una puesta al día respecto a la situación anterior teniendo en cuenta las interpretaciones que tanto la jurisprudencia como la doctrina venían realizando; por otro, se ha vuelto a dar la espalda a la evolución tecnológica que una vez más llegará, y con ella los cuestionamientos sobre qué nuevos supuestos deben ser comprendidos como equivalentes a los tipificados en la ley.

b. *Utilización fraudulenta de tarjetas en cajeros automáticos*

El segundo supuesto a analizar es el de la utilización fraudulenta las tarjetas bancarias en cajeros automáticos. La primera cuestión que se planteó fue si era posible su equiparación a la utilización de unas llaves falsas contemplada en el delito de robo.

Señala el Código penal que se considera ‘robo’, entre otros, la utilización de llaves falsas para cometer el delito. Luego, si las tarjetas falsificadas eran equivalentes a las llaves, estábamos ante la comisión de un delito de robo.

El Código penal de 1995 va a realizar una primera aproximación a este asunto equiparando, a efectos del delito de robo, las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia, al concepto de llaves falsas. Se consolidaba así una línea jurisprudencial comenzada con la STS de 6 de marzo de 1989 que afirmaba que el concepto de ‘llave falsa’ *«no se corresponde exactamente con el significado usual y vulgar de la misma, ya que, como señala la doctrina, es eminentemente funcional»*.

El debate doctrinal suscitado hasta entonces en relación al concepto de llave falsa, si bien en referencia al empleo de tarjetas como mecanismo de apertura de puertas –por ejemplo, de hoteles o garajes–, se trasladó rápidamente a su utilización en cajeros automáticos. La entrada

³⁷ Véase, en profundidad, FLORES MENDOZA, F. «Nuevas formas de criminalidad patrimonial a través de Internet». *Revista Penal*, 2012, núm. 29, pp. 75-86.

³⁸ BRANDARIZ GARCÍA, J. A. «Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis)». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir). *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

en vigor del Código penal solucionó temporalmente esta cuestión y la jurisprudencia, fundamentalmente a partir de la STS 427/1999, de 16 de marzo, consideró que la extracción de dinero de un cajero automático haciendo uso de una tarjeta magnética –como son las bancarias– ajena encajaba dentro de la conducta típica del art. 237 CP en relación con el 239,3 CP.

Esta interpretación resulta sin duda forzada. En primer lugar, porque la introducción de la tarjeta en el cajero, por sí sola, no permite obtener el dinero, es necesario además el teclado del número PIN. Además, tampoco hay que olvidar que la utilización de llaves falsa es un medio para acceder al lugar donde las cosas están, algo que no sucede en un cajero automático ya que es propia máquina la que expulsa el dinero. En relación a esto último, algunos autores³⁹ apuntan que cabría la calificación de robo en el caso de que se acceda al sitio donde el cajero se encuentra ya que en este caso la tarjeta sí que se emplearía como llave. Sin embargo esta interpretación puede llevar a una injusta discriminación entre conductas cometidas en cajeros que se encuentran dentro del banco o entidad análoga de aquellos otros situados en el exterior del banco, a los que no sería necesario acceder. Tampoco se podría considerar que haya utilizado una llave falsa quien espera que salga otra persona para acceder al cajero, o simplemente aprovecha que la puerta está abierta⁴⁰.

La Fiscalía General del Estado se ha posicionado en este asunto a través de la Consulta 2/1988, de 3 de noviembre afirmando que «*si la sola introducción de la llave en sentido propio en una cerradura no produce la apertura del objeto cerrado, sino que después hay que realizar ciertas manipulaciones o movimientos, el hecho de que a la introducción de la tarjeta haya de seguir la pulsación del número no desvirtúa para ella el carácter de llave*». Ahora bien, como afirma Faraldo⁴¹, el número secreto es un mecanismo de autenticación que dispone la entidad financiera con el fin de garantizar que quien usa la tarjeta es el titular legítimo, o bien una persona autorizada por él, lo que no se puede comparar al mero movimiento mecánico de hacer girar la llave en la cerradura, que carece de esta significación.

El conocimiento del PIN es un elemento necesario para que el sujeto pueda llevar a cabo la conducta y la posibilidad de que un tercero, probando aleatoriamente diversas combinaciones, acierte con la correcta, es ínfima. Aun así, si bien con un carácter residual, los tribunales han considerado estas conductas como tentativa inacabada idónea y, por tanto, punible⁴². En

³⁹ Por todos, CHOCLÁN MONTALVO, J. A. «Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencia de datos». En MORALES GARCÍA, O. (Dir.). *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*, Cuadernos de Derecho Judicial IX-2002, Madrid: CGPJ, 2002, pp. 262-265.

⁴⁰ En este sentido se expresa Queralt Jiménez, si bien el autor afirma que «*violentar, para el CP en este contexto, no es aquí otra cosa más que la superación ilegítima de un recinto cerrado en el que se hallan los bienes muebles que el sujeto activo quiere obtener*». Afirma también que la explicitación de las tarjetas no era necesaria porque, sin necesidad de recurrir a una interpretación etimológica (llave viene de *clavis*, y una clave es lo que tienen las tarjetas de crédito), la remisión al concepto material es suficiente. QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español: parte especial*, Barcelona: Atelier, 2010, p. 457.

⁴¹ FARALDO CABANA, P. (2009), ob. cit.

⁴² Condena por tentativa la SAP de Madrid de 19 de junio de 2007 y por tentativa inacabada idónea la SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 2006. En contra de esta interpretación, la SAP de Valencia de 29 abril 2010 señala que «*la jurisprudencia menor es prácticamente unánime en los supuestos de tentativa de robo con fuerza mediante tarjetas en cajeros desconociendo el autor el código secreto porque las posibilidades de acierto son ínfimas ante las combinaciones multimillonarias que se presentan, lo que erige en absolutamente inidónea la tentativa*». En el mismo sentido, entre otras, SSAP de Almería 27 de marzo de 1999, de Barcelona de 17 de noviembre de 2000 y

cualquier caso, esta interpretación analógica si hizo extensiva a las cartillas de ahorro con banda magnética que, al igual que las tarjetas, permite extraer dinero en los cajeros automáticos⁴³, y a supuestos de utilización de tarjeta con banda magnética para obtener billetes de viaje en una máquina expendedora⁴⁴.

Sin embargo, como se apuntaba al principio, la solución aportada por el Código penal de 1995 quedó pronto obsoleta por la evolución de la tecnología. Las tarjetas de banda magnética han ido paulatinamente reemplazándose por tarjetas electrónicas, que contienen un chip con circuitos integrados (tarjetas de memoria) y, en ocasiones, un microprocesador (tarjetas inteligentes o «*smart cards*»), y por tarjetas sin contacto, que usan un campo magnético o radiofrecuencia (RFID) para la lectura a una distancia media. Las tarjetas electrónicas inteligentes ya se están usando en la actualidad como medio o instrumento de pago, así como para extraer dinero del cajero automático. La tecnología que emplean permite, por ejemplo, encriptar una pregunta cuya respuesta sólo conoce el titular, estando codificada no en el chip de la tarjeta, donde sería de fácil acceso para un falsificador, sino en las bases de datos del sistema de pagos, que la remite al datáfono o terminal de punto de venta del comerciante que solicita la aceptación del pago⁴⁵. Pues bien, estas tarjetas, por mucho que se fuerce, no encajan en el concepto de tarjeta magnética empleado por el art. 239 CP⁴⁶.

Otra línea jurisprudencial se ha ido consolidando a partir de la STS 2175/2001, de 20 de noviembre, que condena por un delito de estafa informática (art. 248.2 CP) a un sujeto que, utilizando una tarjeta ajena y en connivencia con los empleados de ciertos establecimientos comerciales, efectuaba cargos al titular de la tarjeta. Se afirma en la sentencia que «*La actual redacción del art. 248.2 del Código Penal permite incluir en la tipicidad de la estafa aquellos casos que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia.*

Como en la estafa debe existir un ánimo de lucro; debe existir la manipulación informática o artificio semejante que es la modalidad comisiva mediante la que torticeramente se hace que la máquina actúe; y también un acto de disposición económica en perjuicio de tercero que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la defraudación y el engaño, propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una

de 21 de diciembre de 2001, de Valencia de 23 de junio de 2004, de Gerona de 17 de octubre de 2001 y 29 de abril de 2002, de Tarragona de 15 de abril de 2004, de Cádiz de 5 de junio de 2007 y de A Coruña de 22 febrero 2012.

⁴³ SAP de Zaragoza de 30 de junio de 2004.

⁴⁴ Entre otras, las SSAP de Barcelona de 14 de enero de 2002, 19 de noviembre de 2002 y 21 de noviembre de 2002 y de Madrid de 7 de octubre de 2005.

⁴⁵ FARALDO CABANA, P. (2009), ob. cit.

⁴⁶ Apunta DOPICO GÓMEZ-ALLER que existen otros instrumentos que, sin tener forma de tarjeta magnética ni perforada ni operar como mando a distancia, desarrollan funciones de llave. Es el caso de soportes USB, pulseras o llaveros magnéticos, códigos de barras o códigos QR sobre la más amplia variedad de soportes (pulseras, tarjetas no magnéticas ni perforadas, simples tickets de papel, mensajes de teléfono móvil), etc. En DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. «Modificaciones relativas a los tipos de robo con fuerza en las cosas y robo con violencia e intimidación», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir). *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos.

Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 del Código Penal. También cuando se emplea un artificio semejante. Una de las acepciones del término artificio hace que éste signifique artimaña, doblez, enredo o truco. La conducta de quien aparenta ser titular de una tarjeta de crédito cuya posesión detenta de forma ilegítima y actúa en connivencia con quien introduce los datos en una máquina posibilitando que ésta actúe mecánicamente está empleando un artificio para aparecer como su titular ante el terminal bancario a quien suministra los datos requeridos para la obtención de fondos de forma no consentida por el perjudicado».

Será la STS sentencia 1476/2004, de 21 de diciembre, la que hará extensiva esta interpretación a la obtención de dinero de cajeros automáticos, no ya de terminales de punto de venta. A partir de ésta, sucesivas sentencias⁴⁷ han ido condenando por el delito de estafa informática sin especificar si la acción podía ser considerada manipulación informática o artificio semejante.

Finalmente, la STS 369/2007, de 9 mayo, parece dar por zanjada la cuestión afirmando que «en tales casos se están ocultando datos reales e introduciendo datos falsos en el sistema: se oculta la identidad real del operador y se suplanta la del verdadero titular. Tal identificación, a través de la introducción del número secreto obtenido indebidamente, tiene una relevancia o eficacia jurídica que constituye el dato clave para estimar que si estamos ante una manipulación informática. Dicha relevancia se pone de manifiesto a través de la consideración de que teclear el password ante el sistema es tanto como identificarse». Recurre también al art. 3 de la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, de 28 de mayo de 2001, afirmando que si algo caracteriza a estas conductas es que se trata de manipulaciones informáticas y, por tanto, deben incluirse en el art. 248.2 CP.

Sin embargo, como afirma RUIZ RODRÍGUEZ⁴⁸, en la utilización de tarjetas verdaderas en cajeros, no puede afirmarse que existe manipulación informática, porque la manipulación como tal exige modificación de los sistemas de funcionamiento o control del sistema informático, y, en estos supuestos, no se produce tal suceso. Manipular el sistema informático es algo más que actuar en él, equivale a la introducción de datos falsos o alteración de programas perturbando el funcionamiento debido del procesamiento, sin que resulte equivalente la acción de quien proporciona al ordenador datos correctos que son tratados adecuadamente por el programa. Es decir, cuando el funcionamiento del software no sufre alteración, sino sólo la persona que debe utilizarlo, no es posible hablar de manipulación informática en el sentido del tipo penal. Tampoco estaríamos ante un artificio semejante porque no se ha manipulado incorrectamente el sistema.

Ahora bien, hasta el momento se ha hecho referencia a la utilización en cajero automático de una tarjeta para extraer dinero. Pero si el autor, en lugar de extraer dinero del cajero automático lo que hace es una transferencia de activos, por ejemplo, saldando una deuda suya

⁴⁷ Entre otras, SSTS 185/2006, de 24 de febrero, y 692/2006, de 26 de junio.

⁴⁸ RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. (2006), ob. cit., p. 8.

con fondos del titular de la tarjeta, sí cabría aplicar el delito de estafa informática ya que la manipulación informática no sólo se refiere al soporte informático del cajero, sino que la de la tarjeta, como acto ejecutivo de la estafa, también cubre la tipicidad de la conducta. Esta vez sí se puede entender que el concepto de artificio semejante debe cubrir todas las alteraciones esenciales producidas en el sistema y en los instrumentos de naturaleza informática que cubren todo el tratamiento correcto de la información telemática. La persona que utiliza la tarjeta no es un instrumento informático, pero la tarjeta bancaria sí que lo es y su alteración supone una alteración del proceso⁴⁹.

La reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, va a suponer un cambio importante en esta materia. Se modifica así el art. 239 CP para dar cabida, junto con las tarjetas magnéticas o perforadas y los mandos o instrumentos de apertura a distancia, a *cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar*. Esta puesta al día del código penal respecto del estado de la técnica viene justificada por la necesidad de «*adaptar la definición de llave a los avances tecnológicos*»⁵⁰, solucionando en gran medida los conflictos planteados anteriormente⁵¹.

IV. CONCLUSIONES

La relevancia de los supuestos expuestos reside, a los efectos que aquí interesan, en las diferentes interpretaciones se han hecho del mismo elemento. No obstante, su consecución no fue tarea fácil.

Ya sea como ‘llave falsa’ o como equivalente al ‘dinero’, los problemas siempre vendrán determinados por la dificultad que supone en encaje de un elemento novedoso en las categorías clásicas.

Por un lado, el intérprete cuenta con nociones previas sobre los elementos típicos de los delitos; por otro, con sus ideas –si quiera como usuario particular– sobre los nuevos elementos que, junto con la evolución tecnológica, van apareciendo en el Código penal. La dificultad reside en acoplar ambas visiones.

En los casos descritos, un único elemento –la tarjeta bancaria– sirve como herramienta para cometer diversos delitos pero que, en el fondo, están orientados a una misma finalidad, que es la obtención de dinero ajeno.^oLuego el modo en que esa tarjeta sea usada será el factor relevante para determinar la modalidad delictiva ante la que nos enfrentamos, en caso de que así sea.

El intérprete, sea juez o parte de la doctrina, sin duda acudirá a la experiencia y la tradición que indefectiblemente van unidas a su persona y constituyen el principal recurso interpretativo. Ocurre que en los casos relacionados con las nuevas tecnologías, como las tarjetas bancarias lo fueron en su momento, no será tan fácil la aplicación inmediata de su base interpretativa.

⁴⁹ Ibid., p. 9.

⁵⁰ Justificación de la enmienda núm. 260 presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, Izquierda Unida e Iniciativa per Catalunya Verds. BOCG de 18 de marzo de 2010.

⁵¹ Si bien se solucionan estos problemas, la redacción suscita dudas respecto al respeto del principio de legalidad.

Por otra parte, junto a la dificultad mencionada, debe tenerse en cuenta que, por lo general, los intérpretes no son expertos en nuevas tecnologías. Retomando el caso de las tarjetas bancarias, los primeros intérpretes consideraron que su falsificación era equivalente a la falsificación de dinero de curso legal. Esta idea estaba basada en un prejuicio puesto que ninguna normativa de carácter legal se manifestaba en ese sentido.

De un modo intuitivo, los intérpretes consideraron la funcionalidad de las tarjetas y su empleo en la práctica para sustituir al dinero; si se puede «pagar» con tarjetas, luego estas cumplen la función que cumple el dinero de curso legal. Es una conclusión lógica pero, quizás, un tanto básica en el campo jurídico. Los juristas dejaron a un lado los conocimientos sobre otras ramas del derecho como el derecho mercantil que en esta materia viene a regular la relación que se da entre las entidades bancarias. Es evidente, por otra parte, que el ente emisor de la tarjeta es un banco, esto es, una sociedad privada, y no el Estado quien de modo exclusivo ostenta la producción de billetes de curso legal.

La gravedad de estos errores interpretativos, sobre todo en materia penal, es inigualable. Como se ha mencionado, las penas de prisión asociadas a la falsificación de dinero superan con creces a las de la falsificación de otros títulos mercantiles. En este sentido, las personas que fueron condenadas por este delito durante el tiempo en que esta *doctrina* estuvo en vigor, fueron condenadas injustamente privándoles, por un error, de su libertad. Estos años, desde luego, no podrán ser compensados por ninguna indemnización que pudieran recibir de parte del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- BRANDARIZ GARCÍA, J. A. «Falsificación de moneda (art. 387 CP)». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir). *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- CARRILLO DE LA ROSA, Y. «La crisis del positivismo jurídico y la hermenéutica filosófica». *Revista Mario Alario D'Filippo*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 82-93.
- CHOCOLÁN MONTALVO, J. A. «Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencia de datos». En MORALES GARCÍA, O. (Dir.). *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*, Cuadernos de Derecho Judicial IX-2002, Madrid: CGPJ, 2002.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. «Modificaciones relativas a los tipos de robo con fuerza en las cosas y robo con violencia e intimidación». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dir). *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- FARALDO CABANA, P. *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- FLORES MENDOZA, F. «Nuevas formas de criminalidad patrimonial a través de Internet». *Revista Penal*, 2012, enero, núm. 29, pp. 75-86.
- FLORES PRADA, I. *Criminalidad informática (Aspectos sustantivos y procesales)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- GADAMER, H. G. *Verdad y método. Volúmen II*, 4 ed., Salamanca: Sígueme, 2004.
- GARCÍA AMADO, J. A. «Filosofía hermenéutica y derecho». *Azafea: Revista de Filosofía*, 2003, núm. 5, pp. 191-211.
- HEIDEGGER, M. *Ser y tiempo*, trad. Rivera, J. E., edición electrónica Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, 1927. Accesible en: www.philosophia.cl

- KAUFMANN, A. «Concepción hermenéutica del método jurídico». *Persona y Derecho*, 1996, núm. 35, pp. 11-36
- LONDRONO GARCÍA, C. A. «La hermenéutica gadameriana en el ámbito interpretativo jurídico». *Ambiente Jurídico*, núm. 11, pp. 147-178, 2009.
- LUIZ STRECK, L. *Verdad y consenso. De la posibilidad a la necesidad de respuestas concretas en Derecho*, Montevideo: B de F, 2012.
- MASSINI, C. I. «Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica». *Persona y Derecho*, 2007, núm. 56, pp. 205-243.
- ORREGO SÁNCHEZ, C. «Un juicio justo: la especificación del juicio legal en la filosofía jurídica analítica, la hermenéutica *iusfilosófica* y la teoría de la ley natural». *Anuario Filosófico*, 2011, núm. 44/3, pp. 543-564.
- OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, A. «La hermenéutica jurídica en la perspectiva de la razón práctica». *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 1996, núm. 35, pp. 171-194.
- PICONTÓ NOVALES, T. «Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer». *Anuario de Filosofía del Derecho IX*, 1992, pp. 223-248.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español: parte especial*, Barcelona: Atelier, 2010. QUINTERO OLIVARES, G., «Fraudes y defraudaciones ante una reforma del Código penal». En ARROYO ZAPATERO, L., y *et. al. La reforma del Código penal tras 10 años de vigencia*, Navarra: Cizur Menor, 2006.
- RODRÍGUEZ-GRANDJEAN, P. «Experiencia, tradición e historicidad en Gadamer». *A Parte Rei: revista de filosofía*, 2002, núm. 24.
- RODRÍGUEZ PUERTO, M. J. *Interpretación, derecho, ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica*, Granada: Comares, 2011.
- RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. «Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias». *Revista de Internet, derecho y política*, 2006, núm. 3. [Documento de trabajo en línea]. <<http://www.uoc.edu/idp/3/dt/esp/ruiz.pdf>>, p. 2. [Fecha de consulta: 02/04/2015].
- ZACCARIA, G. «Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica». *Persona y Derecho*, 1996, núm. 35, pp. 227-264.

¿Qué significa que un bien jurídico ha sido lesionado?

SANTIAGO TRUCCONE BORGOGNO (Argentina)¹

Investigador Doctorando, CONICET-Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

RESUMEN: Alrededor de la noción de bien jurídico se ha debatido toda clase de asuntos. No obstante, curiosamente no se ha discutido mucho sobre qué significa que un bien jurídico haya sido afectado. Se ha distinguido entre diferentes formas de afectación, esto es entre tipos de lesión y tipos de peligro –dentro de estos últimos concreto y abstracto–. Pero, ¿Qué significa concretamente que un bien jurídico ha sido lesionado? Uno podría responder que (1) que un bien jurídico ha sido lesionado significa que él está peor de lo que podría estar de otro modo; o que (2) significa que simplemente él está en un estado malo; o (3) se ha perdido cierta cantidad de él. Cualquiera de estas tres respuestas tiene implicaciones diferentes para la teoría del delito. El presente escrito pretende aportar claridad al respecto, defendiendo una tesis plausible, útil para ciertos casos.

Palabras clave: bien jurídico, lesión, contrafáctico, causalidad, imputación.

ABSTRACT: Around the notion of legal good has been discussed all kind of issues. However, only has been discussed a little about what does it means that a legal good has been affected. It has distinguished between different forms of affectation, which is between types of damage and types of risk –concrete and abstract–. But what specifically means that a legal good has been damaged? One might respond that (1) that a legal good has been damaged means that it is worse than it might be otherwise; or (2) simply means that it is in a bad state; or (3) it has lost a certain amount of the good. Any of these three responses has different implications for the theory of crime. The aim of this paper is to provide clarity, defending a plausible and useful thesis in order to solve certain cases.

Key words: legal good, damage, counterfactual, causality, attribution.

¹ Abogado (UNC); Magister en Derecho Penal (U. Salamanca); Becario Doctoral CONICET, Miembro del Programa en Ética y Teoría Política (CIJyS-FDyCS[UNC]), <http://deepolitica.wordpress.com>; santiago-truccone@gmail.com

Quiero agradecer por sus comentarios a diferentes versiones de este trabajo especialmente a Romina Frontalini Rekers, Miguel Ángel Rodilla y Jorge Luis Zegarra. Asimismo a A. Parodi, S. Golzman, N. Cerami, N. Aguato, M. Mariani, Y. Álvarez, F. Degiovani, C. Pavan, E. Martín.

SUMARIO: I. Introducción; II. Bien jurídico lesionado como comparación contrafáctica; III. Bien jurídico lesionado como explicación no-comparativa; IV. Bien jurídico lesionado como explicación basada en eventos; V. Una tesis superadora para explicar las lesiones a bienes jurídicos; VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Las posiciones dogmáticas de tradición continental han buscado en el concepto de bien jurídico no sólo un criterio sistematizador de las prohibiciones penales, sino también lo han dotado de función crítica. El origen de tal concepto puede encontrarse en la formulación de derechos *externos* realizada por ANSELM VON FEUERBACH² y que adquiere precisiones más parecidas a las presentes con el posterior desarrollo de BIRNBAUM³. En el momento actual, aunque es ampliamente compartida (aunque no de forma unánime⁴) su importancia como criterio dotado de función crítica, no es pacífica la delimitación de sus extremos. Alrededor de la noción de bien jurídico se ha debatido toda clase de asuntos, tales como su relación con el principio del daño (*Harm Principle*) anglosajón, su vínculo con el derecho constitucional, su importancia como criterio sistematizador de la norma penal, su relevancia como criterio legitimador del derecho penal, su relación con la teoría de la imputación objetiva, su papel en la imposición de la pena o en la delimitación de la responsabilidad; hasta se ha cuestionado su propia legitimidad; y el debate respecto de la delimitación de sus extremos ha llegado a proporciones tan altas que muchos han argumentado que es una discusión carente de sentido⁵. Asimismo, las discusiones en su entorno han sido no sólo en el terreno teórico; también tuvieron un papel sumamente relevante en la delimitación entre el derecho y la moral en el ámbito dogmático continental, cuando en 1962 el Gobierno Federal Alemán presentó un proyecto de StGB, donde se abogaba expresamente a favor del mantenimiento de la punibilidad de la homosexualidad, por ser casos de «conducta especialmente reprobable éticamente y vergonzosamente según la convicción común.» Frente a ello, en 1966 un grupo de catorce catedráticos, presentó el «Proyecto alternativo de Código Penal», donde afirmaron que «las penas y medidas sirven para la protección

² FEUERBACH, Anselm P. J. *Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania*, Bs.As., Hammurabi, 1989[1847], [Trad. E. Zaffaroni e I. Hagemeister], p. 63.

³ BIRNBAUM, Johann M. F. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Bs. As., BdeF, 2010[1834], [Trad. J. L. Guzmán Dálbora] especialmente, pp. 35-72. No escapa a quien suscribe que la evolución de la teoría del bien jurídico ha tenido en los escritos de Karl Binding y Franz von Liszt aportes importantes. Afirmaba este último, diferenciándose de la tesis bindiniana del bien jurídico como bien del derecho: «Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el derecho. (...) El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico» (VON LISZT, Franz *Tratado de Derecho Penal*, T. II. Madrid, Reus, 1999[1881], [Trad. de la 20ª ed. L. Jiménez de Asúa], p. 6).

⁴ WOLFWANG, Frisch se ha expresado en contra de la función crítica del concepto de bien jurídico: «Ante todo, es evidente que la noción de bien jurídico permite construir cualquier cosa, de manera que la adopción de este concepto no ofrece al derecho penal ningún contorno preciso, ni puede protegerlo frente a una ampliación (quizás) desmesurada» (FRISCH, Wolfwang. «Delito y sistema del delito» en WOLTER, J. y FREUND, G. (eds.). *El sistema integral del derecho penal*, Madrid, Marcial Pons [Trad. R. Robles Planas], 2004[1996], pp. 193-280, p. 195).

⁵ Para una discusión detallada de estos temas véase HEFENDEHEL, Roland (ed). *La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

de bienes jurídicos y consecuentemente [se] abogaba por la impunidad de acciones meramente inmorales, pero no lesivas para los derechos de nadie»⁶.

No obstante, curiosamente, no se ha discutido mucho sobre qué significa que un bien jurídico haya sido lesionado. Se ha distinguido entre diferentes formas de afectación, esto es entre tipos de lesión y tipos de peligro –dentro de estos últimos concreto y abstracto–. Pero, ¿Qué significa concretamente que un bien jurídico ha sido lesionado? La respuesta a esa pregunta es de vital importancia ya que: por un lado se considera a la lesión como la forma más grave de ataque al bien jurídico; y por el otro, las otras formas de afectación –según las opiniones más ampliamente aceptadas–⁷ se predicen en función de la categoría primigenia. Respecto de este tema no se ha avanzado mucho más desde la distinción entre bien jurídico y objeto material de ataque⁸. Sin embargo, esta distinción vuelve a generar la pregunta. Si el interrogante era ¿qué significa que un bien jurídico ha sido lesionado?, ahora se puede reformular en ¿qué significa que el objeto material ha sido lesionado?

A primera vista pareciera que la respuesta es sencilla. Uno podría responder que (1) que el bien jurídico ha sido lesionado significa que él está peor de lo que podría estar de otro modo. Sin embargo si esto es así, ¿cómo explicar que un bien jurídico ha sido lesionado en los casos de cursos causales hipotéticos o alternativos? Otra respuesta podría ser que (2) que el bien jurídico ha sido lesionado significa que simplemente él está en un estado malo. Si esta fuera la respuesta aquellos dos casos no serían problemáticos, pero sí lo sería uno donde algún bien esté luego de la acción peor de lo que estaría de otro modo pero no en un estado malo. Una tercera posibilidad de respuesta, sería afirmar que (3) que el bien jurídico ha sido lesionado significa que se ha sufrido un evento que hizo que se pierda cierta cantidad de él. Si tal fuese la respuesta, entonces no se tendría ninguno de los problemas anteriores, sin embargo habría inconvenientes para explicar cómo graduar la gravedad de las diferentes lesiones. Se llamarán a las tres tesis –respectivamente– como (1) comparativa contra-fáctica (2) no-comparativa y (3) basada en eventos.

Cualquiera de estas tres respuestas tiene implicaciones diferentes para la teoría del delito. Principalmente, cuando se analiza la causalidad entre una acción y un determinado resultado, y al momento de imputar objetivamente un resultado a una determinada conducta. No es posible

⁶ Véase, ROXÍN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I: fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997[1994] [Trad. D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal], p. 52.

⁷ HASSEMER, Winfried. «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico» en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las ciencias penales*. Bs. As. 1989, pp. 275-285 [trad. Patricia Ziffer]; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 1995[1989], p. 464; ZAFFARONI Raúl E. «Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, 2012 pp. 3-14.

⁸ A este respecto es ilustrativa la conocida expresión de Jeschek: «Los bienes jurídicos no deben comprenderse como objetos accesibles a la percepción del sentido, sino que son valores espirituales del orden social sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la comunidad. Por el contrario, el objeto real sobre el que se lleva a cabo la acción típica se denomina objeto material de la acción (o del, ataque). (...) El bien jurídico y el objeto material están relacionados como la idea y su manifestación, pero conceptualmente no deben confundirse. El injusto del resultado del hecho reside en el menoscabo real del objeto material. Por el contrario, el bien jurídico como valor ideal que está sustraído a la intervención del autor puede, ciertamente, ser despreciado y también atacado en su materialización a través del objeto de la acción pero, en realidad, nunca puede ser “lesionado”». (JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 5º ed. Comares, Granada, 2002 [Trad. Cardenete Olmedo, Miguel], pp. 277-278).

desconocer que la cuestión de qué significa que un bien jurídico haya sido lesionado es a veces analizada en las discusiones dogmáticas referidas a causalidad e imputación objetiva. Sin embargo, no creo que esa sea la mejor manera de abordar el asunto. En todo caso, respecto del primer tema ¿cómo es posible saber si una determinada acción causó una lesión en un bien jurídico si no se sabe exactamente qué significa que éste ha sido lesionado?; o respecto del segundo tema, ¿cómo es posible saber, sin conocer que significa que el bien jurídico ha sido lesionado que, por ejemplo, una acción que elevó el riesgo permitido, que ese riesgo se produjo en el resultado, de modo que lo lesionó?; aún más ¿cómo es posible saber cuál es el alcance del tipo, si no se sabe qué significa que algo ha sido lesionado? Si estas preguntas tienen sentido, entonces, se ha encontrado una razón extra en favor de la importancia de este trabajo.

El presente escrito pretende aportar cierta claridad al respecto. Intentará defender una tesis plausible de lo que significa que un bien jurídico ha sido lesionado, que sea de utilidad para resolver la mayoría de los casos problemáticos que podrían presentarse. De esa manera se aportará no sólo claridad en la discusión referida a qué es que un bien jurídico ha sido lesionado, sino también a las desarrolladas en temas tales como la causalidad y la imputación objetiva. Una explicación satisfactoria de lo que significa que un bien jurídico ha sido lesionado debería: (a) explicar qué es que un bien jurídico haya sido lesionado; (b) explicar por qué es malo que un bien jurídico haya sido lesionado; y (c) dar alguna idea de cómo medir la gravedad relativa de los diferentes lesiones.

II. BIEN JURÍDICO LESIONADO COMO COMPARACIÓN CONTRAFÁCTICA

Según la primera clase de tesis un bien jurídico⁹ «B» ha sido lesionado sólo si luego de una acción «A» él está peor de lo que estaría si la acción «A» no se hubiese realizado. Se llamará a esta aproximación como *tesis comparativa contra-fáctica de la lesión al bien jurídico*, o simplemente TCC.

TCC: Si el acto de A hace que B está en una peor condición de la que podría haber estado si A no hubiese actuado como lo hizo, entonces el bien jurídico B ha sido lesionado

La TCC da la respuesta correcta en la mayoría de los casos que es posible considerar. Si A le corta el brazo a un sujeto de modo que lesiona al bien jurídico B (en este caso integridad física), entonces el acto de A hace que el bien jurídico B esté en una peor condición de la que estaría si A no le hubiese cortado el brazo a la víctima. Supóngase que Pedro corta con un cuchillo el brazo derecho de Juan produciéndole una cicatriz que le impide vestirse con comodidad durante treinta días. La TCC puede explicar de manera convincente todos los rasgos relevantes que le es exigible cualquier aproximación de lesionar a un bien jurídico. Para la TCC que un bien jurídico haya sido lesionado es (a) que el bien esté en una peor situación de la que podría haber estado si el agente no hubiese actuado como lo hizo. El bien jurídico integridad física de Juan

⁹ Aunque es cierto que en vez de la expresión bien jurídico debería utilizarse la expresión objeto material de ataque, en lo que sigue se utilizará, salvo mención expresa en contrario, la expresión bien jurídico para referirse al último. El motivo de realizar tal modificación radica en la mayor cognoscibilidad que puede predicarse de la noción bien jurídico en relación a la noción objeto material. Sin embargo, quien crea que no se justifica realizar tal cambio, donde dice «bien jurídico» sólo debe leer «objeto material».

está peor de lo que estaría si Pedro no le hubiese cortado el brazo derecho. La TCC explica por qué es malo que un bien jurídico haya sido lesionado (b): si el bien de Juan no hubiese sufrido tal lesión, él estaría en una mejor condición. Asimismo permite graduar la gravedad de la lesión (c): la lesión que sufre el bien de Juan por haberle sido cortado su brazo dejándole una cicatriz es algo malo. Pero no es tan malo como si se le hubiese amputado el brazo.

Sin embargo, la TCC encuentra dificultades a la hora de explicar ciertos casos, tales como aquellos donde se hacen presentes cursos causales hipotéticos, como aquellos donde existen cursos casuales alternativos. Véase el siguiente caso relacionado con el primer asunto:

(El matón y el usurero) Supóngase que un criminal quiere robar la tienda de joyas de Joaquín. Desde que el robo será más fácil si Joaquín no está en la tienda, el criminal contrata al matón Ramiro para que le quiebre las piernas a Joaquín el día anterior al robo. Cuando el matón Ramiro llega a la casa de Joaquín, sin embargo, él encuentra que el usurero local ya ha roto las piernas de Joaquín¹⁰.

La TCC no puede explicar de manera convincente la lesión sufrida por el bien jurídico –integridad física– de Joaquín. Tampoco, por tanto, que el usurero lo ha lesionado. Según la TCC: que el bien jurídico B ha sido lesionado, significa que el acto de A hace que B está en una peor condición de la que podría haber estado si A no hubiese actuado como lo hizo. En el caso en cuestión, por tanto, el bien jurídico no ha sufrido ninguna lesión. Si el usurero no le hubiese roto las piernas, Ramiro lo hubiese hecho. De modo que el acto del usurero no hace que ningún bien jurídico esté en algún aspecto en una peor condición de la que de otro modo podría haber estado. Como esto es así, parece que la TCC no puede explicar la lesión ocurrida en esta clase de casos. Y si no puede explicar que el bien jurídico ha sido lesionado ¿cómo sería posible imputarle el resultado lesivo o al usurero o a Ramiro? Por lo menos para mí, si lo que se imputa es la lesión a un bien jurídico, parece imposible¹¹.

El segundo problema, esto es el de los cursos causales alternativos, se ha presentado para los teóricos penales como más problemático aún. Tal vez si se comprende qué significa exactamente que un bien jurídico ha sido lesionado la respuesta que se pueda dar en el terreno de la causalidad y la imputación sea más fácil de alcanzar. El caso típico es aquel donde «A y B, actuando independientemente uno del otro, ponen veneno en el café de C; C muere por ello, pero la dosis colocada por A o por B hubiera provocado por sí sola la muerte exactamente del mismo modo al mismo momento»¹². Ante esta clase de casos, la TCC no puede explicar por qué el bien jurídico

¹⁰ He modificado ligeramente el ejemplo de Hanser. (HANSER, Matthew. «The Metaphysics of Harm», *Philosophy and Phenomenological Research*, Vo. LXXVII N.º 2, 2008, pp. 421-450, p. 434).

¹¹ En nada altera la anterior afirmación, la apreciación de Roxin referida a la imputación de que «el ordenamiento jurídico no puede retirar sus prohibiciones porque hubiera otro que también estuviera dispuesto a infringirlas. De lo contrario [afirma Roxin] se produciría la impunidad sólo porque en vez de un sujeto decidido a ejecutar el hecho hubiera varios dispuestos a ello» (ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I: fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997 [1994] [Trad. D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal], p. 368). Lo que afirma el autor de Munich sería cierto sólo si, previamente, hubiera un acuerdo sobre lo que significa haber lesionado a un bien jurídico. Hasta tanto ello no sea así, no se puede imputar a nadie por algo que aún no se sabe si es lesivo.

¹² He tomado el ejemplo de ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I: fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997 [1994] [Trad. D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal], p. 350.

ha sido lesionado. Si conforme a la TCC: que el bien jurídico B haya sido lesionado, significa que el acto de A hace que B esté en una peor condición de la que podría haber estado si A no hubiese actuado como lo hizo. Entonces en este caso, el bien jurídico no ha sido lesionado. Si A no hubiese actuado como lo hizo, B estaría en la misma condición. Pero esto no es todo, la TCC tiene problemas cuando existe una diferencia temporal entre los efectos positivos y negativos de una acción, en el mismo aspecto del sujeto pasivo. Imagínese el siguiente caso:

(El Murciélago Negro) Tony es atacado con ácido por Snate y queda ciego. Un cirujano realiza un trasplante de corneas en Tony. Cuatro meses más tarde le retiran las vendas y Tony descubre que no sólo puede volver a ver normalmente, sino que además puede ver en plena oscuridad, y desarrolla sus otros sentidos durante el periodo de ceguera. De esta manera Tony está luego de un tiempo mucho mejor de lo que estaba incluso antes de que le hayan arrojado ácido.

Una aproximación como TCC debería afirmar que ningún bien jurídico B del Murciélago Negro ha sido dañado ya que ninguno de ellos está, al final de cuentas, peor en un aspecto de lo que estaría de otro modo. Tal conclusión parece implausible. Esto es una nueva razón para rechazar a la TCC¹³.

III. BIEN JURÍDICO LESIONADO COMO EXPLICACIÓN NO-COMPARATIVA

En líneas generales, la tesis no comparativa de lesión al bien jurídico niega que las comparaciones sean relevantes para saber si un bien ha sido lesionado o no. Ella considera que se ha lesionado al bien jurídico de alguien cuando se causa que tal bien esté en un estado malo (o tenga una condición mala). La idea es que existen ciertos estados que tienen propiedades intrínsecamente malas. Cualquier bien esté en un estado que tenga propiedades intrínsecamente malas estará lesionado. Ser ciego es algo malo para cualquiera que esté en tal estado. Asimismo, si alguien tiene un disparo en el brazo, esa persona está en un estado malo, es decir que su bien jurídico integridad física está en un estado malo. La tesis no comparativa de la lesión al bien jurídico, o simplemente TNC, podría sintetizarse como sigue:

TNC: Si el acto de A hace que el bien jurídico B esté en un estado malo, entonces el bien jurídico B ha sido lesionado

La ventaja de esta clase de aproximaciones por sobre las comparativas es que alcanza con afirmar que alguien ha causado que un determinado bien jurídico esté en un estado malo para decir que lo ha lesionado. De tal manera, los problemas presentados por las tesis comparativas respecto de –por ejemplo– los casos de cursos causales hipotéticos, alternativos o donde existe diferencia temporal en los efectos positivos y negativos de una acción, no tendrían lugar. En los primeros casos, esto es el de cursos causales hipotéticos (caso del matón y el usurero local) y el de los cursos causales alternativos (A y B ponen veneno en una taza de café), las tesis contra-fácticas no podían dar una respuesta totalmente satisfactoria, debido a que el bien jurídico B quedaba en el mismo estado final, tanto si el usurero le quebraba la pierna o no (en el primer caso); o si A o B no colocaban veneno en la taza, en el segundo. Las tesis no-comparativas, por su parte, no encuentran inconvenientes en esta clase de casos ya que lesionar a un bien jurídico consiste

¹³ Que la TCC no sea una buena candidata a explicar por qué un bien jurídico ha sido lesionado, no significa que no puede ser utilizada para explicar otras nociones tales como la causalidad.

solamente en causar que el bien esté en un estado malo (no-comparativo y absoluto). Si esto es así, el usurero que quiebra las piernas de la víctima, le lesiona un bien jurídico porque lo coloca en ese estado malo. Sin importar si hubiese estado en esa condición de todos modos. El mismo razonamiento se aplica al de los cursos causales alternativos. Aunque en este último caso, la cuestión posterior referida a la imputación de tal resultado o a A o a B es un poco más difícil que en el primer tipo de casos.

Las tesis no-comparativas también pueden resolver casos como el de *Murciélagos Negro*, donde un evento coloca a un bien de un sujeto en un aspecto peor por un tiempo, pero luego ese bien está mucho mejor que incluso antes del evento. Las tesis no comparativas sólo necesitan afirmar que el agente ha colocado al bien jurídico en un estado malo. Si hay al menos un momento temporal en que el bien de la víctima esté en un estado malo, como es en este caso, entonces tal bien habrá sido lesionado. Como las TNC pueden resolver gran cantidad de casos que las tesis comparativas encuentran difíciles, son candidatas a ser superiores y –por tanto– explicar qué significa que un bien jurídico ha sido lesionado.

No obstante estas ventajas, esta clase de tesis, también encuentra algunos inconvenientes en distintas clases de casos. Les es muy difícil explicar por qué un bien ha sido lesionado en situaciones que hacen que los bienes de las personas estén peor de lo que estaban antes, pero todavía por encima de cierto umbral normativamente definido o mejor que aquello que se ha considerado estado malo. Imagínesse el siguiente caso:

(El ganador del premio Hans-Heinrich Jescheck): Klaus ha golpeado a Raúl, ganador del premio Jescheck en derecho penal, en la cabeza. Como resultado Raúl tiene ahora una inteligencia promedio y sus trabajos académicos han bajado su nivel. ¿Se ha lesionado un bien jurídico de Raúl?

La respuesta parece ser positiva. Sin embargo, hacer tal afirmación es sumamente difícil para las tesis no comparativas. Si que alguien tenga una inteligencia promedio no significa que tenga un bien jurídico lesionado, no comparativamente hablando (dado que tener una inteligencia promedio es un estado que no tiene ninguna propiedad intrínsecamente mala), la pregunta es por qué colocar a algún bien de alguien en esa situación sería una lesión. Raúl no está en ningún estado no-comparativamente malo, es decir que, el bien jurídico integridad intelectual no está en ningún estado malo. Si esto es así, no es posible afirmar que en tal caso se haya lesionado al bien jurídico. Las tesis no comparativas encuentran serias dificultades a la hora de resolver esta clase de casos. Asimismo, el caso parece aportar fuertes razones para adoptar una explicación comparativa de lo que significa que un bien jurídico haya sido lesionado. Después de todo, Klaus le ha causado a Raúl con su golpe que el bien jurídico integridad intelectual esté peor de lo que podría estar de otro modo.

Otro inconveniente para esta clase de tesis surge en los casos donde el agente causa que algún bien jurídico esté en un estado malo, pero no tan malo como el estado en el que podría haber estado si el acto no se hubiese realizado:

(El cirujano) Has tenido un grave accidente. Tan grave que si un cirujano no realiza un procedimiento extremo, morirás. Por tanto, el cirujano amputa tu brazo porque es la única manera de salvar tu vida. Lo que el cirujano hace es mejor que cualquier posible alternativa. ¿Te ha lesionado algún bien jurídico el cirujano al amputar tu brazo? ¿Debe responder por ello?

Creo que esta segunda clase de casos no es demasiado problemática para las tesis no comparativas. Ellas pueden aceptar que el cirujano ha lesionado algún bien jurídico de su paciente por haberlo colocado en un estado malo. Sin embargo, realizar tal aseveración no conlleva consecuencias implausibles. Después de todo, un partidario de las tesis no-comparativas puede afirmar que su accionar, aunque típico, está justificado porque ha salvado al bien jurídico del paciente –integridad física– de estar en un estado aún peor. No obstante poder dar esta última respuesta, la tesis no-comparativa sigue sin explicar por qué algún bien jurídico de Raúl –en el primer caso– ha sido lesionado. Aún más, dado que: que un bien jurídico haya sido lesionado significa solamente que ha sido colocado en un estado malo, no puede explicar cómo graduar la gravedad de las diferentes lesiones. Como esto es así, tal tesis no puede ser adoptada.

IV. BIEN JURÍDICO LESIONADO COMO EXPLICACIÓN BASADA EN EVENTOS

Una alternativa interesante a las tesis que se acaban de analizar es la siguiente. Parte de la observación de que en algunos casos las personas tienen intuiciones comparativas a la hora de afirmar por qué un bien jurídico ha sido lesionado, en tanto que en otros casos, parece que con el sólo hecho de que un bien jurídico esté un estado malo es suficiente para afirmar que él ha sido lesionado. Se podría pensar que lo que fundamenta esta clase de intuiciones contradictorias es que cuando las personas o lo penalistas piensan en la lesión a bienes jurídicos, en realidad no están haciendo referencia al estado final del bien, sino a eventos que les suceden. El rasgo distintivo de esta explicación es que es una aproximación basada en eventos y no, como las anteriores, una basada en estados. Estas últimas se denominan así porque para ellas que un bien jurídico haya sido lesionado es colocar a una persona en cierto tipo de estado o condición mala. De modo que el estatus de lesión deriva de lo malo de ese estado final¹⁴. La propuesta a analizar, en cambio, se ha denominado como basada en eventos dado que, que un bien jurídico haya sido lesionado no implica colocar al bien en ninguna clase de estado final, sino en que el bien sufra cierto tipo de evento. Que un bien jurídico sufra una lesión, por lo tanto, será que sea objeto de un tipo de evento, independientemente de la maldad o bondad de cualquier estado resultante en que se encuentre el bien que lo sufre¹⁵.

El argumento puede ser reconstruido como sigue. En primer lugar, la propuesta descansa sobre la noción de «bien básico». Un bien sería algo que es bueno tener. «Bienes básicos» serán aquellos cuya posesión hace posible alcanzar una amplia variedad de componentes potenciales de una vida razonablemente feliz¹⁶. Podría afirmarse que un bien básico es aquello que es necesario para que cada quien pueda gobernar su vida de acuerdo a sus propias decisiones. El sentido de la vista, por tanto, puede ser catalogado como un bien básico, de modo que si el ordenamiento jurídico le otorga protección sería un bien jurídico. Si esto es así, bienes jurídicos serían aquellos bienes básicos a los que el ordenamiento jurídico les ha otorgado protección. Así, la primera cláusula de la tesis se podría sintetizar como sigue: (1) alguien tiene un bien jurídico lesionado a nivel-1 si pierde cierta cantidad de ese bien. Si Juan dispara en el brazo a Pedro, de modo que este último tiene su brazo inutilizado por un mes, entonces Pedro tiene un bien

¹⁴ Sigo en este razonamiento y en la presentación de la tesis de HANSER, Matthew. «The Metaphysics of Harm», *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LXXVII, n.º 2, 2008, pp. 421-450, p. 421.

¹⁵ Id. p. 440.

¹⁶ Id. p. 440.

jurídico lesionado a nivel-I porque ha perdido cierta cantidad del «bien jurídico» integridad física.

Sin embargo, como se sabe, no todas las lesiones consisten en pérdidas. Muchas veces un bien jurídico es lesionado cuando se omite beneficiar de alguna manera a las personas. Si, tal y como está tipificado en varios códigos penales del mundo, una persona X ha encontrado perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera y omitiere prestarle el auxilio necesario (Art. 108 C.P. Argentino)¹⁷, nadie dudaría en afirmar que agente X ha lesionado el bien jurídico del desamparado. Los bienes jurídicos del desamparado también han sido lesionados por no poder recibir ese beneficio. Esta clase de lesiones puede denominarse como *lesión preventiva*, la cual consiste en haber sido impedido de recibir cierta clase de beneficios. Dado que no toda vez que uno sea impedido de recibir un beneficio ha sido lesionado, entonces las lesiones preventivas deben derivar de las lesiones de nivel-I. De modo que es posible obtener la segunda cláusula: (2) alguien tiene un bien jurídico lesionado ($n + 1$) si y sólo si él ha sido impedido de recibir un nivel- n de beneficio respecto de un bien. De modo que, que un bien jurídico haya sido lesionado implica, o (1) que alguien pierde cierta cantidad de un bien jurídico; o (2) que se impida que alguien adquirir cierta cantidad de un bien jurídico. Así, cualquiera a quien le haya ocurrido un evento que haya ocasionado en él esta consecuencia, habrá sufrido una lesión en un bien jurídico, independientemente de cuál sea su estado resultante. En suma, la *tesis de la lesión al bien jurídico basada en eventos*, o TBEv puede sintetizarse como sigue:

TBEv: Si el acto de A produce un evento que hace que alguien pierda o se le impida adquirir cierta cantidad del bien jurídico B, entonces el bien Jurídico B ha sido lesionado.

La ventaja de esta tesis respecto de las aproximaciones basadas en estados (sean estas comparativas o no comparativas) es que, precisamente, no requiere analizar el estado final en el que se coloca a un determinado bien para saber si ha sido lesionado o no. Por esa razón, tal vez pueda resolver los problemas que tanto unas como las otras tesis tenían. Respecto de los inconvenientes para las tesis comparativas, la TBEv parece evitarlos. En los casos de cursos causales hipotéticos, la TBEv da la respuesta correcta. Así, en el caso del Matón y el usurero, el dueño de la tienda ha visto sus piernas rotas de manera que ha perdido cierta cantidad de un bien jurídico. Dado que se ha perdido cierta cantidad del bien, ha habido una lesión, independientemente de que su estado final hubiese podido ser el mismo –o mejor o peor– por otra vía. La misma explicación puede darse en el caso de los cursos causales alternativos. El caso de la diferencia temporal en efectos positivos y negativos sobre el mismo bien, tampoco parece representar un problema para la TBEv. Después de todo, en el ejemplo, el Murciélagu Negro, ha perdido cierta cantidad del bien integridad física cuando le arrojaron ácido a sus ojos. De manera tal que puede sostenerse que tal bien ha sido lesionado.

En cuando a los problemas de las tesis no-comparativas, ellos estaban sobre todo en casos donde la víctima está en un mal estado pero no tan malo como el que de otra manera podría estar. O en casos donde la víctima queda en un estado no-comparativamente no malo pero comparativamente peor de lo que podría estar de otro modo. En el ejemplo que aquí se ha utilizado,

¹⁷ Una norma similar puede encontrarse en el Art. 195 del C.P. Español.

Raúl quedaba con poderes intelectuales promedio, lo que sería un estado no comparativamente no malo pero peor de lo que podría estar de otro modo. En tal caso, la intuición afirmaba que el bien jurídico integridad intelectual de Raúl había sido lesionado. Aunque sostener tal afirmación era difícil para las tesis no-comparativas. La TBEv, en cambio, no encuentra problemas en explicar la lesión sufrida por el bien jurídico en tal clase de casos. Dado que Raúl ha sido objeto de un evento que lo privó de cierta cantidad del bien básico integridad intelectual, tal bien ha sido lesionado— independientemente de si su estado final es bueno o malo.

Parece que la TBEv puede explicar de manera convincente la mayoría de los casos donde se cree que algún bien ha sido lesionado por la acción de otra persona. No obstante, encuentra ciertos problemas, que han sido puntualizados por J. Thomson. El primero es que el verbo [lesionar] es causal, de modo que «matar a X debe ser aproximadamente equivalente a causar que X esté muerto, limpiar X es aproximadamente equivalente a causar que X esté limpio y congelar a X es aproximadamente equivalente a causar que X esté congelado»¹⁸. Si esto es así, entonces existe una fuerte razón para afirmar que *lesionar* depende del estado final en el que se coloca a un bien y no de que a las personas le sucedan determinados eventos; y por tanto que la TBEv debe ser falsa. Mathew Hanser, defensor de las tesis basadas en eventos, responde a esta objeción afirmando que seguramente con igual justicia, es posible decir que «Matar a X es equivalente a causar que C se muera, que limpiar a X es equivalente a causar que X se limpie, y que congelar a X es equivalente a causar que X se congele» (Hanser, 2011: 461). De manera que la objeción lingüística puede ser, en cierta medida desestimada. No obstante, como el mismo autor puntualiza, tal razonamiento demuestra que en cada caso es posible distinguir tres cosas: (a) una acción; (b) un evento o proceso y (c) un estado final. Si se utiliza el ejemplo de matar a alguien, uno obtiene: (a) una acción (el acto del agente de matar); (b) un evento experimentado por el sujeto (el evento de morir experimentado por X); y (c) un estado final del evento o proceso (que X esté muerto). De tal forma que las acciones causan tanto eventos como estados¹⁹. Si esto es así, no se ha demostrado que las tesis basadas en eventos son implausibles, sino sólo que son tan plausibles como las basadas en estados.

La segunda objeción que Thomson realiza es que Hanser no puede explicar los casos donde los sujetos no pierden ninguna cantidad de un bien, sino que siempre existieron en determinado estado²⁰, tal como ocurre en el siguiente caso:

(Paraplejía genética): Supóngase que un especialista genético (EG) es un doctor en una clínica de fertilidad. Él fecunda con los genes en cierto óvulo O de manera tal que cuando sean fecundados con el Esperma E, e implantados, el resultado es que una persona estará en el siguiente estado: Paraplejía genética = el estado que consiste en estar genéticamente programado para nacer parapléjico.

Parece que la TBEv no puede explicar la lesión al bien jurídico en esta clase de casos. El niño que nace parapléjico, nunca ha sufrido ningún evento que le haya hecho perder ninguna

¹⁸ THOMSON, Judith J. «More on the Metaphysics of Harm» *Philosophy and Phenomenal Research*, Vol. LXXXII, n.º 2, 2011, pp. 436-458, p. 437.

¹⁹ HANSER, Mathew. «Still more on The Metaphysics of Harm», *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LXXVII, n.º 2, 2011, pp. 459-469, p. 461.

²⁰ THOMSON, Judith J. «More on the Metaphysics of Harm» *Philosophy and Phenomenal Research*, Vol. LXXXII, n.º 2, 2011, pp. 436-458, p. 457.

cantidad de un bien básico. Sin embargo, un defensor de la TBEV puede argumentar que la objeción de Thomson no es del todo decisiva, ya que uno puede afirmar que lo que hizo el médico en ese caso impidió que el niño que nació tenga cierta cantidad del bien jurídico integridad física, es decir una capacidad normal, de modo que el bien jurídico integridad física ha sido lesionado. No estoy tan seguro de que esta respuesta a la objeción sea correcta. Recuérdese que conforme a la TBEV no cualquier situación donde un bien no reciba un beneficio constituye una lesión, sino sólo aquellas que derivan de privaciones de bienes. En este caso, la prevención de la adquisición de un beneficio no parece haber seguido, ni evitado, ninguna privación. No se puede impedir que las personas tengan aquello que de ningún modo y en ninguna circunstancia podrían haber tenido.

La tercera objeción es aún más seria. Thomson argumenta que de acuerdo a la TBEV, que una persona sea ciega no sería la lesión que el bien jurídico sufre. La lesión sería perder la vista, lo que es increíble ya que de ser así la lesión que sufre el bien jurídico está en el pasado, aunque él bien jurídico siga en el mismo estado y, por tanto el sujeto siga siendo ciego²¹. La respuesta de Hanser es que es cierto que cuando uno pierde cierta cantidad de un bien, uno es puesto en un mal estado aunque, sin embargo, la lesión no deriva de tal estado. No obstante este hecho, la duración de tal estado afecta, dice Hanser, a la gravedad de la lesión sufrida²². Encuentro a esta respuesta poco convincente. Acuerdo con Thomson en que esta réplica es desconcertante «si la maldad de un evento que consiste en la pérdida del uso de [un bien] de uno es independiente a (...) la maldad del estado final (...). ¿Cómo puede Hanser consistentemente decir (...) también que la maldad del evento que consiste en la pérdida del uso de[l bien] de alguien es más grave si está en tal estado por un tiempo más largo²³?». Parece que en esta afirmación, Hanser abandona la tesis de lesión independiente a los estados finales en que están los bienes, para pasar a depender, aunque sea parcialmente, de ellos.

V. UNA TESIS SUPERADORA PARA EXPLICAR LAS LESIONES A BIENES JURÍDICOS

Creo que una reformulación del comparativismo contra-fáctico puede resolver los inconvenientes anteriores. La idea se basa en la observación de J. Thomson de que el comparativismo contra-fáctico no necesita preguntarse en cómo hubiesen sido las cosas para el bien jurídico si no le hubiese pasado lo que pasó²⁴. Sino sólo necesita analizar qué es aquello que la acción del agente impidió que ocurra en el bien jurídico. De manera tal que podría afirmarse que un bien jurídico ha sido lesionado cuando se impidió que esté en determinado estado A por el mismo medio que se causó que esté en el estado B, siendo el estado B peor que el estado A. La tesis presentada, dado que es también una explicación comparativa contra-fáctica se llamará *tesis comparativa contra-fáctica de la lesión del bien jurídico 2* o TCC2:

Si el acto de A causa que el bien jurídico B esté en un estado E, y para algún estado E*:

²¹ Id. p. 456.

²² HANSER, Matthew. «Still more on The Metaphysics of Harm», *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LXXVII, n.º 2, 2011, pp. 459-469, p. 467.

²³ THOMSON, Judith J. «More on the Metaphysics of Harm», *Philosophy and Phenomenical Research*, Vol. LXXXII, n.º 2, 2011, pp. 436-458, p. 457.

²⁴ Id. p. 448.

- i. A impidió que B esté en E* por el mismo medio por el cual A causó que B esté en E, y
- ii. B está en una peor condición por estar en E de lo que podría haber estado si hubiese estado en E*.

Entonces el bien jurídico B ha sido lesionado

¿Puede esta tesis solucionar los problemas a los que se enfrentaban las anteriores? Se analizará cada uno de ellos. El primer inconveniente surgiría en los casos de (1) cursos causales hipotéticos, el cual se ha ejemplificado con el matón y el usurero²⁵. La cuestión aquí es poder afirmar convincentemente que Joaquín ha visto un bien jurídico B lesionado por más que, si el usurero no le hubiese roto las piernas, el bien B estaría en la misma condición porque alguien más (el matón Ramiro) lo hubiese hecho. Conforme a la TCC2 no hay obstáculos en sostener tal afirmación. El usurero local causó que Joaquín tenga las piernas rotas por (i) el mismo medio que impidió que las tenga sanas y (ii) Joaquín está en una peor condición por tener sus piernas rotas de lo que estaría si las tuviera sanas. De manera tal que el bien jurídico B (integridad física) ha sido lesionado, por más que este último estaría en la misma condición si el usurero no hubiese actuado como lo hizo. Todo lo que hace falta observar para saber si un bien jurídico ha sido lesionado o no, es la comparación entre el estado de cosas que efectivamente se causó y el que se impidió que sucediera. Si el primero es peor al segundo, entonces ha habido lesión a un bien jurídico. En el caso de los cursos causales alternativos se pueden hacer consideraciones similares.

El segundo problema, que se ha ejemplificado con el caso del *Murciélagu Negro*²⁶, surgiría en los casos donde (2) un bien jurídico estaba luego de la acción en una peor condición, pero luego de un tiempo –gracias a aquella acción– estaría aún mejor. La TCC2 en este caso implica lo siguiente. Snate causó que Tony esté ciego (i) por el mismo medio que impidió que tenga una visión normal y (ii) mientras Tony está ciego, él está peor que la condición que Snate impidió que tenga, es decir, que tenga una visión normal. Dado que la TCC2 descansa en la observación de que el comparativismo contra-fáctico no necesita preguntarse en cómo hubiesen sido las cosas para la víctima si no le hubiese pasado lo que pasó, sino sólo en qué es aquello que la acción del agente impidió que ocurra en la víctima, puede afirmar que el bien jurídico integridad física de Tony ha sido lesionado por más que, al final de cuentas, el bien jurídico está mejor de lo que podría haber estado de otro modo.

En los casos donde las tesis no-comparativas tenían problemas, la TCC2 se comporta del siguiente modo. El primero de ellos, que se ha ejemplificado con el nombre «El ganador

²⁵ (El matón y el usurero) Supóngase que un criminal quiere robar la tienda de joyas de Joaquín. Desde que el robo será más fácil si Joaquín no está en la tienda, el criminal contrata al matón Ramiro para que le quiebre las piernas a Joaquín el día anterior al robo. Cuando el matón Ramiro llega a la casa de Joaquín, sin embargo, él encuentra que el usurero local ya ha roto las piernas de Joaquín.

²⁶ (El Murciélagu Negro) Tony es atacado con ácido por Snate y queda ciego. Un cirujano realiza un trasplante de corneas en Tony. Cuatro meses más tarde le retiran las vendas y Tony descubre que no sólo puede volver a ver normalmente, sino que además puede ver en plena oscuridad, y desarrolla sus otros sentidos durante el periodo de ceguera. De esta manera Tony está luego de un tiempo mucho mejor de lo que estaba incluso antes de que le hayan arrojado ácido.

del premio Hans-Heinrich Jescheck»²⁷ es aquel donde (3) un bien jurídico está peor de lo que estaría de otro modo, peor todavía por encima de cierto umbral (es decir aún en un estado no comparativamente no malo). En este caso, según la TCC2 Klaus ha causado que Raúl esté en un estado con poderes intelectuales promedio por el mismo medio que impidió que esté en uno con poderes intelectuales más altos, por tanto, su bien jurídico integridad intelectual ha sido lesionado. La segunda clase de casos problemáticos para el no-comparativismo son aquellos donde (4) un sujeto coloca a otro en un estado que está por debajo de cierto umbral (es decir en un mal estado), pero mejorando la posición que podría tener de otro modo. Esta clase de casos que se ha ejemplificado con el ejemplo de «el cirujano»²⁸, si bien podrían ser resueltos a través de la teoría del delito por el no-comparativismo, también puede ser resuelta por la TCC2. El cirujano coloca al paciente en un estado que no es peor que otro en el que impidió que esté. Por tanto, según TCC2 ningún bien jurídico del paciente ha sido lesionado.

Respecto de tesis basada en eventos (TBEv), su primer problema (5) radicaba en no poder resolver de manera convincente casos como el de la paraplejía genética²⁹. Tal caso no representa ningún problema para la TCC2. El especialista genético al fecundar los óvulos O con el esperma E, causó no sólo que el sujeto tenga paraplejía genética sino que también impidió que sea genéticamente normal. Como estar en el estado de tener paraplejía genética es peor que estar en el estado de ser genéticamente normal, y EG causó lo primero e impidió lo segundo, entonces EG ha lesionado al bien jurídico de su víctima. El segundo problema era (6) no tener un criterio coherente para graduar la gravedad de la lesión al bien jurídico. Conforme a la TBEv el estado final en el que está el bien jurídico no debe contar para afirmar si ha sido dañado o no; aunque a la vez sí cuenta para medir su gravedad. La TCC2 no tiene este problema, puede graduar la gravedad de la lesión al bien jurídico en proporción a cuán mala sea la condición en la que ha sido colocado en relación con aquella otra condición de la que se impidió que esté. Si las afirmaciones anteriores son convincentes se ha encontrado una tesis de lo que significa que un bien jurídico ha sido lesionado que es superior no sólo a la original TCC, sino a todas las otras analizadas.

VI. CONCLUSIÓN

El problema a analizar en el presente trabajo era explicar qué significa concretamente que un bien jurídico ha sido lesionado. La pregunta surgió porque en la dogmática penal se ha dicho muy poco sobre el tema. A lo sumo puede inferirse de la discusión dogmática tradicional qué significa que un bien jurídico ha sido lesionado de los resultados obtenidos en discusiones en torno a la causalidad o a la imputación objetiva. En este escrito se pretendió discutir directamente el punto, de manera tal que sea posible tener cierta claridad cuando se realiza la afirmación: «X

²⁷ (El ganador del premio Hans-Heinrich Jescheck): Klaus ha golpeado a Raúl, ganador del premio Jescheck en derecho penal, en la cabeza. Como resultado Raúl tiene ahora una inteligencia promedio y sus trabajos académicos han bajado su nivel. ¿Se ha lesionado un bien jurídico de Raúl?

²⁸ (El cirujano) Has tenido un grave accidente. Tan grave que si un cirujano no realiza un procedimiento extremo, morirás. Por tanto, el cirujano amputa tu brazo porque es la única manera de salvar tu vida. Lo que el cirujano hace es mejor que cualquier posible alternativa.

²⁹ (Paraplejía genética): Supóngase que un especialista genético (EG) es un doctor en una clínica de fertilidad. Él fecunda con los genes en cierto óvulo O de manera tal que cuando sean fecundados con el Esperma E, e implantados, el resultado es que una persona estará en el siguiente estado: Paraplejía genética = el estado que consiste en estar genéticamente programado para nacer parapléjico.

bien jurídico ha sufrido una lesión». Para hacerlo se analizaron tres tesis diferentes, mostrando sus ventajas y desventajas, finalizando con la defensa de una propuesta que se cree superadora.

Obviamente, del mismo modo que cuando la dogmática discute entorno a la causalidad y la imputación se esgrimen ciertas consideraciones respecto de la lesión al bien jurídico, aquí ha pasado lo inverso. En cierto punto se han tenido que realizar ciertas consideraciones respecto de aquellos temas para poder explicar qué significa que un bien jurídico ha sido lesionado. La propuesta, si hubiera que resumirla en una afirmación sería la siguiente: un bien jurídico ha sido lesionado cuando se ha causado que esté en determinado estado por el mismo medio que se impidió que esté en otro, y el estado en el que se ha colocado el bien es peor que aquel en el que se impidió que esté. Tal aproximación, como ya se ha analizado, puede resolver de manera correcta casi todos los problemas que a otra clase de tesis pueden aparecerseles.

Si mis afirmaciones previas son aceptables, entonces es posible finalizar el trabajo discutiendo sus consecuencias en asuntos tales como la causalidad y la imputación objetiva. Respecto de la causalidad, en la discusión clásica, usualmente se parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Desde tal posición, «debe considerarse causa a toda condición de un resultado que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto»³⁰. Obviamente tal tesis encuentra numerosos problemas sin una correcta conceptualización de lo que significa que un bien jurídico ha sido lesionado, siendo los dos más conocidos, los ocurridos en los casos de cursos causales alternativos y de cursos causales hipotéticos. Sin embargo, si se adopta la propuesta de este trabajo, muchos de esos problemas pueden desaparecer. Sí que un bien jurídico haya sido lesionado significa que se impidió que esté en determinado estado por el mismo medio que se causó que esté en otro, siendo el segundo estado peor al primero, lo único que se debe analizar para saber si alguien causó tal lesión es ver si un determinado sujeto realizó la acción que produjo que un bien esté en el estado que está e impidió que esté en otro que es peor. O en otro términos, para que un bien jurídico haya sido lesionado habría que ver si fue colocado en un estado E por el mismo medio que se impidió que esté en E* siendo E peor a E*. No importa si el bien jurídico podría haber estado en ese mismo estado de otro modo.

En el caso de los cursos causales hipotéticos, el primer sujeto que actúa será quien causó el resultado, después de todo sólo él causó la lesión colocando al bien jurídico en ese estado previniendo que esté en alguno más. En el caso de los cursos causales alternativos puede hacerse un razonamiento similar: cualquiera que impida que el bien jurídico esté en un estado mejor al que lo colocó, habrá causado su lesión. En el conocido ejemplo donde A y B colocan veneno en la copa de C siendo cada dosis letal por sí misma, C ha visto el bien jurídico vida lesionado porque se impidió que siga viviendo por el mismo medio que se mató. En tal caso tanto A como B han impedido que C esté en una mejor condición, de modo que puede sostenerse ambos han causado su muerte. Otro asunto es analizar cómo es posible imputar objetivamente tales resultados a A y B.

De la TCC2 también se derivan consecuencias para la imputación objetiva. Según la visión más común: a) «un resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido

³⁰ ROXÍN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I: fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997 [1994] [Trad. D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal], p. 347.

y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto»³¹ y b) «Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo. Pero no obstante, excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones»³². La tesis propuesta (TCC2) presenta ciertas limitaciones al punto a. Cuando se dice que un resultado solo se puede imputar al tipo objetivo cuando la conducta del autor ha creado un riesgo para el bien jurídico, ahora se sabe no sólo que la conducta tiene generar un riesgo no permitido, sino que además el riesgo creado para el bien jurídico debe ser el de la específica lesión que se ha conceptualizado. O en otros términos, cualquier conducta que no genere un riesgo de lesión al bien jurídico, tal y como se ha conceptualizado aquí, debería quedar fuera del alcance de la imputación objetiva. Todo riesgo a un bien que no impida que, probablemente cause que un bien esté en determinado estado, pero que no sea capaz de impedir que esté en otro estado que es mejor que el primero, debe quedar fuera de la imputación objetiva.

Sobre el punto b podría pensarse que no debería haber mayores cambios en su modo usual de interpretación, ya que sólo indica que no cualquier resultado puede ser imputado al autor, sino que para que lo sea debe ser uno que esté abarcado por el fin de protección de la norma. Pero esto es erróneo. Dado que, que un bien jurídico haya sido lesionado implica que se lo colocó en un estado E por el mismo medio que se impidió que esté en E*, siendo E peor que E*, entonces el alcance del tipo (fin de protección de la norma), se reduce drásticamente. Sólo estará dentro del fin de protección de la norma evitar las conductas que pueden impedir que el bien esté peor de lo que se ha causado que esté; y no, como en la interpretación usual donde tal limitación no existe.

Ahora bien, no obstante estas consecuencias, ¿puede la *tesis comparativa contra-fáctica de la lesión del bien jurídico* 2 o TCC2, explicar todos los rasgos relevantes que cualquier explicación de lo que significa lesionar a un bien jurídico debería poder satisfacer? Los rasgos eran los siguientes: (a) explicar qué es que un bien jurídico haya sido lesionado; (b) explicar por qué es malo que un bien jurídico haya sido lesionado; y (c) Dar alguna idea de cómo medir la gravedad relativa de los diferentes lesiones. Creo que la respuesta es afirmativa. Según TCC2, que un bien jurídico ha sido lesionado (a) significa que un bien jurídico esté en determinado estado por el mismo medio que se impidió que esté en otro, y el estado en el que se ha colocado es peor que aquel en el que se impidió que esté. Que un bien jurídico haya sido lesionado es malo (b) porque se ha causado que el bien esté en un estado que es peor que aquel que se impidió que esté. Asimismo, la tesis puede dar cierta idea de cómo graduar la gravedad de la lesión ocasionada (c). Ella estará dada, en primer lugar por el valor del bien jurídico; y en segundo lugar por la distancia existente entre el estado en el que se ha colocado al bien jurídico y el estado en el que se impidió que esté.

BIBLIOGRAFÍA

- BIRNBAUM, Johann M. F. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Bs. As., BdeF, 2010[1834], [Trad. J. L. Guzmán Dálbora].
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 1995 [1989].

³¹ Id. p. 363.

³² Id. p. 364.

- FEUERBACH, Anselm P. J. *Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania*, Bs.As., Hammurabi, 1989 [1847], [Trad. E. Zaffaroni e I. Hagemeister].
- FRISCH, Wolfwang. «Delito y sistema del delito» en WOLTER, J. y FREUND, G. (eds.). *El sistema integral del derecho penal*, Madrid, Marcial Pons [Trad. R. Robles Planas], 2004 [1996], pp. 193-280.
- HANSER, Matthew. «The Metaphysics of Harm», *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LXXVII, n.º 2, 2008, pp. 421-450.
- . «Still more on The Metaphysics of Harm», *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LXXVII, n.º 2, 2011, pp. 459-469.
- HASSEMER, Winfried. «Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico» en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las ciencias penales*. Bs. As. 1989, pp. 275-285 [trad. Patricia Ziffer].
- HEFENDEHEL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, 5º ed. Comares, Granada, 2002 [Trad. Cardenete Olmedo, Miguel].
- ROXÍN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I: fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997[1994] [Trad. D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal].
- THOMSON, Judith J. «More on the Metaphysics of Harm» *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LXXXII, n.º 2, 2011, pp. 436-458.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*, T. II. Madrid, Reus, 1999[1881], [Trad de la 20º ed. L. Jiménez de Asúa].
- ZAFFARONI, Raúl E. «Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, 2012, pp. 3-14.

Imputación objetiva e imprudencia en el derecho anglosajón¹

MARTA PANTALEÓN DÍAZ (España)

*Alumna de Grado, Universidad Autónoma de Madrid, España**

RESUMEN: En este trabajo se analizan los criterios de imputación de responsabilidad por resultados lesivos en ausencia de dolo en los ordenamientos jurídicos del *common law*. Para ello, se compara el tratamiento que reciben, en los sistemas anglosajones de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual, dos instituciones que desempeñan en estos sistemas funciones similares a las que, en Derecho continental, cumplen la imputación objetiva y la imprudencia: la causación (*causation*) y la negligencia (*negligence*). Se concluye que, en torno a estas dos instituciones, puede definirse, en el *common law*, una estructura básica de imputación de responsabilidad por resultados lesivos de conductas negligentes que opera tanto en el ámbito penal como en el de la responsabilidad civil extracontractual, sin perjuicio de las importantes diferencias funcionales que existen entre una y otra rama del Derecho.

Palabras clave: imputación objetiva, imprudencia, *common law*, Derecho penal, Derecho de la responsabilidad civil extracontractual.

ABSTRACT: This paper analyses the criteria for the attribution of responsibility for non-intentional harmful results in common law jurisdictions. To this end, it compares the way that Criminal and Tort Law assess two institutions, the functions of which resemble the ones that their counterparts *imputación objetiva* and *imprudencia* serve in civil law jurisdictions: causation and negligence. The conclusion is reached that, in the common law, these two institutions define a basic structure for the attribution of responsibility for harmful results caused by negligent conducts that applies both in Criminal and in Tort Law, notwithstanding the important functional differences that separate these two law fields.

Key words: causation, negligence, common law, Criminal Law, Tort Law.

¹ En aras de la necesaria brevedad, he reducido al mínimo imprescindible las referencias bibliográficas en el texto, incluyendo, al final, una lista de la bibliografía básica consultada.

* Alumna del programa de posgrado *Magister Juris* en la Universidad de Oxford (Reino Unido).

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas precisiones conceptuales: problemas de traducción y ubicación sistemática. 1. Imputación objetiva e imprudencia. *causation* y *negligence*. 2. La causación y la negligencia en el sistema anglosajón de Derecho penal. 3. La causación y la negligencia en el sistema anglosajón de responsabilidad civil extracontractual. 4. Similitudes estructurales: un «esqueleto común» de la responsabilidad por resultados lesivos de conductas negligentes. III. La negligencia (*negligence*): el juicio *ex ante*. 1. El deber de cuidado (*duty of care*). 2. La infracción del deber de cuidado (*breach of duty*). IV. La causación (*causation*): el juicio *ex post*. 1. Causación fáctica (*factual causation*): el «*but for test*» y sus correctivos. 2. Causación jurídica (*legal causation*): previsibilidad razonable, *novus actus interveniens* y ámbito de protección del deber de cuidado (*scope of duty*). V. A modo de conclusión: diferencias funcionales. similitudes estructurales.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque la imputación objetiva es uno de los institutos de la teoría general del delito que ha recibido el tratamiento doctrinal más intenso en las últimas décadas, algunos de sus aspectos son aún muy discutidos. Asimismo, si bien la preocupación científica por el delito imprudente –ámbito en el que la relevancia práctica de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento se manifiesta con particular intensidad– ha experimentado un crecimiento enorme desde aproximadamente mediados de los setenta, la intensidad de los esfuerzos científicos en la formación de conceptos, en la ordenación sistemática y en los resultados prácticos no ha producido aún tanto consenso y claridad como en la dogmática del delito doloso. Este trabajo trata, en este sentido, de introducir nuevos puntos de vista en algunos de los debates que todavía tienen lugar en este campo, presentando las soluciones que los ordenamientos jurídicos del *common law* ofrecen a los problemas jurídicos que plantea la atribución de responsabilidad a un sujeto por los resultados lesivos de sus acciones en ausencia de dolo.

El interés por la comparación entre los sistemas jurídico-penales continentales y anglosajones, alimentado por el proceso de integración europea, ha dado lugar a una creciente proliferación de la literatura especializada en esta materia, entre la que destaca, recientemente, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del «Common Law»* del profesor PIÑA ROCHEFORT (2002). Este autor se refiere al ejercicio de comparación como una «tarea titánica», por lo que opta por una algo más modesta: la descripción de uno de los sistemas involucrados (el anglosajón), sobre la base y estructura que la propia doctrina y jurisprudencia del *common law* reconocen, reduciendo los comentarios paralelos de la doctrina continental a meras propuestas orientadoras, analogías cuya única pretensión es facilitar la comprensión de las instituciones anglosajonas objeto de estudio. Con esta misma orientación metodológica, mi aportación pretende ser aún menos «titánica», en la medida en que se restringe al tratamiento de sólo dos de las piezas del sistema del *common law*. Trataré, sin embargo –amén de profundizar en el análisis necesariamente somero que PIÑA ROCHEFORT dedica a las concretas instituciones objeto de este trabajo–, de complementar su perspectiva introduciendo un segundo eje de comparación: el del tratamiento que la imputación objetiva y la imprudencia reciben en el sistema anglosajón de responsabilidad civil extracontractual (*Tort Law*).

Tras esta introducción, mi trabajo se divide en cuatro apartados. El primero de ellos (apartado II) supone un intento de mitigar, en la medida de lo posible, los riesgos que acarrea una comparación aislada o descontextualizada de instituciones entre diferentes sistemas jurídicos. Trato, en este sentido, de identificar los equivalentes funcionales más próximos a las categorías

continentales de la imputación objetiva y la imprudencia en el *common law* y de precisar su significado y ubicación sistemática en este último, tanto en el ámbito penal, como en el de la responsabilidad civil extracontractual. En el segundo (apartado III) y el tercero (apartado IV) desarrollo de forma algo más pormenorizada los principios que en Derecho anglosajón rigen, respectivamente, la calificación de una acción como imprudente y la imputación a esta acción de un resultado lesivo. Finalmente (apartado V) expongo las principales conclusiones de mi análisis, subrayando las principales similitudes y diferencias que pueden apreciarse en el tratamiento penal y civil de estas instituciones.

II. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES: PROBLEMAS DE TRADUCCIÓN Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA

Este primer apartado se compone de cuatro epígrafes. En el primero, concreto el objeto de mi trabajo, que no versa, en realidad, sobre la imputación objetiva y la imprudencia tal y como se conciben en Derecho continental, sino sobre los que considero sus equivalentes funcionales más próximos en el *common law*: la *causation* (causación) y la *negligence* (negligencia). Una vez precisadas las instituciones que constituyen mi objeto de estudio, las ubico, en líneas muy generales, en los sistemas anglosajones de Derecho penal (epígrafe 2) y de responsabilidad civil extracontractual (epígrafe 3). Finalmente (epígrafe 4), concluyo identificando las similitudes estructurales que, en este punto, presentan ambos sistemas. Estas similitudes me permiten definir un «esqueleto común» en torno al que estructuro los dos siguientes apartados del trabajo.

I. *Imputación objetiva e imprudencia; causation y negligence*

Un trabajo titulado «Imputación objetiva e imprudencia en el Derecho anglosajón» se enfrenta inevitablemente a un serio problema de traducción de categorías, en la medida en que, en el universo del *common law*, no existen propiamente ni una teoría de la imputación objetiva ni –al menos en el ámbito penal– un equivalente funcional perfecto del concepto de imprudencia. En este sentido, he de comenzar precisando que el objeto propiamente dicho de este trabajo son, en realidad, las instituciones anglosajonas de la *causation* y la *negligence*, que, al igual que PIÑA ROCHEFORT en su obra antes citada, he optado por traducir, respectivamente, como «causación» y «negligencia». Esta renuncia a la elegancia en aras de la conservación de la máxima literalidad en la traducción no es arbitraria; se explica por la necesidad de desvincular estas categorías de una serie de conceptos relativamente similares pero no equivalentes, propios del Derecho continental, que podrían haberse utilizado como traducciones alternativas.

En efecto, aunque podría haber traducido «*causation*» por «causalidad» o «relación de causalidad», con estos últimos términos suele aludirse en Derecho español –al menos desde mediados de la década de los ochenta– a la relación puramente fáctica que, como condición necesaria pero no suficiente, ha de existir entre la acción de un sujeto y un resultado para poder considerarlos jurídicamente vinculados, relación a la que se añadiría la de imputación objetiva. Sin embargo, la *causation* anglosajona, como más adelante desarrollaré, engloba, de acuerdo con la opinión dominante, tanto esta relación de hecho (*factual causation* o *causation in fact*) como otras consideraciones de política legislativa que, una vez establecido que la acción de un sujeto es una de las causas del resultado en cuestión, determinan si aquel debe ser considerado jurídicamente responsable de tal resultado (*legal causation* o *causation in the law*). De hecho, como

argumentaré, los criterios que la doctrina y la jurisprudencia anglosajonas emplean mayoritariamente para apreciar la concurrencia de la mencionada causación «fáctica» probablemente serían considerados por la doctrina continental como verdaderos criterios de imputación, nada ajenos, por tanto, a valoraciones de carácter jurídico.

Estas distinciones podrían conducir a una traducción que identificara «*factual causation*» con «causalidad» y «*legal causation*» con «imputación objetiva» o, incluso –en la línea de la crítica apenas apuntada– el conjunto de la *causation* con esta última categoría continental. En el ámbito civil, donde la teoría de la imputación objetiva no se ha desarrollado hasta sus últimas consecuencias, cualquiera de estas dos traducciones sería probablemente correcta. En Derecho penal español, la doctrina y la jurisprudencia parten hoy, en cambio, de forma absolutamente dominante, de una concepción de la imputación objetiva no referida exclusivamente, como sucede en el ámbito civil, a la imputación de un resultado lesivo a una conducta, sino también a la imputación al tipo objetivo de la conducta misma (creación de un riesgo típicamente relevante). La *causation* anglosajona puede considerarse un equivalente funcional de la imputación objetiva del resultado, pero no de la del comportamiento. Para evitar posibles equívocos en este sentido y disculpándome, de nuevo, por el uso del poco feliz neologismo «causación», he preferido evitar traducciones del término *causation* que lo identifiquen con cualquiera de las mencionadas categorías dogmáticas continentales.

Algo similar sucede en relación con la *negligence* anglosajona, término para el que una traducción como «negligencia» resulta, en mi opinión, especialmente apropiada. Esto es así en la medida en que, si bien puede afirmarse que esta categoría del *common law* es un equivalente funcional prácticamente perfecto de la «negligencia» a la que se refiere el artículo 1902 del Código Civil español, no puede alcanzarse una conclusión tan clara en el ámbito penal. En efecto, en el sistema de Derecho penal anglosajón, como enseguida desarrollaré, los casos que en Derecho español se calificarían como de imprudencia grave y consciente escapan del ámbito de la *negligence* e integran, junto a los que en nuestro sistema se considerarían de dolo eventual, una forma de culpabilidad diferente: la *recklessness* (temeridad). Esta última distinción carece absolutamente de relevancia, tanto en Derecho continental como anglosajón, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, por lo que he considerado pertinente restringir el objeto de mi trabajo al campo de aplicación –civil y penal– de la *negligence*. Renuncio, así pues, a un análisis pormenorizado del concepto de temeridad. En cualquier caso, debe quedar claro que la imprudencia a la que se refiere el artículo 5 del Código Penal español es una categoría con un ámbito de aplicación más amplio que el de la *negligence* anglosajona, y de ahí la escasa pertinencia de una traducción que asocie directamente ambos conceptos.

2. *La causación y la negligencia en el sistema anglosajón de Derecho penal*

Una vez precisado con mayor nitidez el objeto de este trabajo, creo conveniente contextualizar las instituciones que lo integran en el marco de los sistemas anglosajones de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual. Comenzando por el primero de ellos, la teoría del delito en el ámbito anglosajón se estructura en torno al aforismo latino *actus non facit reum, nisi mens sit rea*, del que emanan los dos elementos básicos que deben concurrir para considerar penalmente responsable a una persona: el *actus reus* o elemento conductual (*conduct element*) y la *mens rea* o elemento psicológico (*mental element*). En definitiva, para lograr una condena penal, la acusación ha de probar, más allá de toda duda razonable (*beyond reasonable doubt*)

(i) que un sujeto se ha comportado de una forma prohibida por la ley y, en general (ii) que ha tenido respecto de esta conducta una disposición mental (*state of mind*) que el Derecho considera especialmente reprochable (*blameworthy*). Este esquema básico sólo se rompe en el caso de los llamados «delitos de responsabilidad estricta» (*strict liability offences*), que no requieren la concurrencia del segundo de los elementos mencionados.

En ocasiones, el *actus reus* de un crimen requiere no sólo un determinado comportamiento activo u omisivo del autor sino también la producción de un resultado concreto. En estos casos, para que concurra el elemento conductual del delito, ha de probarse –también más allá de toda duda razonable– la existencia de una relación de causación entre tal comportamiento y tal resultado. La causación es, así pues, en el sistema anglosajón de Derecho penal, un elemento del *actus reus* de los delitos de resultado. La negligencia, por su parte, es una de las «disposiciones mentales» que pueden satisfacer el requisito de *mens rea*, junto con la intención (*purpose* o *intent*), el conocimiento (*knowledge*) y la ya mencionada temeridad (*recklessness*). Sin embargo, esta afirmación ha de ser matizada en dos sentidos.

En primer lugar, aunque volveré sobre este punto mucho más extensamente en el segundo apartado de este trabajo, es necesario tener presente desde este momento que la negligencia tiene, en realidad, muy poco que ver con una disposición mental. El criterio que el Derecho penal anglosajón utiliza para apreciar la concurrencia de este elemento del delito es, en efecto, completamente objetivo: una persona obra negligentemente si su conducta, en relación con un riesgo razonablemente apreciable, se sitúa por debajo del estándar exigible a una persona razonable a la luz de dicho riesgo. A diferencia, pues, de la temeridad, la negligencia no requiere que el acusado sea efectivamente consciente de la existencia de un riesgo de que su conducta produzca el resultado típico.

En segundo lugar, hay que señalar que, aunque la negligencia es la *mens rea* de una cantidad nada despreciable de delitos en los ordenamientos anglosajones, la mayoría de ellos son –como el grueso de las *strict liability offences*– infracciones menores, de carácter regulatorio y origen legislativo (*statutory crimes*), de mera actividad, y que llevan normalmente aparejadas sanciones de carácter pecuniario. Los delitos de origen jurisprudencial (*common law crimes*), bien no emplean la negligencia como *mens rea*, como sucede en la mayoría de los casos, o bien cualifican este requisito, exigiendo para la atribución de responsabilidad penal una negligencia particularmente grave. Este es, muy señaladamente, el caso del homicidio gravemente imprudente (*gross negligence manslaughter*). Esta agravación no supone, sin embargo, una alteración cualitativa del juicio básico de negligencia, sino meramente gradual: se exige una desviación especialmente grave respecto del estándar de conducta de la persona razonable, nunca una efectiva percepción por el autor del riesgo de causar la muerte.

3. *La causación y la negligencia en el sistema anglosajón de responsabilidad civil extracontractual*

El sistema de responsabilidad civil extracontractual del *common law* no parte, como el español o el francés, de un principio general según el cual quien negligentemente causa un daño a otro está obligado a repararlo. En el sistema anglosajón, sólo por los daños derivados de la comisión de los ilícitos civiles (*private wrongs*) contemplados como tales por la ley –o, como sucede en la inmensa mayoría de los casos, por la jurisprudencia– pueden quienes los sufren

reclamar una indemnización de quienes los causan. Estos ilícitos civiles son precisamente los *torts* (del latín «*tortus*», «torcido») de los que recibe su nombre la disciplina.

Pero la «tipicidad» de este sistema queda en buena medida relativizada por, al menos, dos factores. El primero es el poder de los tribunales de crear nuevos ilícitos civiles, reconocido de forma prácticamente unánime por la doctrina, en cuya virtud las demandas de indemnización de daños y perjuicios no fundamentadas en ningún *tort* específico no tienen por qué ser, en principio, desestimadas. El segundo, y más importante a los efectos que aquí interesan, es la existencia de un ilícito con un ámbito de aplicación tan amplio que, en la práctica, tiene efectos muy similares a los de una cláusula general de responsabilidad por culpa: el *tort of negligence* (ilícito civil de negligencia).

El ilícito de negligencia es el único *tort* al que presto atención en este trabajo, no sólo por su destacadísima importancia en el conjunto del sistema anglosajón de responsabilidad civil extracontractual sino, sobre todo, por ser el único de los ilícitos civiles amparados por el *common law* que exige la concurrencia cumulativa de los dos elementos objeto de mi investigación: un comportamiento negligente y un daño vinculado a él por una relación de causación. En efecto, para que una demanda de responsabilidad extracontractual con base en el ilícito civil de negligencia sea estimada, el demandante debe probar, como mínimo, que el demandante fue negligente hacia él y que, con este comportamiento negligente, le causó (causación) un daño económicamente evaluable.

4. *Similitudes estructurales: un «esqueleto común» de la responsabilidad por resultados lesivos de conductas negligentes*

El delito negligente de resultado y el ilícito civil de negligencia no son estructuralmente similares únicamente por hecho de incluir la negligencia y la causación como elementos necesarios de sus estructuras de imputación de responsabilidad; el *significado* de estos dos elementos es, además, sustancialmente idéntico en ambos campos. La negligencia penal sólo se diferencia de la civil en términos de grado. De hecho, los manuales de Derecho penal anglosajón suelen prestar una atención muy limitada a la negligencia como *mens rea*, remitiéndose directamente a las obras generales del *Tort Law* para un análisis más pormenorizado de esta institución. Respecto de la causación, la única diferencia relevante entre los órdenes penal y civil es el estándar probatorio: mientras que, en el ámbito penal, como ya señalé, esta relación ha de probarse más allá de toda duda razonable (*beyond reasonable doubt*), en el civil basta con convencer al tribunal de que la probabilidad de que existiera supera a la contraria (*balance of probabilities*). Más allá de esta importante matización procesal, puede afirmarse que los criterios empleados en uno y otro caso por los tribunales para comprobar la concurrencia de este requisito son prácticamente los mismos.

Una diferencia entre ambas ramas podría radicar en el hecho de que la negligencia (*mens rea*) y la causación (*actus reus*) se encuentran en las antípodas de la estructura bipartita de la teoría del delito del *common law*, lo que conduciría, intuitivamente, a pensar que los tribunales valoran la concurrencia de estos requisitos en dos estadios diferenciados: sólo una vez comprobada la existencia de una conducta y un resultado antijurídicos causalmente vinculados debería comenzar a indagarse sobre la disposición mental del autor, y así sucede, en efecto, con carácter general. Sin embargo, las sentencias penales anglosajonas en materia de delitos imprudentes de

resultado son mucho más parecidas a las de responsabilidad civil extracontractual de lo que tal estructura teórica parecería indicar. El mejor ejemplo de ello es, quizás, la sentencia de la *House of Lords* en el caso *R v Adomako* (1995), el *leading case* británico en materia de homicidio gravemente imprudente. La estructura de esta sentencia es la típica de los pronunciamientos judiciales sobre el ilícito civil de negligencia, en los que primero se comprueba el carácter negligente de la conducta del demandado (aquí, el acusado) y, en un segundo estadio, la relación de causación entre esta conducta y el resultado dañoso (la muerte).

En mi opinión, las consideraciones anteriores ofrecen una base suficiente para distinguir, en el ámbito del *common law*, una estructura básica de imputación de responsabilidad por resultados lesivos de conductas negligentes, común a los sistemas de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual. Con esta afirmación, me limito a constatar una similitud estructural entre ambos sistemas: tanto en uno como en otro, para lograr una condena, ha de probarse, como mínimo y en este orden, en los términos que más adelante expondré (i) la existencia de una conducta negligente (ii) una relación de causación entre esta conducta y un resultado lesivo. Por supuesto, este «esqueleto común» se cubre en una y otra rama de elementos completamente diferentes y que responden a sus respectivas particularidades funcionales. Esta es una idea absolutamente fundamental, sobre la que volveré a insistir en la conclusión. La definición de esta estructura común me permite, no obstante, exponer los principios rectores básicos de las instituciones objeto de este trabajo sin necesidad establecer distinciones entre estas dos ramas del *common law* más allá de las estrictamente imprescindibles. Todo lo dicho en los dos apartados siguientes de este trabajo –que se estructuran en torno al «esqueleto común» que acabo de describir– vale, pues, salvo indicación expresa en contrario, tanto para el Derecho penal como para el de la responsabilidad civil extracontractual.

Como, espero, podrá inferirse de las explicaciones que siguen de inmediato, este «esqueleto común» tiene cierto carácter especular: se comporta negligentemente quien se desvía del estándar de conducta de la persona razonable en una situación en la que (*ex ante*) es previsible causar un daño a otro y se imputa a este comportamiento un resultado lesivo sólo en la medida en que éste constituya la materialización (*ex post*) del daño que era previsible causar; la negligencia se define como la infracción (*ex ante*) de un deber de cuidado y sólo se responde (*ex post*) de resultados lesivos comprendidos en el ámbito de protección de este deber. Pero más allá de estos vagos principios generales –importantes, en mi opinión, por mucho que su valor sea más pedagógico que práctico– hay que señalar que la aproximación del Derecho anglosajón a esta materia se basa mucho más en la definición de tópicos para la solución de grupos de casos similares que en la construcción dogmática de conceptos y categorías universalmente aplicables. En este ámbito, los buenos juristas del *common law* evitan de forma muy consciente caer en lo que Lord Goff (1983) llamó extrajudicialmente la «*temptation of elegance*»: la tentación de encontrar una regla, un principio, una idea a la que las soluciones de todos los casos respondan.

III. LA NEGLIGENCIA (*NEGLIGENCE*): EL JUICIO *EX ANTE*

He indicado ya que el juicio de negligencia, tanto en el Derecho penal como en el de la responsabilidad civil extracontractual, es básicamente objetivo. En la clásica formulación de TERRY (1915), «*negligence is conduct, and not a state of mind*»; una conducta que, en los ordenamientos del *common law*, se define en términos de infracción por parte del pretendido autor del daño de

su deber de cuidado respecto de quien lo sufre. Así pues, para establecer la concurrencia de este primer requisito, la acusación (o el demandante) han de probar (i) la existencia de un deber de cuidado (*duty of care*) del acusado/demandado, reconocido por la ley para proteger a la víctima/demandante de un determinado riesgo (ii) la infracción (*breach*) de este deber de cuidado por parte del primero. Al análisis de cada uno de estos elementos dedico, respectivamente, los dos epígrafes en que se divide este apartado.

i. *El deber de cuidado (duty of care)*

La negligencia del *common law* nunca se predica de un comportamiento en abstracto, sino que presupone la existencia de una especial relación entre el autor del resultado dañoso y quien lo padece, en virtud de la cual el primero tiene un deber jurídico de proteger al segundo, precisamente, de tal daño. En palabras de POLLOCK (1929), «*negligence in the air, so to speak, will not do*». Para verificar la existencia de este deber, los tribunales ingleses suelen recurrir hoy a una fórmula general definida por Lord Bridge en la famosa sentencia civil inglesa *Caparo Industries plc v Dickman* (1990) y a la que, por este motivo, suele referirse la doctrina con el nombre de «test *Caparo*». De acuerdo con ella, puede afirmarse en un caso concreto la existencia de un deber de cuidado del demandante hacia el demandado si (i) era (*ex ante*) razonablemente previsible que el demandante sufriría un daño a resultas de la conducta del demandado (ii) existía una relación de proximidad (*proximity*) entre uno y otro, y (iii) es equitativo, justo y razonable (*fair, just and reasonable*), en opinión del tribunal, que la ley imponga tal deber a uno en beneficio del otro.

El tercer elemento de la fórmula conduce a que, en la práctica, los requisitos que deben concurrir para que se considere probada la existencia de una *duty of care* varíen en función de las características de cada supuesto, que condicionan lo que la jurisprudencia considera «equitativo, justo y razonable». Así, en un primer grupo de casos –conductas activas que causan un daño físico a una persona o su propiedad– basta la previsibilidad razonable del daño para que los tribunales consideren también suficientemente acreditada la relación de proximidad a la que se refiere el segundo elemento de la fórmula y aprecien, en consecuencia, la existencia de un deber de cuidado. En otros, por el contrario, es necesario probar la concurrencia de determinadas circunstancias adicionales (v.gr. una relación especialmente estrecha entre quien causa el daño y quien lo padece) para que se estime la concurrencia de este requisito. En este segundo grupo se ubican los casos de conductas omisivas y todos aquellos en los que el resultado dañoso es psíquico, moral o puramente económico (*pure economic loss*).

Un ejemplo paradigmático del potencial que tiene la exigencia de un deber de cuidado para limitar la responsabilidad en el primer grupo de supuestos es el famoso caso estadounidense *Palsgraf v Long Island Railroad Co* (1928). En él, un viajero corría para tratar de subirse a un tren en marcha, propiedad de la compañía de ferrocarriles demandada. Un empleado de la compañía, tratando de ayudarlo a montar, dejó que se cayera a la vía uno de los paquetes del equipaje del viajero. El paquete contenía fuegos artificiales, que estallaron. La explosión provocó la caída de una báscula a muchos metros del andén, provocando lesiones a la demandante, que estaba de pie junto a ella. Por una ajustada mayoría, la *New York Court of Appeals* desestimó la demanda con base en la inexistencia de un deber de cuidado de la demandada para con la demandante: no era razonablemente previsible que la conducta del empleado de la primera pudiera causar un daño a la segunda.

Respecto del segundo grupo de casos, los únicos que, en la práctica, tienen relevancia tanto en el ámbito civil como en el penal –y en este, merece la pena recordarlo, en relación con todo tipo de delitos, y no sólo con los negligentes– son los de comportamientos omisivos. Se trata de una materia enormemente compleja y casuística, amén de muy discutida entre los juristas del *common law*, respecto de la que no puedo aspirar aquí más que a describir sus implicaciones más básicas en relación con el objeto de mi trabajo. La más importante de ellas es el principio de que la mera previsibilidad de que la inacción de un agente cause un daño a otro nunca es suficiente para fundamentar la existencia de un deber de cuidado del primero hacia el segundo. Para ello, deben concurrir circunstancias adicionales de las que se derive un deber jurídico del primero de actuar en un sentido determinado para proteger al segundo de tal daño previsible (una *duty to act*). Las circunstancias de las que pueden emanar estos deberes de actuar coinciden, en líneas generales, con las que en Derecho penal español pueden fundamentar la existencia de una posición de garantía, a los efectos de la comisión por omisión. Por lo demás, una vez establecida la existencia de un deber de actuar, los criterios de imputación de responsabilidad por comportamientos activos y omisivos son absolutamente idénticos, algo sobre lo que volveré a insistir cuando me refiera a la causación.

Mención aparte merecerían, por último, los casos de consentimiento y asunción del riesgo por parte de la víctima, sobre los que, de nuevo, debo limitarme a hacer unas breves consideraciones generales, remitiéndome a la extensa literatura en la materia. Baste señalar aquí que, aunque algunos autores sostienen –con base en la máxima *volenti non fit injuria*– que en esta clase de supuestos debería considerarse que decae ya el deber de cuidado del autor de la conducta «lesiva» frente a quien la consiente y, por consiguiente, la posibilidad de afirmar que el primero comete un ilícito (penal o civil), no parece ser esta la postura de la jurisprudencia. En general, esta trata el consentimiento como una defensa que, en determinadas circunstancias, puede eximir de responsabilidad al autor de un ilícito que se considera, en todo caso, cometido. Se adopte una postura u otra, las importantes diferencias que existen entre el tratamiento penal y civil de esta materia aconsejan, en mi opinión, excluirla del «esqueleto común» de la imputación de responsabilidad al que vengo refiriéndome.

2. *La infracción del deber de cuidado* (breach of duty)

Se considera que un sujeto infringe su deber de cuidado cuando su conducta difiere de la que, en las mismas circunstancias, habría adoptado una persona razonable, o –en la formulación que suelen utilizar la doctrina y la jurisprudencia estadounidenses– cuando con ella crea un riesgo de causar un daño a otros que, teniendo en cuenta todas las circunstancias, puede considerarse irrazonable (*unreasonable risk*). Este es, precisamente, el elemento del juicio de negligencia sobre el que inciden las cualificaciones de esta *mens rea* que, en el Derecho penal del *common law*, suelen introducirse en las definiciones de los delitos. En efecto, como ya tuve ocasión de indicar, cuando se exige para la atribución de responsabilidad penal una negligencia particularmente grave (*gross negligence*), lo que se requiere es una desviación del comportamiento del autor respecto del estándar de conducta de la persona razonable mayor de la que, en general, sería suficiente para fundamentar su responsabilidad civil por el mismo hecho.

El juicio de infracción del deber de cuidado es objetivo en dos sentidos. Al primero de ellos me he referido ya al analizar la diferencia, en el ámbito penal, entre la temeridad (*recklessness*) y la negligencia: esta no exige en absoluto que el agente sea efectivamente consciente del riesgo de

producción del resultado lesivo que entraña su conducta. El segundo de los sentidos en que es objetivo este juicio radica en que parte de un estándar abstracto de comportamiento para el que, en principio, son irrelevantes las peculiares cualidades y características de cada agente concreto: el del hombre razonable de prudencia media (*reasonable man of ordinary prudence*). En efecto, la aplicación de un estándar externo y objetivo para la calificación de una conducta como diligente o negligente ha sido una constante en la jurisprudencia del *common law* desde la sentencia civil inglesa *Vaughan v Menlove* (1837), que continúa siendo el *leading case* en la materia.

No obstante, como ya he señalado, el estándar de diligencia viene dado por la conducta que habría adoptado una persona razonable *en las mismas circunstancias* en las que se encontraba el agente concreto cuyo comportamiento se enjuicia. Esta matización tiene una enorme importancia, en la medida en que la jurisprudencia anglosajona recurre con frecuencia a una interpretación extensiva de estas «circunstancias», como vía para introducir indirectamente elementos subjetivos en el juicio de infracción del deber de cuidado. Muy señaladamente, los conocimientos y capacidades del agente superiores a los del hombre medio suelen tenerse en cuenta para hacer más exigente el estándar de diligencia aplicable a su conducta. En cambio, no tienen normalmente el efecto contrario los conocimientos y capacidades inferiores a la media. Así lo ponen de manifiesto, por ejemplo, los precedentes ingleses de condena a conductores en prácticas por negligencia al volante, tanto en el orden penal como en el civil. Como regla, pues, la prueba de que el agente hizo todo lo que estaba en su mano para evitar el resultado lesivo no es suficiente para excluir la infracción de su deber de cuidado frente a quien lo sufre. Ello sin perjuicio, por supuesto, en el ámbito penal, de la posibilidad de apreciar en estos casos la concurrencia de una causa de exculpación (*excuse*), alegada por el reo como defensa, en la medida en que se cumplan sus presupuestos.

Por lo demás, respecto de la determinación del estándar de diligencia aplicable en cada caso concreto, de la jurisprudencia anglosajona en la materia pueden inducirse, en mi opinión, los siguientes principios básicos:

(i) Con carácter general, este estándar se determina a través de una ponderación (*balance*) de los intereses en juego. Por un lado, han de tenerse en cuenta el valor social del interés protegido por el deber de cuidado, la entidad de la amenaza que para él supone la conducta del agente y la probabilidad *ex ante* de que esta amenaza se materialice en un daño efectivo. Por otro, se han de considerar el valor social del interés que el agente trata de proteger con su conducta y la existencia de alternativas razonables –no demasiado costosas– para su protección.

(ii) En determinados ámbitos, sin embargo, la existencia de normas –jurídicas o no– que imponen determinados estándares de conducta a quienes operan en ellos convierte en innecesarios estos cálculos: al menos en principio, puede afirmarse que la infracción de tales normas supone *per se* una infracción del deber de cuidado debido y, viceversa, que quien adecúa su comportamiento a ellas actúa diligentemente. Entre estas normas se encuentran, por ejemplo, las leyes y reglamentos administrativos que regulan el ejercicio de determinadas actividades (paradigmáticamente, el tráfico rodado) o las normas de la *lex artis* a las que debe ajustarse la actividad de determinados profesionales, con especial relevancia en casos de responsabilidad médica.

(iii) Opera, por último, un «principio de confianza» –al que, sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia del *common law* se refieren con este nombre–, según el cual para cumplir con

el deber de cuidado no es necesario, como regla general, tomar precauciones frente a los posibles fallos de otras personas. Puede confiarse, en este sentido, en que se comportarán adecuadamente. No obstante, como ocurre en Derecho español, este principio queda excluido cuando resulta evidente o hay serios indicios para pensar que el otro no se atenderá adecuadamente a su papel y no opera, tampoco, respecto de personas que padecen de importantes déficits cognitivos (v.gr. niños).

IV. LA CAUSACIÓN (*CAUSATION*): EL JUICIO *EX POST*

Para atribuir al autor de una conducta negligente responsabilidad penal o civil por un resultado lesivo ha de probarse la existencia de una relación de causación entre tal conducta y tal resultado. Como ya señalé, para la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, el juicio de causación consta de dos componentes: una relación fáctica (*factual causation* o *causation in fact*) y una jurídica o de imputación (*legal causation* o *causation in the law*), de forma que, una vez establecido que la conducta negligente del autor ha sido, *de facto*, una de las causas del resultado, los criterios de causación jurídica –vinculados a consideraciones de política jurídica, mucho más que a ninguna concepción científica o filosófica de la causalidad– determinan si, *de iure*, aquel debe ser considerado responsable de tal resultado. Estos dos juicios operan, en este sentido, como «filtros sucesivos» en la imputación del resultado a la conducta negligente.

Aunque he optado por utilizar esta estructura (la dominante) para la explicación de la causación anglosajona –dedicando a cada uno de estos juicios, respectivamente, los dos epígrafes en que se divide este apartado–, probablemente pueda seguir hoy afirmándose, con PROSSER (1971), de esta institución que «[t]here is perhaps nothing in the entire field of law which has called forth more disagreement, or upon which the opinions are in such a welter of confusion». En efecto, una minoría muy cualificada de autores, en buena medida influidos por el clásico *Causation in the Law* de HART y HONORÉ (1959), critican esta construcción bipartita de la causación y adoptan un esquema expositivo diferente. Hay que señalar, en cualquier caso, que la distinción entre causación de hecho y de Derecho tiene, en el *common law*, consecuencias prácticas relativamente escasas: ni los aspectos de las decisiones judiciales que pueden ser revisados por tribunales superiores ni la división de tareas, en su caso, entre juez y jurado se delimitan con base en este criterio.

I. *Causación fáctica (factual causation): el «but for test» y sus correctivos*

Un comportamiento negligente puede ser considerado, de hecho, causa de un resultado, si puede afirmarse que el segundo no habría ocurrido de no ser por (*but for*) el primero. Esta fórmula, conocida como «*but for test*» es la que aplica uniformemente la jurisprudencia anglosajona para verificar la causalidad fáctica que, precisamente por ello, muchos autores denominan también «*but for causation*». El caso que suele citarse para ejemplificar el funcionamiento de este criterio es *R v White* (1910), un supuesto de tentativa de asesinato resuelto por los tribunales ingleses, en el que el acusado envenenó la bebida de la víctima. Esta falleció, tras haber bebido algunos sorbos, de un ataque al corazón que la evidencia médica calificó, sin embargo, como no relacionado en absoluto con el veneno. El tribunal absolvió al reo del asesinato consumado del que se le acusaba aplicando el *but for test*: aunque el acusado no hubiera envenenado la bebida, la víctima habría muerto en cualquier caso, en el mismo momento y de la misma forma.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia anglosajonas identifican a menudo este test con la fórmula de la *condicio sine qua non*, conviene subrayar las diferencias entre ambos, al menos si se parte del significado que se atribuye a esta última en Derecho continental. El *but for test* no se basa en una supresión hipotética de la conducta negligente del autor, sino en una supresión de la *negligencia* misma: no se pregunta qué habría sucedido si el autor no se hubiera comportado como lo hizo, sino cuál habría sido el resultado si el autor hubiera actuado *correctamente*. En este sentido, se parece mucho más a la fórmula continental de la conducta alternativa conforme a Derecho empleada el marco de la imputación objetiva del resultado que a ninguna de las fórmulas que, en estos ordenamientos, se utilizan para verificar la causalidad fáctica conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Es más, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual— como consecuencia del estándar probatorio que se aplica en el orden civil —el *but for test* funciona, de hecho, de forma muy similar al criterio del incremento del riesgo de ROXIN. En definitiva, puede afirmarse que los juristas del *common law* resuelven en sede de causalidad fáctica, problemas que en Derecho continental se abordan, de forma ya prácticamente unánime, en el ámbito de la imputación.

Esto explica, en buena medida, que la doctrina anglosajona apenas haya discutido el problema de la causalidad fáctica en las omisiones. Precisamente porque el *but for test* es, propiamente, un criterio de imputación, se aplica exactamente igual a las conductas omisivas que a las activas. Respecto de las primeras, los tribunales simplemente se preguntan qué habría ocurrido si el agente hubiera actuado en el sentido requerido por su *duty to act*. El *leading case* británico en materia de causalidad fáctica en el ilícito civil de negligencia, *Barnett v Chelsea & Kensington Hospital Management Committee* (1969) es, de hecho, un caso de responsabilidad a título de omisión. En él, un médico de urgencias se negó, negligentemente, a atender a un paciente que acudió al hospital con dolor de estómago y vómitos, remitiéndolo a su médico de cabecera. El paciente se había envenenado accidentalmente con arsénico, y falleció cinco horas más tarde. El tribunal absolvió al médico con el argumento de que el paciente habría muerto en cualquier caso, en el mismo momento y de la misma forma, aunque hubiera recibido tratamiento.

Los problemas a los que conduce el uso de esta fórmula han sido, por lo demás, bien identificados por la jurisprudencia y la doctrina del *common law*. Son, como no podría ser de otra manera, enormemente similares a los que plantea en los ordenamientos continentales el uso de la conducta alternativa conforme a Derecho como fórmula de imputación. El *but for test* falla, en primer lugar, arrojando «falsos negativos», en supuestos de causalidad doble o alternativa y de causalidad hipotética, casos que la doctrina anglosajona agrupa generalmente bajo la rúbrica de la «sobredeterminación» (*overdetermination*). Para solucionar este problema, la jurisprudencia suele recurrir en estos supuestos a la fórmula del «factor sustancial» (*substantial factor*), de acuerdo con la que un comportamiento negligente puede ser considerado, de hecho, causa de un resultado, si ha contribuido de forma no insignificante (*more than negligibly*) a su producción.

Una segunda dificultad plantean, por último, los casos —no tan frecuentes en la jurisprudencia— en los que el agente podría haber adoptado varias conductas alternativas, todas ellas conformes a Derecho, y la fórmula arroja resultados diferentes según se tome como referencia una u otra para su aplicación, dando lugar lo que parte de la doctrina ha denominado un problema de «indeterminación» (*indeterminacy*). Para esta clase de supuestos, la jurisprudencia civil inglesa parece haber desarrollado una regla según la cual la conducta alternativa que debe tenerse en cuenta es la que supone una menor desviación respecto de la efectivamente adoptada por el demandado, un criterio que, a mi juicio, no deja de ser algo arbitrario.

2. *Causación jurídica* (legal causation): *previsibilidad razonable, novus actus interveniens y ámbito de protección del deber de cuidado* (scope of duty)

Un sujeto cuyo comportamiento negligente ha sido calificado como causa (fáctica) de un resultado puede, sin embargo, no ser considerado penal o civilmente responsable de él en virtud de los principios de causación jurídica, que, como ya señalé, operan como un segundo «filtro» en la imputación del resultado a la conducta. En el Derecho anglosajón, el más importante de estos principios es el de previsibilidad razonable (*reasonable foreseeability*): en general, un agente sólo puede ser considerado jurídicamente responsable de los resultados de su comportamiento que suponen la materialización *ex post* del riesgo de causar un daño por él generado. A esta regla general de limitación de la responsabilidad a los resultados «próximos» (*proximate*) de la conducta o los daños «no demasiado remotos» (*not too remote*) derivados de ella responden las denominaciones «*proximate cause*» o «*remoteness of damage*» con las que muchas veces se refiere la doctrina anglosajona a la causación jurídica. En mi opinión, sin embargo, la existencia de otros principios de causación jurídica con un fundamento autónomo respecto del de previsibilidad razonable –a los que enseguida me referiré– aconsejan referirse con estas denominaciones únicamente al primero de estos principios.

La sentencia del *Privy Council* en el caso civil australiano conocido como *The Wagon Mound* (1961) fue la primera en establecer que la previsibilidad razonable de causar un daño no debía ser sólo un criterio para determinar la existencia o no de un deber de cuidado del demandado hacia el demandante, sino también para fijar los límites de la responsabilidad del primero por los daños causados como consecuencia de su eventual infracción de tal deber de cuidado. Los hechos del caso tuvieron lugar en el puerto de Sidney, donde se encontraba amarrado el barco *Wagon Mound*, que la compañía demandada había alquilado para transportar aceite. Durante la carga, sus empleados permitieron negligentemente que parte del aceite se derramara en las aguas del puerto y fluyera hacia un embarcadero, propiedad de los demandantes, en el que se estaban llevando a cabo tareas de reparación de barcos. Como consecuencia de estas labores, saltaron al agua algunas chispas que, de forma absolutamente imprevisible, incendiaron el aceite. El incendio provocó graves daños materiales en el embarcadero, de cuyo resarcimiento fue absuelto el demandado. Aunque el tribunal se apartó expresamente, con esta decisión, del Derecho inglés hasta entonces vigente, esta sentencia fue acogida prácticamente de inmediato como precedente vinculante por la jurisprudencia británica y, en general, por la del resto de países del ámbito anglosajón.

El principio de previsibilidad razonable tiene, sin embargo, una importante excepción en los casos de daños personales: la llamada «*eggshell skull rule*» que opera tanto en el ámbito penal como en el civil. Su nombre deriva de los famosos *dicta* del Juez Kennedy, en el caso *Dulieu v White & Sons*, «*[i]f a man is negligently run over or otherwise injured in his body it is no answer to the sufferer's claim for damages that he would have suffered less injury, or no injury at all, if he had not had an unusually thin skull or an unusually weak heart*». Implica, en este sentido, que las debilidades pre-existentes de quien padece el resultado lesivo, o su especial predisposición a sufrirlo, no pueden servir de base para negar la existencia de una relación de causación jurídica entre tal daño –por imprevisible que sea– y la conducta de quien lo ha provocado. En definitiva, como insistentemente recuerda la jurisprudencia en esta clase de casos, «*the wrongdoer must take the victim as he finds him*».

Mención aparte merecen los supuestos en los que, entre el comportamiento negligente del acusado o demandado y el resultado lesivo se interpone un suceso que «rompe la cadena de causación» (*breaks the chain of causation*). Cuando esto ocurre, la jurisprudencia y la doctrina del *common law* suelen calificar al suceso en cuestión como un «*novus actus interveniens*». La doctrina del *break in the chain* ha dado lugar a una riquísima casuística en la jurisprudencia anglosajona, que sólo puedo aspirar aquí a describir en sus líneas más generales. Tradicionalmente, se ha venido considerando que esta doctrina no es más que el resultado de la aplicación del principio general de previsibilidad razonable a los casos de causación indirecta, una idea que sigue subyaciendo a muchos pronunciamientos judiciales en la materia. Así, suele entenderse que los eventos naturales («*acts of God*») que se interponen entre una conducta negligente y su resultado sólo rompen la cadena jurídica de causación cuando son tan extraordinarios que pueden calificarse como imprevisibles («*freaks of nature*»).

Este es también el principio que tiende a aplicarse en los casos, más frecuentes en la práctica, en los que el suceso que se interpone entre el comportamiento negligente del agente y su resultado es una conducta humana, sea de la propia víctima del daño o de un tercero. En efecto, es pacífico en la jurisprudencia que los comportamientos completamente imprevisibles de estos últimos rompen la cadena de causación, aunque no es en absoluto frecuente que prospere una alegación de este tipo en casos de tratamiento médico defectuoso. Sin embargo, como ha puesto de relieve la doctrina más moderna, no todos los supuestos en los que la jurisprudencia califica una conducta humana como *novus actus interveniens* pueden reconducirse al principio general de previsibilidad razonable. Un buen ejemplo de ello es el caso inglés *R v Kennedy* (2008), en el que el tribunal no consideró penalmente responsable de la muerte por sobredosis de heroína de la víctima a la persona que le había proporcionado la droga, argumentando que el acto «libre, deliberado e informado» de la primera al inyectársela había roto la cadena de causación. En esta clase de supuestos, la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales descansa en consideraciones sobre la justa atribución al ámbito de responsabilidad de las personas de las consecuencias inmediatas de sus decisiones conscientes y voluntarias, con independencia de que la toma de estas decisiones sea o no razonablemente previsible para el acusado o demandado.

El último de los principios de causación jurídica en el *common law* al que considero necesario hacer una breve referencia en este trabajo es el del ámbito de protección del deber de cuidado (*scope of duty*), un criterio prácticamente idéntico al del fin de protección de la norma de cuidado que opera, en el Derecho continental, en el marco de la imputación objetiva del resultado. El célebre caso civil británico *Gorris v Scott* (1874) ilustra perfectamente su funcionamiento. En él, el demandante había contratado al demandado para transportar sus ovejas por mar a un puerto extranjero. La normativa sanitaria vigente en la época imponía que, en esta clase de operaciones, los animales fueran transportados en jaulas, precaución que no fue adoptada por el demandado. En el trayecto, una ola golpeó el barco, arrastrando al mar a todas las ovejas, algo que sin duda no habría ocurrido de haber estado éstas enjauladas. El tribunal, sin embargo, desestimó la demanda de daños interpuesta por el demandante: en el resultado lesivo se había materializado un riesgo distinto al que trataba de prevenir la norma administrativa incumplida, que no era otro que el contagio de enfermedades. El principio es especialmente relevante en supuestos, como este, en los que el juicio de negligencia se fundamenta en la infracción de leyes y reglamentos administrativos que regulan el ejercicio de determinadas actividades, aunque su ámbito de aplicación no se limita a este grupo de casos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: DIFERENCIAS FUNCIONALES; SIMILITUDES ESTRUCTURALES

El Derecho penal y el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual cumplen, en los ordenamientos jurídicos del *common law*, funciones muy diferentes. Cuando se atribuye responsabilidad penal a un sujeto por el daño que, negligentemente, causa a otro, se le *castiga*; cuando la responsabilidad que se le atribuye es civil se trata, por el contrario, de *compensar* a quien ha sufrido este daño. Ciertamente, el carácter cuasi-típico del sistema de *torts* anglosajón y el reconocimiento de la figura de los daños punitivos en muchas de estas jurisdicciones son elementos que han conducido a gran parte de la doctrina, a matizar –en algunos casos hasta prácticamente hacerlas desaparecer– las diferencias funcionales entre ambas ramas. Ello no ha impedido, empero, que los juristas anglosajones estén todavía mayoritariamente de acuerdo en que la responsabilidad civil extracontractual es, al menos predominantemente, un sistema de compensación de daños destinado a lograr una distribución social justa de los costes de la convivencia, una finalidad muy diferente de la principalmente preventivo-general (*deterrence*) que se suele atribuir a la pena.

Estas importantes diferencias funcionales se traducen en principios e instituciones también muy diferentes en una y otra rama, muchos de los cuales inciden sobre la atribución de responsabilidad por resultados lesivos a título de negligencia. A lo largo de mi exposición, he tenido ocasión de referirme –sin ánimo de exhaustividad– a algunos de ellos. En primer lugar, la existencia de diferentes estándares probatorios en Derecho penal y en Derecho civil permite que, incluso partiendo de la base de unos mismos hechos y de unos mismos requisitos jurídico-materiales para la mencionada atribución de responsabilidad, un sujeto sea absuelto en el primero de los órdenes y condenado en el segundo. Por otro lado, ya en el plano sustantivo, las exigencias que del principio de culpabilidad (*principle of responsibility*) se derivan para el Derecho penal, y no, en cambio para el Derecho civil, permiten fundamentar, en el primero de estos ámbitos, absoluciones basadas en causas de exculpación que, sin embargo, no operan en el segundo. He hecho, por último, una brevísima alusión al diferente tratamiento que se hace del consentimiento y la asunción del riesgo por parte de la víctima del daño en uno y otro orden.

Lo que he tratado de transmitir en este trabajo es que, sin perjuicio de estas particularidades, existe, en el *common law*, una estructura básica de imputación de responsabilidad por resultados lesivos de actos negligentes que es común a los sistemas de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual. Este «esqueleto común» consta de dos juicios, ambos de carácter básicamente objetivo: un juicio *ex ante* de negligencia y un juicio *ex post* de causación, cuyos componentes son sustancialmente idénticos en una y otra rama del Derecho. Intuyo que esta estructura –basada mucho más en tópicos aplicables a grupos de casos más o menos bien definidos que en un sistema perfecto– cumple, en los ordenamientos jurídicos anglosajones, funciones muy similares a las que desempeña, en los continentales, la teoría de la imputación objetiva desarrollada por los penalistas. La contrastación de esta hipótesis (que relego a una investigación posterior) contribuiría, sin duda, a clarificar lo que de similares y de diferentes tienen, en el Derecho español, los sistemas de Derecho penal y de responsabilidad civil extracontractual.

BIBLIOGRAFÍA

- DUBBER, Marcus D. *Criminal Law: Model Penal Code*. 1ª ed. Nueva York: Foundation Press, 2002.
- DUFF, R. Antony. «Torts, crimes and vindication: whose wrong is it?». En DYSON, Matthew (ed.). *Unravelling Tort and Crime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 146 y ss.
- FLEMING, John G. *The Law of Torts*. 6ª ed. Sidney: The Law Book Company, 1983.
- GOFF, Robert. «The search for principle». *Proceedings of the British Academy*, 1983, vol. 69: pp. 169 y ss.
- GOUDKAMP, James. «Defences in tort and crime». En DYSON, Matthew (ed.). *Unravelling Tort and Crime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 208 y ss.
- GREEN, Sarah. *Causation in Negligence*. 1ª ed. Oxford: Hart Publishing, 2015.
- HART, Herbert L. A. y HONORÉ, Anthony M. *Causation in the Law*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1959.
- HERRING, Jonathan. *Criminal Law. Text, Cases and Materials*. 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Trad. de CANCIO MELIÁ, Manuel. 1ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014.
- LaFAVE, Wayne R. *Criminal Law*. 5ª ed. Saint Paul: West: Hornbook Series, 2010.
- MARKESINIS, Basil S. y DEAKIN, Simon F. *Tort Law*. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- McBRIDE, Nicholas J. y BAGSHAW, Roderick. *Tort Law*. 4ª ed. Harlow: Pearson, 2012.
- MOORE, Michael S. *Causation and Responsibility*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando. «Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación». En AA. VV. *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1989, pp. 1561 y ss.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. «Tipicidad en los delitos activos: tipo objetivo». En MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coord.). *Memento Práctico Penal 2015*. Madrid: Francis Lefebvre, 2015, pp. 141 y ss.
- . «Tipicidad en los delitos omisivos». En MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (coord.). *Memento Práctico Penal 2015*. Madrid: Francis Lefebvre, 2015, pp. 163 y ss.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del «Common Law»*. 1ª ed. Granada: Comares, 2002.
- POLLOCK, Frederick. *The Law of Torts: A Treatise on the Principles of Obligations arising from Civil Wrongs in the Common Law*. 13ª ed. Londres: Stevens and Sons, 1929.
- PROSSER, William L. *Law of Torts*. 4ª ed. Saint Paul: West: Hornbook Series, 1971.
- ROGERS, W. V. Horton. *Winfield & Jolowicz on Tort*. 17ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2006.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. de la 2ª ed. alemana y notas por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y DE VICENTE REMESAL, Javier. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1997.
- SIMONS, Kenneth W. «Consent and assumption of risk in tort and criminal law». En DYSON, Matthew (ed.). *Unravelling Tort and Crime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 330 y ss.
- SPRAU, Hartwig. *Titel 27. Unerlaubte Handlungen*. En AA. VV., *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. 72ª ed. Múnich: C. H. Beck, 2013, pp. 1312 y ss.
- STEEL, Sandy. «Causation in tort law and criminal law: unity or divergence?». En DYSON, Matthew (ed.). *Unravelling Tort and Crime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 239 y ss.
- TERRY, Henry T. «Negligence». *Harvard Law Review*, 1915, vol. 29: pp. 40 y ss.
- WRIGHT, Richard W. «Causation in tort law». *California Law Review*, 1985, vol. 73: pp. 1735 y ss.

Redefinición de las relaciones entre dolo y culpa: el ocaso de la delimitación dolo eventual-culpa consciente

JOSE F. BUSTAMANTE REQUENA (Perú)

Investigador Práctico, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, Perú¹

RESUMEN: La distinción entre dolo eventual y culpa consciente, es un tema que la doctrina discute hace más de 150 años, a consecuencia de ello existe gran cantidad de monografías y tesis doctorales así como artículos para distinguir estos componentes del aspecto subjetivo del delito. En esta oportunidad desde un enfoque distinto proponemos como solución, la inclusión de una categoría intermedia entre dolo y culpa, por los grandes inconvenientes que se generan a nivel teórico y práctico. Llegar a dicha propuesta implicará realizar una revisión a la llamada Doctrina del Doble Efecto para así aproximarnos a un concepto general de dolo y culpa, lógicamente que en ese ínterin se hará empleo de varios puntos de vista, según los diversos objetivos que indirectamente surgen como son: dogmáticos, prácticos, pedagógicos y polémicos.

Palabras clave: dolo eventual, culpa consciente, representación, doble efecto, voluntad, previsión.

ABSTRACT: The distinction between possible fraud and conscious fault, is a topic that the doctrine discusses more than 150 years ago, as a consequence of it there exists large number of monographs and doctoral theses as well as articles to distinguish these components of the subjective aspect of the crime. In this opportunity from a different approach we propose like solution, the inclusion of an intermediate category between fraud and fault, for the big disadvantages that are generated at theoretical and practical level. To come to the above mentioned proposal was implying realizing a review to the called Doctrine of the Double Effect this way it was coming closer a general concept of fraud and fault, logically that in this acting person will do employment of several points of view to himself, according to the diverse targets that by implication arise as they are: dogmatic, practical, pedagogic and polemic.

¹ Abogado por la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión- Huaura. Asistente Administrativo en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura.

Key words: possible fraud, conscious fault, representation, double effect, will, forecast.

Sumario: I. Evolución de la doctrina del dolo eventual. 1.1 Las Formas de Dolo. 1.2 Las formas de dolo. 1.3 Las consecuencias secundarias de la acción. 1.4 Del merecimiento de pena, sentimiento de justicia y proporcionalidad. II. ¿Por qué tantas teorías delimitadoras? 2.1 ¿Cómo llegamos a la delimitación? 2.2 Las teorías delimitadoras. 2.3 El discurso de la prueba del dolo en el proceso. III. Fundamentos para un concepto general de dolo y culpa. 3.1 Fundamentos Filosóficos. a) Lo Ontológico y lo Normativo en el dolo. Balance Provisorio. b) la Doctrina del Doble Efecto. Concepto y Fundamento. b.1) Condiciones del Doble Efecto. b.2) Críticas a la doctrina del doble efecto. 3.2 Fundamentos Psicológicos. a) El concepto de intención. b) La relevancia de la distinción entre intención y previsión. c) El contenido del dolo y la culpa. 3.3 Fundamentos Axiológicos. a) El Derecho Penal Liberal. IV. ¿Redefinición de las relaciones entre dolo y culpa? 4.1 De la terminología empleada.

I. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL DOLO EVENTUAL

1.1. *Las Formas de dolo*

Según los planteamientos dominantes, se admiten tres formas de concurrencia de realización dolosa de un comportamiento penal. La doctrina suele hablar en situaciones de **dolo directo** en el que concurrirían de modo inequívoco dos elementos el conocimiento y la voluntad para la realización del hecho, por ejemplo: quien coge el hacha con una determinada presión y la descarga sobre el cuerpo de su víctima con intención de matarla.

Ahora bien hay supuestos en que el agente quiere el resultado principal por ejemplo matar al dueño de un edificio con una bomba pero su accionar generaría consecuencias que se hayan unidas al objetivo, producto del estallido morirán los inquilinos de las inmediaciones a esto se llama **dolo indirecto o dolo de consecuencias necesarias**. Una tercera forma de dolo, aparecería ante la posibilidad de que se produzca un determinado resultado, en que el agente se representaría lo peligroso de su accionar, pero este aprobaría o aceptaría, la producción del mismo, esto se hace llamar **dolo eventual**.

El problema que se presenta, sería que la definición del dolo, como conocimiento y voluntad, quedaría de lado, por ello no faltan autores que forzando la figura afirman que lo querido también sería lo que autor tomaría a su cargo con su intención, en otras palabras sería querida dolosamente la parte del hecho pensada como posible y muy especialmente el resultado pensado como tal, en tanto que el autor lo ha tomado a su cargo con su acción². Debemos decir que no todos los autores están de acuerdo con la idea que partiendo de la definición de dolo como saber y querer, pueda afirmarse que en el caso del dolo de segundo grado, así como en el eventual, concurren ambos elementos, pues el autor no ambicionaría el resultado en el sentido auténtico de la palabra *querer*³.

² MEZGER, Edmund. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Trad. de Conrado A. Finzi. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1968, p. 109.

³ ZIELINSKI, Diethart. *AK-StGB* 15-16, n.º marg. 27.

Ahora bien la existencia de tres modalidades de dolo –explicadas– es algo que pocos parecen dispuestos a poner en tela de juicio⁴. Sin embargo hay que decir que esta tripartición es obra únicamente de la elaboración doctrinal y no gozaría de ningún fundamento legal explícito. A continuación analizaremos algunos aspectos que tienen incidencia directa con la problemática del dolo eventual y la culpa consciente.

1.2. *El Principio de Legalidad*

El Código Penal Peruano señala en el artículo 110, lo siguiente: son delitos y faltas, las acciones u omisiones, **dolosos o culposos** penadas por Ley. Lo anterior quiere decir que un reproche de culpabilidad sólo tiene lugar si se realiza con dolo o con culpa, no existiendo lugar para una tercera forma de imputación subjetiva, *tertium genus non datur*.

La norma no brinda criterio alguno que permita una diferenciación, ni señala cuales son los componentes del dolo ni de la culpa y sin embargo la forma de la diferenciación tiene una significación decisiva y fundamental para los fines de la reglamentación y apreciación de las correspondientes relaciones de la vida humana⁵. ROXIN con una idea muy cierta ha señalado que la definición de los elementos generales del delito no es tarea del Legislador sino de la Ciencia⁶ y he allí quizás el origen de todas las controversias; sin todavía responder la afirmación de dicho autor, es necesario preguntarse: **¿Es posible que pueda encontrarse una explicación para un Tribunal en que los hechos no merezcan ni una pena tan grave, ni una tan leve como las que se imponen para dolo y culpa, pero por los dictados del Principio de Legalidad, se halle dicho Tribunal obligado a optar entre solo una de esas dos figuras?**

Se sabe que el Principio de Legalidad prohíbe castigar una conducta determinada por algo diferente, y que cualquier forma de subjetividad que pudiera existir deberá tipificarse en aquello que señale la norma; ahora bien para un sistema en que solo existen dos categorías, **¿Cómo darle solución a supuestos donde no está tan clara la intención del agente (dolo), o por otro lado este no ha sido del todo descuidado (culpa)?** Al parecer las dificultades surgen de la manifiesta heterogeneidad de las diferentes situaciones que calificamos a título de dolo eventual y el desmedido afán por castigar de manera más grave este tipo de conductas. A su vez podemos preguntarnos **¿Existe un conjunto de caracteres distintivos en todas las situaciones dolosas o bien por el contrario ellas sólo exhiben un cierto parecido de familia?** Sobre esto Hart nos decía que con frecuencia los teóricos intentan mostrar que una cierta clase de fenómenos exhiben una estructura común, añadiendo que los fenómenos que se analizan, no siempre tienen las características de pertenecer a un solo grupo y que los teóricos no siempre están dispuestos reconocer esa diversidad, sino que por el contrario tienden a modificar los significados consolidados de nuestras redes conceptuales (amplían –en este caso– el alcance de los conceptos) para conservar esa ilusión de homogeneidad⁷. Probablemente el esfuerzo por descifrar las claves del

⁴ PUPPE abandona la tripartición, en *NK*, 15 n.º marg. 155; un abandono más o menos tácito puede apreciarse en SCHMIDHAUSER, *JuS*, 1980, p. 250, quien distingue entre supuestos de conciencia segura o insegura.

⁵ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Libro de Estudio...* op. cit. p. 301.

⁶ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Hamurabbi. Argentina. 1974. p.10.

⁷ HART, Herbert. *El Concepto de Derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1968. pp. 215 y ss.

dolo para lograr encontrar la homogeneidad de fenómenos, sólo pueda lograrse deformando nuestras intuiciones sobre el modo en que funciona el Derecho⁸ incurriendo en lo que se conoce como «tergiversación de la realidad».

1.3. *Las consecuencias secundarias de la acción*

Debido a las limitaciones del obrar, el hombre se halla a menudo enfrentado ante la situación de conseguir un determinado fin, pero se da cuenta que la acción por la cual pretende alcanzarlo, producirá o podrá producir algún efecto colateral. Por ejemplo:

«Un incendiario quiere quemar una casa determinada, y piensa que el incendio podría alcanzar a las casas vecinas, porque es evidente que el incendio tiende a propagarse, sin embargo lleva a cabo su acción, como efectivamente sucede, quemando en total cuatro casas más»

Hay que señalar que numerosos casos como el descrito, son de aparición recurrente en la praxis, para un sector de la dogmática el que se realice una acción con intención, de la cual surgiría una consecuencia cuya posibilidad o probabilidad, estaría pensada de antemano, de ninguna manera nos puede llevar a la afirmación que la intención, también se habría dirigido a dicha consecuencia producida, pues del hecho que el agente prevea la consecuencia como posible y a pesar de eso no omita su acción, no se sigue aun en absoluto que el agente haya querido la consecuencia. De otra idea son muchos autores para quienes el nexo final estaría comandado por la dirección hacia un objetivo apetecido; pero este nexo no comprendería solo el logro del fin mismo, sino todo el curso causal puesto en movimiento por la acción⁹. Por ello normalmente la voluntad de realizar un delito, puede abarcar no solo el fin, sino también los medios y las consecuencias, lo que quiere decir que si alguien obra a la vista de efectos reconocidos como necesarios o incluso solo como posibles, entonces tales efectos no son causados en modo alguno ciegamente, sino que son incluidos en la supradeterminación aunque no hayan sido queridos¹⁰. Somos de la idea que se debería dejar fuera del ámbito doloso, toda consecuencia que no hubiera sido querida o solo representada¹¹ pues no debemos olvidar que dichas consecuencias están asumidas en su mayoría de veces resignadamente¹² por el agente y no son objeto de la voluntad o intención.

1.4. *Del merecimiento de pena, sentimiento de justicia y proporcionalidad*

A nivel de practico pese a las elaboraciones y avances dogmáticos que se llevan hechos en los últimos años destinados a hacer más adecuada y previsible la aplicación de la pena para un

⁸ *Ibidem*.

⁹ KAUFMANN, Armin. *La estructura del dolo eventual*. Traducción de R.F. Suarez. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. España. 1960, p. 186.

¹⁰ *Ibidem*

¹¹ VON BAR. «Dolus eventualis?». *ZStW*, 18 (1989), p. 558. Igualmente en contra de la ampliación del dolo mas allá de la estricta voluntad, LIEPMANN. *Die reform*, p. 79.

¹² ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 6 Ed. Marcial Pons. España. 1998, p. 87.

hecho, hay muchísimos aspectos por los que la arbitrariedad¹³ así como el punitivismo encuentra lugar y qué duda cabe en esta figura del dolo eventual se encuentra gran parte de dicha afirmación. La pregunta en concreto es **¿Que hace merecer al dolo eventual la misma pena que las otras formas de dolo?**, una respuesta tentativa implica previamente analizar el concepto de merecimiento de pena y sentimiento de justicia, lo mismo que la idea de proporcionalidad. La expresión *merecimiento de pena*, es equívoca y algo confusa, muestra de ello es que ni en la dogmática alemana hay unanimidad en la definición de sus contornos, ni en su diferenciación de otras categorías que mantienen mucha similitud¹⁴. Suele afirmarse que la inclinación hacia la solución por dolo eventual tendría sustento, en que de ser diferente, socialmente resultaría *inadecuado* castigar al agente como autor culposo debido a la baja penalidad que el Código Penal le asociaría a ciertos tipos penales, lo que quiere decir que el trasfondo de la problemática existe una idea de justicia¹⁵ más ligada a la idea de retribución, algo encubierta, ya que no se afirma expresamente, sino vía rodeo de palabras. Usualmente se afirma que aunque en el dolo eventual no aparecería nítidamente la voluntad del autor respecto del resultado, se ha dicho que un castigo por culpa se consideraría insuficiente, ello nos hace preguntarnos **¿Para quién la gravedad de este tipo de hechos debe ser merecedora de más pena y por consiguiente castigo? ¿Para el Juez, para el Fiscal, para las víctimas, o para la comunidad en general? ¿Se puede o debe hacer dogmática desde el sentimiento de justicia?**

Si vamos directo a nuestra problemática en el fondo la Teoría del Dolo Eventual habría surgido para tratar de incluir en el ámbito del dolo, una serie de casos que no se adaptarían fácilmente a los elementos conceptuales del mismo, pero que el sentimiento de justicia considera deben ser tratados con la misma severidad que el dolo directo¹⁶. La pregunta sería **¿se debe hacer dogmática desde el sentimiento de justicia?** Una idea interesante y que debería ser muy tenida en cuenta proviene de NAUCKE cuando afirma que la función del penalista (jurista, intérprete también Juez o Fiscal) sería tomar distancia de su propio sentimiento jurídico¹⁷ para de esta forma efectuar un análisis desapasionado libre de tentaciones carentes de reglas y principios firmes. Ahora si regresamos a la idea de merecimiento de pena JAKOBS es de otra idea y señala que para el caso del dolo, la punición y el merecimiento de pena responderían a otras razones, ya que no existiría ninguna graduación, en el sentido de que al ocasionar una consecuencia principal debería corresponder una culpabilidad más grave «*ceteris paribus*» que al ocasionar una

¹³ Lo arbitrario sería aquello que dependería de la voluntad de quien tiene que decidir, de manera que lo que decida no sería objeto de un control y crítica. En los casos de dolo eventual-culpa consciente serían en su mayoría sentencias *sentimentales*, debido a la creencia de atender el criterio *de justicia*, sobre esto HASSE MER explica que las consecuencias que jurídicamente derivan de la apreciación del contenido subjetivo diverso de las conductas, en *Fundamentos del Derecho penal*. Bosch. Barcelona. 1989, pp. 273 y ss.

¹⁴ LUZÓN PEÑA, Diego. *La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVI. España. 1993, p. 21.

¹⁵ DÍAZ PITA, María. *El dolo eventual*. Rubinzal Culzoni. Argentina. 2010, pp. 10 y ss

¹⁶ MUÑOZ CONDE, en el «Prólogo» a la obra de Díaz Pita, María. *El dolo eventual...* op. cit., p. 13. En el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Homicidio con dolo eventual o imprudente*, en Poder Judicial, 10 (Consejo General del Poder Judicial, 1988), pp. 125-136, considera que el problema básico del dolo eventual no es de carácter dogmático en primer término, sino político criminal.

¹⁷ NAUCKE, Wolfgang. *Derecho penal. Una introducción*. Traducción de la 10 ed. Alemana por Leonardo German Brond. Astrea. Buenos Aires. 2006, p. 3.

consecuencia secundaria¹⁸ JESCHECK –perspectiva que admitimos– sostiene que el contenido del injusto del dolo eventual es menor al de las otras modalidades de dolo, porque en él la lesión del bien jurídico ni se ambicionaría ni se prevería como segura¹⁹. Sobre esta diferenciación entre dolo y culpa, es lógico que no se pueden equiparar penalmente los reproches para ambas categorías, ya sea mediante fundamentación intuitiva o normativa, esta es cuestión evidente, por otro lado al interior de las especies dolosas se debería proceder del mismo modo, pero hemos en la práctica que ello no es así. Lo que debería importar no debería ser la terminología empleada, es decir de que al ser todas formas dolosas, deban recibir la misma penalidad, sino que debería tomarse en consideración el grado de injusto realizado, pues resulta lógico que **el agente que guió su acción a la búsqueda de un resultado esperado por él, no podría tener la misma pena que aquel que solo previo que su acción generaría una determinada consecuencia, nos preguntamos ¿Qué concepto de justicia, o de pro-porcionalidad se está manejando cuando la pena aplicable es la misma para las diferentes formas de dolo?**

II. ¿POR QUÉ TANTAS TEORÍAS DELIMITADORAS?

La problemática entre dolo eventual y culpa consciente –de extraordinaria importancia en el plano práctico– presenta un extenso y pronunciado debate que continua sin interrupciones hasta nuestros días²⁰. En las últimas décadas se han propuesto numerosas teorías²¹ basadas en las más variadas expresiones e ideas para identificar los fenómenos psíquicos que, supuestamente, deben permitir distinguir ambas figuras, pero la mayoría de las posturas han acabado quedando atascadas entre las teorías de la voluntad y de la representación²² **¿Cómo explicar esta situación?; ¿cómo es posible que en un problema generalmente considerado de gran importancia teórica y práctica, presente soluciones tan dispares?**²³. Para Roxin pese a las diferencias dogmáticas y terminológicas, las distintas teorías acaban produciendo resultados sorprendentemente similares²⁴. Es cierto que en la mayor parte de los casos el sentido común acaba produciendo soluciones parecidas, pero más que a la bondad o igualdad de las propuestas

¹⁸ JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª edición. Editorial Marcial Pons. España. 1995, p. 316.

¹⁹ JESCHECK, Hans. *Wolf-FS*, p. 482.

²⁰ CANESTRARI, Stefano. «La estructura del dolus eventuales la distinción entre dolo eventual y culpa consciente: frente a la nueva fenomenología del riesgo». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, n.º 13 (2004), pp. 81-133, también reproduce la idea RAGUEZ I VALLES, Ramón. *La de-terminación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. España. 1996. pp. 795 y ss.

²¹ SCHMIDHAUSER, ha señalado que resulta insensato hacer pasar como una teoría a cada una de las opiniones que contienen un criterio distinto de delimitación, sin embargo está mala costumbre se ha impuesto hoy y al parecer la razón de ello quizá sea que todos los autores desean obtener el triunfo con su criterio o por lo menos llamar la atención a través de hacerlo pasar (al criterio) como una nueva teoría véase STRUENSEE, Eberhard. *Consideraciones sobre el dolo eventual*. Traducción de Alejandro Kiss, Corte Penal Internacional, Legal Officer, Revista para el Análisis del Derecho InDret 2009, p. 3.

²² RAGUEZ I VALLES, Ramón, «De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico», *Revista para el análisis del Derecho InDret*, 2012, p. 1.

²³ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *La Cuadratura del Dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal*. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 1.

²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de Manuel Luzón Peña y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas. Año 1997, p. 61.

seguramente esto se debe a que al final nadie extrae las consecuencias que su planteamiento se propone²⁵. Stratenwerth, ha señalado que es dudoso como se debe delimitar con precisión un dolo de esa naturaleza –eventual– de la culpa consciente²⁶ para el citado profesor de Basilea, ya en 1959 la discusión llevaba tiempo dando vueltas sobre sí misma²⁷. Dicha situación en forma gráfica en su momento le sirvió también a SCHMIDHAUSER para afirmar que la delimitación, se encontraba en un *callejón sin salida*²⁸ Entonces:

¿Cómo explicar esta situación?; ¿cómo es posible que en un problema generalmente considerado de gran importancia teórica y práctica, con aproximadamente 150 años, presente soluciones tan dispares?²⁹

2.1. ¿Cómo llegamos a la delimitación?

De hace larga data la gran mayoría de teorías se agrupan en dos grandes grupos *la teoría de la voluntad*, y *la teoría de la representación*, y ese ha sido el principal debate en años anteriores. Actualmente ya la doctrina dominante, fundamenta la existencia de una situación de intensidad, de escalonamiento y de progresión de más a menos o viceversa en el conocimiento de una determinada situación de peligro existente, que marcaría la elección por dolo eventual y no por culpa consciente. Se suma además la tendencia que señala que el problema del aspecto probatorio del dolo, o mejor dicho la verificación del mismo en el proceso penal, básicamente el componente volitivo, plantearía numerosos problemas, derivados de su carácter subjetivo, lo que llevaría a muchos a intentar relativizar, hasta hacer desaparecer, su carácter integrante del dolo. A continuación abordaré las posturas delimitadoras, lo mismo que el problemático tema de la legitimidad de los conceptos penales desde el aspecto de la prueba.

a) *Las teorías delimitadoras*³⁰

De hace larga data la gran mayoría de teorías se agrupan en dos grandes grupos, un primer grupo presente en *la teoría de la voluntad*, y en especial la del consentimiento, aceptando que el dolo no se edifica sólo sobre un único atributo, el conocimiento sino sobre dos, conocimiento y voluntad, solo así se podría establecer un límite categorial preciso: **a un lado dolo, al otro la culpa**, sin embargo la voluntad analizada en el dolo eventual distaría de ser una auténtica voluntad pues se definiría bajo los términos del «conformarse», «contar con», «aceptar la posibilidad» o «aprobar» en pocas palabras a las teorías volitivas se les acusa de transformar al elemento volitivo en un sucedáneo emocional. KINDHAUSER ha afirmado en su crítica a las

²⁵ MOLINA FERNANDEZ, Fernando. *La cuadratura...* op. cit., p. 1.

²⁶ STRATENWERTH, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. El Hecho Punible*. Editorial Hammurabi. Argentina. 1999. p. 52.

²⁷ STRATENWERTH, Gunther. «Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit», *ZStW* (71), 1959, p. 52.

²⁸ SCHMIDHAUSER, Eberhard. *JuS*, 1986, p. 249.

²⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *La Cuadratura del Dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal*. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2007, p. 1.

³⁰ Para un análisis más exhaustivo de las teorías del dolo, véase ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* op. cit., DIAZ PITA. *El dolo eventual...*, op. cit., ZUGALDIA ESPINAR, José. «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. España. 1986, pp. 395-422.

teorías de la voluntad y en especial sobre la teoría de la aprobación, señalando que «Aprobar» no es una actitud psíquica que pueda lentamente intensificarse hasta convertirse en voluntad, además esta expresión, bien entendida contendría una referencia a un tercero: se «aprueba», se está de acuerdo con y se consiente la acción de otro, pero no la propia acción, nadie, en el sentido normal y natural de la palabra, aprueba sus comportamientos o está de acuerdo con ellos, así por ejemplo: uno se conforma con que su hija no se case con otra persona de acuerdo a su condición social o que el adversario no gane las elecciones políticas, pero uno no se conforma con algo que él mismo ha realizado³¹.

En un segundo grupo tenemos a la *teoría de la representación* y la más extendida la de la probabilidad, estas defienden que el único elemento es el conocimiento, aceptando que hay un nivel de conocimiento más alto entre una categoría y otra que marcaría la diferencia: «el conocimiento del peligro concreto y altamente probable de la acción. Conforme a esta forma de ver las cosas, o hay conocimiento alto del peligro, dolo, o no lo hay de manera lejana o posible, culpa. El dolo, por lo tanto, sólo dependería del conocimiento del autor de la peligrosidad concreta de la realización del tipo»³². Otras recientes alambicadas elaboraciones, son la teoría de la «asunción de los elementos del injusto» de Schrost, la teoría del «peligro no cubierto o asegurado» de HERZBERG, «la no improbable producción del resultado y la habituación al riesgo» de JAKOBS, así como la teoría de «la decisión en contra de los bienes jurídicos» de ROXIN y HASSEMER y las teorías combinadas. Ninguna de ellas exenta de crítica.

b) *El discurso de la prueba del dolo en el proceso penal*

Quien defiende como idea central para distinguir dolo eventual de culpa consciente ¿un elemento común único?: **el conocimiento de lo peligroso de la acción para producir determinado resultado**³³. Tiene un porqué, y sería por entender que el aspecto voluntario del dolo «querer» plantearía numerosos problemas, derivados de su carácter subjetivo lo que dificultaría su probanza en el proceso penal, traduciéndose ello en la praxis, que conceptos teóricamente muy amplios de dolo (conocimiento + voluntad sobretodo este último) conducirían a un menor número de condenas por delito doloso^{34 35}.

Este conjunto de ideas sobre la aplicabilidad de los conceptos penales, buscarían señalar entre otras cosas que, la tarea de una ciencia práctica como la Ciencia del Derecho Penal sería crear conceptos *adecuados* para su aplicación³⁶ pues no tendría razón de ser un concepto jurídico, sino explicitara método alguno para probar su concurrencia, ante un tribunal³⁷. Este planteamiento es repetido por aquellos que entienden que la calidad de una teoría jurídico penal se analizaría en dos momentos: uno en que se utilizarían criterios inmanentes al Derecho Penal y en segundo lugar en que deben probarse sus consecuencias a nivel procesal, incluso los

³¹ KINDHAUSER, 1984, p. 23, en DÍAZ PITA. *El dolo eventual...* op. cit., pp. 333 y ss.

³² BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal parte general*. Editorial Hammurabi. Argentina. 1999, p. 320.

³³ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *La cuadratura...*, op. cit. p. 15.

³⁴ Ibidem.

³⁵ PETERS. *Gesprach und briefwechsel zur methode der tatsachenerckents. Klug-FS*. Vol. II. Colonia. 1983, p. 548 «la figura del dolo eventual sirve para superar un buen número de casos los problemas de prueba del dolo».

³⁶ FRISCH, Wolfgang. *K Meyer-GS*, p. 547.

³⁷ PUPPE, Ingeborg. *NK 15*, n° marg. 60.

más acérrimos defensores de esta forma de concebir la problemática, desechan las posturas que intentan –desde sus premisas– redefinir el dolo o buscar una solución a la problemática, con el argumento, de que tal o cual teoría *no explicita* criterios para pasar la prueba. Ello nos hace preguntarnos **¿El concepto debería ser elaborado en función a las dificultades que arroje el mundo de la acreditación?** Creo que el problema pasa por establecer una adecuada distinción entre concepto y prueba y no malinterpretar las relaciones existentes entre ambas áreas del Derecho, en todo caso se ha perdido un poco la atención en que sus funciones están una a continuación de otra. SCHMIDHAUSER quien ya hace mucho tiempo atrás ha emprendido esta tarea, en forma clara, con la que estamos de acuerdo, ha sostenido que los problemas procesales exigen saber previamente en qué consiste el concepto que se quiere aplicar³⁸. Es lógico que para el Derecho en general y para el Derecho Penal en particular, como sucede con todos los hechos internos, también el dolo encuentra una valla alta para su verificación. Por ello es perfectamente comprensible que al discutir lo que es en esencia el dolo y en qué se diferencia de la culpa se haya planteado en seguida la cuestión de cómo se puede probar ese dolo³⁹. De esta forma el problema de la prueba pasa a primer plano, antes de haberse resuelto previamente el problema de que es el dolo, o mejor dicho cómo se distinguiría dolo eventual de culpa consciente (si fuera factible) Se sabe que el conocimiento constituye el soporte sobre el que se asienta la voluntad, y que para cometer un hecho al menos se requiere el conocimiento de las circunstancias y sucesos de un tipo penal determinado; pero no por ello cabe afirmar que la voluntad es innecesaria para delimitar dolo eventual de culpa consciente⁴⁰. Pretender ello significaría disminuir la labora dogmática por la determinación procesal de los conceptos, que desde ya le pertenecen a la primera, si bien lo procesal y lo penal tienen una estrecha relación, las consecuencias de ello van por otro camino, ya que no se pueden definir los conceptos fundamentales de la imputación penal desde la perspectiva procesal⁴¹.

III. FUNDAMENTOS PARA UN CONCEPTO GENERAL DE DOLO Y CULPA

3.1. *Fundamentos Filosóficos*

Actualmente de manera generalizada se discuten las categorías del Derecho Penal desde el enfoque normativista, que busca resolver los problemas de interpretación del Derecho Penal inspirados sólo en los fines de la regulación⁴², sin embargo, el Derecho Penal, no siempre ha sido estudiado bajo ese enfoque, sino que en su desarrollo ha habido acaloradas discusiones de si el análisis dogmático, debía tomar en cuenta «los fines de la regulación» o «el sustrato fáctico», por ello el *ontologismo*, postulaba que existían realidades pre-vias, que el Legislador –también el intérprete– no podían obviar. A decir de WELZEL, el principal representante de esta corriente, el Derecho penal, y en especial la Parte General, estaría cruzada en gran medida por estructuras lógico-objetivas, como serían en su opinión la acción, la autoría y participación criminal,

³⁸ SCHMIDHAUSER, Eberhard. *Die grunzezwischer vorsatzlicher und fahlassiger. Jus*. 1980, p. 243.

³⁹ ZAFFARONI. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2006, p. 154.

⁴⁰ DIAZ PITA, María. *El dolo eventual...*op. cit., p. 158.

⁴¹ SCHUNEMANN, Bernd. «El propio sistema del Derecho Penal». Traducción de José Milton Peralta. *Revista para el Análisis del Derecho InDret*. España. 2008, p. 7.

⁴² MIR PUIG, Santiago. «Limites del Normativismo Penal». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. España. 2005, p. 2.

el dolo, la culpa suponiendo que los conceptos autor, autor mediato, inductor, cómplice, dolo, están allí y solo haría falta captarlos correctamente⁴³. Podemos decir que existiría un trasfondo en el ontologismo del Finalismo de fijar límites al poder, lo cual sería encomiable, pero como ha dicho MIR PUIG, el solo ontologismo no sería la vía adecuada, pues de pronto, las estructuras ontológicas tendrían una capacidad de limitar al Legislador o al intérprete, bastante reducida. No servirían para decidir lo más importante: ¿qué acciones finales culpables pueden castigarse como delictivas? y ¿cuáles no?, ni qué criterio ha de orientar la clase y cantidad de pena que debe imponerse en cada caso^{44 45}. Es difícil negar que el Derecho penal se ocupa de hechos dotados de significado valorativo y que le importan estos hechos precisamente por dicho significado y no sólo en su dimensión físico-naturalística.

a) Lo Ontológico y lo Normativo en el dolo

La combinación de elementos ontológicos y normativos que caracteriza toda realidad social debe tenerse en cuenta en todo análisis jurídico. El papel de lo «normativo»⁴⁶ es necesario para despejar la falta de claridad entre los pretendidos contenidos de conceptos y la niebla que los envuelve⁴⁷. El tipo objetivo, así como el subjetivo del delito sólo son, pues, de forma limitada una creación normativa del Derecho, porque seleccionan sectores de realidad, naturalística o social, previamente existente. La selección de tal realidad es un acto de disposición normativa jurídica, que da a dicha realidad un sentido valorativo específico. Pero la realidad seleccionada (matar a otro, no socorrerle, falsificar un documento, sustraer una cosa ajena, dictar una sentencia injusta, la intención) no es creada por el Legislador, sino que le viene dada, con su significado natural y social propio⁴⁸. Por ello para los fines propuestos cabe preguntarse: ¿Podría definirse o interpretarse el dolo, como un actuar integrado solo por el «conocimiento» del agente y que desconozca el aspecto volitivo⁴⁹? ¿Dolo sería solo prever un posible desenlace? ¿Qué tantas formas de interpretación asumen los conceptos de dolo y culpa? ¿Son conceptos poco claros o ambiguos? Más recientemente, han salido a la luz trabajos en la dogmática normativista que pretenden eliminar del dolo toda referencia psicológica y como consecuencia cualquier vestigio de la voluntad, ello pues en consonancia con la premisa de la que parten las concepciones normativistas de que los datos psíquicos no tendrían ninguna importancia para el Derecho Penal⁵⁰ de allí que un sector sostenga que la evaluación de una conducta dolosa ya no dependería de determinados datos psíquicos, sino de que dicha conducta de acuerdo con sus características

⁴³ En su libro *Methodic...*, p. 107, en ROXIN Claus. *Autoría y Dominio del Hecho...*, op. cit., p. 31.

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. *Limites del Normativismo Penal...*, op. cit., p. 7.

⁴⁵ Ha manifestado ROXIN que muchas de las veces depende del arbitrio del Legislador y de sus criterios valorativos, cuál de las diferencias previas dadas, quiere convertir en base de su regulación. Véase ROXIN. *Autoría y dominio...*, op. cit., p. 37.

⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. *Limites del Normativismo Penal...*, op. cit., p. 11.

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal...*, op. cit., p. 31.

⁴⁸ MIR PUIG, Santiago. *Limites del Normativismo Penal...*, op. cit., p. 18.

⁴⁹ Subrayado mío.

⁵⁰ SÁNCHEZ VERA GÓMEZ TRELLES, Javier. *Atribuciones normativistas en Derecho Penal*. Grijley, lima. 2004, pp. 52, CANCIO MELIA, Manuel. «¿Crisis del lado subjetivo del hecho?», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y ZUGALDIA ESPINAR, José (coords) *Dogmática y ley penal*. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, II, Marcial Pons. Madrid. 2004, p. 75.

externas y perceptibles se valore socialmente como negación consciente de una norma penal⁵¹. De allí que también PÉREZ BARBERÁ, con una tesis que en modo alguno cabe defender, sostiene que dolo no sería ni voluntad, ni conocimiento⁵². Estos planteamientos que hoy vuelven a parecer, como genuinas investigaciones, bajo el ropaje del término «*Normativización del dolo*», ya hace algún tiempo fueron sostenidos durante el régimen nacional-socialista y cabe poner en evidencia como lo hace Brettel que hay que ser prudente con el valor que se debe dar a estas elaboraciones pues una teoría del derecho normativa (estrictamente normativa) puede servir para convertir el resentimiento en disposiciones jurídico-penales con consecuencias mortales para los destinatarios de tal sentimiento⁵³ siendo una puerta de entrada para valoraciones puramente subjetivas y prejuicios del aplicador del Derecho, al no poder ser sus resultados verificados⁵⁴.

B) La Doctrina del Doble Efecto. Concepto y Fundamento

La doctrina del doble efecto –en adelante DDE– tuvo su origen en un pasaje de Tomás de Aquino, pero fue formulada de modo más sistemático y completo por el jesuita francés, Jean Pierre Gury. Esta doctrina justificaría conductas que tienen consecuencias previstas disvaliosas siempre que ellas no sean el objeto de intención del agente, trazando una distinción entre los fines buscados y los medios elegidos, por un lado, y los efectos colaterales, por el otro⁵⁵. Su objetivo central sería explotar la diferencia entre provocar intencionalmente un daño y dar lugar a un daño mediante la ocurrencia prevista, pero no querida, por el agente. Esta teoría en su momento fue defendida por autores como FOOT, Von WRIGHT, ANSCOMBE y Thomas NAGEL para quien el principio tradicional del doble efecto, a pesar de sus problemas de aplicación, nos provee de una guía aproximada acerca de la extensión y caracterización de los límites deontológicos, e incluso a pesar de los volúmenes que han sido escritos sobre este tema en los últimos años, sigue siendo el punto correcto de convergencia para los esfuerzos de capturar nuestras intuiciones⁵⁶.

b.2. Condiciones del Doble Efecto

a) Que el acto en sí mismo sea bueno o, al menos, indiferente moralmente

A primera vista, este requisito de bondad o indiferencia podría parecer incompatible con los requisitos que definen al dolo indirecto y al dolo eventual ya que es tentador pensar que en estos casos las acciones quedan teñidas por la ilegalidad del resultado disvalioso⁵⁷. Sin embargo,

⁵¹ RAGUES I VALLES, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch, España. 1999, p. 324.

⁵² PÉREZ BARBERA. *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Argentina. Hammurabi. 2011, pp. 15 y ss.

⁵³ BRETTEL. *GA* 2006, pp. 608 y ss. En AMBOS, Kai. *Dogmática jurídica penal y concepto universal de hecho punible*. Política Criminal. N° 5. 2008, p. II.

⁵⁴ HELGENDORF, Eric. *GA* 2006, pp. 656. Citado por AMBOS, Kai. *Dogmática...*, op. cit., p. II.

⁵⁵ SPECTOR, Horacio. «La doctrina del doble efecto ¿Ética o Religión?». *Perspectivas bioéticas*. Vol. 2. 1997. pp. 93 y ss. En MANRIQUE PÉREZ, María. «Medios y consecuencias necesarias. Observaciones acerca de la responsabilidad y la doctrina del doble efecto». *Revista Hispanoamericana de Filosofía*. Vol. 44. España. 2012, p. 10.

⁵⁶ NAGEL, Thomas. «The Limits of Objectivity». En: MURRIN (ed), *The Tanner Lectures on Human Values*. Vol. I. Cambridge: Cambridge University Press, 1980, p. 129.

⁵⁷ MANRIQUE PÉREZ, María. *Responsabilidad...*, op. cit., p. 426.

como señala SOLER los casos más típicos de dolo eventual, son precisamente aquellos en los que la acción del autor se movía no ya dentro de la esfera ilícita, sino en la posibilidad de delinquir o de no delinquir⁵⁸. A manera de ejemplo:

Un corredor de automóviles apuesta en una carrera no oficial. Cerca de la meta, con una pequeña ventaja sobre su competidor, aparece una persona, y se halla ante la disyuntiva de perder la carrera y el dinero, si frena su máquina, o la probabilidad de herir al transeúnte. Si no frena no puede afirmarse que las lesiones causadas hayan sido intencionalmente producidas, pues la intención se dirigía a ganar la apuesta –evento lícito– pero, para lograrlo, era necesario afrontar un riesgo de delinquir⁵⁹.

Otras condiciones relevantes, las que no voy a describir por obvias razones, para la aplicación de la doctrina del doble efecto son las siguientes *b) El acto intentado genere consecuencias disvaliosas (efecto colateral) c) El agente prevé que el acto intentando dará lugar a un efecto secundario perjudicial. d) El agente no intenta o pretende el efecto colateral ni como fin ni como medio para la realización de su fin.*

b.3. Críticas a la doctrina del doble efecto

A pesar de su atractivo para explicar ciertas intuiciones morales, la DDE es criticada por dos tesis principales.

a) La Tesis de la Cercanía

Esta es una tesis basada en razones conceptuales, dado que las acciones podrían ser descritas mediante una serie potencialmente infinita de predicados⁶⁰, parece imposible encontrar algo así como la «verdadera» descripción de un cierto fenómeno. En el caso de las acciones humanas, este refinamiento se plasma en la «contracción» o la «expansión» de las posibles descripciones de una acción⁶¹. Davidson proporciona el siguiente ejemplo de descripción de la acción para mostrar el «efecto acordeón»⁶²:

«Un hombre mueve su dedo intencionadamente, presionando así el interruptor y causando que se prenda la luz, que el cuarto se ilumine y que un merodeador se alerte. Este enunciado tiene las siguientes implicancias formales: el hombre presionó el interruptor, prendió la luz, iluminó el cuarto y alertó al merodeador. Algunas de estas cosas las hizo intencionalmente, algunas otras no, fuera del movimiento del dedo la intención no es pertinente para las inferencias, e

⁵⁸ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tomo II. Tipográfica Argentina. Buenos Aires. 1956, p. 133.

⁵⁹ *Ibid*, p. 133.

⁶⁰ Von WRIGHT, Georg. *On the logic of normas and actions...* op. cit., p. 113, en MANRIQUE PEREZ. *Responsabilidad...*, op. cit., p. 427.

⁶¹ Von WRIGHT, Georg. *Ensayos sobre acciones y sucesos*. Traducción de Olbeth Hansberg, José Antonio Robles y Margarita Valdés Editorial Crítica. Barcelona. 1995, p. 75. En similar sentido ANSCOMBE. *Intención*. Traducción de María Estellino. Editorial Paidós. Buenos Aires. 1991, p. 96.

⁶² El término fue acuñado por FEINBERG, quien decía: «un acto es como el instrumento musical plegadizo, puede apretarse y reducirse al mínimo o bien puede estirarse» en *Action y Responsibility*; en GONZALES LAGIER en: «Diez tesis sobre la acción humana». *Themata. Revista de Filosofía*. N.º 43. España. 2010, p. 438.

incluso en este caso solo se la requiere en el sentido de que el movimiento debe ser intencional bajo alguna descripción».

Por consiguiente sería imposible trazar una distinción conceptualmente precisa entre resultados intentados y consecuencias previstas en el nivel de la descripción de las acciones⁶³.

b) La Tesis de la Irrelevancia

Esta es una tesis basada en razones morales, que parte negando la relevancia así como efecto práctico a la distinción entre aquello que se intenta hacer y las consecuencias previstas⁶⁴ en ese sentido no habría razones para atribuir distinta significación moral a una secuencia de eventos por el mero hecho de que reflejen intenciones o previsiones del agente⁶⁵. Esta tesis no desafiaría la reconstrucción clásica de las acciones y tampoco precisaría negar diferencias conceptuales entre aquello que el agente intenta hacer y las consecuencias que solo ha previsto⁶⁶. Creemos que al margen de las críticas de estas tesis presentadas debemos tomar solo el fundamento de la doctrina del doble efecto en la posibilidad y relevancia de la distinción entre el resultado disvalioso intentado y las consecuencias meramente previstas⁶⁷ sobre este punto incidiremos más adelante.

3.2. Fundamentos Psicológicos

a.1) El concepto de intención⁶⁸

Para el diccionario de la RAE la «intención» es la determinación de la voluntad en orden a un fin e intencional en uno de sus sentidos equivalente a deliberado⁶⁹. El término intención tiene su origen etimológico en un vocablo medieval: *intentio*, este término de hace mucho tiempo atrás ha sido desarrollado por parte de los filósofos del Medioevo, como por los filósofos más modernos, así por ejemplo las definiciones provenientes de HUSSERL⁷⁰, y de SEARLE⁷¹ en el ámbito de la Filosofía Analítica, dan definiciones que no se refieren en nada a la determinación de la voluntad o la deliberación. La palabra intención es un término que se suele emplear para los actos mentales y para las acciones corporales, ANSCOMBE, en su sugerente libro que lleva por

⁶³ MANRIQUE PEREZ. *Responsabilidad...*, op. cit., p. 428.

⁶⁴ HART. *Intention and Punishment*. Oxford Clarendon Press. 1973, pp. 113 y ss. En similar sentido SPECTOR. *Autonomy and Rights. The Moral Foundations of Liberalism*. Oxford Clarendon. 1992. Ambos en MANRIQUE PEREZ. *Responsabilidad...*, op. cit., p. 428.

⁶⁵ BOYLE, Joseph. *Toward Understanding The Principle of Double Effect...*, op. cit., p. 13.

⁶⁶ MANRIQUE PEREZ. *Responsabilidad...*, op. cit., p. 428.

⁶⁷ El subrayado es mío.

⁶⁸ Para un análisis detallado, véase MANRIQUE PEREZ. *Acción dolo eventual y doble efecto: un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Marcial Pons. España. 2012, pp. 61 y ss, pp. 242 y ss.

⁶⁹ PUJADAS, Lluís. *Intención e intencionalidad*, Taula. 10, 1988, p. 31.

⁷⁰ HUSSERL, Edmund. «Investigaciones Lógicas». Traducción de Manuel García Morente y José Gaos. Prólogo/Presentación de José Ortega y Gasset. *Revista de Occidente*. Madrid. 1976. También la obra *Ideas Relativas a una Fenomenología Pura y una Filosofía Fenomenológica*, Trad. José Gaos, Fondo de Cultura Económica, México, 1949.

⁷¹ SEARLE, Jhon. *Intencionalidad*. Traducción de Enrique Ujaldon Benítez. Tecnos. Madrid, 1992

título *Intención*⁷², muestra tres acepciones diferentes del término. Una primera acepción es el caso en el que alguien dice «voy a hacer tal cosa». Algunas veces la intención es un adjetivo así hablamos de acciones que son o no intencionales y finalmente a veces sirve para preguntar con qué intención se hizo una acción. Al margen de lo antes dicho una definición precisa y adecuada de la intención debe caracterizar al actuar como una serie de sucesos por los cuales se persigue un fin u objetivo y que procurar ese fin sería la razón de dicha acción⁷³. Un sector doctrinal de la filosofía de la acción, haciendo la distinción entre intención y deseos⁷⁴ define la intención como el querer realizar una acción que se distingue del resto de deseos, porque implica un juicio global a la luz de todas las razones que tiene el agente. Así un juicio de que tal acción es querida, no es solo por una u otra razón, sino a la luz de todas las razones del agente: un juicio como ese no sería un mero deseo, sino una intención. Esto explicaría que las intenciones nos comprometan a actuar más que los deseos⁷⁵.

a.2) La relevancia de la distinción entre intención y previsión

Existe una diferencia notable entre «intentar y prever» esta exige reconsiderar el papel que desempeña la intención en la explicación y la justificación de las acciones. McINTYRE asume como correcta, obvia y poco controvertida la distinción y la relevancia moral entre quien intenta realizar un daño y quien meramente prevé la consecuencia⁷⁶ pues es peor querer realizar un daño como fin, que provocar el daño como un efecto colateral previsto. Yendo al plano jurídico un agente sería personalmente responsable (al menos dolosamente) solo de acciones guiadas por la intención o su voluntad, pues al elegir comprometerse en determinados tipos de conducta o producir un efecto determinado por la propia voluntad o intención –el actor estaría conectado de un modo único con los estados de cosas que genera⁷⁷–. Por el contrario, la descripción de las creencias de un agente (su solo conocimiento o previsión) no alcanzaría para explicar por qué el agente eligió realizar determinada acción, ni por qué ella era inevitable al momento de ejecutarla⁷⁸. El solo conocer sería completamente inerte para producir una acción en ausencia de intenciones específicas⁷⁹. Ahora bien la relación existente entre *intención, acción y resultado* resultaría clave para distinguir entre aquello que hizo el agente y aquello que el agente ocasionó mediante su acción⁸⁰. Esta diferencia es normalmente asociada a la distinción entre *resultados* y *consecuencias o efectos* de las acciones. De manera más precisa, puede decirse que aquello que el agente hace es el *resultado* de su acción y las *consecuencias* de este resultado es lo que el agente ocasiona (da lugar) mediante su acción. VON WRIGHT sostiene que es útil distinguir entre el

⁷² ANSCOMBE, G. E. *Intención*. Traducción de María Isabel Estellino. Paidós. Buenos Aires, 1991.

⁷³ GONZALES LAGIER, Daniel. «Buenas razones malas intenciones». *Doxa* 26. Universidad de Alicante. 1989, p. 68.

⁷⁴ DAVIDSON, Donald. «Tener la intención» en *Ensayos sobre acciones y sucesos*. Traducción: Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ed. Crítica. Barcelona, 1995, p. 128.

⁷⁵ GONZALES LAGIER, Daniel. «Diez tesis sobre la acción humana». *Doxa*. Universidad de Alicante. España. 2005, p. 169.

⁷⁶ MANRIQUE PEREZ. *Medios y consecuencias necesarias...*, op. cit., p. 13.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ MANRIQUE PEREZ. *Responsabilidad...*, op. cit., p. 421.

⁸⁰ MANRIQUE, Laura. «Acción, Conocimiento y Dolo Eventual». *Isonomía* N° 31. España. 2009, p. 3.

resultado y las *consecuencias* de un acto, así el resultado de un acto sería el estado de cosas que *debía* obtenerse si decimos verdaderamente que el acto ha sido ejecutado⁸¹. Por ejemplo: el resultado del acto de abrir una ventana es que una cierta ventana está abierta (al menos por un breve periodo). Las consecuencias de un acto son estados de cosas que, en virtud de la necesidad causal, se producen cuando él una ventana puede ser que baje la temperatura en la habitación. La relación entre un acto y su resultado es *intrínseca*; la relación entre un acto y sus consecuencias, por el contrario, es *extrínseca*»⁸².

Y no cabe duda que en el ámbito penal, en gran parte de casos se da cuenta, de que aquello que estamos reprochando tiene relación con aquello que el agente intenta hacer (acciones dolosas). Por supuesto que existen razones para reprochar jurídica y moralmente a un sujeto por las consecuencias disvaliosas de su conducta con independencia de su intención, por esa razón existe la responsabilidad por culpa, pero la disminución de su reproche se realiza en función a la intención. Tanto en el dolo indirecto, así como en el dolo eventual, hemos podido ver, que se va más allá, atribuyéndose un reproche « eminentemente doloso » igual al dolo directo⁸³, sin preguntarnos ¿el porqué? si esos efectos de la acción, no son intencionales. Ello no quiere decir que no se deben castigar (los efectos colaterales, previstos por el agente), solo decimos que el reproche, tanto de dolo indirecto como eventual, no se asienta en las mismas bases.

a) El contenido del dolo y la culpa

El dolo necesariamente se estructura sobre dos elementos: el cognitivo (intelectual) y el volitivo (voluntad o intención). Por ello no cabe duda que la voluntad realizadora, está guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración⁸⁴. *El conocimiento* (elemento cognitivo) tiene que ser real, efectivo y no una mera probable posibilidad, este debe ser guiado hacia los elementos objetivos del tipo, y ser anterior a la realización de la conducta típica; este sería más importante que el volitivo, ya que no habrá desplazamiento de la voluntad hasta no conocer el sujeto qué conducta va a realizar. En cuanto a *la voluntad (intención)*, qué duda cabe, la mayoría de las explicaciones del actuar humano, se identifican en términos de intenciones y objetivos perseguidos.

Ahora bien por el lado de la culpa su sistemática actual y en especial de la delimitación entre dolo eventual– culpa consciente, entiende que en la culpa existe un grado de conocimiento por parte del sujeto actuante, de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado de las que, según la valoración del ordenamiento jurídico, surge un peligro intolerable «(riesgo no permitido)»⁸⁵ pero cabría preguntarse: **¿No se dirigen el significado y finalidad de las normas de cuidado precisamente a abarcar el actuar descuidado, falto de atención, con desconocimiento de las circunstancias relevantes de un riesgo cognoscible?** La culpa debe

⁸¹ VON WRIGHT, Georg. *The Varieties of Goodness*, 1963, p. 116. para un desarrollo exhaustivo de estas ideas, véase MANRIQUE PEREZ, María. *Acción, conocimiento...*, op. cit., p. 3.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ La profesora DIAZ PITA ha dicho sobre este aspecto: «*El punto de partida en el que existe unanimidad doctrinal, es el hecho de que conductas realizadas con dolo eventual merecen la misma pena que las directamente dolosas*»..., op. cit., p. 42.

⁸⁴ ZAFFARONI, Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediar. Buenos Aires. 2005, p. 403.

⁸⁵ STRUENSEE, Eberhard. *El tipo subjetivo del delito imprudente...*, op. cit., p. 443.

entenderse cuando el agente produce un resultado determinado, a causa **de no haber previsto el resultado siendo previsible**, sin observar su deber de cuidado, por ello deberíamos hablar simplemente de culpa a secas, para definir la ejecución de una acción determinada, sin haberse representado el resultado; o, cuando se obra con despreocupación de las consecuencias dañosas que puede acarrear la falta de diligencia.

3.3. *Fundamentos Axiológicos*

a) El Derecho Penal Liberal

El atribuir responsabilidad por aquello que el agente «ocasiona» y no por aquello que el agente «hace», se aleja del moderno Derecho Penal Liberal y se retoma un tipo de atribución de responsabilidad propio de las sociedades primitivas. Sabido es, que mediante nuestras acciones generamos indefinida cantidad de consecuencias causales y ello es así aun cuando no poseamos ningún estado mental al respecto. Si la mera causación de estos efectos generase responsabilidad, entonces seríamos responsables de cualquier efecto de nuestras acciones, ya sea previsto, intentado, imprevisto o incluso fortuito⁸⁶. Sin embargo, ser personalmente responsable implica algo más que ser un elemento en la cadena causal. Por ello quienes pretendan justificar la imputación de conductas a manera de dolo indirecto y eventual necesitan principios morales distintos a los liberales, pues estos destie-ran la responsabilidad objetiva por el resultado⁸⁷. En un esquema liberal, que también asume la dogmática penal, así como no se admite que a un individuo Z se le haga responsable por lo que ha hecho A, tampoco es aceptable castigar a Z por algo distinto de lo que ha hecho. A raíz de la distinción entre intención y previsión, la atribución de responsabilidad a título de dolo eventual, merece menor reproche.

IV. ¿REDEFINICION DE LAS RELACIONES ENTRE DOLO Y CULPA?

No siempre la dogmática se ha mostrado ortodoxa en seguir delimitando dolo eventual y culpa consciente, por ello siempre han existido algunos estudios que han intentado hacer las primeras aproximaciones, para una eventual incorporación de una tercera categoría en el tipo subjetivo del delito. Sobre este particular SCHWEIKERT⁸⁸, en unos estudios señalaba que en la nueva redacción del parágrafo 56° del Código Penal alemán, que en casos de esta naturaleza (delimitación dolo eventual y culpa consciente) una mínima previsibilidad por parte del agente de un resultado lesivo, daba lugar a dificultades prácticas, a las que incluso la Jurisprudencia trataba con diversa fortuna. Esta propuesta era lógicamente para salvaguardar las esencias de la culpabilidad y los de la seguridad jurídica, ya que sería insuficiente la clásica dualidad de conductas

⁸⁶ MANRIQUE PEREZ, María. *Medios y consecuencias necesarias...*, op. cit., p. 17.

⁸⁷ Por otro lado los supuestos enjuiciados por el orden penal indican que los desarrollos dogmáticos deben brindar una solución a los casos y dicha solución tiene que ser adecuada a la luz de los principios morales. El Derecho Penal carece de autonomía para justificar la intervención coactiva en los bienes jurídicos de los individuos, el castigo requiere justificación moral, véase MANRIQUE PEREZ. *Acción, conocimiento...*, op. cit., p. 196

⁸⁸ SCHWEIKERT, Heinrich. «Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?». *ZStW* (70) 1958, pp. 394-411. Traducido como «Cabe una responsabilidad penal por conducta, arriesgada?». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. España 1972, p. 435, citado también por ZAFFARONI, Raúl. *Tratado...*, op. cit., p. 431.

de dolo y culpa, proponiendo una tercera que denominaba «conducta arriesgada»⁸⁹. VOGEL se manifiesta partidario de una división tripartita del aspecto subjetivo del delito, incluso señala que la misma tendría peso político criminal. Estas dificultades han inducido a ESER⁹⁰ a considerar de *lege ferenda* la reunión de ambos en una tercera forma específica de culpabilidad situada entre el dolo y la culpa y WEIGEND⁹¹ ha fundamentado en profundidad esta idea, apoyándose en la figura jurídica angloamericana de la «*recklessness*», que persigue una solución semejante. Por último Schunemann entiende que deberían agruparse en *primer lugar* las dos modalidades de dolo, el directo y el indirecto⁹², como formas más graves de imputación individual, *en segundo lugar*, el dolo eventual y la culpa consciente, en un grado intermedio y *finalmente* en un tercer escalón, debería dejarse la culpa inconsciente⁹³.

4.1. De la terminología empleada

En principio como lo han hecho varios autores, he evitado consignar el nombre de la categoría intermedia, pues no tengo aún muy claro los límites que impone la semántica en la formación de conceptos, si bien este fenómeno caracteriza conductas riesgosas –arriesgadas– y la categoría bien podría ser la del *Riesgo*, así como las conductas dolosas y culposas que tienen sus equivalentes categoriales dolo y culpa respectivamente, es preciso que me reserve dicha posibilidad, pero se podrá dar debida cuenta del fenómeno por lo ya avanzado en la fundamentación. Por ello haciendo una elucubración netamente teórica, desde un punto de *lege ferenda* tendríamos acciones dolosas, acciones riesgosas (arriesgadas) y acciones culposas.

BIBLIOGRAFÍA

- ANSCOMBE. *Intención*. Traducción de María Estellino. Editorial Paidós. Buenos Aires. 1991.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal parte general*. Editorial Hammurabi. Argentina. 1999.
- CANESTRARI, Stefano. «La estructura del dolus eventuales la distinción entre dolo eventual y culpa consciente: frente a la nueva fenomenología del riesgo». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª Época, N.º 13, 2004.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1998.
- DÍAZ PITA, María. *El dolo eventual*. Editorial Rubinzal Culzoni. Argentina. 2010.
- HART, Herbert. *El Concepto de Derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1968.
- JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª edición. Editorial Marcial Pons. España. 1995.

⁸⁹ SCHWEIKERT, Heinrich..., op. cit., pp. 394-411.

⁹⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General...*, op. cit., p. 447.

⁹¹ WEIGEND, Thomas. *ZStW* 93 (1981), pp. 657 y ss.

⁹² Como podrá verse a diferencia de nuestra propuesta –si bien son muy cercanas– SCHUNEMANN situa en un mismo punto, ambas formas de dolo, el directo y el indirecto, sin embargo nosotros creemos que la clara identificación del fenómeno, exige más bien que se haga un tratamiento de figuras por separado. En *Die Deutschesprachige Strafrechts Wissenschaft nach der Strafrechtreform im Spiegel des Leipziger Kommentars un des Wiener Kommentars* (1ª Parte) *GA* 1985, p. 363, véase RAGUES I VALLES en: *La atribución del conocimiento...*, op. cit., p. 121.

⁹³ *Ibidem*.

- KAUFMANN, Armin. *La estructura del dolo eventual*. Traducción de R.F. Suarez. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. España. 1960.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 46. 1993.
- MANRIQUE PEREZ, María. *Acción dolo eventual y doble efecto: un análisis filosófico sobre la atribución de consecuencias probables*. Marcial Pons. España. 2012.
- . «Medios y consecuencias necesarias. Observaciones acerca de la responsabilidad y la doctrina del doble efecto». *Revista de Filosofía*. Vol. 44. España, 2012.
 - . «Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto». *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Argentina, 2007.
- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte general*. Tomo I. Trad. Conrado A. Finzi. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1958.
- MIR PUIG, Santiago. «Límites del Normativismo Penal». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. España, 2005.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *La Cuadratura del Dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal*. Editorial Universidad del Externado de Colombia, 2006.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. «De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico», *Revista para el Análisis del Derecho InDret*. España, 2012.
- . *La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. España, 1996.
 - . *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*. Tesis doctoral. Universidad Pompeu Fabra. España, 1998.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de Manuel Luzón Peña y Diego de Vicente Remesal. Civitas. España, 1997.
- SCHUNEMANN, Bernd. «El propio sistema del Derecho Penal». Traducción de José Milton Peralta. *Revista para el Análisis del Derecho InDret*. España, 2008.
- STRATENWERTH, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. El Hecho Punible*. Editorial Hammurabi. Argentina, 1999.
- STRUENSEE, Eberhard. «Consideraciones sobre el dolo eventual». Traducción de Alejandro Kiss. *Revista para el Análisis del Derecho Indret*. España, 2009.
- ZAFFARONI Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Ediar. Buenos Aires, 2005.
- . *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Editorial Ediar. Argentina, 2000.

El entendimiento y la comprensión en ámbito de la imputabilidad penal a la luz de las modernas neurociencias

FRANCINE MARIOLGA DOS REIS GUEDES (Brasil)

Investigadora Máster, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales UCES, Argentina

RESUMEN: Lo presente trabajo tiene la intención de criticar el alcance semántico del concepto de imputabilidad penal, haciendo la diferencia entre entender y comprender, a la luz de las neurociencias. La diferencia entre los vocablos no es puramente semántica, porque tiene a ver con los niveles de desarrollo de la mente humana. Según los estudios de las neurociencias la región emocional y moral del cerebro interfiere en la toma de decisiones, y puede quitar su capacidad de comprensión. Luego, no es solamente la incapacidad intelectual (entendimiento) que resulta en la inimputabilidad, la incapacidad de valorar (comprensión) también. Por esto, los modernas teorías del delito deben adecuarse a estos estudios para el derecho penal puedan captar lo espíritu de la capacidad de libertad.

Palabras clave: imputabilidad, neurociencia, entender, comprender, tomada de decisión.

ABSTRACT: The present work intends to criticize the semantic scope of the concept of «capacity of responsibility», making the difference between «understand» and «comprehend», within neuroscience. The difference between the words is not purely semantic, because it has to do with the levels of development of the human mind. According to studies of neuroscience emotional and moral brain region interferes in decision-making, and can remove your ability to comprehend. Then, those who do not have the intellectual capacity are criminally irresponsible as much as those who have no capacity to value ducts, so the criminal system should be adequate to avoid mistaken judgments. Therefore, modern theories of the crime must be adapted to these studies to the neuroscience for grasp the spirit of the capacity for freedom.

Key words: no responsibility criminal; neuroscience; understand; comprehend, decision-making.

La imputabilidad penal es un de los temas de derecho penal más apasionantes e intrigantes, porque encierra una gran problemática que es evaluar el grado de libertad del sujeto en el momento del práctica delictiva. Su análisis es fundamentado en la evaluación de la capacidad del individuo de gobernarse de acuerdo con su consciencia y de entender el carácter ilícito de sus actos.

Según la definición de CABALLERO¹ (1981), la imputabilidad es la calidad del individuo para que le pueda atribuir las acciones u omisiones realizadas por él. Este concepto tiene consenso en la doctrina. Todos entienden la imputabilidad como un estado, un modo de ser que depende, como fue sustentada por CABALLERO², «de calidades subjetivas en el momento del acto y que el derecho penal recoge y delimita como presupuesto de la responsabilidad».

El estudio de imputabilidad se muestra relevante, en la dogmática penal, porque es un de los elementos de la Culpabilidad, en el concepto analítico del crimen.

Como tarea previa al estudio de la imputabilidad, se impone tener en mente cual es la conducta que interesa al derecho penal. Para que haya crimen es necesario una acción humana –«nullum crimem sine action»– derivada de la manifestación de la voluntad libre y consciente del agente. Cualquier tipo de crimen, sea a doloso u culposo, solamente tiene su exteriorización en el mundo natural a través de una conducta.

Este concepto del conducta que fue defendido por HANZ WELZEL³ rechaza la idea de que la conducta es un mero acontecimiento causal, mas sí una acción humana, voluntaria y consciente, dirigida a un fin.

La teoría finalista que hoy es predominante, adopta la teoría normativa pura de la culpabilidad que transfiere el dolo y la culpa para el tipo penal, y constituye solamente de elementos normativos: a) imputabilidad (enfocada normativamente), b) potencial conciencia de la ilicitud y c) exigibilidad de conducta diversa.

La idea de que la ley presupone destinatarios libres, niega la existencia de un determinismo de que las acciones humanas puedan ser ordenadas por factores lejos a su entendimiento y voluntad. Para FERRI⁴ (citado en MONIZ SODRÉ, 1938): «La responsabilidad penal se basa en la responsabilidad moral, que se compone de dos elementos: Inteligencia y libre voluntad» (p. 70). Según el autor, el hombre puede ser responsable y culpable, si tener estos dos elementos.

FERRI⁵ (citado en MONIZ SODRÉ, 1938):

«El libre albedrío o libertad moral significa en última instancia que, a través del colector y la presión continua del ambiente exterior y la lucha de diversas razones internas, siempre es la simple voluntad del individuo de decidir, como último recurso, entre dos posibilidades opuestas».

¹ CABALLERO, Jorge Frías. *Capacidad de Culpabilidad penal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1981.

² *Ibidem*, p. 17.

³ Mayor exponente de la teoría finalista de la acción. WELZEL, H. *El nacimiento del moderno concepto del derecho, en problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970.

⁴ ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)*. 7. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1938.

⁵ *Ibidem*.

Como dice BASILEU GARCIA⁶ «el libre albedrío es un dogma, la fundación de la culpa moral, si esto no es posible la construcción del derecho penal». En otras palabras, dice GARCIA: «El libre albedrío es la voluntad libre y consciente –inteligente– del ser humano, es la capacidad de elegir, teniendo en cuenta las razones dadas por ciertas conductas, incluso criminal».

El Maestre argentino SOLER (1972, citado en CABALLERO, 1994) dice:

«La norma jurídica no tiene sentido si suponemos que está destinada a seres cuya conducta está predeterminada sin necesidad de meterse el derecho en la teoría metafísica de si el hombre tiene libre albedrío o si está predeterminado en sus actos [...] El derecho es la garantía del ser humano como ser autónomo, libre, capaz de hacer trazar su propio destino y que está en sus manos su futuro» [...]

La libertad es el pilar de sustentación de la teoría del delito, y fundamento de validez del instituto de la culpabilidad penal. Sin libertad, el sujeto no puede ser responsable penalmente por sus conductas, porque es incapaz de controlar sus acciones.

Así, el análisis de la imputabilidad pasa por la evaluación del estado de libertad del sujeto, comprendida como su capacidad de autodeterminación.

La conducta que interesa el derecho penal es la conducta libre, sin la cual un sujeto no puede ser responsable penalmente. Entonces, esta libertad tiene bases en el reconocimiento del libre albedrío concebido, ontológicamente, de forma pre-jurídica.

CABALLERO⁷ (1994) advierte que KELSEN «reconoce fuera del ámbito dogmático a la libertad del hombre (la denominada «libertad natural») como un presupuesto imprescindible del derecho».

En su magnífico discurso a los participantes del VI Congreso de la Asociación Internacional de Droit Penal, pronunciado el 3 de octubre de 1953, Pio XII (citado en CABALLERO, 1981) expresó:

⁶ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, v. I, tomo 1, 2008, p. 89.

⁷ CABALLERO, Jorge Frias. *Capacidad de Culpabilidad penal*, op. cit., p. 89. Según el autor: «De aquí resulta la naturaleza jurídico-valorativa (y en manera alguna naturalística) del concepto conforme a las siguientes proposiciones:

1. La imputabilidad está estrecha y funcionalmente ligada a la culpabilidad y a la medida de la pena; y en ella repercute el carácter ético-social de ambos conceptos.

De ahí que su función primordial estriba en la afirmación de las bases personales, necesarias, mínimas y previas, que hagan posible el ulterior juicio valorativo de culpabilidad o de reproche dirigido al autor con motivo del acto. Está, por ello, fundamentalmente, al servicio de la valoración del acto interior: objeto de ese juicio, como capacidad de culpa.

2. Esencialmente la imputabilidad (que integra la culpabilidad como su elemento), con arreglo a la «teoría normativa» es capacidad personal de reprochabilidad ético-jurídica.

3. La consecuencia práctica de esa capacidad se traduce en la posibilidad real (condicionada por la total personalidad) de obrar de otra manera, esto es, conforme a las exigencias del derecho (actuación con sujeción al deber).

4. La naturaleza jurídico-valorativa de la imputabilidad deriva especialmente de que su concreta verificación se conecta en última instancia con el fundamento y el fin de la pena.

Por todo esto, discutida en un proceso penal (lo que ocurre por excepción) la imputabilidad debe ser examinada en los tres planos o estratos que sucesivamente la integran: el psiquiátrico, el psicológico y el normativo-valorativo».

«(...) El hombre decide cada uno de sus actos personales: esta frase es una convicción humana que es imposible erradicar. La generalidad de los hombres no admitirá jamás que lo que se llama autonomía del querer no sea más que un tejido de fuerzas internas y externas... el hombre es un ser personal, dotado de inteligencia y voluntad libre, un ser que, en una palabra, decide él mismo lo que hace y lo que no hace. Estar dotado de autodeterminación no significa, escapar a toda influencia interna y externa, a toda atracción y seducción; no quiere decir que no deba luchar para mantenerse sobre la justa vía, que no se deba sostener cada día una dura lucha contra las instancias del instinto tal vez no sano; significa más bien que, a pesar de todos los obstáculos, el hombre normal puede y debe afirmarse... El derecho penal no tendría sentido si no tomase en consideración este aspecto del hombre; y cómo este aspecto es verdadero, así el derecho penal adquiere un significado pleno...»

La libertad, entonces, según el modelo de la teoría moderna del delito, es el fundamento de la imputabilidad penal. Así, la imputabilidad proviene de un juicio acerca de la capacidad del autor del hecho actuar según su propio entendimiento, libre y consciente, como condición de Imputar a él la responsabilidad por una acción (u omisión) sancionada con pena criminal.

En general, en los sistemas penales tradicionales de países de América del Sur y algunos de Europa adoptan causas biopsicológicas o mixta, que excluyen la imputabilidad, que convierte al autor de un acción típica y antijurídica en un sujeto carente de reproche. Este método mixto de análisis de la imputabilidad se encuentra integrado por las llamadas causas biológicas o psiquiátricas –insuficiencia de las facultades mentales, alteración morbosa y estado de inconsciencia–, y por otro, por las consecuencias psicológicas: incapacidad de comprender la criminalidad.

Sin embargo, la imputabilidad no se agota con la verificación de las causales psiquiátricas y sus consecuencias, ya que como señala FRÍAS CABALLERO⁸, se trata de un concepto de índole «cultural, jurídico-valorativo, que no se construye sólo a lo psiquiátrico y psicológico».

En la mayoría de los países que adoptan la fórmula mixta o «psiquiátrica pura» o «psicológica pura» aplican la ley como si fuera exclusivamente psiquiátricas. Pero, juristas como FRÍAS CABALLERO, ZAFFARONI y SPOLANSKY entienden que los límites de los efectos psicológicos no puedan considerarse rígido, ya que «la imputabilidad y sus límites se hallan, en última instancia, configurados de un modo valorativo y no puramente psicológico»⁹.

Según FRÍAS CABALLERO la fórmula mixta no puede analizarse desde un punto estrictamente psiquiátrico-psicológico sino que se trata de un concepto jurídico normativo valorativo, que requiere la verificación del juez, a través del perito.

Uno de los puntos más complejos de la fórmula mixta radica en que requiere del sujeto capacidad para captar y aprehender el valor –capacidad de valorar–. En tal sentido, la precisión de las palabras utilizadas por el legislador no puede ser mayor, ya que a diferencia de otros textos penales como el italiano¹⁰ y el argentino, por ejemplo, en este último ha optado por *comprensión de la criminalidad del acto* y la dirección de la conducta conforme a dicha comprensión. Esta comprensión de la criminalidad del acto se refiere a la aptitud para captar el valor.

⁸ CABALLERO, Jorge Frías. *Imputabilidad penal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1981.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ El art. 85.2 del código italiano se refiere a la capacidad de entender y querer.

En esta línea, la aprehensión se realiza mediante un acto superior del espíritu consistente en una intuición emocional, en palabras de FRÍAS CABALLERO¹¹.

SILVA¹² señala que «una situación que suele verse con alta frecuencia, cuando de inimputabilidad por razones psiquiátricas se trata, es la confusión que de las diferencias entre conocer, entender y comprender».

FRÍAS CABALLERO¹³ (citado en Silva, MERCURIO y LÓPEZ, 2012) hizo la distinción entre conocimiento, entendimiento y comprensión: (...) Conocer: es un acto senso-perceptivo de índole natural. (...) En cambio el entender se encuentra íntimamente relacionado con la esfera plenamente intelectual, con la razón. (...) En tanto que comprender es valorar, función que emana de la esfera afectiva, de donde surge la moral, el amor al prójimo (...)».

Los valores, según SILVA «pertenecen a la esfera afectiva a la cual se subordinan, y no a una operación intelectual, a un razonamiento». CABALLERO ejemplifica: el valor estético de una obra de arte al igual que el valor ético de una conducta humana no puede aprenderse por medios puramente racionales.

SPOLANSKY¹⁴ pone el énfasis en lo que denomina conciencia ética, a través de la cual se pueden vivenciar e internalizar los valores y las normas. En tal sentido, SILVA dice¹⁵ que la capacidad de autodeterminación se da en la medida en que el sujeto tiene aptitud para tomar conciencia de su realidad y dirigir su conducta teniendo presente ese saber.

A partir de la distinción entre los conceptos de entender y comprender es posible concluir que las acciones humanas tiene relación directa con una parte del cerebro responsable por la valoración de las conductas. Tale capacidad está intrínsecamente relacionada con la capacidad de comprensión .

La volición implica redes cerebrales que establecen una serie de decisiones complejas y relacionadas con la toma de decisiones. La toma de decisiones, requiere más que cognición racional. El hombre necesita activar sus habilidades sensoriales, racionales y morales, sin las cuales no se logra la más plena expresión de la consciencia humana. DA SILVA¹⁶ (2012) explica: «Sin embargo, el daño frontal, según señala el prestigioso autor, interfiere en la capacidad para traducir ese conocimiento

¹¹ Señala FRÍAS CABALLERO: Quiere decir que el Derecho Penal ha de recibir, como efectivamente recibe, cada vez con más firmeza, la idea del hombre como persona, esto es, como ser espiritual, ontológicamente libre. Esto es lo que trasuntan las enseñanzas de un creciente número de penalistas contemporáneos. Para no citar más que algunos nombres de alta jerarquía, comenzando por EDMUNDO MEZGER, un verdadero precursor, se inspiran en estas nuevas ideas filosóficas maestros como WELZEL, MAURACH, JESCHECK WÜRTEMBERGER, etc., en Alemania; BETTIOL en Italia; los integrantes de la llamada «Escuela de Utrech», en Holanda; penalistas psiquiatras y criminólogos como POMPE, BAAN KEMPE, todos los que afirman que el Derecho Penal y la criminología deben partir de esta concepción del hombre como una totalidad, cuya esencia radica en la autonomía ética de la voluntad, y de la idea de que el crimen «en el pleno sentido de la palabra pertenece al reino de la libertad...».

¹² SILVA, Daniel H.; MERCURIO, E. y LÓPEZ, F. *Imputabilidad penal y neurociencias*. 1ª ed., Ad hoc: Buenos aires, 2012.

¹³ Ibidem.

¹⁴ SPOLANSKY, N. «Imputabilidad y comprensión de la criminalidad». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1968.

¹⁵ SILVA, Daniel H.; MERCURIO, E. y LÓPEZ, F. *Imputabilidad penal y neurociencias*, op. cit.

¹⁶ Ibidem, p. 118.

puramente intelectual, racional, en acciones socialmente aceptables. En otras palabras, aunque se conozca la diferencia teórica entre lo correcto y lo incorrecto, entre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, este conocimiento no puede traducirse en inhibiciones efectivas».

JORGE MOLL¹⁷ (2008) dicen que:

«Una imagen que emerge de estos estudios recientes es que hay un acuerdo general acerca de las regiones cerebrales que apoyan la cognición moral, apuntando a una participación segura de cortical (corteza temporal anterior y medial prefrontal y anterior) y subcortical-límbico (núcleo estriado ventral, el hipotálamo, la amígdala, las estructuras del cerebro anterior basal) en la moralidad. Las cuestiones clave se destacan como nuevas fuentes de debate en la cognición moral».

SILVA¹⁸ (2012) señala que:

«Las modernas neurociencia han demostrado a través del análisis de pacientes con lesiones en el lóbulo frontal que no se requiere únicamente un conocimiento teórico sobre lo bueno y lo malo para que dicha información factual se traduzca en comportamientos socialmente adaptados, sino que se requiere algo del orden emocional para que dichos conocimientos se traduzcan en inhibiciones efectivas. Tal como se ha señalado previamente: saber no significa necesariamente sentir».

La neurociencia comienza a inmiscuirse en el terreno del derecho penal, y lo desplazan poco a poco, guste o no, a las concepciones bizantinas sobre qué es una enfermedad mental, y quiénes son aquellos que no tiene libertad de actuar. La libertad, según, estos conocimientos no son solamente la capacidad de razonar e inteligencia, sino que tiene que ver con la capacidad de valorar conductas y actuar según su comprensión.

Una de las regiones cerebrales que se relaciona íntimamente con el lóbulo frontal es la corteza de asociación límbica, cuya localización resulta difícil de ubicar para los no doctores. La corteza límbica, según SILVA¹⁹ «tiene importante relación con las conductas, debido a que es la encargada de que las emociones influyeran en la planificación de nuestros actos».

Según CABELLO²⁰ «los sentimientos morales que nacen de la esfera afectiva del psiquismo constituyen supremos reguladores de la conducta humana». No se debe olvidar que el comprender de la fórmula mixta de imputabilidad como se ha mencionado en párrafos previos, no puede restringirse a una operación puramente intelectual, «sino que emana de la esfera afectiva desde la que captamos y sentimos el mundo de los valores»²¹.

¹⁷ MOLL, J.; OLIVEIRA-SOUZA, R. y ZAHN, R. «The Neural Basis of Moral Cognition Sentiments, Concepts, and Values». Ann. N.Y. Acad. Sci. 1124: 161-180 (2008). C. _ 2008 New York Academy of Sciences. «La neurociencia moderna utiliza sofisticadas sondas cognitivas con técnicas de neuroimágenes para examinar los fundamentos neurales de los juicios morales e emocionales.» Varios estudios han documentado cambios en la conducta social luego del daño de diferentes estructuras corticales y subcorticales. Estos cambios conductuales pueden variar desde la desadaptación social (por ej., la falta de tacto social) hasta violaciones morales graves (por ej., la pedofilia).

¹⁸ SILVA, Daniel H.; MERCURIO, E. y LÓPEZ, F. *Imputabilidad penal y neurociencias*, op. cit., p. 120.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ CABELLO, Vicente P. *Psiquiatría Forense en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1981, p. 137.

²¹ *Ibíd.*

Es perceptible, entonces, que hay gran discrepancia entre el conocimiento formal y sustancial, ya que la existencia de alteraciones en el estado emocional del individuo dificulta la capacidad de utilizar el conocimiento para dirigir sus acciones conforme dichos conocimientos.

Algo similar expone el neuropsicólogo GOLDBERG²², quien señala que los pacientes con graves lesiones frontales pueden distinguir lo correcto de lo que no es y podrían responder correctamente a las preguntas sobre qué acciones son socialmente aceptables y cuáles no lo son. Es más, siguiendo la psiquiatría forense actual podrían encontrarse con capacidad para estar en juicio. Sin embargo, el daño frontal, según el prestigioso autor, interfiere en la capacidad para traducir ese conocimiento puramente intelectual en acciones socialmente adecuadas.

Esos estudios fueron importantes para obtener la conclusión que la función más importante del región frontal del cerebro es valorar las acciones. Los estudios del experto doctor JORGE MOLL (2008) refuerzan que la moral y emoción están relacionadas con la región frontal del cerebro.

Emoción y cognición son dos importantes aspectos de la vida mental humana que, en general, son considerados como distintos. Las interacciones emocionales-cognitivas son intuitivamente intrigantes. Pero, existen diferentes cuestiones o formas de interacciones que reflejen la organización del cerebro.

Estos descubrimientos sobre el funcionamiento de la mente solamente se pueden ver a través de los sofisticados exámenes de neuroimágenes. Los resultados son que la región emocional y moral del cerebro interfiere en la toma de decisiones, y puede quitar su capacidad de comprender el carácter ilícito de su acciones o de gobernarse conforme dicha comprensión²³.

Según los neurocientíficos las lesiones en la región frontal impactan más severamente en la capacidad moral, como bien dice SILVA²⁴ (2012): «[...] Así, un paciente con lesión orbitofrontal puede distinguir lo correcto de lo que no lo es y pese a todo ser incapaz de utilizar este conocimiento para regular su comportamiento de forma socialmente adaptada. [...]».

FRÍAS CABALLERO²⁵, en 1981, al descorrer sobre los tres niveles de la consciencia humana, ya destacaba que la capacidad emocional tiene relación con conexiones cerebrales, y que cuando el sujeto carece de esta habilidad es porque tiene alteración físico-funcional del cerebro. Esta teoría encontró refuerzo en las modernas neurociencias y, ha demostrado que la madurez de la mente tiene relación con las «habilidades» o capacidades cognitivas específicas: la capacidad de conocer se refiere a un acto sensorio-perceptivo de índole natural; entender se refiere a la esfera intelectual, con la razón; y comprender significa valorar, y tener empatía²⁶ (DA SILVA: 2012).

Las investigaciones neurocientíficas confirman la precisión del vocablo comprender en la fórmula de inimputabilidad, ya que dichas investigaciones distinguen las diferencias entre conocer, entender y comprender. Esta cuestión reviste particular importancia ya que no son

²² GOLDBERG, E. *El cerebro ejecutivo. Los lóbulos frontales y la mente civilizada*, 2ª ed., Crítica: Barcelona, 2004, p. 161.

²³ MOLL, J. y DE OLIVEIRA-SOUZA, R. (2007). «Moral judgments, emotions and the utilitarian brain». *Trends Cogn. Sci.*

²⁴ SILVA, Daniel H.; MERCURIO, E. y LÓPEZ, F. *Imputabilidad penal y neurociencias*, op. cit.

²⁵ CABALLERO, Jorge Frías. *Capacidad de Culpabilidad penal*, op. cit.

²⁶ SILVA, Daniel H.; MERCURIO, E. y LÓPEZ, op. cit.

pocos informes psiquiátricos forenses en donde dichas palabras son utilizadas erróneamente como sinónimos.

Los nuevos descubrimientos de las neurociencias acerca del funcionamiento del cerebro están revolucionado los paradigmas de la moderna teoría del delito, en cuanto a lo que considera actuar con libertad. Los estudios han demostrado que la toma de decisión tiene relación directa con el estado emocional, lo cual tiene su origen en alteraciones cerebrales.

La conclusión de que las acciones humanas están determinadas por reflejos nerviosos del cerebro puede poner en duda la existencia del libre arbitrio del hombre. En este contexto, se puede decir que CABALLERO fue un visionario, porque ya supo lo que la neurociencia solamente hoy ha probado: que conocimiento, entendimiento y comprensión se refieren a grados de desarrollo del intelecto (sensorial, racional y moral) humano, y que entender (capacidad puramente cognitiva) no significa comprender.

Puede decir, entonces, que las acciones humanas tienen relación directa con una parte del cerebro que es responsable de la valoración de la conducta, y de que no son «anormales» solamente aquellos que no pueden entender sus acciones. También lo son aquellos que padecen de la incapacidad de valorar. Ello también puede representar o constituir una enfermedad.

La incapacidad de comprensión puede o no representar una enfermedad, pero es cierto que esta anomalía interfiere en los procesos emocionales, y juicio del reprobabilidad de la criminalidad del hecho. Para CABELLO²⁷ (1981), en psicología penal, comprender es valorar, se comprende lo que se siente, el no sentirlo es un índice de falta de comprensión.

El sistema penal, en general, ignora que un sujeto que presenta una grave alteración en las regiones cerebrales encargadas de valorar, puede encontrarse sin plena capacidad de gobernarse. Segundo FRÍAS CABALLERO²⁸ (1981): «Quem não sente o valor não o compreende e portanto não o conhece; o incapaz de compreende-lo é, por sua vez, incapaz de valorar e em consequência incapaz de atuar conforme a valor».

En esta línea, el conocimiento del valor pertenece al ámbito emocional, al cual no se puede ascender por vía racional. Como dice SCHELER (citado por SILVA, 2012): «la inteligencia por sí sola es ciega al valor».

En verdad, la análisis sobre la imputabilidad no se limita tan solo a la verificación del estado psiquiátrico del sujeto, ya que según SILVA²⁹ (2012) «debe verificar si dicho estado satisface o no la medida de la exigencias normativo-valorativas, es decir, afirmar que el hecho fue realizado por una persona susceptible de ser objeto de reproche personal ético jurídico».

En tal sentido, señala SILVA³⁰ «si la inimputabilidad se limita tan sólo a la verificación del estado psiquiátrico de un sujeto, el juzgador quedaría supeditado al informe médico para determinar su imputabilidad. Sin embargo, la determinación de este complejo artículo requiere por parte del juez una postura activa».

²⁷ CABELLO, op. cit.

²⁸ Ibídem.

²⁹ SILVA, Daniel H.; MERCURIO, E. y LÓPEZ, F. *Imputabilidad penal y neurociencias*, op. cit., p. 60.

³⁰ SILVA, op. cit., p. 47.

Así, los sistemas penales deben adecuar el concepto de inimputabilidad teniendo en cuenta que son inimputables aquellos que no tienen capacidad de comprensión y no solamente de entendimiento, como muchos consideran.

Según FRÍAS CABALLERO³¹ la verdadera esencia de la forma mixta-psiquiátrica-psicológica-valorativa teniendo en cuenta que «la imputabilidad y sus límites se hallan, en última instancia, configurados de un modo valorativo y no puramente psicológico».

Cabe señalar que el derecho debe siempre cambiar para actualizarse a las transformaciones sociales, de modo así presentar adecuado a su tiempo. Las legislaciones en materia de la imputabilidad, debe sufrir modificación en sus bases para que no se cometa errores en el tratamiento jurídico de los delincuentes.

El propósito del presente trabajo ha sido contribuir a la discusión sobre la imputabilidad a la luz de la neurociencia y sus reflejos en el derecho penal, sobre todo porque las conclusiones proponen una revolución en las premisas de las modernas teorías del delito.

BIBLIOGRAFIA

- ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)*. 7. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1938.
- ARAGÃO, Antônio Moniz Sodré de. *Curso de Direito Criminal*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1934.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral I. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. «Culpabilidade Conceito e evolução». Recuperado em 28 de setembro de 2012. http://www.apmbr.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=98%3Aculpabilidade&catid=54%3Apublicacoes2&Itemid=48
- CABALLERO, Jorge Frías. *Imputabilidad penal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1981.
- . *Capacidad de Culpabilidad penal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1981.
- CABELLO, Vicente P. *Psiquiatria Forense en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1981.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.
- DA SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. «Culpabilidade e livre-arbítrio novamente em questão. Os influxos da neurociência sobre o Direito Penal». Recuperado El 28 de setembro de 2012 de <http://jus.com.br/revista/texto/13089/culpabilidade-e-livre-arbitrio-novamente-em-questao#ixzz27inkOybp>.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal, C. I, tomo I*, 2008.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *El sistema del Derecho Penal en la actualidad, en Estudios de Derecho Penal*, 2.ª ed, Madrid, 1980.
- GOLDBERG, E. *El cerebro ejecutivo. Los lóbulos frontales y la mente civilizada*, 2ª ed., Critica: Barcelona, 2004.
- HORN, Eckhard, «Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit» (1969). Eine systematische Grundlagentheorie der Schultheorie, Berlin: Duncker & Humblot,.

³¹ CABALLERO, Jorge Frías, op. cit., p. 154.

- MOLL, J. et al. (2002). «The neural correlates of moral sensitivity: a functional magnetic resonance imaging investigation of basic and moral emotions». *J. Neurosci.* 22, 2730-2736
- . et al. «The self as a moral agent: linking the neural bases of social agency and moral sensitivity». *Social Neuroscience* (in press)
- MOLL, J. y de OLIVEIRA-SOUZA, R. (2007). «Moral judgments, emotions and the utilitarian brain». *Trends Cogn. Sci.*
- . (2007). «Response to Greene: Moral sentiments and reason: Friends or foes?». *Trends Cogn. Sci.*
- MOLL, J.; DE OLIVEIRA-SOUZA, R. y Eslinger, P. J. (2003). «Morals and the human brain: A working model». *Neuroreport*, 14(3), 299-305.
- MOLL, J.; DE OLIVEIRA-SOUZA, R. y ZAHN, R. «The Neural Basis of Moral Cognition Sentiments, Concepts, and Values». (2008). *Ann. N.Y. Acad. Sci.* 1124: 161-180. C _ 2008 New York Academy of Sciences.
- WELZEL, H. *El nacimiento del moderno concepto del derecho, en problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía Del derecho*, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa. Buenos Aires, 1970.
- ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema de derecho penal*, Bosh: Barcelona, 1972.
- SILVA, Daniel H.; MERCURIO, E. y LÓPEZ, F. *Imputabilidad penal y neurociencias*. 1ª ed., Ad hoc: Buenos aires, 2012.
- SPOLANSKY, N. «Imputabilidad y comprensión de la criminalidad». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1968.
- SMITH DE VASCONCELLOS. *As dirimentes do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1923.
- TAVARES, Juarez. *Teorias do Delito*. São Paulo: Saraiva, p. 8.
- TOLEDO, F. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n.º 7209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Una contribución a la determinación típica del robo con homicidio - Especial referencia al Derecho Penal Peruano

GODOFREDO ANDRÉ GARCÍA LEÓN (Perú)

Investigador Máster, Universidad Nacional de Trujillo, Perú¹

RESUMEN: La determinación típica del robo con homicidio tanto en el derecho penal peruano como en el derecho comparado ha generado varios problemas, entre los que se tiene; la indeterminación de la imputación a título de dolo y/o imprudencia del homicidio resultante en el robo; y con ello su difícil distinción con el asesinato por conexión; y por último, la forma de su tipificación en los códigos penales, que muchas veces trastoca principios-límites del *Ius Puniendi*, como el principio de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad de las penas y resocialización. El presente trabajo pretende contribuir a la determinación típica del robo con homicidio, a partir de criterios normativos de imputación, tomando como referencia el caso Peruano.

Palabras clave: robo con homicidio, dolo, asesinato por conexión, criterios de imputación, culpa.

ABSTRACT: The typical determination of robbery with homicide both the Peruvian criminal law and comparative law has generated several problems, among which you have; indeterminacy of imputation by way of fraud and / or reckless homicide resulting in the theft; and thus its difficult distinction connection with murder; and finally, the shape of his offense in the criminal codes, which often disrupts principles-limits *Ius Puniendi*, as the principle of legality, guilt, proportionality, humanity penalties and rehabilitation. This paper aims to contribute to the typical determination of robbery with homicide, from normative imputation criterio by reference to the Peruvian case.

Key words: Robbery with Homicide, Dolo, Murder by connecting Imputation Criterio, Blame.

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Director Académico del Instituto de Investigación y Estudios en Ciencias Penales IDICEP. Abogado Asociado en EP Consultores Legales & Contables. Presidente Fundador de la Asociación Civil Inquisitio Essentia Ius.

Sumario: I. Introducción: los problemas. II. Crítica a la determinación típica del Robo con Homicidio en la doctrina. III. Crítica a la determinación típica del Robo con Homicidio en la Jurisprudencia. IV. Contribución a la determinación típica del Robo con Homicidio. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: LOS PROBLEMAS

Uno de los problemas más serios que afronta Latinoamérica e incluso Europa en la regulación del delito de robo con homicidio es su determinación típica, tanto objetiva como subjetiva. Este problema se debe a específicamente dos causas: 1) La problemática regulación de delitos preterintencionales, calificados por el resultado, o agravados por el resultado más grave en las legislaciones penales²; 2) La difícil distinción entre el delito de robo con homicidio con el delito de Asesinato para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito (llamado homicidio por conexión).

La primera causa del problema se explica por dos motivos: 1) La regulación de dichas figuras como el robo con homicidio limitan peligrosamente con la vulneración de ciertos principios fundamentales en todo Estado Democrático de Derecho, como lo son: el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad, el principio de humanidad de las penas y el principio de resocialización. El segundo motivo es que en el análisis de la subsunción del tipo penal de robo con homicidio no existe en lo absoluto consenso alguno en el derecho peruano ni en el derecho comparado de qué criterios dogmáticos se pueden o deben utilizar, lo que genera inseguridad jurídica.

La segunda causa del problema se explica por tres motivos: 1) No existe en las legislaciones una clara descripción de los tipos penales, en específico del robo con homicidio, lo que dificulta su distinción con el delito de Asesinato para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito. 2) Existe un debate incansable en la doctrina para determinar cuándo estamos ante un robo con homicidio y un el delito de asesinato para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito. 3) La jurisprudencia no es uniforme para determinar cuándo estamos ante un robo con homicidio y un el delito de asesinato para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito.

El presente trabajo teniendo en especial consideración la figura del robo con homicidio, regulado en el último párrafo del artículo 189° del Código Penal Peruano, pretende contribuir al debate sustentando una formulación dogmática en base a criterios normativos de imputación jurídico penal, a efectos de buscar una interpretación alternativa de subsunción típica en este siempre polémico delito de robo con homicidio.

II. CRÍTICA A LA DETERMINACIÓN TÍPICA DEL ROBO CON HOMICIDIO EN LA DOCTRINA

El Robo con homicidio se encuentra regulado en el artículo 189° párrafo in fine del código penal peruano en los siguientes términos: «La pena será de cadena perpetua cuando el agente

² Quien señala la existencia de este tipo de delitos: BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. «La imputación subjetiva de resultados «más graves» en el Código Penal Español» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLVII. Fascículo II. Madrid, 1994, p. 57.

actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental».

Antes de iniciar con el estudio de las posturas en la doctrina, nos permitiremos a esbozar unas líneas críticas respecto a la tipificación de esta figura; en principio encontramos que esta regulación vulnera el principio legalidad cuando emplea términos como «se le causa», «se produce», *consecuencia del «hecho»*; términos de por sí vagos, gaseosos que vulneran una de las consecuencias de dicho principio, como lo es la prohibición de leyes indeterminadas que como señala la doctrina,³ permite al ciudadano conocer en forma clara, precisa, y concreta los elementos típicos del injusto y sus consecuencias jurídicas.

Asimismo esta regulación vulnera el principio de culpabilidad, pues si tenemos en cuenta que dicho principio tiene como consecuencia la proscripción de la responsabilidad objetiva⁴ en la norma in comento, encontramos por el contrario expresiones claras de responsabilidad objetiva, como la expresión «si como consecuencia del hecho», «se produce la muerte», «se causa lesiones graves», cuestiones que no vinculan normativamente al autor, sino más bien lo vinculan causalmente, cuestión que no debe ser de ningún modo aceptado en un Estado respetuoso del principio de culpabilidad.

El hecho de que la pena impuesta para esta figura sea la de cadena perpetua vulnera además, el principio de principio de proporcionalidad, pues según el mismo: «la pena habrá de aparecer, en abstracto y concreto, tanto merecida como necesitada y proporcionada⁵»; más aún si la figura de asesinato para facilitar u ocultar otro delito de injusto y reprochabilidad mayor tenga un extremo punitivo de 15 a 35 años de pena privativa de libertad.

Finalmente esta pena intemporal vulnera el principio de humanidad de las penas y el de principio de resocialización, preceptos que implican el respeto por la dignidad⁶, y oportunidad de participación democrática⁷ en sociedad. Desafortunadamente esta figura en Perú, es una medida de «derecho penal simbólico», pues a través de ella «el legislador pretende comunicar a la sociedad que se encuentra atento al servicio de las necesidades sociales, sin tener en cuenta la legalidad de las mismas así como las condiciones de su operatividad, pues la norma, es una

³ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal*. Lima. Editorial Grijley, 2008, p. 104. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 2º Edición Editorial Civitas Madrid-España, 1997, p. 169; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal. Introducción*, Madrid. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 343; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Introducción al Derecho Penal*. Lima. Editorial Grijley, 2010, p. 179.

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, 3º Edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 1998, pp. 102-103. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, 7º Edición Editorial B de F Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 135.

⁵ AGUADO CORREA, Teresa. «*El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal*» Madrid. Editorial Edersa, 1999, pp. 275-276.

⁶ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires. Editorial Ediar, 2002. «Nunca puede ser perpetua en el sentido propio de la expresión pues implicaría admitir la existencia de la persona descartable», p. 132.

⁷ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona. Editorial Ariel, 1994, pp. 148-149.

especie instrumento para el legislador a corto plazo para su aprobación y con ello obtener réditos políticos»⁸.

2.1. *El resultado «muerte» en el robo se debe imputar a título de dolo o culpa*

En el Perú es minoritaria la postura que considera que en esta figura al sujeto agente debe imputársele la muerte de la víctima a título dolo o culpa⁹. Estos autores señalan que: «en la redacción de la última parte del artículo 189°... la mayor de las veces el agente dolosamente causa las lesiones leves o la muerte de la víctima con la finalidad de quebrar o anular la resistencia a la sustracción de sus bienes¹⁰» Además refieren que en esta figura «el legislador está admitiendo la posibilidad de configuración de una serie de hipótesis de hecho informantes de tal ilícito penal, que abarcan una serie de situaciones de muerte culposa, preterintencional y en ciertos casos dolosa¹¹».

Estos autores parten principalmente de dos ideas: la inmanencia de riesgo que crea el agente para vencer la resistencia de la víctima, la misma que en la mayoría de los casos es dolosa, pero que también podría ser culposa, esto se explica, al entender que el delincuente al robar puede matar; la segunda idea parte en razón a la tipificación abierta del legislador, pues con ello, el resultado muerte, puede ser imputable a título de dolo, o a título de culpa. En el Derecho Comparado esta postura es mayoritaria¹².

2.2. *El resultado «muerte» en el robo se debe imputar sólo a título de dolo*

En Perú, es minoritaria la consideración de que la imputación al agente de la muerte de la víctima, se daría, sólo a título de dolo¹³. Estos autores señalan que: «Si nos atenemos al criterio de la preterintencionalidad en el robo con muerte subsecuente, caeríamos en el absurdo de

⁸ En este sentido también CANCIO MELIÁ/JAKOBS. *Derecho Penal del Enemigo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2005, pp. 46 y ss. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. «El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la Pena», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, N.º 103, 2002, pp. 67 y ss. También HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch Valencia, 1995, pp. 26 y ss.

⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos Contra el Patrimonio*, 2ª Edición. Lima. Jurista Editores, 2006, p. 184; ROJAS VARGAS, Fidel. *Estudios de Derecho Penal*. Lima. Jurista Editores, 2004, p. 320 (conclusión Sexta)- EL MISMO. *Delitos contra el Patrimonio*, Volumen I. Lima. Editorial Grijley, 2000, p. 489.

¹⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 184.

¹¹ ROJAS VARGAS, Fidel. «El Delito de robo con consecuencia de muerte de la víctima» en *Estudios de Derecho Penal*, Lima, Editorial Idemsa, 2004, p. 316.

¹² CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. 6ª edición. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, p. 427. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. cit., p. 176. RODRÍGUEZ DEVESEA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 16ª edición, Madrid, Editorial Dykinson, 1993, pp. 433-434. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II. Madrid, Editorial Ceura, 1990, p. 68. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. «Robo con Homicidio» en Revista de Estudios de la Justicia, N° 11, Chile. Año 2009, pp. 131-151, nota 21. LAJE ANAYA, Justo. *El Robo y La Extorsión en la Doctrina Judicial Argentina*, Editora Alveroni. Córdoba, 2004, p. 169. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*, 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día. Editorial Ariel. Barcelona, 1994, pp. 178-179.

¹³ GALVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther Javier. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II, Lima. Jurista Editores, 2012, p. 825; GALVEZ VILLEGAS, Tomás. *Nuevo Orden Jurídico y Jurisprudencia*, Lima. Jurista Editores, 2012, p. 461.

sancionar un delito preterintencional con una pena mucho más grave que le corresponde a un delito gobernado por el dolo directo o eventual»¹⁴.

Uno de los argumentos para entender que la muerte en el delito de robo no puede imputarse a título de culpa, sino a título de dolo, se debe a como señalan estos autores, que: «En ningún caso debe aplicarse este tipo penal agravado, cuando la muerte se produce como un resultado preterintencional», pues «un resultado culposo jamás puede sancionarse con la máxima pena de nuestro sistema jurídico penal» con ello se entiende que «la actuación debe ser dolosa puesto que no pueden equipararse los resultados dolosos con los culposos o preterintencionales y sancionarse a estos últimos con pena de cadena perpetua»¹⁵. Estos autores se basan únicamente en el dato punitivo para determinar que la muerte en el robo, sólo debe imputarse a título de dolo, y con ello esbozan más que todo un argumento negativo, esto es, que la pena de cadena perpetua no podría imputarse a una muerte culposa en el robo. Esta postura tiene un nivel de aceptación intermedio en la doctrina comparada¹⁶.

2.3. Resultado «muerte» se debe imputar sólo título de culpa

Esta postura es mayoritaria en Perú¹⁷, y entiende que si en el robo se produce la muerte, mediando imprudencia en el resultado, la conducta debemos ampararla bajo los alcances del último párrafo del art. 189° in fine, se señala, así, «es cierto que sin lugar a dudas esta interpretación afecta los principios de culpabilidad y proporcionalidad», asimismo, señalan: «habremos de fijar esta agravante conforme a una imputación subjetiva a título de culpa»¹⁸.

Además, consideran que el resultado muerte en este delito se debe atribuir «al agente la responsabilidad por el resultado más grave únicamente a título de preterintencionalidad»¹⁹, pues se considera «que en los delitos cometidos contra la vida y la salud deben ser cometidos con ocasión con motivo del robo, de lo contrario estaríamos ante un homicidio doloso, un asesinato o lesiones, según sea el caso²⁰». Estos autores no fundamentan con profundidad, esta postura, pues se basan únicamente en que la muerte debe ser ocasional o incidental al robo, y por ende ésta (muerte) debe imputarse a título de culpa.

¹⁴ GALVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther. Ob. cit., p. 823.

¹⁵ Ibídem, pp. 824-825.

¹⁶ DONNA, Edgar A. *Delitos Contra el Patrimonio*, Buenos Aires. Editorial Rubinzal Culzoni, 2001, pp. 143-144. BUOMPADRE, Jorge E. *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo 2. Corrientes, Mario A. Viera Editor, 2003, pp. 68-69. CONTI, Néstor Jesús. *Los Robos Calificados por el Resultado en el Código Penal Argentino*, Buenos Aires, Fabián J. Di Placido Editor, 2006, pp. 69-75, notas 103-104.

¹⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II, Lima. Editorial Idemsa, 2010, p. 255; ROY FREYRE, Luis E. *Derecho Penal Peruano. Tomo III Parte Especial. Delitos Contra el Patrimonio*, Lima. Instituto de Ciencias Penales, 1983, pp. 89 y 93; PAREDES INFANZÓN, Jelio. *Delitos contra el Patrimonio*, Lima. Editorial Gaceta Jurídica, 2000, p. 114; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal Parte Especial II-A. Delitos Contra el Patrimonio*, Lima. Ediciones Jurídicas, 2005, p. 169. Sin embargo es minoritaria en la doctrina comparada sólo la sigue en Argentina por ejemplo CERREDO DAMIANOVICH, Laura. *Delitos contra la Propiedad*, 3° edición. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2000, p. 121.

¹⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 235.

¹⁹ ROY FREYRE, Luis. Ob. cit., pp. 85 y 93.

²⁰ PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. cit., p. 85.

2.4. Crítica

Estas posturas esbozadas por la doctrina nacional y comparada, no son atendibles, pues en el caso peruano, el mismo código penal, señala en su artículo 12º, que: Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos *expresamente establecidos por la ley*.

Por ello, el resultado muerte en el robo, *debe imputarse sólo y únicamente a título de dolo*; esto no en razón, de que una pena gravísima como la cadena perpetua lo justifique, como se señala en la doctrina nacional y sobretodo en Argentina, pues se tiene que en Perú, figuras culposas se penan con cadena perpetua, como es el caso del abuso sexual de menor de edad del Artículo 173-A, en el que se señala: «Si los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua»

Nosotros consideramos que el delito debe imputarse sólo a título de dolo, pues si bien es cierto, podría pensarse que el término «muerte», y las expresiones «se produce», «a consecuencia del hecho» y «se causa», del artículo 189º *in fine*- que regula el robo con homicidio; incluirían no sólo resultados a título de culpa, sino fortuitos como en España lo consideraron algunos autores en su clásica figura de robo con homicidio²¹.

Empero, no creemos que esa aplicación sea de recibo, pues nuestro legislador ha limitado con una formulación *numerus clausus* la existencia de delitos imprudentes, además según el título preliminar del código penal peruano, en su artículo VII señala que: «La pena requiere de la responsabilidad del autor. Queda proscrita toda fórmula de *responsabilidad objetiva*».

En este orden de ideas se entiende que al menos en Perú, no es posible que el resultado «muerte» deba ser imputado a título de culpa.

III. CRÍTICA A LA DETERMINACIÓN TÍPICA DEL ROBO CON HOMICIDIO EN LA JURISPRUDENCIA

3.1. Resultado «muerte» en el robo se debe imputar a título de dolo o culpa

La Corte Superior de Justicia de La Libertad en el Expediente: 4763-2012, el Juzgado Colegiado consideró que la muerte es atribuible a título de dolo o culpa, se tiene como hechos los siguientes: «El día 16 de setiembre del 2010 aproximadamente a las 01:50 horas de la madrugada, los acusados Edgar Daniel Bustamante Linares (alias Rata) y Robins Néstor Becerra Alcalde (alias Piru) conjuntamente con los menores Juan Carlos Quispe Moncada (alias Cobra) y Jersin Paul Villanueva Delgado (alias Mono) (estos últimos ya sentenciados), ingresaron al Hospedaje ubicado en la calle Soledad N° 586 de la ciudad de Chepén con la finalidad de robar al agraviado Segundo Rogelio Fernandez Becerra, siendo que los acusados estaban armados y agredieron físicamente al

²¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*, Madrid. Editorial Reus, 1966, pp. 176 y ss. BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II. Madrid, Editorial Ceura, 1990, p. 68. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. «El comportamiento típico en el robo con homicidio» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Tomo XVII. Fascículo III. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid. 1964, pp. 440 y ss.

agraviado el cual solicitó ayuda de su hijo Dante Fernandez Lezama, quien estaba descansando en el interior, en ese momento su hijo sale encontrando a su padre mal herido, pero logra cruzarse con el sujeto conocido como el “mono”, al cual coge pero como este saca un arma le dispara, es en esas circunstancias que Dante Fernandez Lezama –hijo del agraviado– reconoció que los sujetos que participaron en el robo fueron los apodados “piru”, “cobra”, “rata” y “mono”».

3.2. Resultado «muerte» se debe imputar sólo a título de dolo

La Jurisprudencia Peruana considera en su mayoría que la figura de robo con homicidio se imputa a título de dolo²², así lo ha señalado la Corte Suprema y la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en la última década.

Un ejemplo lo encontramos, en el Recurso de Nulidad N° 3932-2004-Amazonas de la Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala Penal Transitoria con fecha diecisiete de febrero de dos mil cinco, considerado Precedente Vinculante, en la que se adopta esta postura; este caso tiene como hechos: *«En horas de la tarde del ocho de junio de dos mil dos, el agraviado Carlos Lino Chonlón Vega fue interceptado por los coacusados Carlos Alberto Ramos Sandoval, Darío Damián Pedraza Alarcón y Rey David Pedraza Campos, en circunstancias que luego de retirar dinero del banco se dirigía a bordo de una motocicleta por la carretera con destino al Centro Poblado Menor «Naranjos Alto» en la jurisdicción del Distrito de Cajaruro, Provincia de Utcubamba, siendo el caso que Ramos Sandoval conjuntamente con Pedraza Campos, aprovechando la superioridad numérica y empleando violencia le despojaron el dinero que portaba, para darse a la fuga, a lo que el agraviado en su intento de recuperar lo sustraído es impactado por un proyectil de arma de fuego disparado por Darío Damián Pedraza Alarcón quien se encontraba detrás de aquel en actitud de contención, ocasionando su muerte en forma instantánea».*

Los magistrados señalaron que para determinar que estamos ante un robo con homicidio, se debe tener en cuenta, dos condiciones: a) La determinación del momento en que se consuma el delito de robo agravado, que será cuando el agente tenga disposición potencial del bien aunque sea por un breve lapso de tiempo b) Violencia ejercida con posterioridad a la consumación del mencionado delito, que se entenderá como un concurso de delitos, y no un robo con homicidio.

3.3. Resultado «muerte» en el robo se debe imputar sólo a título de culpa

En forma minoritaria la Corte Suprema y la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en la última década han indicado que el resultado muerte en el robo se debe imputar sólo a título de culpa²³ para considerar que estamos ante un robo con homicidio.

²² Exp. 427-2008 (1); Exp. 427-2008 (2), Exp. 427-2008 (3), Exp. 3767-2010; Exp. 3717-2010- Exp. 3920- 2010, Exp. 4956-2011 Exp. 01833-2011 - Exp. Exp. 6139-2011- Exp. 5347-2011; Exp: R.N. N° N° 4647-95. LAMBAYEQUE - EXP. N° 5990-97. LA LIBERTAD - EXP N° 491-97-LIMA - EXP. N° 007-98 PUERTO MALDONADO - MADRE DE DIOS - R.N. N° 3551-98-CUSCO-RN 764-98-HUAURA - R.N. N° 778-2003-PUNO - R.N. N° 736-2005-ANCASH-EXP. 3364-2001-CUZCO. R.N. 3694-2003 UCAYALI -R.N. Nro. 1160-2004-LIMA - R.N. N° 3182-2004 HUÁNUCO -RN 1445-2003-SAN-MARTIN-R.N. N° 3932-2004)- AMAZONAS-R. N. EXP. N° 1433-2005-SAN MARTIN-R. N. N° 2865-2005- R. N. N° 2766-2005 -LIMA-R. N. N° 304-2005 CUSCO.-R. N. EXP. N° 1433-2005-SAN MARTIN. -INCIDENTE: N° 2004-153.

²³ Exp. 1499- 2011 (1), 1499- 2011 (1), en los Juzgados Penales Colegiados de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y la Ejecutoria Suprema recaída en Recurso de Nulidad. N° 2015-201 (CASO MARCO ANTONIO) de la Corte Suprema de la República.

Un caso emblemático de esta postura jurisprudencial, es el recaído en el Recurso de Nulidad N° 2015-2011-Lima. Caso Marco Antonio, de fecha diecinueve de enero de dos mil doce, en el que se tiene como hechos: *«el día nueve de julio de dos mil nueve, en horas de la noche... en el inmueble y en circunstancias que ...el agraviado, se percató de la presencia de Velásquez Zarazú, quién se habla escondido detrás de un aparador a fin de evitar ser descubierto; instantes que Glenni Ponce de manera violenta lo toma por el cuello con su brazo derecho, llevándolo hasta la sala, ocasionando que este se desmayara y cayera al piso, quedando tendido en posición cubito ventral, lo que es aprovechado por Velásquez Zarazú para subir al segundo piso y sustraer una laptop, dos equipos celulares, joyas, relojes y dinero en efectivo ascendente a dos mil ochocientos diez nuevos soles, luego de lo cual descendió al primer piso, donde Glenni Ponce seguía presionando el cuello de la víctima, motivando que Velásquez Zarazú tomara un polo color crema y le rodeara la cara a la altura de la boca para evitar que este gritara, dándole dos golpes a la altura del lado derecho de la cabeza supuestamente con su arma de fuego, circunstancias en las cuales el agraviado al escuchar un silbato empezó a mover sus miembros inferiores y superiores, desesperadamente intentando gritar y pedir auxilio, ante ello Glenni Ponce con su mano izquierda introdujo el polo color crema antes mencionado a la boca del agraviado, motivando que este como mecanismo de defensa le mordiera la mano, quién continuando con su actitud violenta comprimió con más fuerza ocasionándole la muerte, luego los encausados le ataron los miembros superiores e inferiores con el cable de una computadora y otro de material plastificado, introduciéndole una bolsa plástica transparente en la cabeza, dejando el cuerpo de la víctima tendido sobre el piso de la sala en posición de cubito ventral con el torso desnudo y sin calzado, retirándose del lugar en el vehículo que los esperaba Pacheco Huamanchumo, habiéndole causado la muerte al agraviado por asfixia mecánica, tipo estrangulación, siendo el agente causante: agente constructor cervical».*

En este caso los magistrado señalan que nos encontramos ante un delito de robo con homicidio, *«porque los acusados actuaron conformándose con dicha probabilidad (muerte del agraviado) y con total indiferencia de los bienes jurídicos ajenos, decidieron co-ejecutar el hecho y que dada la circunstancia que Velásquez fue descubierto por la víctima, decidieron ejercer la violencia en contra de la víctima como medio facilitador para la sustracción de los bienes muebles, siendo este un acto doloso de robo agravado; que la muerte, ocasionada por la intensidad de la violencia (incrementada a razón la defensa que la víctima realizó de su vida), era previsible (se utilizó una fuerza mayor a la normal, además de la utilización de cordones y polo para superar la defensa de la víctima); por ello, tanto Ponce como Velásquez son coautores de la modalidad de robo con resultado muerte (preterintencional)».*

3.4. Crítica

Si bien es cierto no es posible abordar en este espacio el razonamiento de todas las sentencias y con ello enriquecer esta crítica, sin embargo, nos limitaremos a describir algunas deficiencias de la jurisprudencia anotada.

En principio es curioso notar que la doctrina minoritaria en Perú, es la que considera que la muerte en el robo debe ser imputada sólo a título de dolo, pero esto no se refleja en la jurisprudencia que por lo contrario esta postura es minoritaria.

En cambio la doctrina mayoritaria que considera que la muerte en el robo debe imputarse sólo a título de culpa, en la jurisprudencia es minoritaria. Otro dato es que desde la aparición

de este delito de robo agravado por muerte subsecuente en nuestro país, esto es, con el Decreto legislativo N° 986 en 1998 –normatividad en la que por primera vez tipificó el robo con homicidio en Perú–, es casi seguro que todo hecho en el que exista un robo y una muerte, sea tipificado *per se* como robo con homicidio, a menos que el procesado «*confiese*» que él planeó primero la muerte, y por ende debe ser procesado por asesinato para facilitar u ocultar otro delito.

En otras palabras los magistrados no se detienen al análisis del tipo, sino sin mediar argumentación alguna subsumen los hechos en sólo el delito de robo con homicidio.

Es por ello que encontramos que en casi todas estas sentencias, la argumentación en la fundamentación del juicio de subsunción típica del robo con homicidio, es mínima, muy subjetiva y hasta veces declarativa, lo que genera inseguridad jurídica.

IV. CONTRIBUCIÓN DOGMÁTICA: CRITERIOS DE IMPUTACIÓN JURÍDICO PENALES

4.1. *En el tipo objetivo: tesis de la pertenencia del riesgo*

Debemos entender que el riesgo de producción del resultado debe considerarse como un riesgo típico en conexión directa del bien jurídico primario a tutelar en cada injusto. Así pues en el delito de Robo con homicidio, el bien jurídico primario a tutelar es el patrimonio.

1. Creación de riesgo de desapoderamiento

El sujeto agente debe crear un riesgo de desapoderamiento, esto es el autor debe dirigir sus actos a desposeer a la víctima de los bienes que es objeto de robo. La conducta tiene que estar dirigida a sustraer los bienes de la víctima, se entiende que los actos ejecutivos deben ser empleados con violencia.

Esto se debe a que el bien protegido en los delitos contra el patrimonio son los bienes patrimoniales, y por ende el ataque contra el bien jurídico que sustenta el injusto de robo, debe ser directamente dirigido a desposeer al sujeto del dominio del bien. Por ejemplo, quien dispara a quemarropa para sustraer unas pertenencias, o quien persigue a su víctima para incrustarle un puñal, atropellarle, matarle con un pico de botella; son actos que pueden ser precedidos de amenazas, con lo que pueden entenderse que pertenecerían a un delito de robo con homicidio, porque la amenaza es típica indudablemente del delito de robo, pero son actos que se dirigieron a producir inminentemente la muerte mas no a desapoderar a la víctima; puesto que el riesgo creado no pertenece a un riesgo de un robo.

2. Sólo la Violencia es el medio típico de Robo con homicidio

Es clásico el entendimiento de que la violencia y/o la amenaza o intimidación son los medios típicos del robo. En el robo con homicidio, sólo cabe la violencia como medio típico, pues si bien es cierto casi siempre se presentan amenazas en los robos, sin embargo, en la producción de un homicidio, sólo se puede cometer por violencia y no por una amenaza.

La violencia se constituye en un medio idóneo *ex ante* para producir la muerte de la víctima en el robo, más no la amenaza o la intimidación. Creemos que en sede *ex ante*, han de tomarse

los datos, conocimientos, experiencias, circunstancias, reglas, que objetivamente han de ser valorados en la creación del riesgo de muerte, esto es, en razón de que «las normas de conducta tan sólo puede apoyarse en datos que en el momento anterior de la acción sean accesibles al destinatario de la norma y ello parte de las condiciones elementales de la existencia del Derecho²⁴».

3. Sólo es sujeto pasivo el poseedor de los bienes en el robo (víctima)

Se debe entender que cualquier víctima de un delito de robo a quien se fuerza para despostrarle de sus bienes, y se le última, no será siempre, o necesariamente, sujeto pasivo del delito de robo con homicidio, es así que si la víctima en un robo con homicidio, sólo constituyó un mero obstáculo para la sustracción de los bienes, podría ser más bien sujeto pasivo del delito de asesinato para facilitar u ocultar el delito de hurto, puesto que su muerte solo sería un «medio» para, la sustracción del patrimonio del sujeto pasivo del robo.

Por ejemplo tanto el policía, vecino, pareja, familiar o desconocido que acude al rescate de quien posee los bienes, y es ultimado por el sujeto agente, aquí, se postula, que este resultado (muerte) no ha de entenderse como un robo con homicidio, sino más bien como un delito de asesinato para facilitar u ocultar otro delito.

Esto en virtud de quien interviene en los hechos, no es titular del bien jurídico patrimonio, pues es el sujeto pasivo del robo, quien posee los bienes, y más bien la actividad desplegada de estas víctimas, fueron sólo un obstáculo, para facilitar la comisión de otro delito, en este caso un delito contra el patrimonio.

4. Resistencia u oposición al desapoderamiento de la víctima como elemento típico del robo con homicidio

La víctima tiene que oponer resistencia al desapoderamiento, cuestión que hace necesario que el sujeto agente emplee violencia para doblegar y reducir esta oposición y a consecuencia de ello le produce la muerte. Ahora bien, esta resistencia de la víctima, en ciertos casos no constituiría un robo con homicidio, pues cuando no nos encontremos a acciones de resistencia serios de parte de la víctima, la producción de la muerte de la víctima, sería objetivamente innecesaria, y constituiría más bien, otro delito, como el de asesinato por ferocidad, asesinato por placer, asesinato con gran crueldad, asesinato para ocultar otro delito (osea el robo), etc.

Por ejemplo, puede ser que la víctima este reducida en el piso y sólo atine a «golpear» levemente con sus manos la pierna del sujeto agente, y a pesar de esta inútil defensa de la víctima, el autor le dispara produciéndole la muerte, estos casos además cobran interés a partir de la importancia de la consumación para entender que estamos ante un concurso real de un robo más un homicidio o de un robo más un asesinato para ocultar otro delito u otro tipo de homicidio calificado (asesinato). Esta hipótesis también es aplicable, al caso de la víctima malherida que al intentar inoficiosamente recuperar sus pertenencias, ante la superioridad numérica de los delinquentes, es ultimado por ellos.

²⁴ FRISCH, Wolfgang, *Delito y Sistema de Delito*, en WOLTER/FREUND eds. Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 239.

5. Producción del homicidio para doblegar la resistencia de la víctima, como elemento típico del robo con homicidio

A partir de la conjunción de estos elementos: violencia de la sujeto agente, resistencia de la víctima, creación en principio de un riesgo de desapoderamiento, encontramos que el sujeto para doblegar la resistencia de la víctima le produce la muerte, producción que a nuestro entender debe ser dolosa. Sólo la producción de la muerte será culposa, cuando así lo determine el legislador.

4.2. *En el tipo subjetivo: decisión del autor*

1. Decisión del autor para doblegar la resistencia de la víctima

Este criterio normativo del dolo es tanto la decisión del autor al ataque del bien jurídico en cuanto a la imputación dolosa del resultado en el delito de robo con homicidio y a su vez la falta de previsión del resultado producido en caso de imputación imprudente²⁵.

Este criterio tiene su razón de ser en virtud de la existencia de parámetros normativos en el tipo subjetivo, se analizará aquí si el sujeto agente al emprender el ataque contra la víctima, tenía la aptitud para ser imputable, para reconocerle conocimientos mínimos, además se tendrá en cuenta la transmisión de conocimientos, si comprendía racionalmente en las consecuencias nocivas de su actuar²⁶.

Este parámetro normativo permitirá distinguir las circunstancias en las que nos encontramos ante un comportamiento doloso e imprudente. Cuando se verifica que el autor ha tenido un conocimiento distorsionado de la producción del riesgo creado con su actuar, estaremos ante un comportamiento imprudente, aquí se tendrá que valorar si tenía la posibilidad, el sujeto de conocer todas las circunstancias típicas de su actuar²⁷. No interesa la opinión, los deseos, las intenciones del autor, porque el entendimiento de ello conllevaría a inseguridad jurídica, arbitrariedad e injusticia, lo que se busca es que en el análisis de las circunstancias se pueda entender que el autor actuó en forma imprudente o en su caso dolosa²⁸.

²⁵ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento Típico e Imputación de Resultado*. Traducción de la edición alemana (Heidelberg 1988) por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis GONZALEZ DE MOURILLO. Marcial Pons Madrid, 2004, p. 62.

²⁶ En este sentido: RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal*. Barcelona. Editorial José María Bosch, 1999, pp. 324 y ss.

²⁷ Así también LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y Conocimiento*. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch, 1999, p. 334.

²⁸ Del mismo parecer: FEIJÓ SANCHEZ, Bernardo. *El Dolo Eventual*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2004, p.128 y ss. Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. «La imputación Subjetiva en Derecho Penal» en *Cuestiones Actuales de Derecho Penal general y Patrimonial*. Lima. Ara Editores, p. 27; CARO JHON, José Antonio. «Imputación Subjetiva» cita a su ponencia presentada en el marco del VII Curso Internacional de Derecho Penal: «El funcionalismo jurídico penal a debate» realizada en Lima del 07 al 10 de Junio de 2006 Organizado por el Instituto Peruano de Ciencias Penales. Escuela de Post-Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 1-2.

2. Imputación a sólo título de Dolo

Consideramos que la muerte en el robo debe ser imputada a título de dolo, entendiendo toda clase de dolo (eventual, directo, de segundo grado). La imputación de la muerte en el robo será imprudente, sólo por mención expresa del legislador.

V. CONCLUSIONES

1. La interpretación de los alcances del delito de robo con homicidio, es harto problemática en las legislaciones de la Latinoamérica y Europa debido a que ni en la misma doctrina y la jurisprudencia existe consenso sobre la imputación dolosa o imprudente del homicidio y asimismo ello complica su distinción con el delito de asesinato para facilitar u ocultar otro delito.
2. La dogmática penal peruana considera erradamente que el robo con homicidio debe ser imprudente o doloso, o simplemente doloso, pues no tiene en cuenta que el legislador peruano ha limitado a los delitos imprudentes como *numerus clausus*.
3. La jurisprudencia penal peruana, no argumenta adecuadamente en sus fallos cuando estamos ante la figura de robo con homicidio.
4. Para entender configurado un delito de robo con homicidio, deben concurrir los siguientes elementos: creación de un riesgo de desapoderamiento, único elemento típico la violencia, resistencia de la víctima, sólo el poseedor de los bienes puede ser víctima, la producción de la muerte debe buscar doblar la resistencia de la víctima.
5. El homicidio debe imputarse a título doloso en cualquiera de sus modalidades o imprudente (sólo si el legislador expresamente lo permite)

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, Teresa. «El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal Peruano» en *El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Penal Contemporáneo*, Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro (Cord.). Lima, Editorial Palestra, 2010.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II. Madrid, Editorial Ceura, 1990.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel. «La imputación subjetiva de resultados «más graves» en el Código Penal Español» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLVII. Fascículo II. Madrid, 1994.
- BUOMPADRE, Jorge E. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo 2. Corrientes, Mario A. Viera Editor, 2003.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. 2° edición aumentada, corregida y puesta al día. Editorial Ariel. Barcelona, 1994.
- CANCIO MELIÁ/JAKOBS. *Derecho Penal del Enemigo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- CARO JHON, José Antonio. «Imputación Subjetiva» cita a su ponencia presentada en el marco del VII Curso Internacional de Derecho Penal: «El funcionalismo jurídico penal a debate»

- realizada en Lima del 07 al 10 de Junio de 2006, Organizado por el Instituto Peruano de Ciencias Penales, La Maestría de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CONTI, Néstor Jesús. *Los Robos Calificados por el Resultado en el Código Penal Argentino*. Buenos Aires, Fabián J. Di Placido Editor, 2006.
- CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. 6° edición. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998.
- DE CERREDO DAMIANOVICH, Laura. *Delitos contra la Propiedad*. 3° edición. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2000.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. «El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la Pena» en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, Núm. 103, 2002.
- DONNA, Edgar A. *Delitos Contra el Patrimonio*. Buenos Aires. Editorial Rubinzal Culzoni, 2001.
- FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *El Dolo Eventual*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2004.
- FRISCH, Wolfgang. *Delito y Sistema de Delito*, WOLTER/FREUND eds. Madrid, Marcial Pons, 2004.
- . *Comportamiento Típico e Imputación de Resultado*. Traducción de la edición alemana (Heidelberg 1988) por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis GONZALEZ DE MOURILLO. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther Javier. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II. Lima. Jurista Editores, 2012.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomás. *Nuevo Orden Jurídico y Jurisprudencia*. Lima. Jurista Editores, 2012.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal*. Lima. Editorial Grijley, 2008.
- . «La imputación Subjetiva en Derecho Penal» en *Cuestiones Actuales de Derecho Penal general y Patrimonial*. Lima. Ara Editores, 2005.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal. Introducción*. Madrid. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Delitos Cualificados por el Resultado y Causalidad*. Madrid. Editorial Reus, 1966.
- . «El comportamiento típico en el robo con homicidio» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XVII. Fascículo III. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid. 1964.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
- LAJE ANAYA, Justo. *El Robo y La Extorsión en la Doctrina Judicial Argentina*. Editora Alveroni. Córdoba, 2004.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y Conocimiento*. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch, 1999.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 7° Edición Editorial B de F Montevideo-Buenos Aires, 2004.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 3ª Edición. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 1998.
- PAREDES INFANZÓN, Jelio. *Delitos contra el Patrimonio*. Lima. Editorial Gaceta Jurídica, 2000.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II. Lima. Editorial Idemsa, 2010.
- . *Tratado de Derecho Penal Parte Especial II-A. Delitos Contra el Patrimonio*. Lima. Ediciones Jurídicas, 2005.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Introducción al Derecho Penal*. Lima. Editorial Grijley, 2010.
- RAGUÉS i VALLÉS, Ramon. *El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal*. Barcelona. Editorial José María Bosch, 1999.

- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. «Robo con Homicidio» en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11, Chile. Año 2009.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español*. Parte Especial, 16° edición, Madrid, Editorial Dykinson, 1993.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos Contra el Patrimonio*. Volumen I, Editorial Grijley. Lima, 2000.
- . «El Delito de robo con consecuencia de muerte de la víctima» en *Estudios de Derecho Penal*. Lima, Editorial Idemsa, 2004.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 2° Edición Editorial Civitas, Madrid-España, 1997.
- ROY FREYRE, Luis E. *Derecho Penal Peruano. Tomo III Parte Especial. Delitos Contra el Patrimonio*. Lima. Instituto de Ciencias Penales, 1983.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos Contra el Patrimonio*. 2ª Edición. Lima. Jurista Editores, 2006.
- ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires. Editorial Ediar, 2002.

Regulación jurídico-penal de los delitos sexuales en Guatemala

HAZEL JASMIN BOLAÑOS VÁSQUEZ (El Salvador)
*Doctora Junior, Universidad de Zaragoza, España*¹

RESUMEN: El artículo hace un estudio de los delitos que protegen el bien jurídico libertad e indemnidad sexual en la legislación guatemalteca, comenzando con el análisis del contexto social guatemalteco en relación con la violencia sexual, para luego analizar la actual legislación constitucional y secundaria que busca erradicar este tipo de violencia. Tras el análisis de los distintos tipos penales se evidencian los importantes avances que ha tenido la legislación penal guatemalteca en cuanto a la derogación de conceptos jurídicos indeterminados tales como «pudor», «mujer privada de razón», «mujer honesta», «abusos deshonestos», entre otros; que atentaban contra la igualdad de género y perpetuaban estereotipos sexistas en el imaginario social. No obstante, aún persisten problemas en la actual regulación y sanción de la violencia sexual en la legislación penal, principalmente en aspectos que evidencian una falta de sistematización en los tipos penales que afectan la aplicación del mismo de forma integral.

Palabras clave: libertad sexual, indemnidad sexual, delitos sexuales, violencia sexual, Guatemala.

ABSTRACT: The paper studies the offenses that protect the legal right to sexual indemnity and freedom in Guatemalan law, starting with the analysis of the Guatemalan social context in relation to sexual violence, and then analyzes the current constitutional and secondary legislation that pursue to eradicate this violence. After analyzing the various crime categories is evidenced the significant progress made by the Guatemalan criminal law regarding the derogation of legal concepts such as «modesty», «woman deprived of reason», «honest woman», «indecent assault» among others; who attempted against gender equality and contributed to gender stereotypes perpetuation in social belief. However, still problems in current regulation and punishment of sexual violence in the criminal law, especially in areas that show a lack of systematization in criminal offenses, affecting its holistic application.

¹ Investigadora asociada, Universidad Francisco Gavidia (El Salvador).

Key words: Sexual liberty, sexual indemnity, sexual criminal offenses, sexual violence, Guatemala.

SUMARIO: I. Introducción. II. Legislación guatemalteca relativa a la protección de la indemnidad y libertad sexual. 1. Ámbito constitucional. 2. Leyes secundarias. III. Conclusiones y recomendaciones.

I. INTRODUCCIÓN

Desde los orígenes de su historia como república independiente, Guatemala ha estado marcada por hechos de grave violencia, incluida la violencia sexual que ha existido desde hace muchos años, debido, principalmente, a la construcción social de los roles de género existentes en el país, que estableció en el imaginario social la creencia de que las mujeres carecen de derechos, puesto que están «envestidas» de responsabilidad hacia la pareja, la familia y la sociedad². Estas construcciones sociales desiguales influyeron dramáticamente en el conflicto armado interno sucedido en el país –que duró más de 30 años y dejó más de 200 mil víctimas asesinadas³– a tal punto que en la política contrainsurgente, el uso de la violencia sexual por parte de las fuerzas de seguridad fue una constante, y por lo tanto, también estaba incluida dentro de la formación que recibían los soldados⁴.

La política contrainsurgente de uso violencia sexual fue utilizada por las fuerzas de seguridad de Guatemala tanto para eliminar física y moralmente a las mujeres que consideraban como enemigo interno; para castigar física y moralmente a las mujeres que eran consideradas esposas, madres, hijas o hermanas del enemigo interno; así como para castigar a través de ellas a los hombres que eran considerados el enemigo interno⁵. Este uso de la violencia sexual estuvo caracterizada por la crueldad con la que se llevó a cabo, puesto que parte del objetivo de las fuerzas militares era mostrar un «castigo ejemplar»⁶. La manera en que se ejecutó este ejercicio de la violencia sexual incluyó actos de:

- Violaciones sexuales masivas y múltiples, en forma pública.

² FUNDACIÓN SOBREVIVIENTES. *Incidencia en el abordaje de la violencia sexual en Guatemala*, Ciudad de Guatemala. Fundación Sobrevivientes, 2011, p. 3.

³ DIEZ, Andrea. «Mujeres mayas abren camino: la búsqueda por la justicia ante el sistema de impunidad». En CONSEJERÍA EN PROYECTOS. *Guatemala, Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno*. Lima: PCS, 2007, p. 35; DIEZ, Andrea y HERRERA, Kenia. «Violencia contra las mujeres. Tratamiento por parte de la justicia penal de Guatemala». *Pensamiento Penal*, 2009, 89, p. 13.

⁴ DIEZ, Andrea. «Mujeres mayas abren camino», cit., p. 35; DIEZ, Andrea y HERRERA, Kenia. «Violencia contra las mujeres...», cit., p. 13; UNOPS. *Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico. Guatemala. Memoria del Silencio*. Ciudad de Guatemala. UNOPS, 1999, p. 27. No obstante, DIEZ afirma que «en la actualidad se discute si la violencia sexual fue ordenada por los altos mandos del Ejército y si se constituyó en una parte fundamental de la política genocida o fueron acciones permitidas o avaladas por las fuerzas de seguridad...» DIEZ, Andrea. *Eso no se escucha. Inclusión de los hechos de violencia sexual en las causas por violaciones de derechos humanos en Guatemala*. Ciudad de Guatemala. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 2006, p. 5.

⁵ *Eso no se escucha*, p. 10.

⁶ DIEZ, Andrea y HERRERA, Kenia. «Violencia contra las mujeres...», cit., pp. 16-17.

- Violaciones sexuales masivas, múltiples y continuadas de las mujeres privadas de libertad en forma ilegal, como método de tortura para obtener confesiones.
- Mutilación de los órganos sexuales femeninos de las mujeres torturadas y violadas.
- Exposición pública de cuerpos femeninos mutilados o con signos de violación o empalamiento como estrategia de tortura psicológica a los y las sobrevivientes de masacres.
- Entrega de las mujeres sobrevivientes para el ejercicio de la violencia sexual por parte de la tropa⁷.

Así, según el informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, del total de los 1465 casos estudiados por el informe cuyas víctimas fueron mujeres, el 99 % sufrieron violencia sexual⁸. No obstante, dicho informe también reconoce la existencia de un subregistro, debido tanto a la forma en que fueron tomados los testimonios; a que los hechos se minimizaron o naturalizaron tanto por quienes recogieron los testimonios como por las víctimas; así como por el temor de denunciar por parte de las víctimas⁹.

En este sentido, muy pocas de las víctimas identificaron los hechos sufridos como violación o agresión. Asimismo, en muchos casos las víctimas fueron culpabilizadas por los miembros del Ejército al señalar que eran las víctimas las que «salían de sus hogares», e incluso fueron señaladas por sus esposos, compañeros u otros sobrevivientes quienes aceptaron la violencia sexual por haber sido las mujeres las culpables «por exponerse»¹⁰. De igual forma, la violencia sexual fue percibida por sus perpetradores y las instituciones «*como parte natural, de poca importancia, en el ejercicio de la violencia contra las mujeres y comunidades*»¹¹. Todo esto, como acertadamente apunta la Comisión para el Esclarecimiento Histórico [CEH], muestra la desvalorización de la condición de la mujer¹². Todas estas situaciones han traído como consecuencia que muchos de los actos de violencia sexual ejecutados durante el conflicto armado permanezcan impunes. Así, DIEZ afirma que los esfuerzos por judicializar las violaciones a derechos humanos realizadas durante el conflicto armado se han concentrado en casos de ejecuciones extrajudiciales, masacres y genocidio, a pesar de la gravedad y recurrencia de los hechos de violencia sexual.

A pesar de que en el año 1996 se firmaron los acuerdos de paz entre el gobierno del presidente Álvaro Arzú Irigoyen y la Unión Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG), y que entre sus puntos el Estado se comprometió a tipificar el acoso sexual como delito y revisar la

⁷ Idem.

⁸ UNOPS. *Informe de la Comisión*, cit., p. 19.

⁹ DIEZ, Andrea. *Eso no se escucha*, cit., p. 5; DIEZ, Andrea. «Mujeres mayas abren camino...», cit., p. 37. En la misma línea se manifiesta el Informe Interdiocesano de la Iglesia Católica REHMI Guatemala Nunca Más, que también estableció que la violencia sexual en contra de las mujeres fue práctica sistemática de las fuerzas militares. Cfr. DIEZ, Andrea. *Eso no se escucha*, cit., p. 5. Asimismo, DIEZ crítica que ninguno de los dos informes incluyó, dentro de sus recomendaciones, acciones específicas en relación con la violencia sexual. DIEZ, Andrea. «Mujeres mayas abren camino...», cit., p. 37.

¹⁰ CEH. *Guatemala: memoria del silencio. Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico*. Ciudad de Guatemala. CEH, 1999, p. 42.

¹¹ ODHAG. *Los mecanismos del horror*. Ciudad de Guatemala. ODHAG, 1998, p. 212.

¹² CEH. *Guatemala: memoria del silencio*, cit., p. 21.

legislación nacional a fin de eliminar toda forma de discriminación contra la mujer¹³; los hechos de violencia sexual contra las mujeres continúan realizándose por parte de los integrantes de las fuerzas de seguridad y ex integrantes de fuerzas paramilitares¹⁴. Esto podría explicarse desde el hecho de que la violencia ejercida por el Estado en los 30 años de conflicto armado interno configuraron en el colectivo social la idea de que la violencia es la principal manera de solucionar los conflictos¹⁵. Así, en una investigación realizada por el Instituto Centroamericano de Estudios Políticos [INCEP] sobre la percepción de la violencia en Guatemala, se estableció que la violencia en el país se despliega en los planos estructural, político, bélico, delictivo, intrafamiliar y en la interrelación personal; producto de la crisis histórica estructural y sociopolítica de carácter bélica donde la violencia fue el mecanismo privilegiado para mantener el control y poder o para luchar contra él. Esto ha contribuido a que se justifique socialmente el ejercicio de la violencia, y en la medida que estos se justifican se vuelven más frecuentes¹⁶.

Asimismo, tal como afirman DIEZ & HERRERA, el ejercicio de la violencia sexual contra las mujeres es aún constitutivo de la construcción de la masculinidad y la autoridad masculina, tanto en núcleos rurales como urbanos, lo que constituye uno de los efectos más perniciosos del conflicto armado, puesto que las mujeres y niñas, en especial las indígenas, continúan siendo percibidas como «*cuerpos que pueden ser impunemente sometidos a fuerza de golpes y ultrajes*» y, consecuentemente, esto contribuye a la impunidad de la violencia sexual¹⁷.

Si bien la impunidad de la violencia sexual se justifica en parte en la naturalización de la violencia sexual realizada durante el conflicto armado por parte de las fuerzas armadas, también se relaciona con dicha impunidad el hecho que durante los 36 años de conflicto armado interno el sistema de administración de justicia se debilitó e incumplió con su deber fundamental de proteger los derechos fundamentales de las y los ciudadanos¹⁸. No obstante que con la aprobación de la Constitución de 1985 surgieron en Guatemala condiciones favorables para la democratización del país, además de que en forma paralela al proceso de firma de los acuerdos de paz se aprobó y entró en vigencia un nuevo Código Procesal Penal que estableció el cambio de un sistema inquisitivo a uno acusatorio; el sistema de justicia guatemalteca aún enfrenta importantes desafíos tales como el agilizar los procesos, garantizar el respeto de garantías a los sujetos procesales, mejorar la independencia judicial, permitir una mayor fiscalización de parte de la ciudadanía hacia los procesos judiciales y reducir la impunidad. Estas situaciones se profundizan en los casos de delitos cometidos contra mujeres¹⁹.

¹³ Asimismo, en los Acuerdos de Paz, en el punto de sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, se reconoció la particular vulnerabilidad e indefensión de la mujer indígena frente a la doble discriminación como mujer y como indígena, con el agravante de una situación social de particular pobreza y explotación. Por lo tanto el Estado se comprometió a: considerar como agravante en los delitos sexuales el hecho de que la víctima sea una mujer indígena; crear una Defensoría de la Mujer Indígena, con su participación, que incluya servicios de asesoría jurídica y servicio social. Acuerdos de Paz Firme y Duradera, 1996.

¹⁴ Ver DIEZ, Andrea. *Eso no se escucha*, cit., p. 1.

¹⁵ DIEZ, Andrea. «Mujeres mayas abren camino...», cit., p. 41.

¹⁶ INCEP. *Percepciones de la violencia en Guatemala: análisis en la actual coyuntura nacional*. Ciudad de Guatemala. INCEP, 1999, pp. 18-19.

¹⁷ DIEZ, Andrea y HERRERA, Kenia. «Violencia contra las mujeres...», cit., pp. 18-19.

¹⁸ Ver *Ibíd.*, pp. 19-20.

¹⁹ *Ibíd.*, pp. 19-20, 22.

En definitiva, puesto que tras la firma de los acuerdos de paz no se modificaron sustancialmente las condiciones estructurales que originaron el conflicto armado interno guatemalteco, la cultura de violencia no desapareció, sino que únicamente se transformó. Así, en la actualidad las mujeres en Guatemala continúan siendo víctimas de la violencia de género, violencia intrafamiliar, violencia sexual y feminicidio²⁰. No obstante, tal como afirmábamos *supra*, debido a la naturalización de este tipo de violencia, en general esta no es considerada un problema mayor, estimándose que su abordaje corresponde principalmente a la esfera privada²¹. Asimismo, persiste en la sociedad guatemalteca la estructura patriarcal que subordina a las mujeres al dominio masculino, naturalizando la violencia contra estas²².

Esta situación se ve reflejada en las estadísticas. Así, según los datos del Instituto Nacional de Estadísticas [INE] & Secretaría Presidencial de la Mujer [SEPREM], un 23.1% de mujeres indígenas y 25.3% de las mujeres no indígenas en edad fértil, afirman haber sido víctimas de violencia física por su pareja o ex pareja alguna vez en la vida, mientras que la violencia sexual es mucho menos reconocida y/o admitida, solamente un 10.6% en las mujeres indígenas y 13.4% en las mujeres no indígenas afirmaron haber sido víctimas de este tipo de violencia. Para INE & SEPREM, esto se debe a varios factores como el hecho de que las mujeres no quieren abordar el tema de la violencia sexual en la pareja, e incluso muchas la normalizan. Así, las estadísticas muestran que un 25% de mujeres en edad fértil consideró que es obligación de ellas tener relaciones sexuales con su pareja aunque no lo deseen²³. La violencia sexual también es sufrida por las mujeres migrantes. En este sentido, UNFPA reporta que en la frontera entre Guatemala y México, el 70% de las mujeres migrantes habían sufrido algún tipo de violencia y el 60% de esas mujeres han sufrido abuso sexual²⁴.

En cuanto a las denuncias por delitos sexuales, al comparar las estadísticas se puede apreciar un incremento en las denuncias de violaciones y abusos sexuales, con una tasa de crecimiento del 41 % del 2008 al 2012, ocurriendo la mayoría de abusos sexuales en mujeres menores de edad²⁵. En esta misma línea los datos del Ministerio Público reflejan un incremento de 3.739 denuncias recibidas en el año 2013, respecto al año 2010, por delitos contra la libertad e indemnidad sexual²⁶.

Asimismo, de los 4.857 reconocimientos en evaluaciones médico legales de violencia sexual realizados durante el 2013 a personas menores de edad, el 89,29% perteneció a víctimas del sexo femenino²⁷. Las estadísticas de INE y SEPREM también muestran que el 32% de las violaciones ocurre en pre adolescentes y adolescentes de 11 a 15 años y el 31% en adolescentes y mujeres

²⁰ Ver DIEZ, Andrea. «Mujeres mayas abren camino...», cit., p. 41; Diez & Herrera (2009), pp. 23-24; OEA. *Justicia e inclusión social. Los desafíos de la democracia en Guatemala*. Washington D.C. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 139.

²¹ DIEZ, Andrea y HERRERA, Kenia. «Violencia contra las mujeres...», cit., p. 24.

²² FUNDACIÓN SOBREVIVIENTES. *Incidencia en el abordaje de la violencia...*, cit., pp. 3-4.

²³ INE y SEPREM. *Guatemala: Indicadores de género*. Ciudad de Guatemala. INE y SEPREM, 2013, p. 81.

²⁴ UNFPA. *Estrategia Regional de UNFPA para América Latina y el Caribe para la Prevención y el Abordaje de la Violencia Sexual contra las Mujeres 2011-2013*. UNFPA, 2001, pp. 26-27.

²⁵ INE y SEPREM. *Guatemala: Indicadores de género*, cit., p. 82.

²⁶ MINISTERIO PÚBLICO. *Memoria de Labores 2013*. Ciudad de Guatemala. Gobierno de Guatemala, 2013, p. 64.

²⁷ PDH. *Estadísticas sobre violencia sexual a menores. Enero a diciembre 2013*. Ciudad de Guatemala. PDH, 2014, p. 2.

jóvenes de 16 a 20 años²⁸. Estos datos se equiparan con los evidenciados por el Procurador de los Derechos Humanos [PDH] que reporta que durante el año 2013, de los 6.552 reconocimientos de delitos sexuales contra mujeres en evaluaciones médico legales, el 66,19% de la víctimas evaluadas fueron menores de edad²⁹. De estas víctimas menores de edad, el 39,45% tenía entre 12 y 14 años y el 33,25% tenía entre 15 y 17 años³⁰.

De igual forma, al comparar los datos de casos de violencia sexual, se aprecia un incremento en los últimos dos años. Así, según el Instituto Nacional de Ciencias Forenses, durante 2013 se realizaron 2.999 evaluaciones más por denuncias de violencia sexual contra mujeres que en el año 2012. De igual forma, se reporta que hasta mayo de 2014 se habían registrado 3.148 evaluaciones por denuncias de violencia sexual, 818 evaluaciones más que en el año 2013, en donde se registraron 2,330 en el mismo período³¹.

Las estadísticas también muestran una leve diferencia entre los niveles educativos de las mujeres que admiten ser víctimas de violencia sexual. No obstante, la diferencia entre las mujeres víctimas de violencia sexual que no han asistido a la escuela frente a las que han recibido educación superior es apenas del 0,9 % lo que indica que, independientemente del nivel educativo, una mujer puede ser víctima de violencia física y sexual³².

En cuanto a la judicialización de los casos de violencia sexual, a pesar de la existencia de juzgados especializados, continúa siendo un gran reto resolución de estos casos. Así, según los datos reportados por INE y SEPREM, de los casos ingresados al organismo judicial entre el 2008 y el 2012 por delitos contemplados en la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer, solo una proporción de entre el 2 y el 12% de estos casos llegan a sentencia, mientras que en los casos ingresados a juzgados especializados, del total de casos ingresados, entre el 19 y 40% llegan a sentencia³³.

Asimismo, el organismo judicial, reportó que durante el año 2013 se registraron 6,255 casos de violencia sexual, explotación y trata de personas, siendo en el 71% de los casos sus víctimas mujeres; de estos, el 52% de víctimas fueron niñas y adolescentes. Mientras que las sentencias dictadas en casos de violencia sexual, explotación y trata de personas para el mismo período fueron 688, de las cuales 487 de estas fueron condenatorias. El 82% de las sentencias corresponden a víctimas mujeres³⁴.

²⁸ INE y SEPREM. *Guatemala: Indicadores de género*, cit., p. 82.

²⁹ PDH. *Estadísticas sobre violencia sexual a menores. Enero a diciembre 2013*. Ciudad de Guatemala. PDH, 2014, p. 2.

³⁰ PDH. *Estadísticas sobre delitos sexuales. Enero a diciembre 2013*. Ciudad de Guatemala. PDH, 2014, pp. 2 y 8. Mientras que en el caso de las víctimas de sexo masculino, de las 7.281 evaluaciones médico legales realizadas por delitos sexuales, solo el 10,01% (729 evaluaciones) correspondieron a esta población, lo que evidencia que la violencia sexual es un delito vinculado principalmente a la violencia fundada en la superioridad del género masculino sobre el femenino. Del total de personas del sexo masculino víctimas de violencia sexual, el 66,71 % son menores de 18 años. *Cfr.* *Ibíd.*, pp. 1 y 5.

³¹ PDH. *Estadísticas sobre delitos sexuales contra mujeres. Enero a diciembre 2013*, Ciudad de Guatemala. PDH, 2014.

³² INE y SEPREM. *Guatemala: Indicadores de género*, cit., pp. 81-82.

³³ *Ibíd.*, pp. 84 y 85. No obstante para los autores el hecho de que en los juzgados especializados la brecha entre sentencias y casos ingresados sea menor, permite determinar que un juzgado donde el recurso humano está capacitado y trabaja solamente para la atención de estos casos es más eficiente.

³⁴ SEPREM. *Informe de Violencia contra las Mujeres*. Ciudad de Guatemala. SEPREM, 2014, p. 1.

De igual forma, debemos también considerar aquellos casos en los que las mujeres no se atreven a denunciar³⁵. Los factores que llevan a las mujeres a guardar silencio al ser víctimas de violencia sexual son muchos, desde la estigmatización, la vergüenza social, el temor al agresor hasta la desconfianza en el sistema de justicia. Así, un hecho que no se puede negar es la revictimización que sufre la víctima que decide denunciar. Tal como afirma DIEZ, cuando la víctima se presenta a interponer la denuncia debe superar la primera prueba: «*demostrar que no miente*». Si logra convencer a los operadores de justicia sobre la posibilidad de los hechos denunciados la víctima debe enfrentar una práctica habitual entre los fiscales, relativa al cuestionamiento a la víctima respecto a su disponibilidad de «*llegar hasta el final*», explicándole cada paso y etapa que tendrá que superar, dejándole claro lo «*largo y complicado*» del proceso³⁶.

Otro aspecto que contribuye a la impunidad en estos casos es la discriminación, tanto étnica como de género. En este sentido DIEZ y FUNDACIÓN SOBREVIVIENTES denuncian que en el sistema de justicia penal se suele elegir los delitos a investigar de acuerdo al color de piel de persona denunciante, al igual que se puede decidir la no investigación de un hecho de violencia sexual porque a los fiscales o policías les molestan las características físicas de las mujeres que denuncian, o porque no se ajustan a determinado estereotipo de mujer³⁷. De igual forma, se debe considerar como un aspecto que contribuye a la impunidad de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual la falta de capacidad técnica tanto al momento de la investigación del delito como en el proceso penal³⁸.

Resulta también preocupante los informes emitidos sobre prácticas excluidoras sexistas realizadas por los integrantes del sistema de justicia. Así, en un estudio realizado por DIEZ sobre racismo y sexismo en las prácticas discursivas de las y los fiscales en Guatemala, se documentó que existen tribunales de sentencia en los cuales los jueces «*son el típico machista de Guatemala*» que desprestigian y humillan a la víctima a través de preguntas inadecuadas e insinuaciones sobre el placer que sintió la víctima al ser violentada sexualmente. Asimismo ponen en duda su credibilidad, por lo que suelen absolver a los imputados³⁹.

Este estudio también evidencia que en las prácticas discursivas de los y las fiscales la penetración es sinónimo de desfloración y el «cuerpo del delito» es el himen, es decir que se representan a la violación sexual como hecho que solo se produce cuando la víctima es virgen. Asimismo, consideran que es difícil probar una violación cuando la víctima ya no es virgen, si es una mujer casada, o si se dedica a «otro tipo de trabajos». En definitiva, los fiscales definen el delito de violación sexual, de acuerdo con las características de la víctima –principalmente su vida sexual y privada– y no de acuerdo con el hecho⁴⁰.

³⁵ FUNDACIÓN SOBREVIVIENTES. *Incidencia en el abordaje de la violencia...*, cit., pp. 3-4.

³⁶ DIEZ, Andrea. «Usted es la culpable. Racismo y sexismo en las prácticas discursivas de fiscales. El caso de Guatemala». *Revista de la Facultad Estudios Sociales de la Universidad Nacional de Comahue, Mendoza*, 2008, 14, pp. 111-112.

³⁷ *Ibid.*, p. 95; FUNDACIÓN SOBREVIVIENTES. *Incidencia en el abordaje de la violencia...*, cit., p. 18.

³⁸ DIEZ, Andrea y HERRERA, Kenia. «Violencia contra las mujeres...», cit., p. 95.

³⁹ DIEZ, Andrea. «Usted es la culpable...», cit., p. 112.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 102-104. Algunos de las consideraciones de los fiscales que participaron en el estudio son que no es lo mismo una «*patoja bien vivida, acostumbrada a andar de arriba para abajo con uno y otro hombre, entonces no va a presentar las mismas señales de trauma psicológico que una patoja que es primeriza...*»; que «*para*

Otra práctica discursiva de las y los fiscales evidenciada por el estudio, es que estos consideran que las víctimas engañan, manipulan, y mienten. Así, se cuenta con afirmaciones tales como que «*en el caso de abusos deshonestos, la información más importante sería saber si efectivamente la persona agraviada dice la verdad...*» o que en «*los casos de menores de edad tampoco pueden ser tomados como certeros*». Estas representaciones discursivas del delito y de las víctimas son igualmente preocupantes en cuanto justifican, normalizan y perpetúan las prácticas sexistas en el sistema penal guatemalteco⁴¹.

II. LEGISLACIÓN GUATEMALTECA RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LA INDEMNIDAD Y LIBERTAD SEXUAL

I. *Ámbito constitucional*

La Constitución de la República de Guatemala, desde el artículo 1, establece una protección para la persona humana y su familia. Dicho resguardo se encuentra orientado –o enlazado– con el fin supremo del Estado: la realización del bien común. De lo anterior se desprende el acogimiento, de los tomadores de decisión, de una serie de medidas encauzadas a la obtención de tales o cuales resultados. De modo que el art. 2 Cn. Determine el deber del Estado de garantizarles, a los habitantes de la República, la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

En materia de libertad –en general– y de libertad sexual –en particular– la Constitución guatemalteca estipula –como parte de su obligación tutelar– que dentro de sus fronteras los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos (art.4), de manera que el hombre y la mujer gocen de paridad de oportunidades y responsabilidades. Es decir, ninguna persona puede ser sometida a condiciones o hechos que menoscaben su dignidad humana o que impliquen un tratamiento desigual por su condición; más aún, irrumpiendo su esfera de libertades, autodeterminación o autonomía.

Relacionando lo dicho *supra* con nuestro objeto de estudio, podrían destacarse algunos parámetros elementales para el tratamiento estatal de la violencia sexual: a) la adopción de medidas encausadas a erradicar la violencia sexual, que no necesariamente deben ser jurídicas, sino también administrativas, preventivas, laborales, educativas, entre otras; b) el compromiso y responsabilidad estatal de proteger al ser humano, esencialmente, a las familias⁴², a las niñas, niños y adolescentes de este entorno violento que altera la autonomía al ser grupos vulnerables; y c) garantizar la igualdad de género, el respeto a la diversidad y libertad sexual.

En suma, la norma fundamental si bien no acoge el tema de la violencia sexual de manera particular, sí determina marcos abstractos de defensa que coadyuvan al fortalecimiento de las

una mujer virgen el trauma va a ser mucho mayor que en una mujer que no era virgen»; o que «*es un poco difícil considerar que una mujer trabajadora del sexo pueda ser violada, ya que ése es su trabajo*». *Ibíd.*, pp. 106-107.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 110-111.

⁴² El art. 47 Cn. estipula la protección social, económica y jurídica de la familia. Por consecuencia, el no acatamiento de la disposición haría incurrir al Estado guatemalteco en una responsabilidad por omisión frente a los ataques contra la libertad sexual sufridos por la población guatemalteca y, más grave, cuando estos acontecimientos recaen sobre sectores propensos a la violencia sexual, como es el caso de las mujeres y las niñas.

funciones de abstención, protección, conservación y garantía de los derechos fundamentales de las personas que a los Estados compete. Por ende, y en busca de satisfacer el fin último del Estado guatemalteco –la persona humana–, las acciones tendientes a erradicar la violencia en todas sus manifestaciones deberán trascender hacia la realización del bien común.

2. *Leyes secundarias*

Desde la perspectiva del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, el Código Penal de Guatemala (CP.G), de 1973, reformado mediante Decreto N° 9-2009, desarrolla en Título III los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas; anteriormente delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y contra el pudor. *In limine*, a la vista del articulado, se advierte que el legislador ha hecho un esfuerzo por corregir la multiplicidad de conceptos jurídicos indeterminados que existían antes de la reforma tales como «pudor», «mujer privada de razón», «mujer honesta»⁴³, «abusos deshonestos», entre otros, que venían a objetar la garantía de ley cierta⁴⁴ del principio de legalidad⁴⁵.

En este sentido, el capítulo I: De la violencia sexual, regula el delito de violación⁴⁶ (art. 173) que contempla dentro de la conducta prohibida al acceso carnal vía anal, bucal o vaginal, y a la introducción de partes del cuerpo u objetos en esas vías; solventando la vaguedad terminológica del artículo derogado⁴⁷. Asimismo, se adiciona el art. 173 bis, que regula al delito de agresión sexual para los actos que se realicen con fines sexuales o eróticos, siempre que no incurra en el delito de violación. Dichos actos se sancionan con pena de prisión que va desde los cinco hasta los ocho años.

A continuación, en el capítulo V del Código Penal se configuran los delitos contra la indemnidad sexual de las personas, esto es, contra la ausencia de injerencia, contra libertad a no ser molestado o contra la seguridad de la libertad sexual⁴⁸ –arts. 188 y ss.– frente a las posibles perturbaciones anticipadas a la sexualidad de las niñas, niños o adolescentes, en tanto que debe

⁴³ Daba la impresión de que existían «mujeres deshonestas» que no requerían la tutela penal.

⁴⁴ Que hace referencia a la no existencia de preceptos vagos e imprecisos dentro de la disposición.

⁴⁵ Bajo ese contexto, algunos de los conceptos jurídicos tipificados antes de la reforma devenían contradictorios con el enfoque de género; evidenciando la poca sensibilidad con el tema, la preeminencia de la cultura machista, los estereotipos o victimización terciaria –producto de la construcción social, de las «etiquetas»– y, lo más grave, la exposición de las o los sobrevivientes a la revictimización, entendida esta como toda acción y omisión que lesione el estado físico, mental y/o psíquico de la persona víctima. *Cfr.* Directrices de Naciones Unidas para reducir la revictimización de las personas en condición de discapacidad en procesos judiciales.

⁴⁶ Se advierte que se está hablando de la modalidad simple, ya que la modalidad agravada la desarrolla el art. 174 CP.G, aumentando la penalidad de los tipos básicos en dos terceras partes. Cabe destacar que antes de la reforma si como consecuencia de la violación –art. 175 CP.G– resultare la muerte de la víctima se configuraba el delito de violación calificada y la pena podía llegar hasta el máximo represivo de la muerte.

⁴⁷ El derogado artículo 173 establecía: «Comete delito de violación quien yaciere con mujer en cualquiera de los siguientes casos: 1°. Usando de violencia suficiente para conseguir su propósito. 2°. Aprovechando las circunstancias, provocadas o no por el agente, de encontrarse la mujer privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir. 3°. En todo caso, si la mujer fuere menor de doce años. En los casos prescritos la pena a imponer será de seis a doce años».

⁴⁸ El bien jurídico protegido entra en el dilema de que las niñas y los niños carecen de libertad –en este caso sexual– porque se presume que son inimputables; también podría ser el caso de las personas declaradas incapaces. *Cfr.* LATORRE, Virgilio. «Agresión sexual o violación ¿Una cuestión meramente nominal?». *Revista Derecho Penal, Procesal-Penal y Criminología*, 2001, 2.

garantizarse el ejercicio gradual y saludable de la misma y, por ende, requieren de un régimen especial de protección⁴⁹. De igual forma, el capítulo VI desarrolla los delitos de explotación sexual, entre ellos, el art. 191 Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución; el art. 193 Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad; y el art. 195 Exhibiciones obscenas.

Asimismo, en Título IV De los delitos contra la libertad y la seguridad de la persona, Capítulo I De los delitos contra la libertad individual, se regulan dos delitos relacionados con la protección de la libertad e indemnidad sexual, a saber el art. 202 ter Trata de personas y el art. 202 quáter Remuneración por la trata de personas. En cuanto a la trata de personas, el tipo penal establece que como conducta típica la captación, el transporte, traslado, retención, acogida o recepción de una o más personas con fines de explotación, incluida la prostitución ajena, cualquier otra forma de explotación sexual, pornografía, embarazo forzado o matrimonio forzado o servil. Respecto a la remuneración por la trata de personas, la conducta típica consiste en brindar o prometer a una persona o a terceros un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza a cambio de las actividades de explotación sancionadas en el art. 202 ter, lo cual incluye a la modalidades atentatorias de la libertad e indemnidad sexual.

De igual forma, se han promovido algunas legislaciones que abordan el contenido de la violencia sexual, por ejemplo, la Ley contra la violencia sexual, explotación y trata fue aprobada por el Congreso de la República de Guatemala el 18 de febrero de 2009 a través del decreto 9-2009, y tiene como objeto prevenir, reprimir, sancionar y erradicar la violencia sexual, la explotación y la trata de personas, la atención y protección de sus víctimas y resarcir los daños y perjuicios ocasionados (art. 1). Asimismo, la ley establece como órgano asesor y orientador de las acciones de las distintas entidades o dependencias del Estado en favor de la lucha contra la violencia sexual, explotación y trata de personas a la Secretaría contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, a fin de que conjuntamente puedan ir midiendo y evaluando los factores que facilitan la violencia sexual, la explotación y la trata de personas e ir disminuyendo y erradicando estas vulneraciones a los derechos humanos, principalmente a los derechos de las niñas y las mujeres.

Cabe acentuar que la normativa especial conlleva una serie de reformas a la legislación penal relacionadas con los delitos de violencia sexual, explotación y trata de personas. Para citar un ejemplo, el art. 22 refiere que en los delitos cometidos contra las personas menores de edad, el plazo de la prescripción comenzará a contarse desde el momento en que la víctima cumpla su mayoría de edad. Seguidamente, el art. 23 adhiere el art. 150 bis al CP.G y tipifica el maltrato contra personas menores de edad sancionándolo con prisión de dos a cinco años. Otro aspecto a resaltar es la reforma a la denominación del Título III, Libro II del Código Penal, Decreto 17-73, «Delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y contra el pudor», pasando a denominarse «Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas», resolviendo –en cierta medida– los problemas relacionados con el bien jurídico protegido en esta clase delitos, y los problemas de interpretación o significación que genera el concepto de «pudor».

Bajo ese contexto, también se reforma el art. 173 CP.G –delito de violación– ampliando la conducta al acceso carnal vía vaginal, anal o bucal con otras personas y a la introducción de

⁴⁹ Fundamentación realizada desde la teoría de la vulnerabilidad estudiada por la victimología.

objetos. Además, se adiciona el art. 173 bis que tipifica la agresión sexual hasta con una pena de cinco a ocho años de prisión. Asimismo, el art. 34 de la ley en comento reforma el art. 190 del CP.G, determinando la violación a la intimidad sexual con penas que van desde los uno a tres años de prisión.

Dentro del ámbito especial de protección contra la violencia sexual, también es relevante citar la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer –Decreto 22-2008– la cual pretende garantizar la vida, la libertad, la integridad, la dignidad, la protección y la igualdad de todas las mujeres ante la ley y, particularmente, cuando por condición de género, en las relaciones de poder o confianza, en el ámbito público o privado quien agrede cometa en contra de ellas prácticas discriminatorias, de violencia física, psicológica, económica o de menosprecio a sus derechos. Asimismo, la ley tiene como fin promover e implementar disposiciones orientadas a la erradicación de la violencia física, psicológica, sexual, económica o cualquier tipo de coacción en contra de las mujeres, garantizándoles una vida libre de violencia, según lo estipulado en la Constitución Política de la República e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de las mujeres ratificados por Guatemala (art. 1).

Concierta relevar que la legislación sobre femicidio sanciona este delito en el art. 6 de la Ley, refiriendo que comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de las circunstancias tales como menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de los instintos sexuales, violencia, misoginia, entre otras. Se destaca –en especial– la tipificación del delito de violencia contra la mujer (art. 7) que sanciona a quien, en el ámbito público o privado, ejerza violencia física, sexual o psicológica contra la mujer; no pudiendo alegar en su favor costumbres, tradiciones culturales o religiosas como causas de justificación o de exculpación para perpetrar, infligir, consentir, promover, instigar o tolerar la violencia contra la mujer. De suerte que se encomienda al Ministerio Público la creación de una unidad especializada⁵⁰ para el tratamiento de estos delitos.

Otra ley que se une al combate de la violencia –en general– y de la violencia sexual –en particular– es la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, la cual entiende a este tipo de violencia como cualquier acción u omisión que de manera directa o indirecta causare daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico o patrimonial, tanto en el ámbito público como en el privado, a persona integrante del grupo familiar, por parte de parientes o conviviente o exconviviente, cónyuge o excónyuge o con quien se haya procreado hijos o hijas (art. 1). Por ende, esta ley regula la práctica de medidas estatales de protección necesarias para garantizar la vida, integridad, seguridad y dignidad de las víctimas de violencia intrafamiliar. Asimismo, su objetivo es brindar protección especial a mujeres, niñas, niños, jóvenes, personas adultas mayores y personas con discapacidad, tomando en consideración las situaciones específicas de cada caso y su grado de vulnerabilidad.

En otro orden, la Ley de dignificación y promoción integral de la mujer contiene mecanismos y medidas específicas para prevenir y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres, entre ellas –art. 18–, la promoción de la supresión de cualquier acción o práctica

⁵⁰ El art. 14 de la Ley contra el Femicidio menciona que dicha unidad especializada será la Unidad de delitos contra la vida e integridad física de la mujer de la Fiscalía.

de violencia contra la mujer⁵¹; la actuación eficaz para prevenir, investigar y sancionar este tipo de violencia; la modificación o abolición de leyes o reglamentos vigentes, prácticas jurídicas o costumbres que impliquen la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer, etc. Finalmente, dentro de las medidas preventivas que matiza esta Ley, se encuentra el desarrollo de campañas específicas y de programas educativos para promover la modificación de los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres, con el fin de eliminar los prejuicios y prácticas consuetudinarias basadas en la idea de inferioridad o de superioridad del género, los estereotipos y las distintas formas de discriminación (art. 19).

Con el tema de los estereotipos, la Ley de desarrollo social –Decreto 42-2001– encomienda a los Ministerios de Cultura, Educación y Deporte, en coordinación con la Secretaría de Comunicación Social de la Presidencia de Guatemala, la supervisión y vigilancia de los programas de comunicación social a fin de evitar la difusión del machismo, la subordinación y explotación de la mujer, de la sexualidad como bien de consumo, y se obstaculice el desarrollo integral de mujeres y hombres.

En definitiva, el progreso legislativo que ha tenido la República de Guatemala para el abordaje de la violencia sexual desde la perspectiva de género, es significativo, aunque falte trabajo por hacer. La indeterminación conceptual es uno de los problemas trasladados al justiciable que puede poner en peligro la imparcialidad y el predominio de la subjetividad en el Estado. La adopción de cuerpos jurídicos especiales es una contribución estatal al fortalecimiento de las funciones de abstención, promoción, protección y garantía de los Derechos Humanos de los habitantes guatemaltecos; sin embargo –debe aclararse– esto no es suficiente. Si no se cuenta con eficacia en la aplicación de la Ley y en la administración de justicia, de nada servirá la creación de cuerpos jurídicos. Además, acciones como las descritas deben de estar acompañadas de mecanismos preventivos que cambien la visión patriarcal e implementen la perspectiva de género en la sociedad.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Tras el análisis de los tipos penales que protegen a la libertad e indemnidad sexual en la legislación penal guatemalteca, podemos apuntar las siguientes conclusiones y recomendaciones. En primer lugar, no obstante que la Constitución no desarrolla el tema de la violencia sexual de manera particular, sí determina marcos abstractos de defensa que coadyuvan al fortalecimiento de las funciones de abstención, protección, conservación y garantía de los derechos fundamentales de las personas. Por ende, se entiende por incluido los derechos relativos a la libertad e indemnidad sexual de la persona, como parte de la realización del bien común.

En segundo lugar, se advierte que el legislador ha hecho un esfuerzo por corregir los estereotipos de género que existían en la legislación penal derogada, principalmente, a través de la promulgación de la Ley contra la violencia sexual, explotación y trata fue aprobada por el Congreso de la República de Guatemala el 18 de febrero de 2009 a través del decreto 9-2009, y que vino a reformar y derogar varios de los artículos del Código Penal, especialmente, aquellos que

⁵¹ La legislación entiende que la violencia contra la mujer es –art. 4– «*todo acto, acción u omisión que por su condición de género, la lesione física, moral o psicológicamente*».

hacían referencia a multiplicidad de conceptos jurídicos indeterminados tales como «pudor», «mujer privada de razón», «mujer honesta», «abusos deshonestos».

En este sentido, resulta destacable la reforma realizada a la denominación del Título III, Libro II del Código Penal, «delitos contra la libertad y la seguridad sexuales y contra el pudor», pasando a denominarse «delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas», determinando de esta manera el bien jurídico protegido en los delitos de violencia sexual, a la vez que elimina los problemas de interpretación o significación que genera el concepto de «pudor». Asimismo, huelga destacar la reforma realizada al art. 173 CP.G que regula el delito de violación, puesto que solventa la vaguedad del artículo derogado, además de contemplar dentro de la conducta típica no solamente al acceso carnal vía anal o vaginal, sino que también se considera violación el acceso vía bucal, así como la introducción de partes del cuerpo u objetos en esas vías, dando así más relevancia a la vulneración de la integridad de la víctima y no al acceso carnal en sí. En el mismo sentido, cabe destacar la derogación del art. 175 CP.G que contemplaba la pena de muerte si como consecuencia de la violación resultare la muerte de la víctima que no hubiere cumplido 10 años de edad.

A pesar de las bondades de esta reforma, se hace necesario que se haga una reestructuración sistemática del articulado del Código Penal, a fin de que las distintas regulaciones realizadas en este se integren e interpreten de forma uniforme, además de facilitar su comprensión a los operadores de justicia. En este sentido, se recomienda suprimir aquellos artículos que ya se encuentran derogados por el Decreto 9-2009 del Congreso de la República, pero que aún continúan apareciendo dentro del contenido del Código Penal. Tal es el caso de los artículos que se encuentran en los capítulos II: Del estupro (arts. 176-178), III: De los abusos deshonestos (arts. 179 y 180) y VI: Del raptó (arts. 191-187) y el artículo 194 Producción de pornografía de personas menores de edad.

Igual sugerencia se hace para aquellos artículos que han sido declarados inconstitucionales. Por ejemplo, en el caso del art. 196 Publicaciones y espectáculos obscenos, que fue declarado Inconstitucional por Sentencia de la Corte de Constitucionalidad, del 29 de mayo de 2003 (Expediente 1021-2002), se sugiere que este sea reformado acorde con los principios y derechos constitucionales, o suprimir su contenido del Código Penal. Similar situación sucede con el artículo 200 Matrimonio de la ofendida con el ofensor, acertadamente declarado inconstitucional por Sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 17 de marzo de 2006 (Expediente 2818-2005), el cual se sugiere sea suprimido del articulado del Código Penal.

Asimismo, se sugiere revisar las circunstancias especiales de agravación determinadas para algunos de los delitos estudiados, dado que en algunos casos hay artículos que tienen reguladas circunstancias de agravación en diferentes artículos, e incluso en algunos casos, la circunstancia regulada por un artículo también se regula en otro distinto, lo cual puede generar confusión, a la vez que evidencia la falta de sistematización del articulado del Código Penal.

Por ejemplo, en el caso del artículo 192 Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución agravada; se establece que las penas señaladas en el artículo 191 –Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución– se aumentarán en una tercera parte si durante su explotación sexual la persona hubiere estado embarazada; cuando el autor fuere pariente de la víctima, o responsable de su educación, guarda, custodia, cuidado, tutela o sea el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente de la víctima o de uno de sus padres; o cuando mediare violencia o abuso de autoridad.

Sin embargo, el artículo 204 también establece que la pena a la que se refiere el delito contemplado en el artículo 192 (el cual se encuentra listado entre otros artículos) se aumentará en una tercera parte si concurren ciertas circunstancias listadas en dicho artículo, entre las que establecen –también– cuando se recurra a violencia, cuando el autor fuere pariente de la víctima o responsable de su educación, guarda, custodia, cuidado, tutela, o sea el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente de la víctima o de uno de sus padres; o cuando la víctima se encontrare en estado de embarazo. En este sentido, se hace evidente que ambas agravaciones contemplan los mismos supuestos y la misma pena, por lo tanto, se sugiere la redacción de ambas agravaciones a fin de no generar confusiones sobre el artículo a aplicar en estos casos.

De igual forma, llama la atención que dentro del listado de artículos que contempla la agravante regulada por el artículo 204, no se contemple al delito de agresión sexual (art. 173 bis), a pesar de que la vulneración que este representa a la libertad e indemnidad sexual de las víctimas. Por lo tanto consideramos que el desvalor de la acción de este delito hace válida su inclusión en el listado de delitos regulados en el artículo 204, en cuanto el grado de afectación al bien jurídico es superior cuando se recurre a violencia o a matrimonio servil; si la víctima fuere persona con incapacidad volitiva, cognitiva o de resistencia o adulto mayor; si el autor fuere pariente de la víctima o responsable de su educación, guarda, custodia, cuidado, tutela, o sea el cónyuge, ex cónyuge, conviviente o ex conviviente de la víctima o de uno de sus padres; si el autor actuare con uso de armas, sustancias alcohólicas, narcóticas, estupefacientes, otros instrumentos o sustancias que lesionen gravemente la salud de la persona ofendida; o si la víctima se encontrare en estado de embarazo.

En definitiva, el delito de agresión sexual debería figurar en la lista junto con los delitos de «Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución»; «Promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución agravada»; «Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad»; «Remuneración por la promoción, facilitación o favorecimiento de prostitución»; «Exhibiciones obscenas»; «Comercialización o difusión de pornografía de personas menores de edad»; «Posesión de material pornográfico de personas menores de edad»; «Utilización de actividades turísticas para la explotación sexual comercial de personas menores de edad»; «Trata de personas» y «Remuneración por la trata de personas». La misma sugerencia realizamos para el artículo 193 ter «Producción de pornografía de personas menores de edad».

Similar situación se da con el artículo 195 quinquies que establece que las penas para los delitos contemplados en los artículos 173 «Violación», 188 «Exhibicionismo sexual», 189 «Ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a personas menores de edad», 193 «Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad», 195 «Exhibiciones obscenas», 195 bis «Comercialización o difusión de pornografía de personas menores de edad», 195 ter «Posesión de material pornográfico de personas menores de edad»; se aumentarán dos terceras partes si la víctima fuera menor de dieciocho y mayor de catorce años de edad; en tres cuartas partes si la víctima fuera persona menor de catorce años, y con el doble de la pena si la víctima fuera persona menor de diez años. Por los argumentos expuestos *supra*, consideramos que también debería de añadirse a la lista de delitos el artículo 173 bis que regula el delito de agresión sexual.

Otro caso de la existencia de un supuesto regulado en dos disposiciones distintas es el artículo 195 bis «Comercialización o difusión de pornografía de personas menores de edad». Así, el tipo penal establece que la conducta típica consiste en publicar, reproducir, importar,

exportar, distribuir, transportar, exhibir, elaborar propaganda, difundir o comerciar de cualquier forma y través de cualquier medio, material pornográfico de personas menores de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva. La conducta se encuentra sancionada con prisión de seis a ocho años y multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales. Sin embargo, el artículo 204 también contempla al artículo 195 bis dentro del listado de delitos a agravar con el aumento de la pena en una tercera parte cuando concurran las circunstancias descritas, entre estas, la establecida en la letra «c», cuando la víctima fuere persona con incapacidad volitiva, cognitiva o de resistencia o adulto mayor. Surge aquí también una doble regulación que atenta contra el principio de legalidad, en tanto que la condición de la víctima en cuanto a su incapacidad volitiva o cognitiva el artículo 195 bis la contempla dentro del tipo penal base, luego esta misma condición es considerada una circunstancia agravante. Por lo tanto, se sugiere revisar la redacción del artículo, a fin de dejar claro si es deseo del legislador considerar como agravante esta situación particular del sujeto activo.

Por último, es válido concluir que el progreso legislativo que ha tenido la República de Guatemala para el abordaje de la violencia sexual desde la perspectiva de género es significativo, principalmente, por las reformas realizadas al Código Penal, así como por la promulgación de leyes tales como la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, la Ley de desarrollo social y la Ley de dignificación y promoción integral de la mujer. La adopción de estos cuerpos jurídicos especiales es una contribución estatal al fortalecimiento de las funciones de abstención, promoción, protección y garantía de los Derechos Humanos de los habitantes guatemaltecos. No obstante, aún falta trabajo por hacer. Si no se cuenta con eficacia en la aplicación de la Ley y en la administración de justicia, de nada servirá la creación de cuerpos jurídicos. Además, acciones como las descritas deben de estar acompañadas de mecanismos preventivos que cambien la visión patriarcal e implementen la perspectiva de género en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO [CEH]. *Guatemala: memoria del silencio. Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico*. Ciudad de Guatemala. CEH, 1999.
- DIEZ, Andrea. *Eso no se escucha. Inclusión de los hechos de violencia sexual en las causas por violaciones de derechos humanos en Guatemala*. Ciudad de Guatemala. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 2006.
- «Mujeres mayas abren camino: la búsqueda por la justicia ante el sistema de impunidad». En CONSEJERÍA EN PROYECTOS. *Guatemala, Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno*. Lima: PCS, 2007, pp. 35-48;
 - «Usted es la culpable. Racismo y sexismo en las prácticas discursivas de fiscales. El caso de Guatemala». *Revista de la Facultad Estudios Sociales de la Universidad Nacional de Comabue, Mendoza*, 2008, 14, pp. 95-119.
- DIEZ, Andrea & HERRERA, Kenia. «Violencia contra las mujeres. Tratamiento por parte de la justicia penal de Guatemala». *Pensamiento Penal*, 2009, 89: p. 13.
- FUNDACIÓN SOBREVIVIENTES. *Incidencia en el abordaje de la violencia sexual en Guatemala, Ciudad de Guatemala*. Fundación Sobrevivientes, 2011.
- INSTITUTO CENTROAMERICANO DE ESTUDIOS POLÍTICOS [INCEP]. *Percepciones de la violencia en Guatemala: análisis en la actual coyuntura nacional*. Ciudad de Guatemala. INCEP, 1999.

- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA & SECRETARÍA PRESIDENCIAL DE LA MUJER [INE & SEPREM]. *Guatemala: Indicadores de género*. Ciudad de Guatemala. INE & SEPREM, 2013.
- LATORRE, Virgilio. «Agresión sexual o violación ¿Una cuestión meramente nominal?». *Revista Derecho Penal, Procesal-Penal y Criminología*, 2001, 2.
- MINISTERIO PÚBLICO. *Memoria de Labores 2013*. Ciudad de Guatemala. Gobierno de Guatemala, 2013.
- OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DEL ARZOBISPADO DE GUATEMALA [ODHAG]. *Los mecanismos del horror*. Ciudad de Guatemala. ODHAG, 1998.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS [OEA]. *Justicia e inclusión social. Los desafíos de la democracia en Guatemala*. Washington D.C. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2003.
- PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS [PDH]. *Estadísticas sobre delitos sexuales. Enero a diciembre 2013*. Ciudad de Guatemala. PDH, 2014.
- PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS [PDH]. *Estadísticas sobre delitos sexuales contra mujeres. Enero a diciembre 2013*. Ciudad de Guatemala. PDH, 2014.
- PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS [PDH]. *Estadísticas sobre violencia sexual a menores. Enero a diciembre 2013*. Ciudad de Guatemala. PDH, 2014.
- SECRETARÍA PRESIDENCIAL DE LA MUJER [SEPREM]. *Informe de Violencia contra las Mujeres*. Ciudad de Guatemala. SEPREM, 2014.
- UNITED NATIONS OFFICE FOR PROJECT SERVICES [UNOPS]. *Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico. Guatemala. Memoria del Silencio*. Ciudad de Guatemala. UNOPS, 1999.
- UNITED NATIONS POPULATION FUND [UNFPA]. *Estrategia Regional de UNFPA para América Latina y el Caribe para la Prevención y el Abordaje de la Violencia Sexual contra las Mujeres 2011-2013*. UNFPA, 2014.

Polemizando sobre el bien jurídico protegido en el artículo 320 del Código Penal

ANTONIO MARTÍN PARDO (España)
*Doctor Junior, Universidad de Málaga, España*¹

RESUMEN: La doctrina que ha abordado el tema del bien jurídico protegido en el artículo 320 del código penal sostiene de forma prácticamente unánime que tiene una naturaleza pluriofensiva. Junto a un bien específicamente urbanístico común con el contenido en el artículo 319, se protegería el correcto funcionamiento de la administración pública. Esta interpretación plantea ciertas cuestiones sistemáticas que no quedan resueltas de manera completamente satisfactoria. Ante tal situación el presente trabajo intenta proponer *de lege ferenda* un bien jurídico único para ambos delitos urbanísticos que eliminaría dichas interrogantes. Tal propuesta se justifica en un estudio de la dañosidad social real de los comportamientos implicados.

Palabras clave: Prevaricación urbanística, bien jurídico, delitos urbanísticos, política criminal, dañosidad social.

ABSTRACT: The doctrine that has addressed the issue of the legally protected interest at the article 320 of the penal code holds almost unanimously that it has a multioffensive nature. Together with a specific legally protected interest that would be equivalent to the protected interest at article 319 it would be protected the proper functioning of the government. This interpretation raises some systemic issues that can not be resolved in a completely satisfactorily way. In this situation this paper attempts to propose *de lege ferenda* a common protected interest for both urban crimes that would remove these questions. This proposal is justified by a study of the real social injuriousness of the behaviors involved.

Key words: Urban prevarication, legally protected interest, urban crimes, criminal policy, social injuriousness.

¹ Profesor-investigador del Instituto Interuniversitario Andaluz de Criminología (Sección de Málaga)

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión. II. Punto de partida adoptado: el bien jurídico como instrumento técnico de concreción de la lesividad social. III. El modelo de la racionalidad legislativa como herramienta útil en la identificación del objeto de tutela. IV. Breve aproximación a la lesividad social de la llamada prevaricación urbanística. V. Propuesta de lege ferenda de un bien jurídico protegido para el delito de prevaricación urbanística.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El artículo 320 de nuestro Código penal castiga las actividades desviadas de los funcionarios públicos en el ámbito específico de la ordenación del territorio y del urbanismo. Dichos comportamientos se han afrontado tradicionalmente en el seno del derecho administrativo sancionador² y sólo de manera relativamente reciente se han incorporado al ámbito del derecho penal³.

El núcleo central del tipo está constituido por las actuaciones de informe en contra de la legalidad urbanística a sabiendas y las de resolución o votación a favor de actos manifiestamente ilegales (aprobaciones de instrumentos de planeamiento, licencias...). Junto a ellas se contienen además en el artículo 320 conductas desviadas referidas a la labor inspectora de la administración (fundamentalmente silenciamiento de infracciones u omisión de las labores de inspección). Tal relación con la actividad administrativa le ha valido el sobrenombre de «delito de prevaricación urbanística» a pesar de lo heterogéneo de los comportamientos en él recogidos.

Precisamente, a la luz de las conductas abarcadas por el precepto, la cuestión del bien jurídico protegido ha sido pacífica durante estos últimos veinte años, al menos en lo que a su estructura se refiere. Así, la mayoría de la doctrina sostiene de forma incontestada que nos encontramos ante un delito pluriofensivo. En él, junto a un bien jurídico propiamente urbanístico, idéntico al cobijado en el artículo 319⁴, se otorgaría tutela específica a un bien jurídico que ya aparece protegido de forma general en otros preceptos del código penal. Dicho bien jurídico complementario estaría constituido, a decir de la mejor doctrina, por «*el correcto funcionamiento de la administración pública*» o, en otras palabras, por su «*recta actuación*»⁵.

² Vid. de manera general el artículo 57.2 del Real decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de disciplina urbanística. En dicho precepto se afirma la responsabilidad de los funcionarios públicos que hubieran informado favorablemente un proyecto que incurra en infracción urbanística grave y la de los miembros de la corporación que hubieran votado a favor de la licencia, bien en ausencia de informe técnico, bien a pesar de un informe desfavorable o de la existencia de una advertencia de ilegalidad. En idéntico sentido el artículo 63.2 a) del actual Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística de la comunidad autónoma de Andalucía.

³ La introducción de estas conductas en el ordenamiento penal se produjo con el Código de 1995. Desde entonces, este precepto se ha mantenido inalterado hasta la reforma de 2010. Con ella se amplía el elenco de conductas típicas y su ámbito de aplicación, y se eleva la pena a imponer.

⁴ La cuestión de cuál sea este bien jurídico específicamente urbanístico común a ambos preceptos sí que ha permitido verter ríos de tinta. Una sistematización crítica de las diversas posturas en torno al tema puede consultarse en MARTÍN PARDO, A. *El bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos. Una propuesta de lege ferenda*. Dirigida por José Luis Díez Ripollés. Tesis doctoral inédita. Universidad de Málaga. Facultad de derecho, 2015. pp. 591 y ss.

⁵ Vid. entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320)», en *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios* (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.). Aranzadi. Navarra, 2010. p. 272; POZUELO PÉREZ, L. «La delincuencia urbanística», en *Derecho penal de la construcción*.

No obstante, a pesar de este acuerdo doctrinal, tal forma de proceder deja sin resolver una serie de cuestiones. En concreto, la de por qué era necesario este nuevo precepto en lugar de acudir a un concurso de delitos entre la prevaricación genérica y la participación del funcionario en el delito urbanístico⁶ o, más importante aún, la de por qué se castiga la prevaricación u otras conductas administrativas desviadas específicamente en este ámbito y no en otros en los

Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo (Coord. POZUELO PÉREZ, L.). Comares. Granada, 2006. p. 71; ÚBEDA TARAJANO, F. E. *La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales*. Iustel. Madrid, 2006. pp. 30 y 263; ACALE SÁNCHEZ, M. *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*. Bosch. Barcelona, 2011. p. 307; BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*. Atelier. Barcelona, 2007. p. 95; PRATS CANUT, J. M. «Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la administración pública», en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998. p. 123; GÓRRIZ ROYO, E. *Los delitos de prevaricación urbanística*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. pp. 123-124; DE LA MATA BARRANCO, N. J. «El art. 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas», en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998. p. 142; MARTÍNEZ RUIZ, J. «El delito de información, votación o resolución favorable a instrumentos de planeamiento o licencias urbanísticas y la vulneración de la potestad inspectora en el ámbito urbanístico», en *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)* (Dir. MORILLAS CUEVA, L.). Dykinson. Madrid, 2013. p. 463; ERICE MARTÍNEZ, E. «Prevaricaciones urbanísticas: accesoriedad y subsidiariedad del derecho penal», en *Corrupción y urbanismo. Cuadernos penales José María Lidón, n.º 5. Corrupción y urbanismo*. Deusto. Bilbao, 2008. p. 69; GARCÍA PÉREZ, O. «Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 del código penal» en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (Eds. DIEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F.). Tecnos. Madrid, 2002. p. 1260; POMARES CINTAS, E. y BERMEJO CHAMORRO, A. J. «¿Era necesario reformar los delitos urbanísticos? Especial referencia a los delitos de corrupción urbanística y a su trayectoria jurisprudencial», en *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 6, 2011. p. 117; BERNAL DEL CASTILLO, J. «Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos», en *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 3, 1999. p. 30; SANZ MULAS, N. «Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)», en *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. N.º 45, 2008. cit. p. 79; URRAZA ABAD, J. «Delitos relativos a la ordenación del territorio: principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales», en *Actualidad penal*, n.º 2, 2001. p. 616; VERCHER NOGUERA, A. *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*. Colex. Madrid, 2002. p. 163; BARRIENTOS PACHO, J. M. «Delitos relativos a la ordenación del territorio», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, tomo 6, ref. D-351, 1996. p. 1560. GÓMEZ TOMILLO, por su parte, si en su primera obra se alineaba con la concepción pluriofensiva del artículo 320 CP, posteriormente sostiene que se protege un bien jurídico único diverso al del artículo 319 CP: «la concreta concordancia con el derecho positivo urbanístico de la actuación administrativa». Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. *Urbanismo, función pública y derecho penal*. Comares. Granada, 2000. pp. 34 y ss. y GÓMEZ TOMILLO, M. «Estado actual de la discusión en torno a la regulación de los delitos sobre la ordenación del territorio (II): Los llamados delitos de prevaricación urbanística», en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, n.º 224, 2006. pp. 71 y ss. De esta misma opinión parece ser DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «La responsabilidad penal de la administración urbanística: el párrafo 2.º del artículo 320 del código penal», en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998. p. 182.

⁶ En este aspecto, la explicación habitual alude a la imposibilidad de reconducir al concepto tradicional de prevaricación las conductas de informe al no existir una resolución en sentido estricto. Dicha explicación, sin embargo, no soluciona el interrogante respecto a las conductas de votación o resolución en contra de la legalidad, las cuales se amoldan a la perfección al esquema clásico de la prevaricación genérica. En consecuencia, parece que, si la razón aludida fuera la determinante para la introducción del artículo 320 CP, su contenido debería haberse limitado a las conductas de inspección e informe exclusivamente.

cuales también existe un importante control administrativo, como son, por ejemplo, consumo, alimentación, sanidad, telecomunicaciones, etc.⁷.

Estas cuestiones irresueltas pueden dar lugar a dos juicios valorativos. De un lado, puede entenderse que el artículo 320 CP es derecho penal simbólico y, por tanto, de dudosa legitimidad⁸. De ser así, el legislador simplemente habría pretendido a través de su intervención mostrar a la sociedad su militancia ante la anarquía urbanística que asolaba el país, pero sin albergar realmente un gran interés respecto a la eficacia práctica de tal medida. En este sentido, una pista sería el carácter secundario que presenta el castigo de estas conductas con respecto a los tipos de construcción contenidos en el artículo 319 CP y su escaso contenido aflictivo, al menos con anterioridad a la reforma de 2010⁹. De otra parte, sin embargo, puede pensarse que la punición de la actividad desviada de la administración en materia urbanística efectivamente responde a una serie de razones materiales que justifican su existencia, pero que éstas no han sido abordadas debidamente hasta la fecha. Precisamente en esta dirección se encaminarán nuestros esfuerzos en las líneas que siguen.

Consecuentemente, la hipótesis que se quiere sostener aquí –y de ahí el título del trabajo– es que el castigo de las conductas recogidas en el artículo 320 CP no obedece al carácter pluriofensivo que se le otorga unánimemente por parte de la doctrina. En sentido opuesto, estimo que el bien jurídico protegido es único y se corresponde exactamente con el objeto de tutela al que agreden las conductas de construcción material, las cuales trata de recoger el artículo 319 CP. En concreto, como se especificará más adelante, la relevancia penal de ambos tipos de conductas urbanísticas desviadas respondería a la protección del *capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad*.

II. PUNTO DE PARTIDA ADOPTADO: EL BIEN JURÍDICO COMO INSTRUMENTO TÉCNICO DE CONCRECIÓN DE LA LESIVIDAD SOCIAL

Si de lo que se trata aquí es de identificar cuál es el bien jurídico protegido a través del castigo de las conductas administrativas desviadas en materia territorial y urbanística, primer paso irrenunciable será el de especificar adecuadamente cuál es el concepto de bien jurídico que servirá de base a mi argumentación.

A este respecto, lo primera idea a destacar es que el bien jurídico en sí no es un dogma¹⁰ –al menos no en el sentido de una verdad irrefutable y originaria– o un axioma, sino que es una

⁷ De esta opinión, TERRADILLOS BASOCO, J. M. «Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente», en *Estudios penales y criminológicos*, nº. 20, 1997. p. 316; en un sentido parecido vid. ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*. Cedecs. Barcelona, 1997. p. 342.

⁸ Así, ÚBEDA TARAJANO, F. E. *La responsabilidad por...* cit. pp. 265 y ss.

⁹ En lo que respecta a la pena de prisión, antes de 2010 sólo se contemplaba una pena de seis meses a dos años (susceptible de suspensión) alternativa con una pena de multa. En la actualidad, dicha pena se ha elevado hasta un intervalo de entre un año y seis meses a cuatro años, y se impone de forma acumulativa con la pena de multa.

¹⁰ Según el diccionario de la Real Academia española de la lengua, un dogma sería: 1. *Proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia*; 2. (...); 3. *Fundamento o puntos capitales de todo sistema, ciencia, doctrina o religión*.

consecuencia necesaria del derecho penal material exigido por el modelo de estado del que nos hemos dotado. En un estado social y democrático de derecho, respetuoso de la autonomía y libertad de sus ciudadanos, el objetivo de las normas penales únicamente puede ser evitar daños a la convivencia y nunca asegurar el cumplimiento de la ley *per se*. De esta manera, detrás de toda prohibición penal, para ser legítima, deberá existir un presupuesto esencial de la convivencia a preservar, esto es, un bien jurídico. Dicho más concisamente: un estado social y democrático de derecho exige un derecho penal material basado en la lesividad externa, lo cual exige a su vez un bien jurídico a proteger en cada una de sus normas de prohibición.

Tal bien jurídico, para poder constatar efectivamente la necesaria lesividad, no puede ser una entelequia. Deben evitarse formulaciones vagas que conlleven la formalización de facto del derecho penal¹¹ y que posibilitan la intervención punitiva bajo cualquier pretexto¹². Condiciones de esta concreción van a ser su realidad y su no identificación con valores morales o con la vigencia de las normas.

El atributo de «real» supone que el bien jurídico no puede ser una idea (una valoración positiva abstraída de la realidad), ya que, si así fuera, no sería posible su lesión y, consecuentemente, tampoco sería necesaria protección jurídica alguna¹³. Ahora bien, la necesaria realidad a la que se alude no llega a suponer una exigencia de materialidad física. Será suficiente con su constatación en la realidad social, esto es, que la lesión pueda verificarse al menos socialmente. Asimismo, estos bienes reales no deben contemplarse como meros objetos aislados, sino que deben captarse desde una *perspectiva dinámica*, esto es, desde el punto de vista de las funciones que desempeñan para las personas en sociedad. Por otra parte, la realidad social de los bienes a proteger conduce a negar su inmutabilidad y a afirmar su *contingencia temporal*. Los bienes jurídicos no son valores eternos válidos para cualquier entorno social, sino que están vinculados a la sociedad que los

¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y sistema penal*. PPU. Barcelona, 1987, pp. 195-196. Para una interesante crítica a estas formulaciones vagas del bien jurídico, Vid. ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band. 1, 4 Auflage. Verlag, C.H. BECK. München, 2006, p. 28.

¹² Como señala con acierto HASSEMER, un concepto muy general de bien jurídico es tan abstracto que apenas se dice nada sobre el objeto de protección. Vid. HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*. Athenäum Verlag. Frankfurt a. M. 1973, p. 64; en el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J. «Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», en *Pena y estado*, n.º 1, 1991, p. 106. El riesgo de proliferación de conceptos tan genéricos de bien jurídico, según LAURENZO COPELLO, trae causa de que la definición del bien jurídico se aborda como la obligada identificación de un elemento típico más del delito. En tales condiciones, se produce un esfuerzo enconado por encontrar a cualquier precio algún objeto de tutela, aun a costa de elevar a la categoría de bien jurídico cualquier objeto difuso carente de toda virtualidad limitadora e inútil desde el punto de vista de la interpretación teleológica. Vid. LAURENZO COPELLO, P. «Recensión a SILVA SÁNCHEZ, J. M. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed. Civitas. Madrid, 2001», en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, n.º 12, 2003, p. 449.

¹³ AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Athenäum Verlag. Frankfurt a. M. 1972, p. 175; AMELUNG, K. «El concepto "bien jurídico" en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007. p. 251; en un sentido análogo, ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit. p. 34 (nm. 67).

encumbra y mutan históricamente según cambian las valoraciones compartidas de manera generalizada en dicha sociedad.

En segundo lugar, en cuanto a la exclusión de los dictados meramente ético-morales de los que no se pueda asegurar una lesividad social constatable, el derecho penal únicamente puede exigir una actitud de conformidad externa con la norma, pero nunca una interiorización de los valores porque ello atentaría contra la autonomía y dignidad humanas, así como contra el respeto al pluralismo ideológico obligado por nuestro sistema de gobierno.

Por último, la exclusión de la protección de la vigencia de las normas como el fin primordial del derecho penal está justificada por el riesgo que conlleva de concepciones formales del derecho penal que acaben aproximando a éste a la moral pura¹⁴.

Como puede constatarse, el concepto de bien jurídico así entendido presenta una limitada función político criminal negativa que, sin embargo, no es posible exagerar demandando de él directrices positivas de protección. Es decir, si el derecho penal protege algo que no sea concreto y real, valores cuya transgresión no genere lesividad externa o la mera vigencia de las normas, podrá cuestionarse tal actuación legislativa, pero no puede llegarse, salvo que se quiera exigir del concepto de bien jurídico más de lo que está en condiciones de aportar¹⁵, a solicitarle que nos indique cuáles son los presupuestos esenciales de la convivencia a proteger penalmente. Para ello habrá que buscar en otro lugar criterios que permitan delimitar cuál debe ser su contenido material en cada caso fin de que pueda cumplir la función político criminal limitante del poder legislativo que se le exige. Será necesario así acudir a teorías externas a la del bien jurídico para dotarlo de contenido y embridar al legislador. Como ha señalado acertadamente TERRADILLOS BASOCO, la deseable función crítica del bien jurídico depende en esencia de que se le dé a éste un contenido cierto y de que, al mismo tiempo, no se remita la concreción de dicho contenido a la voluntad del poder legiferante en exclusiva, pues entonces la eficacia limitadora de este instrumento devendría completamente nula¹⁶.

Como consecuencia de todo lo dicho, se extrae el carácter eminentemente instrumental del bien jurídico. No nos encontramos una realidad sustantiva que deba ser reconocida por el legislador en el mundo real y que suministre por sí solo los contenidos de tutela del derecho

¹⁴ De todo lo anterior, sin embargo, no se deduce el que la protección de la vigencia de la norma sea un fin ilegítimo o irreal que deba ser excluido del derecho penal, sino únicamente que tal objetivo, a fin de mantener la materialidad del derecho penal que defendemos, debe estar subordinado en todo caso a la previa protección de bienes jurídicos con las características que hemos esbozado.

¹⁵ AMELUNG achaca precisamente a estas expectativas demasiado elevadas respecto al bien jurídico la sensación actual de crisis del concepto. En su opinión tales expectativas no estaban justificadas desde un principio. Vid. AMELUNG, K. «El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», op. cit., p. 264; en el mismo sentido FRISCH, W. «Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal», en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007. p. 310, para el cual, «el valor y capacidad de rendimiento del bien jurídico como criterio para lograr una delimitación adecuada del derecho penal han sido sobrevaloradas por algunos autores».

¹⁶ TERRADILLOS BASOCO, J. «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», en *Revista de la facultad de derecho de la universidad complutense* n.º 63, 1981. p. 129. En igual sentido se manifiesta SILVA SÁNCHEZ, J. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. J. M. Bosch editor. Barcelona, 1992. pp. 267-268.

penal, sino ante un instrumento técnico a través del cual se muestra la realidad sobre la que inciden los comportamientos dañosos socialmente y que debe ser protegida por el derecho. Es decir, el bien jurídico es un instrumento legal que abstrae en un concepto las realidades valiosas sobre las que inciden determinados comportamientos lesivos y que permite construir en torno a él unos tipos que describan conductas capaces de lesionarlo o de ponerlo en peligro. Por tanto, como ha señalado SOTO NAVARRO, lo fundamental del bien jurídico es su eficacia para *sintetizar*, no para seleccionar, los presupuestos esenciales de la convivencia y para configurar en su torno descripciones precisas de conductas lesivas. Tal eficacia únicamente podrá alcanzarse si se dota correctamente a ese instrumento de un contenido concreto y real que permita identificar claramente cuando se ha producido una lesión del mismo¹⁷.

Un concepto de bien jurídico análogo al que aquí mantenemos es sostenido por DÍEZ RIPO-LLÉS¹⁸. Al mismo se le ha criticado por ciertos autores su supuesto carácter ideal¹⁹. Sin embargo, entendemos que dicha objeción no está fundada. En efecto, el hecho de designar al bien jurídico como un «concepto» resultado de un proceso lógico de abstracción no supone asignar al bien un contenido ideal. Los objetos a partir de los cuales se ha formado y a los que representa (el llamado sustrato del bien jurídico) son plenamente reales y susceptibles de lesión y a ellos va referida la protección penal y no al concepto en sí²⁰. Sostener el carácter ideal de esta construcción sería tanto como mantener que, si afirmamos que con una norma se protege al «Sr. A», lo protegido no es el componente físico-real de tal persona, sino únicamente su denominación.

III. EL MODELO DE LA RACIONALIDAD LEGISLATIVA COMO HERRAMIENTA ÚTIL EN LA IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DE TUTELA

Como se acaba de ver, en la asignación de contenidos necesaria para identificar el objeto de tutela de un delito el concepto de bien jurídico por sí solo poco puede aportar, siendo necesario acudir a otras teorías. A mi modo de ver una teoría que resulta especialmente útil para este cometido es el llamado modelo de la racionalidad legislativa desarrollado por ATIENZA²¹ y aplicado a la legislación penal por DÍEZ RIPOLLÉS²². Dicho modelo, que se apoya en nuestro sistema de creencias y en las convicciones sociales mayoritarias, a través de una serie de niveles de análisis sucesivos basados en principios críticos, irá decantando, en lo que a nosotros compete, las conductas que deben interesar al derecho penal en nuestro ámbito de estudio particular. Posteriormente, a partir de esas conductas y a través de un proceso lógico de inducción,

¹⁷ Vid. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Editorial Comares. Comares, 2003. p. 82.

¹⁸ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. «La contextualización del bien jurídico protegido», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Estudios penales y de política criminal*. Idemsa. Lima, 2007. pp. 34 y ss.

¹⁹ Vid. PRIETO DEL PINO, A. M. *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*. Thomson Aranzadi. Navarra, 2004. p. 242 (n. 108); LAURENZO COPELLO, P. *El resultado en derecho penal*. Tirant lo blanch. Valencia, 1992. p. 70 (n. 36).

²⁰ Así, SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos...* cit. p. 295; Vid tb. en el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y...* cit. p. 167.

²¹ Vid. ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas. Madrid, 1997.

²² Sobre todo, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta. Madrid, 2003. Vid tb. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. «La racionalidad legislativa penal: Contenidos e instrumentos de control», en DÍEZ RIPO-LLÉS, J. L. *Estudios penales y de política criminal*. Idemsa. Lima, 2007.

accederemos a cuál es el objeto que se pretende tutelar mediante la punición de las conductas administrativas desviadas.

El modelo al que me refiero, a la búsqueda de introducir racionalidad²³ en la labor del legislador, erige un edificio conceptual que pretende desarrollar una argumentación político criminal ordenada y atenta a las diferentes perspectivas valorativas e instrumentales a considerar. Dicho modelo está compuesto por cinco niveles de análisis referidos a ámbitos argumentativos distintos cuyo seguimiento ha de dar lugar a una decisión legislativa penal racional, esto es, una decisión en el marco del control social penal que atienda debidamente a los datos de la realidad social y jurídica. Cada nivel de racionalidad superior delimita el campo de juego de los niveles inferiores, acotando un ámbito de reflexión progresivamente más reducido.

Los niveles de racionalidad que integran esta propuesta serían los siguientes:

- a) **La racionalidad ética.** En este nivel de racionalidad se saca a la luz el sistema de creencias, cultural e históricamente condicionado, que sustenta a una determinada colectividad, las cuales están tan interiorizadas que presentan un nivel de debate muy bajo o prácticamente nulo. En el ámbito jurídico penal, se ubican bajo esta rúbrica un grupo de principios, denominados «estructurales de primer nivel», que establecen los contornos básicos de una intervención penal legítima. Dichos principios se dividen a su vez en tres grandes grupos, siendo los más interesantes para mi propósito los *principios de la protección*, que atienden a las pautas delimitadoras de los contenidos de tutela del derecho penal. Tales principios son concretamente los de correspondencia con la realidad, interés público, lesividad y esencialidad (o fragmentariedad).
- b) **La racionalidad teleológica.** En tal nivel de racionalidad se sientan las bases de un discurso ético-político en el que se ha de producir una confrontación racional entre contenidos éticos de segundo orden (ya no consensuados) e intereses particulares y sectoriales muy diversos, procedentes de agentes sociales y grupos de presión. De este debate surgirá una formulación de los objetivos perseguidos (las conductas que se desean impedir) que, en lo que aquí interesa, determinará el objeto de tutela y su grado de protección deseable.
- c) **La racionalidad pragmática.** Este nivel tiene la misión de ajustar los objetivos trazados por la racionalidad anterior a las posibilidades reales de intervención social que están al alcance de la correspondiente decisión legislativa. De este modo, debe verificarse que es posible que la decisión penal sea cumplida o que se está en condiciones de aplicarla coactivamente en caso de incumplimiento y que es esperable que tanto el cumplimiento de la norma como su aplicación contrafáctica produzcan los efectos de tutela perseguidos.
- d) **La racionalidad jurídico-formal.** Trata de asegurar un sistema jurídico coherente, *sin lagunas, contradicciones ni redundancias que lo presente como un sistema de seguridad (en tanto previsibilidad)*²⁴.

²³ Entiende Díez Ripollés por racionalidad «la capacidad para mantener con un sector de la realidad social una interacción que se corresponde, que es coherente, con los datos que constituyen tal realidad y que conocemos». Vid. Díez Ripollés, J. L. *La racionalidad...* cit. p. 86.

²⁴ Vid. Atienza, M. *Contribución a una teoría...* cit. p. 32.

- e) **La racionalidad lingüística.** Persigue conseguir una efectiva transmisión del contenido de las normas o la comunicación fluida de mensajes normativos.

De todos los niveles de racionalidad, como se ha podido comprobar, el más interesante para los objetivos de mi trabajo es la racionalidad teleológica. En ella se discutirá, en función de los principios suministrados por la racionalidad ética, cuáles son las conductas que van a interesar al derecho penal. Una vez seleccionadas estas conductas por su especial lesividad, habrá que observar sobre qué realidades recaen, las cuales constituirán el sustrato del bien jurídico. A partir de dicho sustrato se abstraerá el bien jurídico de una forma segura. Esta forma de proceder de abajo hacia arriba –la cual no es habitual en la dogmática– me parece especialmente adecuada en el ámbito de la moderna delincuencia socioeconómica ya que, en tal ámbito, resultan más claramente percibibles las conductas a evitar que la realidad genérica a proteger a priori. De este modo puede precisarse un bien jurídico sólidamente basado en la dañosidad social real de los comportamientos que posteriormente permitirá construir tipos penales efectivamente lesivos.

IV. BREVE APROXIMACIÓN A LA LESIVIDAD SOCIAL DE LA LLAMADA PREVARICACIÓN URBANÍSTICA

En este apartado se trata de esbozar la discusión que tiene lugar en el seno de la racionalidad teleológica para determinar las conductas urbanísticas especialmente lesivas que interesan al derecho penal, a partir de cuyo análisis debe extraerse el bien jurídico a proteger. Dada la extensión limitada del trabajo, no es posible analizar aquí todas las conductas administrativas desviadas en el ámbito urbanístico. Por ello se analizará exclusivamente a modo de ejemplo la dañosidad social de una de las más características: la resolución o votación a favor de modificaciones de planeamiento a sabiendas de su injusticia, en el entendido de que, si resulta esencialmente lesiva, podrá utilizarse para comprobar cuáles son los objetos dañados –el sustrato del bien jurídico– y, a partir de ellos, abstraer el bien jurídico²⁵.

Lo primero que se analizará son los daños sociales que irrogan estas conductas, en relación a cada uno de las clases de suelo²⁶. Si todas ellas resultan lesivas se analizará a continuación si suponen un ataque de gravedad a objetos que pueden calificarse como de especial importancia para la convivencia. Una vez superado este segundo análisis, se estará en condiciones de observar cuáles son esos objetos y obtener un bien jurídico a partir de tal sustrato.

En el **suelo urbano consolidado**, la ordenación suele venir establecida directamente por el planeamiento general. Sus modificaciones puntuales no gozarán automáticamente de legitimidad, sino que habrá que comprobar si existen razones materiales que las justifiquen. Cuando no puedan apreciarse dichas razones, cuando sean de una debilidad tal que equivalgan a su ausencia

²⁵ Obviamente, cuantas más conductas se analicen, más fiable y completa será la muestra del sustrato del bien jurídico a partir de la cual abstraerlo.

²⁶ Es preciso señalar que la dañosidad social de estas conductas podría estudiarse en abstracto, es decir, desligada de su relación concreta con cada uno de los tipos de suelo. No obstante, entiendo que tal forma de proceder –la habitual por otra parte– deja a un lado su componente netamente urbanístico. Si no se analizan estas conductas en relación a los efectos dañosos que producen o pueden producir materialmente en cada clase suelo, no se entendería el porqué de su castigo en este sector y no en el de otros ámbitos sometidos al control administrativo.

o cuando contradigan abiertamente los fines legales, nos encontraremos ante el supuesto que estamos comentando. Tal situación normalmente obedecerá a que el representante público decisor habrá priorizado intereses particulares frente a los intereses públicos.

En lo tocante a la lesividad de estas conductas, se pueden identificar dos categorías claramente individualizables. De un lado, una serie de daños que serán idénticos con independencia de la clase de suelo sobre la que incidan, puesto que tienen que ver exclusivamente con el comportamiento administrativo desviado, el cual es exacto en todos los casos. De otro lado pueden identificarse una serie de riesgos específicos para los valores materiales inherentes a cada tipo concreto de suelo.

En lo que se refiere a los daños comunes, el hecho de que un organismo que tiene que velar por una ordenación del crecimiento de la urbe que responda a una serie de valores materiales (ambientales, paisajísticos, económicos, sociales, sociológicos...) haga caso omiso de ellos produce una lesión directa a ciertos valores democráticos.

Se produce en primer término una violación de la igualdad y de la representación democrática. Los representantes de la soberanía popular no actúan de acuerdo a lo que ésta demanda, sino en función de los intereses de una minoría que monopoliza de hecho el poder. Con tal proceder la igualdad de los ciudadanos queda claramente en entredicho. Nos encontramos con dos grupos perfectamente identificables. Una minoría que ve satisfechos sus intereses particulares en materia territorial y una gran masa de ciudadanos cuyos intereses son ignorados.

Junto a ello, se produce con estas conductas un atentado a la igualdad material de los ciudadanos. Esa mínima parte de la ciudadanía que ve cómo sus pretensiones urbanísticas son aceptadas injustamente por el poder además obtienen suculentos beneficios económicos a costa del bien común. Ello les permite distanciarse económicamente del resto de los ciudadanos, así como, en virtud de tal posición privilegiada, seguir presionando al poder en su propio beneficio.

Tal situación injusta redundará a su vez en una percepción negativa de las instituciones y en una seria deslegitimación de las mismas que acaba por instalar la anomía²⁷ en la sociedad, la cultura de la desconfianza y el «sálvese quien pueda». Con ello se ataca directamente a la línea de flotación del estado social: la solidaridad interpersonal e intergeneracional.

Todo lo anterior genera además un ambiente administrativo proclive a la corrupción, lo cual puede tener un claro efecto criminógeno, animando a la comisión de determinados delitos contra la administración tales como cohechos, tráfico de influencias, negociaciones prohibidas... Se produce así un efecto *feedback* que da lugar a un círculo vicioso de la corrupción.

Las actuaciones antidemocráticas reseñadas producen igualmente una lesión efectiva del mecanismo psicológico de actuación-transformación en materia territorial. Dicho mecanismo es, como se recordará, un componente esencial de la apropiación del lugar y de la territorialidad, cuya lesión va a afectar a la identificación simbólica con el espacio. Si la creación y conformación de la ciudad no responden a parámetros democráticos, las personas no sienten que actúan e influyen sobre el territorio y no lo experimentan como propio. Con ello su sentimiento de territorialidad se ve frustrado y, asimismo, se reduce su identificación simbólica

²⁷ La anomía alude a una situación psicológica de los ciudadanos en la que se produce la disolución del vínculo moral con la sociedad, la introducción de la duda, el desorden y la incertidumbre en todo.

con la ciudad. De este modo, se acaba por no sentir el lugar donde se vive como parte de uno mismo puesto que no se tiene ningún control sobre él. Tal sentimiento de extrañeza igualmente conduce a una menor eficacia colectiva y a un descenso en el control social informal que redunda en un mayor sentimiento de inseguridad e, incluso, puede dar lugar a un repunte de la criminalidad real²⁸.

Desde el otro punto de vista anunciado –el de los riesgos específicos para cada clase de suelo– la actuación desviada de los poderes públicos origina en el suelo urbano consolidado un riesgo inmediato²⁹ de producción de determinados daños materiales. Dichos daños dependerán del tipo de decisión injusta que se adopte. No obstante, en general, será probable que se den daños paisajísticos si en virtud de una modificación puntual de planeamiento se permiten nuevas determinaciones morfológicas en la zona que no sean compatibles con las previamente existentes; estrés ambiental si se autorizan nuevos usos no justificados; incrementos perjudiciales de la densidad; aumento de la inseguridad por la menor vigilancia natural, etc.

En el **suelo urbano no consolidado**, también se produce ese doble nivel de lesividad. Por una parte, se reproducen los efectos lesivos directos anteriormente comentados y por otra se repite también el riesgo inmediato de los daños acabados de citar. Existe la posibilidad de daños paisajísticos y simbólicos (pensemos en que se quiere plantear la reforma *ex novo* de un área de la ciudad característica y con alto valor simbólico para sus habitantes), daños económicos (se aumenta la densidad de una zona de la ciudad para beneficiar a los promotores con la operación sin que ese aumento esté justificado, produciéndose un incremento artificial de la oferta de vivienda que inestabiliza el mercado inmobiliario y laboral), daños sociales (se generan con la reforma injustificada de la zona procesos de aburguesamiento –*gentrification*– que excluyen a determinados colectivos de la zona, restándole diversidad urbana o se concentra toda la vivienda protegida en esa zona para cumplir la cuota legal produciendo una concentración de desventaja social y un atentado a la cohesión social.), ambientales (se elimina una zona verde que hacía de pulmón del área), etc.

En el **suelo urbanizable** hay que distinguir entre aquel que cuenta con ordenación detallada y aquel que no. En ambas clases de suelo la actuación desviada de la administración producirá los daños a la calidad democrática y psico-sociológicos que ya han sido detallados y que resulta ocioso reiterar. A su vez, de un modo específico, el comportamiento estudiado producirá en el **suelo urbanizable con ordenación detallada**, un riesgo mediano³⁰ de producción de daños como los acabados de ver, dependiendo del tipo de actuación material que el acto injustamente acordado ampare (daños psicológicos como estrés ambiental, desorientación, insatisfacción residencial...; daños paisajísticos, simbólicos, económicos, sociales, securitarios, ambientales, etc.) y, en el **suelo urbanizable sin ordenación detallada**, un riesgo de creación de núcleos urbanos

²⁸ Sobre estas cuestiones con mayor profundidad, vid. MARTÍN PARDO, A. *El bien jurídico protegido en...* cit. pp. 48-58 y pp. 253 y ss.

²⁹ Hablamos de un riesgo inmediato en el sentido de que los valores del suelo que pueden verse dañados ya se encuentran presentes en él y, por lo tanto, dentro del radio de acción de la conducta administrativa. Tales daños se materializarían en el mismo momento en que se ejecutara la decisión administrativa desviada.

³⁰ El riesgo se califica ahora de mediano porque los valores o características puestos en peligro no se encuentran de facto en el ámbito de la conducta desviada en el momento en que esta se lleva a cabo, pero existe una gran posibilidad de que lo estén, en el momento en que se inician las obras de ejecución material que lo conviertan en urbano.

deficientemente conectados, los cuales, amén del impacto ecológico y paisajístico que conllevan (fragmentación de hábitats, efectos de pantalla visual, deforestación, mayor emisión de gases debido al empleo del automóvil...), originan un duro golpe para la vida y la cohesión social de la ciudad³¹. Junto a ello, si la aprobación injusta de un instrumento urbanístico autoriza la ejecución de una zona que no es demandada por el crecimiento real de la ciudad, ello supondrá un repunte artificioso del empleo y la inversión que, al no poder mantenerse en el tiempo, producirá inestabilidad económica y social. Igualmente, esas construcciones no demandadas realmente quedarán a merced de capitales especulativos que las convertirán en objeto de intercambio. Con ello se incrementará su precio en posteriores transmisiones, dificultando el futuro acceso a la vivienda.

Por último, en el **suelo no urbanizable**, junto a los daños político-democráticos genéricos, se reproducen los daños que se han señalado para el suelo urbanizable prioritario sin ordenación detallada, debido a que ambas clases de suelo alojan en general los mismos valores y responden a una misma *ratio* de protección. En este sentido, se generan riesgos inmediatos de daños ambientales, paisajísticos, sociales y económicos como los ya vistos *supra*. En esta clase de suelo es cierto que existe cierta diferencia entre el **suelo no urbanizable ordinario** y el de **especial protección** en función de la singularidad de los valores alojados en dicho suelo en comparación con los que se ubican en el suelo no urbanizable ordinario, si bien el componente lesivo es prácticamente idéntico (la función o valor afectado).

Como se puede observar, las conductas analizadas superan cómodamente el filtro de la lesividad, dado que todas ellas producen importantes efectos lesivos. Por su parte, en lo que se refiere al análisis sobre su esencialidad, se ha podido comprobar que las conductas analizadas atentan contra unos valores que pueden calificarse como esenciales, ya que están fuertemente asentados en nuestro sistema social de creencias (v.g. salud personal, calidad de vida, estabilidad económica, diversidad y cohesión social, seguridad, participación igualitaria en la toma de decisiones públicas, equilibrio ecológico, calidad paisajística...). Dicha circunstancia es corroborada por el hecho de que tales valores tienen un anclaje constitucional claro y, además de ello, una vigencia social indiscutible. De este modo, parece quedar demostrado que los valores atacados tienen un papel relevante en el aseguramiento de nuestra convivencia social externa, ya que su quiebra daría lugar a una sociedad con una estructura y características básicas diferentes de aquella de la que nos hemos dotado de forma consensuada.

Igualmente, se ha verificado en las líneas precedentes que las conductas analizadas suponen un ataque a valores esenciales que puede ser calificado como de una gravedad elevada. Tal gravedad cualificada hace que no existan obstáculos para que el derecho punitivo estatal se ocupe de todas ellas de forma legítima según los requerimientos éticos de nuestra sociedad.

³¹ El surgimiento de núcleos aislados da lugar a áreas poco diversas y bastante homogéneas socialmente que carecen de una vida social animada. Como consecuencia de tal hecho, las mismas son zonas en las que el contacto social no suele ser muy intenso ni tampoco la vigilancia natural. Esto provoca un aumento del sentimiento de vulnerabilidad o inseguridad que acaba desembocando en procesos de blindaje del espacio que aumentan la sensación de inseguridad y que minan directamente a la cohesión social puesto que se mira con recelo a todas aquellas personas que no pertenecen al estándar social de la zona.

V. PROPUESTA DE LEGE FERENDA DE UN BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PARA EL DELITO DE PREVARICACIÓN URBANÍSTICA

Como se acaba de comprobar, las conductas de actuación administrativa desviada en materia urbanística superan los filtros suministrados por la racionalidad ética (lesividad y fragmentariedad) y, consecuentemente, pueden ser objeto del derecho penal. El siguiente paso será analizar los elementos sobre los que recae su dañosidad y, a partir de ellos, obtener la realidad social que constituye el bien jurídico. En tal sentido se observa que las conductas de resolución o votación injusta atacan directamente a las funciones que presta la urbe en pos de, entre otros, la salud de las personas, la estabilidad económica, la diversidad y cohesión social, la satisfacción de la necesidad de alojamiento, el equilibrio ecológico, la riqueza paisajística, etc.

Todas esas funciones, en tanto son suministradas por un tipo específico de ecosistema como es el urbano, se amoldan a la perfección al concepto ecológico de *servicio ecosistémico*³². A su vez, si de lo que se trata es de condensar en un solo concepto los elementos que se encuentran en el origen de esas utilidades o servicios, el concepto de *capital urbano*³³ –en cuanto conjunto del stock de elementos físicos urbanos y de los procesos e interacciones entre ellos que permiten el suministro de los servicios ecosistémicos urbanos aludidos– aparece como un instrumento privilegiado a tal fin. Con dicho constructo es posible sintetizar adecuadamente en un único concepto todas las realidades materiales del ecosistema urbano que prestan las funciones esenciales que se han enumerado, todas las cuales son moduladas por la ordenación urbana y son a su vez el blanco de las conductas dañosas estudiadas. No obstante, no es cualquier capital urbano el tutelado, sino sólo aquel que busca el máximo desarrollo de las personas en su entorno urbano, esto es, aquel que responda al derecho humano emergente a la ciudad, el cual se encuentra recogido a mi modo de ver de manera difusa en nuestra Constitución³⁴. De este modo, el bien jurídico que se debe proteger con la prohibición de las conductas administrativas irregulares en materia urbanística es el *capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad*.

Uno de los servicios ecosistémicos específicamente urbanos que suministra el capital urbano tal y como se ha definido consiste en facilitar el mecanismo psico-conductual de apropiación del espacio³⁵, el cual es la base del sentimiento de territorialidad y tiene que ver también con otros servicios tales como los procesos de identificación simbólica personal y social³⁶. Para que dicho servicio opere correctamente son fundamentales las conductas de acción-transformación. En tal sentido, los seres humanos, para percibir un espacio como propio y desarrollar un sentimiento de territorialidad que lleve a su control y defensa, necesitan actuar sobre él de manera

³² Los servicios ecosistémicos se definen como todos aquellos beneficios de los ecosistemas que tienen una incidencia directa o indirecta en el bienestar de la población humana, aunque los mismos sean difícilmente evaluables económicamente. Vid. MONTES, C. y SALA, O. «La evaluación de los ecosistemas del milenio. Las relaciones entre el funcionamiento de los ecosistemas y el bienestar humano», en *Ecosistemas*, n.º 16. 2007, p. 141.

³³ Este concepto es utilizado en este trabajo como una transposición al ámbito de la ciudad del concepto de capital natural según es entendido en la ecología. Sobre este último, vid. en general RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. y otros. *Ecología*. 3ª Ed. Pirámide. Madrid, 2013, p. 412.

³⁴ Sobre este tema vid. MARTÍN PARDO, A. *El bien jurídico protegido en...* cit. pp. 406 y ss.

³⁵ Este concepto se puede definir como todo tipo de prácticas a través de las cuales dejamos nuestra impronta en un determinado lugar, lo cual nos permite identificarnos con él.

³⁶ La apropiación del espacio está también relacionada mediatamente con la satisfacción residencial y el apego al lugar o, incluso, con la eficacia colectiva y la prevención de la delincuencia mediante el control social.

individual o social, transformándolo. Con tal acción los sujetos dejan su impronta y dotan al lugar de un significado para sí y frente a los demás. Ello consigue además que las personas se reconozcan en el entorno y se autoatribuyan sus cualidades como definitorias de su propia identidad, identificándose simbólicamente con el espacio. De otra parte, ese sentimiento comunitario de propiedad y de íntima conexión con el espacio fomenta un sano sentimiento de apego al lugar y de satisfacción residencial y, asimismo, supone una sólida base para una población activa y cohesionada que a su vez redundará en un mayor control sobre los lugares y, por tanto, en un mayor control social y en una eventual reducción de la delincuencia. Como puede constatarse, la acción-transformación sobre el espacio y la subsiguiente apropiación del mismo juegan un importante papel –directo o indirecto– en el desenvolvimiento de estos servicios psicológicos brindados por el capital urbano.

Pues bien, en las sociedades actuales y a la escala de la ciudad, tal acción-transformación no puede llevarse a cabo personalmente en muchos casos. Una persona o un grupo no pueden decidir unilateralmente poner un jardín en medio de una carretera o trazar un vial que atraviese un parque. No obstante, ello no significa que este mecanismo no se lleve a cabo, sino que el mismo se realiza por otras vías. Concretamente, dicha actuación sobre el medio se realiza de forma mediata a través de la representación política y de la participación democrática en el planeamiento urbanístico. Así, cuando una persona o un grupo perciben que sus representantes políticos claramente responden a sus demandas en cuanto a la conformación espacial de su entorno, que los operadores públicos gestionan el planeamiento de acuerdo al sentir mayoritario y al bienestar de las personas que habitan en cada zona de la ciudad, o que se articulan cauces democráticos para que los ciudadanos participen en la efectiva creación de la urbe, esas personas o grupos experimentan que de hecho actúan sobre su entorno.³⁷ Por consiguiente, se llevan a cabo los procesos psicológicos de apropiación territorial que permiten el surgimiento del sentimiento de pertenencia y territorialidad y que se traducen, como se ha visto, en sinergias positivas sobre otros servicios y procesos como los de identificación, control social, cohesión social, etc. En definitiva, ello redundará positivamente sobre la efectiva funcionalidad del capital urbano en una serie de aspectos.

Por el contrario, si nos encontramos ante unos gestores políticos y una administración corruptos, que secuestran la potestad que los ciudadanos les han otorgado para que actúen en su nombre e interés y en su lugar llevan a cabo actos que no responden a las demandas sociales o al interés general, todos estos mecanismos dejan de actuar. Si los encargados del urbanismo realizan actos que responden a espurios intereses privados, los ciudadanos se sienten traicionados y experimentan que no tienen ninguna capacidad de acción o control sobre los lugares en los que habitan; se sienten en definitiva desposeídos de sus entornos vitales. Ello ataca directamente al corazón del mecanismo de apropiación del lugar y a todos los procesos con los que está interconectado, pudiendo degenerar en un estado de anomia y desafección que inicie un círculo vicioso de individualismo y desintegración social, o bien dar lugar a los llamados espacios *contestado*s o *ingobernables*, es decir, aquellas localizaciones espaciales en las que han surgido conflictos en forma de oposición, confrontación, subversión y/o resistencia por parte de algunos actores sociales con respecto al control social del espacio³⁷. Como puede comprobarse, las actuaciones

³⁷ Vid. BERRAQUERO DÍAZ, L. «Revisiones teóricas en torno a los conceptos de socioecosistema urbano y resiliencia socioecológica. Propuestas e implicaciones de la perspectiva ecofísica para el estudio de la metrópolis» [en línea]. Comunicación presentada en las Jornadas *Repensando la metrópolis. Prácticas experimentales*

administrativas urbanísticas desviadas suponen una importante merma del capital urbano en cuanto conllevan un serio perjuicio a los servicios socioecosistémicos que presta.

Pero no queda ahí la cosa. De otro lado, uno de los aspectos fundamentales del derecho humano a la ciudad es precisamente la posibilidad de acceso a la transformación democrática de la ciudad. Es decir, una parte central del contenido del derecho humano a la ciudad consiste en convertir la ciudad en una obra de sus ciudadanos, en facilitar a éstos «*la libertad de hacer y rehacer nuestras ciudades*³⁸». En tal sentido, el *capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad* será sólo aquel que puede y de hecho se modula por la acción democrática de los ciudadanos. Consecuentemente, dicha realidad aparece claramente como el objeto sobre el que recae toda la dañosidad de las conductas administrativas desviadas en materia urbanística.

En definitiva, la conclusión a la que se llega es la que ya se sugirió páginas atrás: en el castigo de las conductas administrativas desviadas en materia territorial y urbanística no hay que acudir a la lesión a varios bienes distintos para captar toda la dañosidad social irrogada. El propio concepto de capital urbano acorde al derecho a la ciudad ya incluye dentro de sí perfectamente el ataque al correcto funcionamiento de la administración urbanística³⁹ y puede ser considerado el bien jurídico único al que atacan las conductas que se contienen en el artículo 320 CP.

Con la idea que se presenta, además, se consigue dar una respuesta coherente a las cuestiones problemáticas que se han planteado al principio de este trabajo. En primer lugar, la relación que existiría entre este bien jurídico así interpretado y el contenido en el artículo 404 CP sería de especialidad, lo cual excluiría la posibilidad de aplicación del concurso de delitos. En segundo lugar, estaría justificada la punición expresa de las «prevaricaciones» en esta materia y no en otras, puesto que aquí tales conductas constituyen una forma de ataque directo al bien jurídico que se trata de proteger.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*. Cedecs. Barcelona, 1997.

—. *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*. Bosch. Barcelona, 2011.

AMELUNG, K. «El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego*

en torno a la construcción de nuevos derechos humanos. Centro de estudios andaluces. 8 y 9 de julio, Málaga, 2010. p. 12. Disponible en la página web: http://centrodeestudiosandaluces.es/actividades/comunicaciones/12779793701361625878_L4_Luis%20Berraquero_def.pdf. Un ejemplo mediático muy reciente de este tipo de espacio es el barrio de Gamonal en Burgos. En dicho barrio, a principios del año 2014, tuvieron lugar una serie de fuertes estallidos de tensión social a cuenta de una transformación urbana no querida por los vecinos. Vid. entre otras muchas noticias sobre el suceso, «Tensión en el barrio Gamonal de Burgos, con unas 200 personas concentradas junto a las obras», en *20minutos.es*. 13 de enero de 2014. <http://www.20minutos.es/noticia/2027171/0/calma-tensa-gamonal/burgos-obras/concentracion-manifestacion/#xtor=AD-15&xts=467263>

³⁸ HARVEY, D. «The Right to the City», en *New Left Review*, n.º 53. Edición castellana, Akal. Madrid, 2008. p. 23.

³⁹ Ocurriría algo parecido a lo que sucede en el caso de los delitos contra la libertad. Si en estos delitos se distinguen diversos bienes jurídicos en función de la especialidad de los ataques a aquélla (libertad de obrar, libertad de deliberación, libertad sexual, libertad religiosa...), en nuestro caso es la especificidad del bien jurídico la que aconseja incluir en el mismo un ataque que, de otro modo, podría considerarse como un atentado autónomo a otro bien jurídico.

- de abalorios dogmático?* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007.
- AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Athenäum Verlag. Frankfurt a. M. 1972.
- ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas. Madrid, 1997.
- BARRIENTOS PACHO, J. M. «Delitos relativos a la ordenación del territorio», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, tomo 6, ref. D-351, 1996. pp. 1555-1561.
- BERNAL DEL CASTILLO, J. «Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos», en *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 3, 1999. pp. 11-32.
- BERRAQUERO DÍAZ, L. «Revisiones teóricas en torno a los conceptos de socioecosistema urbano y resiliencia socioecológica. Propuestas e implicaciones de la perspectiva ecofísica para el estudio de la metrópolis» [en línea]. Jornadas *Repensando la metrópolis. Prácticas experimentales en torno a la construcción de nuevos derechos humanos*. Centro de estudios andaluces. 8 y 9 de julio, Málaga, 2010. Disponible en la página web: http://centrodeestudiosandaluces.es/actividades/comunicaciones/12779793701361625878_L4_Luis%20Berraquero_def.pdf.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*. Atelier. Barcelona, 2007.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y sistema penal*. PPU. Barcelona, 1987.
- . «Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», en *Pena y estado*, n.º 1, 1991. pp. 101-110.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J. «El art. 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas», en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «La responsabilidad penal de la administración urbanística: el párrafo 2.º del artículo 320 del código penal», en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta. Madrid, 2003.
- . «La contextualización del bien jurídico protegido», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Estudios penales y de política criminal*. Idemsa. Lima, 2007.
- . «La racionalidad legislativa penal: Contenidos e instrumentos de control», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Estudios penales y de política criminal*. Idemsa. Lima, 2007.
- ERICE MARTINEZ, E. «Prevaricaciones urbanísticas: accesoriedad y subsidiariedad del derecho penal», en *Corrupción y urbanismo. Cuadernos penales José María Lidón, n.º 5. Corrupción y urbanismo*. Deusto. Bilbao, 2008.
- FRISCH, W. «Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal», en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007.
- GARCÍA PÉREZ, O. «Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 del código penal» en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (Eds. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F.). Tecnos. Madrid, 2002.
- GÓMEZ TOMILLO, M. *Urbanismo, función pública y derecho penal*. Comares. Granada, 2000.
- . «Estado actual de la discusión en torno a la regulación de los delitos sobre la ordenación del territorio (II): Los llamados delitos de prevaricación urbanística», en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, n.º 224, 2006. pp. 69-124.

- GÓRRIZ ROYO, E. *Los delitos de prevaricación urbanística*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
- HARVEY, D. «The Right to the City», en *New Left Review*, n.º 53. Edición castellana, Akal. Madrid, 2008. pp. 23-39.
- HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgut-lehre*. Athenäum Verlag. Frankfurt a. M. 1973.
- LAURENZO COPELLO, P. «Recensión a SILVA SÁNCHEZ, J. M. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed. Civitas. Madrid, 2001», en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, n.º 12, 2003.
- LAURENZO COPELLO, P. *El resultado en derecho penal*. Tirant lo blanch. Valencia, 1992.
- MARTÍN PARDO, A. *El bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos. Una propuesta de lege ferenda*. Dirigida por José Luis Díez Ripollés. Tesis doctoral inédita. Universidad de Málaga. Facultad de derecho, 2015.
- MARTÍNEZ RUIZ, J. «El delito de información, votación o resolución favorable a instrumentos de planeamiento o licencias urbanísticas y la vulneración de la potestad inspectora en el ámbito urbanístico», en *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)* (Dir. MORILLAS CUEVA, L.). Dykinson. Madrid, 2013.
- MONTES, C. y SALA, O. «La evaluación de los ecosistemas del milenio. Las relaciones entre el funcionamiento de los ecosistemas y el bienestar humano», en *Ecosistemas*, n.º 16. 2007. pp. 137-147.
- POMARES CINTAS, E. y BERMEJO CHAMORRO, A. J. «¿Era necesario reformar los delitos urbanísticos? Especial referencia a los delitos de corrupción urbanística y a su trayectoria jurisprudencial», en *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 6, 2011. pp. 109-150.
- POZUELO PÉREZ, L. «La delincuencia urbanística», en *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo* (Coord. POZUELO PÉREZ, L.). Comares. Granada, 2006.
- PRATS CANUT, J. M. «Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la administración pública», en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998.
- PRIETO DEL PINO, A. M. *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*. Thomson Aranzadi. Navarra, 2004.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. y OTROS. *Ecología*. 3ª Ed. Pirámide. Madrid, 2013.
- ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band. 1, 4 Auflage. Verlag, C.H. BECK. München, 2006.
- SANZ MULAS, N. «Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales), en *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. n.º 45, 2008. pp. 66-91.
- SILVA SÁNCHEZ, J. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. J. M. Bosch editor. Barcelona, 1992.
- SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Editorial Comares. Comares, 2003.
- TERRADILLOS BASOCO, J. «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», en *Revista de la facultad de derecho de la universidad complutense* n.º 63, 1981. pp. 123-149.
- . «Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente», en *Estudios penales y criminológicos*, n.º. 20, 1997. pp. 289-237.
- ÚBEDA TARAJANO, F. E. *La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales*. Iustel. Madrid, 2006.

- URRAZA ABAD, J. «Delitos relativos a la ordenación del territorio: principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales», en *Actualidad penal*, n.º 2, 2001. pp. 595-620.
- VERCHER NOGUERA, A. *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*. Colex. Madrid, 2002.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320)», en *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios* (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.). Aranzadi. Navarra, 2010.

Observaciones sobre la reforma del delito de blanqueo de capitales y su reciente desarrollo jurisprudencial

FIDEL NICOLÁS MENDOZA LLAMACPONCCA (Perú)

*Investigador Doctorando, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú/
Universidad de Salamanca, España*

RESUMEN: El presente trabajo analiza de forma crítica la reforma del delito de blanqueo de capitales, implementada mediante la LO 5/2010. Por lo que se analizará: (i) La reforma de la rúbrica del Código Penal; (ii) La ampliación del delito previo; (iii) La punición expresa del autoblanqueo; (iv) La incriminación de nuevas formas de blanqueo de capitales; (v) La amnistía fiscal tributaria (Real Decreto-Ley 12/2010). Con el objeto de analizar la legislación de reforma, es indispensable desentrañar la ideología que promueve la actuación del legislador: la internacionalización y la expansión del derecho penal como contexto en el cual se ha producido la incriminación del blanqueo de capitales. En este análisis es indispensable remitirse a los recientes fallos jurisprudenciales del Tribunal Supremo.

Palabras clave: Blanqueo de capitales; Reforma de 2010; Internacionalización del derecho penal; Expansión; Amnistía fiscal.

ABSTRACT: This working paper analyzes critically the reform of the money laundering, implemented by the LO 5/2010. It will be analyzed: (i) The reform of the designation of the penal code; (ii) The extension of the predicate offence; (iii) The punishment of the autoblanqueo; (iv) The incrimination of the possession and utilization as new forms of money laundering; (v) The tax amnesty (Real Decreto-Ley 12/2010). In order to analyze the reform legislation it's essential to uncover the ideology that promotes the action of the legislator: the internationalization and the expansion of the criminal law. In this analysis is indispensable to examine the newest Supreme Court decisions.

Key words: Money laundering; Legislative reform of 2010; Internationalization of the criminal law; Expansion; Tax amnesty.

SUMARIO: I. Introducción. II. La reforma del tipo penal de blanqueo de capitales como expresión de un derecho penal irrazonablemente expansivo. 1. La represión del blanqueo de capitales como expresión de la internacionalización del derecho penal. 2. Cuestiones generales sobre la lo 5/2010 y la modificación del tipo básico del blanqueo de capitales: una reforma irrazonablemente expansiva. III. Reforma de la denominación: de «conducta afin» a «blanqueo de capitales». IV. Reforma del hecho previo: del blanqueo de capitales procedentes de un «delito grave» al procedente de una «actividad delictiva». 1. El hecho previo debe constituir un «delito grave» (texto original del CP). 2. El hecho previo debe constituir un «delito» (reforma de 2003). 3. El hecho previo debe constituir una «actividad delictiva» (reforma de 2010). V. Punición expresa del «autoblanqueo». VI. Incriminación de la «posesión» y la «utilización» como actos típicos. VII. La amnistía fiscal tributaria (Real Decreto-Ley 12/2010) como fórmula encubierta de blanqueo de capitales. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma del 2010 (aprobada por la LO 5/2010, de 22 de junio), en lo que atañe al delito de blanqueo de capitales, es manifestación de una ideología irrazonablemente expansionista del legislador español. Con su renuncia a implementar mecanismos de control constitucional en la técnica legislativa empleada –a pesar de que las convenciones internacionales lo admiten– ha expandido aún más el alcance de los tipos legales, cuya fuente la encontramos más próxima al casuismo del *common law* que al Derecho codificado¹.

En lo que sigue, se argumentarán las razones por las cuales la reforma de 2010 es expresión de un vigente derecho penal irrazonablemente expansivo, tanto en lo relativo a la determinación del «delito fuente» –productor de los bienes de origen delictivo (extendiéndolo a todo tipo de «actividad delictiva»)–, que impone al intérprete efectuar mayores interpretaciones que las debidas, como a la incorporación de dos nuevas y cuestionables modalidades de conducta típica (la «posesión» y la «utilización» de dichos bienes). En el mismo sentido, serán revisados tanto los fundamentos del cambio de rúbrica del Capítulo XIV del Título XIII (otrotra intitulado como «*De la receptación y conductas afines*» denominándose actualmente «*De la receptación y el blanqueo de capitales*»), como de la expresa punición del «autoblanqueo» de capitales.

Finalmente, dado el carácter aplicativo que se propone en el presente trabajo, serán analizadas las sentencias más relevantes que el Tribunal Supremo ha emitido sobre la legislación de reforma. De este modo, podrá apreciarse el marco aplicativo de la LO 5/2010, a fin de revelar si las diversas problemáticas planteadas con la modificación legal han variado los criterios jurisprudenciales ya disímiles entre las Salas Supremas en lo Penal.

¹ Conforme al presente desarrollo, detrás de la incriminación mundial del blanqueo de capitales, y su reforma, se encuentra la creación del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), en julio de 1989 en sede del G-7, y la emisión de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 (la denominada Convención de Viena). Ambos mecanismos de actuación internacional fueron expresión de la política de presión intergubernamental ejercida por EE.UU. sobre los diversos Estados y organismos internacionales como las Naciones Unidas. Fue la administración del ex Presidente Ronald Reagan la que dirigió una política criminal antidrogas y contra el aprovechamiento de los beneficios económicos derivados del narcotráfico, que puso en la agenda europea la incriminación del blanqueo de capitales. Con ello, se le dio dimensión global a su política criminal de lucha contra el narcotráfico y el ulterior aprovechamiento de los productos generados por aquél.

II. LA REFORMA DEL TIPO PENAL DE BLANQUEO DE CAPITALS COMO EXPRESIÓN DE UN DERECHO PENAL IRRAZONABLEMENTE EXPANSIVO

1. *La represión del blanqueo de capitales como expresión de la internacionalización del derecho penal*

Toda reflexión político-criminal acerca del delito de blanqueo de capitales y el análisis de los diversos aspectos derivados de su reforma, impone referirse al modo de producción de la normativa relativa a su prevención y represión. La normativa supranacional (no sólo en lo que concierne a la normativa producida por la Unión Europea sino además por los tratados y convenios internacionales provenientes de las Naciones Unidas) se ha venido caracterizando por la flexibilización y desformalización de los principios y límites garantistas del Derecho penal, así como de las reglas de imputación que han delineado la intervención penal dentro de una concepción estrechamente ligada con el Estado de derecho. Este hecho ha llevado a que un sector de la doctrina sostenga que el blanqueo de capitales es un injusto típico del «Derecho penal moderno»².

En efecto, la política criminal en materia de blanqueo de capitales se ha caracterizado por la creación de tipos penales configurados como estructuras de peligro abstracto, cuya técnica de incriminación permite advertir un alto nivel de flexibilización de las reglas de imputación de la responsabilidad penal, poniendo en cuestión los criterios tradicionalmente empleados para diferenciar entre conductas de tentativa y consumación, o los actos de autoría o participación³, así mismo, la creación de tipos penales de aislamiento⁴ y

² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. «Culpables, millonarios e impunes: El difícil tratamiento del derecho penal del delito de cuello blanco». En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura & otros (coords.). *Poder y delito: Escándalos financieros, Memorias del XXIV Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal*. Salamanca: Ratio legis, 2012, p. 29; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. «El desatinado delito de blanqueo de capitales». En: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO SAGGESE, Silvina (eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 14; MUÑOZ CONDE, Francisco. «Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales». En: ABEL SOUTO, Miguel / SÁNCHEZ STEWART, Nielson (coords.). *I Congreso de prevención y represión del Blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 157; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Reimpr. de la 2ª edición. Buenos Aires: BdeF, 2006, p. 176; MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 68.

³ Al respecto, MIGUEL DÍAZ, si bien no es expreso en señalar que el art. 301 –que reprime al blanqueo de capitales– consagra un concepto unitario de autor, sin embargo, sostiene que «como hemos visto al hilo de la coautoría y la participación, la (cada vez más) amplia redacción típica muestra cierta tendencia en ese sentido». Cfr. DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel. «El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010». En: ABEL SOUTO, Miguel / SÁNCHEZ STEWART, Nielson (dirs.). *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 299.

⁴ En la política criminal supranacional se ha promovido que el blanqueo de capitales se configure mediante un diseño de **tipo legal de aislamiento**. De modo que –conforme sostiene ARIAS HOLGUÍN–, «se asegure impedir el más infimo favorecimiento de terceros, de manera que los autores o partícipes se vean excluidos del sistema social por la imposibilidad de entablar cualquier contacto que pueda facilitar el mencionado aprovechamiento». Cfr. ARIAS HOLGUÍN, Diana. *Aspectos político-criminales y dogmáticos de tipo de comisión dolosa de blanqueo de capitales (Art. 301 CP)*. Madrid: Iustel, 2011, p. 26. De modo gráfico, al respecto ha señalado Kai Ambos, que «se trata del aislamiento del capital sucio y el aislamiento económico del autor anterior. Él debe, en todo el sentido de la expresión, «quedarse sentado» sobre el «capital sucio»». Cfr. AMBOS, Kai. *La aceptación por el abogado defensor de «honorarios maculados»: lavado de dinero*. Bogotá: Universidad Externado

recogida⁵, entrando en tensión con garantías penales derivadas de los principios de legalidad, concretamente el mando de taxatividad, proporcionalidad, culpabilidad, entre otros de contenido penal⁶. En el ámbito procesal, en el mismo sentido, existe una tendencia hacia la flexibilización de los derechos a la defensa procesal y la libre elección del abogado. Esto último se presenta frente a la caracterización actual del abogado como «sujeto obligado» de informar de los presuntos actos de blanqueo de capitales que adviertan en el seno de asesoría profesional y defensa de sus clientes⁷,

de Colombia, 2004, p. 12; LAMPE, Ernst-Joachim, «El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero (§ 261 StGB)». En: *Estudios Penales y Criminológicos*. N.º XX. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1997, p. 129. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 90; ABEL SOUTO, Miguel. *El delito de blanqueo en el Código penal español*. Barcelona: Bosch, 2005, p. 81; PÉREZ MANZANO, Mercedes. «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales». En: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. (edits.). *Op. Cit.* p. 170; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: Consideraciones críticas a la luz de la legislación española». En: *Cuadernos de Política Criminal*. N.º 58. Madrid: Edersa, 1996, p. 149.

⁵ ABEL SOUTO, Miguel. «Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España». En: ABEL SOUTO, Miguel / SÁNCHEZ STEWART, Nielson (coords.). *IV Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 139. Al respecto, CHOCLÁN MONTALVO señala que el delito de blanqueo de capitales cumple dos funciones: En primer lugar, sancionar maniobras de ocultación del origen delictivo de los bienes que impiden la aplicación del comiso y la confiscación. En segundo lugar, servir de **tipo legal de recogida** cuando no se puede probar la vinculación de los bienes con el hecho concreto que se enjuicia y del que es imputado el autor. Esta última cuestión es expuesta por este autor como una consideración práctica del blanqueo de capitales, sosteniendo que la condena por este delito permitiría superar «las habituales dificultades probatorias inmanentes al proceso penal», cuando «no exista prueba suficiente de que el concreto hecho que se imputa al acusado sea el origen de los bienes o el patrimonio puesto de manifiesto durante la investigación». Cfr. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 82. Sobre esta problemática, TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 71-72; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel. *Op. Cit.*, 2013, p. 299.

⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Op. Cit.* p. 92; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big crunch*, en la selección de bienes jurídicos penales (especial referencia al ámbito económico)». En: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / ROMEO CASABONA, Carlos / GRACIA MARTÍN, LUIS / HIGUERA GUIMERA, Juan (dirs.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 395 y ss. Según sostiene SILVA SÁNCHEZ: «no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enlazar en el marco general de la restricción, o la «reinterpretación» de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término «expansión»». Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op. Cit.* 2006, pp. 4-5.

⁷ Sobre esta trascendental problemática, entre otros, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. «Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva». En: *Indret. Revista para el análisis del derecho*. N.º 1. Barcelona, 2008, pp. 4 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo». En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (coord.). *¿Libertad económica o fraudes punibles?: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 127 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «El criterio de los honorarios profesionales *bona fides* como barrera del abogado defensor frente al delito de blanqueo de capitales: un apunte introductorio», en: BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO SAGGESE, S. (edits.), *Op. Cit.*, pp. 207 y ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro. «Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales. La situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v.

tal y como se define en el art. 2, núm. 1, letra ñ) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo⁸.

El blanqueo de capitales constituye, pues, un claro ejemplo de la llamada «internacionalización del Derecho penal», porque es justamente en tal contexto en el que se debe ubicar la configuración de las iniciativas supranacionales dirigidas hacia su prevención y represión. Por internacionalización del derecho penal se alude a aquel modo de producir el Derecho en el que la decisión político criminal sobre la incorporación en un derecho interno de determinadas medidas punitivas, tiene fuente supranacional⁹. La novedad que supone este contexto de producción normativa de fuente internacional –precisa MÉNDEZ RODRÍGUEZ–, «es la renuncia voluntaria y puntual en sectores concretos del ejercicio de la soberanía nacional en materia penal cuando la existencia de normativa supranacional o instituciones supranacionales se advierte como imprescindible o eficaz contra formas determinadas de criminalidad»¹⁰.

En materia de blanqueo de capitales se busca que, a partir de las iniciativas supranacionales, se homogenicen las distintas normativas de los Estados para la lucha internacional contra este fenómeno delictivo¹¹. Acerca de la internacionalización del Derecho penal, sostiene BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «una primera línea de internacionalización está vinculada a la existencia de delitos que por su contenido afectan a valores, como la paz o la integridad de la comunidad internacional, poseen un significado internacional»¹².

Esto se evidencia, a nivel de la Unión Europea, en la reforma reciente del Código Penal español aprobada mediante la LO 5/2010. En su «Preámbulo» se reconoce la incorporación de demandas internacionales y trasposición de Decisiones Marco del Consejo de la Unión Europea en materia criminal. El legislador ahí sostiene que «España tiene contraídas obligaciones

30.3.2004)». En: *Revista General de Derecho Penal*. N.º 3. Madrid: Iustel, 2005, pp. 2 y ss.; PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Op. Cit.* p. 169.

⁸ Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE, núm. 103, de 29/04/2010). Conforme establece el art. 2, núm. 1, letra ñ) de esta norma: «La presente ley será de aplicación a los siguientes sujetos obligados: [...], ñ) Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria». La Ley 10/2010, fue emitida para trasponer la Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DOUE, núm. 76/46, de 19/03/2008).

⁹ ARIAS HOLGUÍN, Diana. *Op. Cit.*, p. 43.

¹⁰ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. «Hacia la internacionalización del derecho penal». En: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves (dirs.). *Derecho penal de la democracia Vs. seguridad pública, XVII Congreso Interuniversitario de Alumnos de Derecho Penal*. Granada: Comares, 2005, p. 34.

¹¹ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, MARTA. *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 68; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. «Derecho penal económico y Constitución Europea: ¿Armonización o integración?», en: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.), *Constitución europea y derecho penal económico. Mesas redondas de Derecho y economía*. Madrid: Ramón Areces, 2006, pp. 211 y ss.

¹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. «Acerca de la internacionalización del Derecho penal». En: PÉREZ CEPEDA, Ana (dir.). *El principio de justicia universal. Fundamento y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 31.

internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones –a veces de considerable calado– de nuestras normas penales... De singular importancia resulta la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Como se recoge en el instrumento internacional, el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella»¹³.

El problema que surge frente a la internacionalización del derecho penal es la no poco frecuente incompatibilidad existente entre las medidas de carácter supranacional y las garantías reconocidas en los ordenamientos internos. Esta situación no causaría mayor alarma si no fuere por el hecho de que estas políticas de carácter internacional no permiten un amplio margen de actuación al legislador del Estado interno a fin de adaptarlas a su ordenamiento constitucional, corriéndose el riesgo de que éste las incorpore a su legislación sin mayores miramientos ni juicios de legitimidad interna.

Esta problemática, que puede generar incapacidad de «resistencia» al legislador de un Estado en particular. Esto se habría presentado en España, precisa FABIÁN CAPARRÓS, cuando se adoptó y traspuso sin mayores observaciones la Directiva 91/308/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, de 10 de junio de 1991¹⁴, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. Al respecto, sostuvo este autor: «*la Directiva 91/308/CEE fue aprobada como consecuencia de las presiones ejercidas por los Estados Unidos. Según parece, a finales de los años 80, la Administración de aquel país promovió una reforma legal interna conforme a la cual todas las entidades financieras que operaran en los Estados Unidos –con independencia de cuál fuere su nacionalidad o cuál el Estado en el que se realizaren– quedarían obligadas a comunicar a las autoridades norteamericanas la ejecución de cualquier transacción en dólares cuyo importe excediera de 10.000, bajo amenaza de retirada de la licencia para operar en los Estados Unidos. Ante esta preocupante situación, la Comunidad Europea se vio obligada a emprender acciones diplomáticas, fruto de las cuales fue la retirada del proyecto norteamericano a cambio de la aprobación de la Directiva que ahora se comenta*»¹⁵.

Ahora bien, esta adopción normativa de la Unión Europea y de sus Estados integrantes, por presión o influencia de los Estados Unidos, dirigida a la protección del libre mercado y de la libre competencia que debe imperar en aquél, ha sido asimilada no sólo a través de la represión del blanqueo de capitales, sino además de los delitos contra la competencia, el *insider trading* y

¹³ Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, que reforma la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que puso en vigencia el Código Penal de 1995 (BOE, núm. 152, de 23/06/2010).

¹⁴ La Directiva 91/308/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, del 10 de junio de 1991 fue traspuesta a la legislación española por la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE, núm. 160, de 05/07/1993). Siendo, posteriormente, derogada por la Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DOUE, núm. 76/46, de 19/03/2008). Esta última Directiva fue traspuesta a la legislación española por la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE, núm. 103, de 29/04/2010).

¹⁵ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998, p. 205.

abuso de mercado, corrupción, entre otros. Ámbitos de influencia que vienen siendo denominados –conforme sostiene NIETO MARTÍN– como «Americanización del derecho penal económico». Al respecto, sostiene este autor que «no estamos asistiendo a un proceso de convergencia consensuado entre distintos ordenamientos independientes, sino a un proceso creciente de americanización del derecho de los negocios y del derecho penal de los negocios. Si hacemos arqueología legislativa, y examinamos el origen de las normativas comunes, veremos que tras ellas se encuentran directrices de política jurídica que nacen de los EE.UU. y desde allí se extienden al resto del mundo. No existe un intercambio libre de «soluciones jurídicas» entre los distintos ordenamientos en que conforman la comunidad internacional, sino una aproximación de todos ellos al sistema imperante en los Estados Unidos»¹⁶.

La política criminal antidrogas promovida por EE.UU., fue la que motivó la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, influyó también en el ámbito de la definición del injusto incriminado. La descripción típica del blanqueo que contenía esta Convención, obedecía no a las directrices propias de un modelo de Derecho penal de carácter europeo continental –vigente, entre otros países, en Alemania, Italia, España, Suiza– cuya teoría del delito dista largamente de la de los países vinculados al modelo anglosajón, en general, y al de EE.UU., en particular.

Las causas de la «americanización» son tan complejas como diversos sus actores. Entre ellos cabría citar en primer término las organizaciones internacionales (entre otros, las Naciones Unidas, la Unión Europea, el Consejo de Europa) que a través de Convenios, acuerdos o recomendaciones han universalizado los modelos legislativos norteamericanos, siendo ello evidente en el caso del delito de blanqueo de capitales¹⁷. El blanqueo de capitales puede considerarse como uno de los paradigmas de la «americanización» del Derecho penal europeo.

Al respecto –refiere BLANCO CORDERO– el propio contenido material del concepto de *money laundering* era para Europa absolutamente desconocido hasta la segunda mitad de los años ochenta del siglo XX. Su primera formulación se produce en el Informe *Organized Crime and Money Laundering*, Washington D.C. de 1984, presentado por el *President's Commission on Organized Crime*, comisión nombrada por el ex Presidente Ronald Reagan¹⁸. El blanqueo de capitales, tal como había sido conformado en los años 80's en EE.UU., se convierte en Europa en tema dogmático y político criminal, como consecuencia de las presiones ejercidas por este país para que todos los Estados establezcan preceptos relativos a la represión y control de este fenómeno criminal.

Mediante el Convenio de Viena de 1988, EE.UU. globalizó jurídicamente su guerra contra las drogas y contra el blanqueo de capitales. Desde el punto de vista político criminal –precisa VOGEL– «los EE.UU. procedieron tanto desde un modo bilateral como multilateral, en la cumbre de París del Grupo del G7 de 1989, mediante el establecimiento de la *Financial Action Task Force*. Las recomendaciones de este Grupo aprobadas en 1990, con el fin de impedir el blanqueo de

¹⁶ NIETO MARTÍN, Adán. «¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?». En: *Revista Penal*. N° 19. Madrid: La Ley, 2007, p. 121.

¹⁷ *Ibidem*, p. 123.

¹⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. Cit.*, 2001, p. 10.

capitales, fueron el fundamento de la Directiva del Consejo Europeo de 10.6.1991, establecida con el fin de impedir la utilización de sistema financiero para el blanqueo de capitales»¹⁹.

En suma, desde nuestra perspectiva, no queda dudas sobre la necesaria respuesta de carácter internacional dirigida por los Estados para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad o a los modernos mecanismos –fundamentalmente de carácter transnacional– que ésta emplea para el logro de sus ilícitos propósitos. No es posible combatir eficazmente a la criminalidad transnacional tan sólo desde el ámbito nacional, sino que son indispensables instrumentos internacionales dirigidos en tal dirección²⁰. Es irrenunciable dirigir una política criminal de carácter internacional contra el blanqueo de capitales, sin que se rebasen los límites constitucionales delineados por el principio de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad. No hacerlo en tal sentido, sitúa a la legislación de reforma en clara incompatibilidad con principios y garantías constitucionales derivados del Estado social y democrático de derecho, en manifiesto perjuicio de derechos y libertades públicas previstos en las convenciones y tratados sobre derechos humanos. Es irrenunciable superar las dudas de ilegitimidad que representa potencialmente una armonización europea del Derecho penal mal conducida, que puede expresarse en una cada vez concurrente expansión «irrazonable» del Derecho penal²¹.

2. Cuestiones generales sobre la LO 5/2010 y la modificación del tipo básico del blanqueo de capitales: Una reforma irrazonablemente expansiva

La reforma del Código Penal de 1995 por la LO 5/2010, de 22 de junio, expresa una característica común de nuestra actual sociedad²². En esta –refiere SILVA SÁNCHEZ– «reforma» de la legislación en materia penal significa tanto como «expansión» del Derecho penal, y expansión, a su vez, quiere decir crecimiento del ámbito de intervención de aquél, agravación de las penas y flexibilización de las garantías político-criminales²³. El motivo de esta reforma está determinado no únicamente por el cumplimiento de obligaciones internacionales de España a favor de la

¹⁹ VOGEL, Joaquim. «Política criminal y dogmática penal europeas». En: *Revista Penal*. Nº 11. Madrid: La Ley, 2003, p. 141.

²⁰ VOGEL, Joaquim. «Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal material en la Unión europea». En: *Revista Penal*. Nº 10. Madrid: La Ley, 2002, pp. 112 y ss.

²¹ PÉREZ CEPEDA, Ana. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmodern.* Madrid: Iustel, 2007, p. 239.

²² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. «Estudio preliminar: cambiar las leyes y cambiar el Derecho Penal. Sobre la última reforma del Código penal», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Navarra: Aranzadi, 2010, pp. 15 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto». En: *Diario La Ley*, Nº 7464, Sección Doctrina, Madrid: La Ley, 2010, p. 3.

²³ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ ha sostenido que el delito de blanqueo de capitales supone, a su vez, una expansión *razonable e irrazonable* del derecho penal, señalando que «es probablemente razonable que el o los responsables de una inyección masiva de dinero negro en un determinado sector de la economía sean sancionados penalmente por la comisión de un delito contra el orden económico. Ahora bien, ello no hace, sin más, razonable la sanción penal de cualquier conducta de utilización de pequeñas (o medianas) cantidades de dinero negro en la adquisición de bienes o la retribución de servicios. La tipificación del delito de blanqueo de capitales es, en fin, una manifestación de *expansión razonable* del Derecho penal (en su núcleo, de muy limitado alcance) y de *expansión irrazonable* del mismo (en el resto de conductas, de las que no puede afirmarse en absoluto que, una por una, lesionen el orden económico de modo penalmente relevante)», Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op. Cit.*, 2006, pp. 12-13.

armonización jurídico penal en la Unión Europea, sino –ya en el plano sociológico– por los sentimientos de inseguridad y de vindicación que surgen como consecuencia, entre otros, tanto de los delitos financieros, el blanqueo de capitales, la corrupción, así como de la criminalidad organizada y terrorista²⁴.

Desde luego que la pretendida armonización de algunos aspectos del Derecho penal es necesaria para que los países puedan dar respuesta común a los problemas comunes. A nadie se le escapa que determinadas formas de criminalidad cometida por la delincuencia organizada, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, el tráfico de personas o el blanqueo, sólo pueden ser afrontados si los diversos Estados procuran una política criminal lo más homogénea posible sin que ello colisione con los principios de su derecho interno, de modo que se resten oportunidades para que esta forma de criminalidad escapen a la acción de la justicia o se creen «paraísos penales».

En lo que a nuestro objeto de estudio concierne, la dimensión global del blanqueo de capitales²⁵ permite advertir que su persecución puede lograr un razonable nivel de éxito sólo a través de un derecho penal que no se organice de modo aislado en los límites territoriales o jurídicos de un determinado Estado²⁶, sino antes bien mediante una respuesta articulada a través de una normativa supranacional en la que los diversos Estados reaccionen frente a este fenómeno delictivo complejo²⁷, sin que ello implique –como críticamente sostuvo Díez Ripollés en la reforma del blanqueo ejercida de 1992– una «colonización jurídica»²⁸.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op. Cit.*, 2010, p. 3.

²⁵ ROSADO DOMÍNGUEZ, Fernando. «El blanqueo de dinero. Deficiencias en zonas internacionales de riesgo». En: ZARAGOZA AGUADO, Javier (dir.). *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial. Nº 28. Madrid: CGPJ, 2000, pp. 162 y ss.

²⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3ª edición. Navarra: Aranzadi, 2009, p. 90.

²⁷ TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo. «El blanqueo de dinero en paraísos fiscales». En: ROMÁN PUERTAS, Luis (dir.). *Fenómenos delictivos complejos*. Madrid: CGPJ, 1999, pp. 237 y ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro. «La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea». En: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (dir.). *Eguzkilore. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*. Nº 15. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 2001, p. 10.

²⁸ En opinión de Díez Ripollés, la reproducción casi literal de la Convención de Viena de 1988 en los arts. 344 bis, letra h), y 344 bis, letra i), suponía que la reforma de 1992 (ejercida sobre el Código Penal de 1973) constituyó una evidente «colonización jurídica». Cfr. Díez Ripollés, José Luis. «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español». En: MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (dir.). *El encubrimiento, la recepción y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria. Cuadernos de Derecho Judicial*. Nº I. Madrid: CGPJ, 1994, p. 172. Debido a la suscripción de nuevos acuerdos internacionales relativos al blanqueo de capitales, y la trasposición de la Directiva 91/308/CEE (del Consejo de las Comunidades Europeas, del 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales), el legislador español decidió adecuar su normativa penal a la Convención de Viena de 1988 (instrumento de las Naciones Unidas, aprobado y ratificado el 30 de julio de 1990), aprobando la LO 8/1992, de 23 de diciembre, Ley de modificación del Código Penal de 1798 en materia de tráfico ilícito de drogas. Mediante LO 8/1992, se incorporaron a la Sección 2ª del Capítulo II del Título V (Delitos contra la salud pública) del Libro II del Código Penal de 1973, los arts. 344 bis, letra h) y 344 bis, letra i) que fueron una reproducción casi literal de los art. 3, núm. 1, letras b) y c) de la Convención de Viena de 1988. Los incorporados arts. 344 bis, letra h), y 344 bis, letra i), estaban dirigidos a combatir las actividad económicas ligadas al tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, la decisión del legislador al incorporar dichas normas, no contempló derogar el art. 546 bis, letra f), introducida al Código Penal de 1973 por la Ley Orgánica 1/1988, quedando este artículo en pleno vigor. Así, se produjo una incomprensible duplicidad normativa que el legislador parecía ignorar, pues señaló en

Finalmente los problemas que plantea la reforma de 2010 del delito de blanqueo de capitales está referida a cuatro ámbitos concretos: Primero, el *cambio del epígrafe* del Capítulo XIV del Título XIII del Libro II del Código Penal. Segundo, la *reforma del hecho previo* o generador de los capitales objeto de blanqueo. Tercero, la expresa represión del denominado *autoblanqueo*. Y, cuarto, la reincorporación de dos cuestionables conductas típicas de blanqueo (que habían sido derogadas en 1995, con la puesta en vigencia del texto original del Código Penal), la *posesión* y *utilización* de bienes de procedencia delictiva.

III. REFORMA DE LA DENOMINACIÓN: DE «CONDUCTA AFÍN» A «BLANQUEO DE CAPITALS»

La reforma de 2010 se inicia con un aspecto ciertamente positivo: el cambio de rúbrica del Capítulo XIV del Título XIII del Libro II del Código Penal, actualmente denominado «*De la receptación y el blanqueo de capitales*». El legislador español ya había discutido por vez primera, en el Anteproyecto de 1992, la posibilidad de encabezar el Capítulo relativo al delito objeto de estudio como «blanqueo», denominando al Capítulo XVI del Título XII del Libro II (del citado Anteproyecto) como «*De la receptación y del blanqueo de dinero*»²⁹. La Exposición de Motivos del Anteproyecto de 1992 señalaba que «*la utilización del neologismo «blanqueo de dinero» obedece a la convicción de que es la expresión que mejor designa la clase de conducta que se describe*»³⁰.

La expresión «*blanqueo de dinero*» había sido, sin embargo, empleada cuatro años antes (aunque no como encabezado de un Capítulo correspondiente al delito objeto de estudio) en la

la Exposición de Motivos de la LO 8/1992 que España, al ser parte de la Convención de Viena, estaba obligada a introducir en su legislación penal la represión del blanqueo «que no tiene todavía plasmación expresa en su sistema legal», cuando este delito ya había sido previsto en el citado art. 546 bis, letra f), cuatro años antes. Esta situación condujo a la doctrina sostener que «la mayor parte de las conductas sancionadas en el art. 546 bis f), desde 1988 hasta 1992 estuvieron doblemente incriminadas desde ese año, hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995». Se consideró que se trataba de un concurso aparente de leyes y, puesto que ni los principios de especialidad ni de alternatividad ofrecían soluciones claras sobre este problema, no siendo infrecuente aplicar los arts. 344 bis, letra h), y 344 bis, letra i), en base al principio de temporalidad. Sobre esta problemática. Al respecto, GÓMEZ INIESTA, Diego. «Algunas consideraciones críticas sobre el blanqueo de capitales». En: BAIGÚN, David / GARCÍA RIVAS, Nicolás (dirs.), *Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur*. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 399; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. Cit.*, p. 161; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas». En: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (dir.), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLVI. Fascículo II. mayo – agosto. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993, p. 604; BLANCO LOZANO, Carlos. «El delito de blanqueo de capitales procedentes de tráfico de drogas en el Ordenamiento penal español». En: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Comentarios a la legislación penal*. Tomo XVII. Madrid: Edersa, 1996, p. 87; HUERTA TOCILDO, Susana. «Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras conductas afines». En: SORIANO SORIANO, José (dir.). *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal. Cuadernos de Derecho Judicial*. N.º XX. Madrid: CGPJ, 1996, p. 384.

²⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. Cit.*, p. 22; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3ª edición. Navarra: Aranzadi, 2012, p. 184.

³⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. «La dimensión internacional del blanqueo de dinero». En: GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.). *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*. Madrid: CGPJ, 2005, p. 213; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. Cit.*, p. 22.

Exposición de Motivos de la LO 1/1988, de 24 de marzo (que reformó el Código Penal de 1973, en materia de tráfico ilícito de drogas³¹). En la referida Exposición de Motivos se sostuvo que: «con el objetivo de hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas, se incorpora un nuevo precepto al Capítulo VII del Título XIII del Libro II del Código, que sanciona las conductas de aprovechamiento de los efectos y ganancias de aquel tráfico o, lo que es lo mismo, que pretende incriminar esas conductas que vienen denominándose de «blanqueo del dinero» de ilícita procedencia».

A pesar de la discusión sobre su denominación en el Anteproyecto de 1992, se levantaron voces críticas contra ésta calificándola como un «puro argot» de la criminalidad. Una de éstas la dirigió el Consejo General del Poder Judicial –en su Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992–, sosteniendo que «parece que ha de rechazarse la incorporación al Código de un término como el de «blanqueo», que no es sino puro argot. Si no se encuentra una denominación adecuada, basta hablar “de la receptación y otras conductas afines”»³². Puesta a discusión, esta denominación fue descartada.

Posteriormente, en el Anteproyecto de Código Penal de 1994, el legislador de reforma buscó regular el blanqueo de capitales exclusivamente en el ámbito de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Este criterio del Anteproyecto de 1994 fue recogido por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobó el Código Penal de 1995³³, tipificándose el delito de blanqueo de capitales en su art. 301; denominándose el Título XIII (Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) Capítulo XIV del Libro II como «De la receptación y otras conductas afines»³⁴, el cual ha permanecido vigente hasta la reforma de 2010.

En la reforma ejercida por la LO 5/2010, de 22 de junio, el legislador ha modificado el epígrafe del Capítulo XIV del Título XIII de la Parte Especial, denominándose actualmente como «De la receptación y el blanqueo de capitales»³⁵. En este extremo de la reforma, se encuentra una decisión afortunada del legislador, ya que mediante la expresión «blanqueo» la doctrina ha buscado referirse al proceso en virtud del cual los bienes de procedencia delictiva se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita³⁶ y debía ser reconocida por el Código Penal. El efecto motivador de la norma y razones político criminales de corte preventivo general aconsejan, pues, que la colectividad tenga claridad de que las conductas incriminadas en el art. 301 del Código no constituyen sin más «conductas afines» a la receptación, sino actos de «blanqueo de capitales», que constituye un delito mucho más

³¹ LO 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal de 1973 en materia de tráfico ilícito de drogas (BOE, núm. 74, de 26/03/1988).

³² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992 de Consejo General del Poder Judicial». En: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 48. Madrid: Edersa, 1992, p. 749.

³³ LO 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobó el Código Penal de 1995 (BOE, núm. 152, de 23/06/2010).

³⁴ DEL OLMO GÁLVEZ, Juan. «El blanqueo desde la perspectiva del juez instructor», en: ZARAGOZA AGUADO, Javier (dir.). *Op. Cit.*, p. 217.

³⁵ GONZÁLEZ RUS, Juan José. «Capítulo 28: Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (x). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios. Receptación y blanqueo de capitales». En: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.). *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 636; DE ALFONSO LASO, Daniel. «La modificación del delito de blanqueo de capitales (art. 301 y 302)». En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). *Op. Cit.*, p. 254.

³⁶ DE ALFONSO LASO, Daniel. *Op. Cit.*, pp. 253 y ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. Cit.*, p. 92.

grave y cuyo injusto es autónomo con respecto a los delitos del que proceden los bienes objeto de blanqueo, esto es, que posee una sustantividad propia. La reforma de la denominación, pone de manifiesto la progresiva –en términos de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y FABIÁN CAPARRÓS– «emancipación del blanqueo de capitales»³⁷.

Esta terminología es la que más ha sido empleada no sólo por la doctrina sino –conforme señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ³⁸– por los instrumentos internacionales más importantes³⁹ y legislación administrativa sobre el particular⁴⁰. En suma, nos encontramos frente a un aspecto ciertamente positivo de la reforma, con destacada relevancia para la comprensión de la autonomía del delito de blanqueo de capitales y el cumplimiento de fines político criminales dirigidos a la prevención general, además de los efectos motivadores de la norma que se han puesto en evidencia⁴¹.

³⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. «La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español». En: *Diario La Ley*, Nº 7535. Sección Doctrina. Año XXI. Madrid: Grupo Wolters Kluwer, 2010, pp. 9 y ss. En el mismo sentido, DEL CARPIO DELGADO, Juana. «Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal». En: *Revista Penal*. Nº 28. Madrid: La Ley, 2011, p. 6. En desacuerdo con esta terminología, proponiendo la denominación «*blanqueo de dinero*», ABEL SOUTO, Miguel. «La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero». En: ABEL SOUTO, Miguel / SÁNCHEZ STEWART, Nielson (coords.). *II Congreso de prevención y represión del Blanqueo de dinero (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 68.

³⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Op. Cit.*, 2005, p. 214.

³⁹ Diversos instrumentos internacionales han recogido la denominación «blanqueo de capitales» como *nomen iuris* de este fenómeno delictivo. Siendo utilizada, entre otros instrumentos, por la *Convención de Palermo* de 2000, la *Convención de Mérida* de 2003, el *Convenio de Estrasburgo* de 1990 y el *Convenio de Varsovia* de 2005, incluidas las correspondientes Directivas Europeas (se tiene, por ejemplo, la *Directiva 91/308/CEE*, del Consejo de las Comunidades Europeas, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de *capitales* [DOCE, núm 166/77, de 28/06/1991]; *Directiva 2001/97/CEE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, que modificó la *Directiva 91/308/CEE* [DOCE, núm. 344/76, de 28/12/2001]; *Directiva 2005/60/CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de *capitales* y para la financiación del terrorismo [DOUE, núm. 309/15, de 25/11/2005]; *Directiva 2008/20/CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, que modificó la *Directiva 2005/60/CE* [DOUE, núm. 76/46, de 19/03/2008]) y Decisiones Marco sobre esta materia (*Decisión Marco 2001/500/JAI*, del Consejo de la Unión Europea, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de *capitales*, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito [DOCE, núm. 182/1, de 05/07/2001]; y *Decisión Marco 2005/212/JAI*, del Consejo de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito [DOUE, núm. 68/49, de 15/03/2005]).

⁴⁰ GÁLVEZ BRAVO, Rafael. *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales. Técnicas clásicas*. Barcelona: Bosch, 2014, p. 25. Tal como se aprecia del texto de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE, núm. 103, de 29/04/2010), entre otras.

⁴¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 9; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. Cit.*, 2011, p. 6. Refiriendo la incorporación de la denominación «blanqueo de capitales» en los principales instrumentos internacionales y de derecho interno sobre esta materia (aunque proponiendo la denominación «*blanqueo de dinero*»), ABEL SOUTO, Miguel. *Op. Cit.*, 2011, p. 68.

IV. REFORMA DEL HECHO PREVIO: DEL BLANQUEO DE CAPITALS PROCEDENTES DE UN «DELITO GRAVE» AL PROCEDENTE DE UNA «ACTIVIDAD DELICTIVA»

1. *El hecho previo debe constituir un «delito grave» (texto original del CP)*

En cierto momento del derogado Código Penal de 1973 su contenido se caracterizó por poseer una duplicidad normativa a nivel del blanqueo de capitales provenientes del tráfico ilícito de drogas. Por un lado, LO 1/1988, de 24 de marzo⁴², incorporó el art. 546 bis, letra f); y, por otro, la LO 8/1992, de 23 de diciembre⁴³, que incorporó los arts. 344 bis, letra h), y 344 bis, letra i)⁴⁴ al derogado Código Penal. Es decir que, a pesar que el legislador tuvo la oportunidad en 1992 de derogar la regulación de 1988, la dejó en pleno vigor⁴⁵ hasta 1995, en que se aprobó el vigente Código Penal. Esta duplicidad normativa era, al parecer, incluso aceptada por el legislador de aquella reforma ya que en el Anteproyecto de Código Penal de 1992, se seguía manteniendo una regulación separada. Una, dentro de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (blanqueo de capitales procedentes de un «delito grave»); otra, dentro de los delitos contra la salud pública (blanqueo de capitales procedentes del «tráfico ilícito de drogas»). Esta absurda duplicidad normativa fue criticada desde todos los sectores, particularmente por el Consejo General del Poder Judicial, en su *Informe sobre el Proyecto de Código Penal de 1992*⁴⁶. A nuestro parecer, este debate condujo a la emisión del texto original art. 301 del Código Penal de 1995, ubicándose el blanqueo en el Título relativo a los «delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico».

En relación con el «hecho previo», el texto original del Código Penal de 1995⁴⁷ previó en el art. 301, núm. 1, el blanqueo de bienes que «*tienen su origen en un delito grave*» (primer párrafo) y un tipo agravado éstos «*tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas*» (segundo párrafo). Así, salvo este último extremo, la concepción del hecho previo por el Código Penal de 1995 recaía sobre cualquier **delito grave**. Para establecer esta cualidad del delito se debía realizar una interpretación sistemática con los arts. 13, núm. 1 («*son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave*»), y 33, núm. 2 («*Son penas graves... La prisión superior a tres años...*»).

A pesar de haber sido cuestionada esta concepción del hecho previo por un sector⁴⁸, a nuestro parecer lo positivo de la legislación de 1995 fue ampliar de modo razonable el hecho previo.

⁴² LO 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código Penal de 1973 en materia de tráfico ilícito de drogas (BOE, núm. 74, de 26/03/1988).

⁴³ LO 8/1992, de 23 de diciembre, Ley de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico ilícito de drogas (BOE, núm. 308, de 24/12/1992).

⁴⁴ Norma que constituyó una reproducción casi literal la Convención de Viena de 1988. Al respecto, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Op. Cit.*, 1993, p. 604; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. Cit.*, p. 161.

⁴⁵ En opinión de Blanco Lozano: «Se legisló por exigencia de una norma (la Directiva 91/308/CEE), pero atendiendo a otra (la Convención de Viena)», Cfr. BLANCO LOZANO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 87. En el mismo sentido, HUERTA TOCILDO, Susana. *Op. Cit.*, p. 384.

⁴⁶ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Op. Cit.*, p. 645.

⁴⁷ LO 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobó el texto original del Código Penal de 1995 (BOE, núm. 152, de 23/06/2010).

⁴⁸ Así, señaló GÓMEZ INIESTA que «esta descripción no es absolutamente perfecta, como sería lo deseable, por lo que junto a la misma, y con el fin de dar debido cumplimiento al principio de determinación, deberían haberse introducido junto a la categoría genérica de delitos graves, determinadas clases de hechos, un catálogo no meramente ejemplificativo, suficientemente indicativos de la gravedad, perfectamente perfilados

Éste no sería más el precedente sólo de actos vinculados con el tráfico ilícito de drogas, sino que, por la cualidad de «delito grave», recogía la realidad criminológica del blanqueo, ya que no sólo el narcotráfico genera ingentes beneficios económicos sino otro tipo de delincuencia, como el tráfico de personas para su explotación sexual o la venta ilegal de armas, entre otros delitos graves. Como sostiene del CARPIO DELGADO, «se pasaba así de un sistema cerrado o de *númerus clausus* a un *sistema intermedio o de umbral*»⁴⁹.

2. *El hecho previo debe constituir un «delito» (reforma de 2003)*

El Código Penal de 1995 fue reformado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre⁵⁰, incluido el delito de blanqueo de capitales. Concretamente sobre el hecho previo, el legislador decidió la represión del blanqueo de capitales procedentes de «cualquier delito». Vale decir, que según la reforma de 2003 ahora sería objeto de blanqueo aquellos bienes o capitales provenientes de todos los delitos previstos en el Código Penal de 1995 que sean susceptibles de producir bienes, sean éstos dolosos imprudentes o de bagatela, sin importar que sean graves o no graves, quedando al margen únicamente las faltas⁵¹.

La determinación de cuáles tipos legales podían constituirse en «hechos previos» al blanqueo suponía la realización de una interpretación sistemática entre el art. 13, núm. 1 («*son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave*») y núm. 2 («*son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave*»), y el art. 33, núm. 1 y 2, letra a); esta última disposición señalaba que «son penas menos graves... la *prisión de tres meses* hasta cinco».

Por ello, a partir de la reforma de 2003 podemos claramente advertir una tendencia del legislador español hacia la expansión irrazonable del derecho penal a través de la modificación del delito blanqueo de capitales, dado que según esta normativa los delitos previos al blanqueo podían ser todos los idóneos para producir capitales o bienes, incluidos los delitos imprudentes y de bagatela, y tener una penalidad abstracta mínima de tres meses de prisión. Esto es, sin

y que particularmente presentan peligrosidad y frecuencia, que sirvan al intérprete aplicador de la norma de parámetros de valor y que orienten su labor investigadora; entre otros: tráfico de armas, prostitución, terrorismo, etc.». Cfr. GÓMEZ INIESTA, Diego. *El delito de blanqueo de capitales en el derecho español*. Barcelona: Cedecs, 1996, pp. 46-47. Otro sector busca limitar el hecho previo a los delitos previstos en la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales: el narcotráfico, el terrorismo y la delincuencia organizada, ZARAGOZA AGUADO, Javier. «XXII. El blanqueo de capitales y la receptación». En: SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio / RODRÍGUEZ GARCÍA, José Luis. *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial. Manual VI*. Madrid: Expansión, 1999, p. 466.

⁴⁹ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. Cit.*, 2011, p. 11; así también, FARALDO CABANA, Patricia. «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995». En: *Estudios Penales y Criminológicos*. Nº XXI. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1998, pp. 133 y ss.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. Cit.*, p. 185.

⁵⁰ LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que aprobó el Código Penal (BOE, núm. 283, de 26/11/03).

⁵¹ Se incluían, en tan amplia extensión del delito fuente, además de los delitos graves, los delitos de bagatela, los dolosos e imprudentes, siempre que fueren reprimidos con una pena de prisión menor a tres meses (es decir, casi ningún delito previsto en el Código que excluido), quedando al margen únicamente los hechos constitutivos de falta. Al respecto, ABEL SOUTO, Miguel. «Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003, que deben ser erradicados del Texto punitivo». En: *La Ley Penal*. Nº 11. Sección Legislación. Madrid: La Ley, 2004, p. 16.

importar su mayor o menor gravedad, siendo su autor reprimido con la pena prevista en el art. 301 del Código Penal (la penalidad abstracta de seis años). En esta reforma irrazonablemente expansiva se pasaba de un *modelo intermedio* a un *modelo amplio* en la determinación del delito previo⁵².

Una de las cuestiones más críticas de la reforma de 2003 respecto al hecho previo lo constituyó la incoherencia de las medidas represivas respecto a las de carácter preventivo, esto es, el Código Penal comprendía como hechos previos a gran parte de los que la correspondiente normativa administrativa de prevención no comprendía. Para la norma penal los hechos previos al blanqueo –según esta reforma expansiva–, lo constituían todos los delitos graves o no graves, sin embargo, para la norma administrativa representada por la Ley 19/2003, de 4 de julio (sobre régimen jurídico de movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales⁵³; ley que constituyó la trasposición de la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991⁵⁴) sólo podían serlo los de delitos castigados con *pena de prisión superior a tres años*.

Conforme señaló la citada Ley 19/2003, ésta regulaba «*las obligaciones, las actuaciones y los procedimientos para prevenir e impedir la utilización del sistema financiero, así como de otros sectores de actividad económica, para el blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años*». En tal sentido, para el control administrativo del Estado, respecto a la prevención del blanqueo en el sistema financiero, el delito previo sólo lo podía ser aquél que tuviere una pena superior a tres años, por tanto, no podía serlo el que tuviere una penalidad abstracta menor a ésta. De modo tal que el mensaje normativo que el Estado dirigiría a la colectividad fue, justamente, que no tenía interés en la prevención del blanqueo en ámbito del sistema financiero siempre que los bienes procedan de delitos cuya pena abstracta de prisión sea menor a tres años (Ley 19/2003), abdicando de tal forma a sus deberes de control y vigilancia impuesta –para bien o mal– por la normativa internacional de prevención⁵⁵. En paralelo, motivando desde la perspectiva penal a que no se realice el blanqueo sobre bienes procedentes de delitos cuya pena abstracta de prisión sea menor a tres años pero mayor a tres meses (art. 301, núm. 1 del Código Penal). Un mismo hecho podía ser delito previo para configurar un delito de blanqueo, de conformidad con el art. 301, pero no podía servir de base para configurar una infracción administrativa⁵⁶.

Si a través de normas administrativas o de carácter extrapenal, el Estado fija los límites del riesgo permitido –incluso en el ámbito del blanqueo de capitales– esta norma administrativa lo fijaba ante delitos productores de bienes que tuvieran una penalidad mayor a tres años. Sin embargo, para darle una respuesta estatal a aquellos otros que tuvieran una penalidad menor a ésta,

⁵² DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. Cit.*, 2011, p. 12.

⁵³ Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE, núm. 160, de 05/07/2003).

⁵⁴ La citada Ley 19/2003, de 4 de julio, fue aprobada para dar cumplimiento a la Directiva 2001/97/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001 (DOCE, núm. 344/76, de 28/12/2001), que modifica la Directiva 91/308/CEE del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, de 10 de junio de 1991 (DOCE, núm. 166/77, de 28/06/91).

⁵⁵ ABEL SOUTO, Miguel. *Op. Cit.*, 2004, p. 8.

⁵⁶ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. Cit.*, 2011, p. 14.

fijaba los límites del riesgo permitido en una norma penal (precisamente la que determina la amplitud del delito previo), expandiendo irrazonablemente el derecho penal. En esta ideología expansiva de la reforma de 2003 se demuestra que el Estado no tenía interés en prevenir determinadas formas de blanqueo, sino sólo reprimirlos. Se constata que en esta ideología punitiva el derecho penal se convirtió en un derecho de gestión de riesgos⁵⁷, es decir, una administrativización del derecho penal⁵⁸. Esta tendencia irrazonablemente expansiva llegará a sus últimas consecuencias en la reforma penal de 2010.

3. *El hecho previo debe constituir una «actividad delictiva» (reforma de 2010)*

En el Anteproyecto de 2008 del Código Penal no se propuso la actual reforma del hecho previo al blanqueo de capitales. Sin embargo, a tenor de las facultades previstas en el art. 14, núm. 14, del Estatuto Orgánico del Ministerio Público, el Consejo Fiscal emitió un Informe de cuyo contenido se aprecia su propuesta de modificar el Código, sustituyendo la terminología «delito» para remplazarlo por «actividad delictiva». Así, señaló que «*debería también aprovecharse la reforma para sustituir la referencia a «delito» como antecedente del blanqueo por la de «actividad delictiva» que se corresponde mejor con la autonomía del delito de blanqueo y con la no exigencia de una resolución judicial que se pronuncie sobre un delito antecedente concreto conforme a lo establecido también por la doctrina de la Sala Segunda del TS (STS 115/2007 de 22 enero 2007)*»⁵⁹. En consecuencia, pareciere que prosperó la propuesta del Consejo Fiscal, ya que en efecto, desde la reforma de 2010 el hecho previo al blanqueo de capitales debe ser una «*actividad delictiva*», entiéndase, la susceptible de generar o producir bienes, rentas o ganancias.

Ya desde una perspectiva de interpretación gramatical, primera herramienta de todo hermenauta, este concepto legal podría aglutinar como hecho previo a todo el conjunto de delitos, dolosos, imprudentes, graves, menos graves, de bagatela, con inclusión de las faltas (aunque éstas últimas han quedado despenalizadas, mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, para convertirse en delitos leves); ya que todos éstos constituyen «*actividades delictivas*». Sin embargo, los defectos de técnica legislativa que presenta la determinación del hecho previo por la reforma de 2010 deben y tiene que ser corregidos por el operador jurídico mediante una interpretación conforme al bien jurídico a fin de excluir las faltas y delitos de bagatela por no ser idóneos para producir bienes de una entidad suficiente que, al ser incorporados al tráfico económico legal, afecte a la libre y leal competencia (que, constituye desde nuestra perspectiva, el objeto de tutela penal del blanqueo de capitales). Así también, debe realizarse una interpretación sistemática de lo dispuesto en los documentos internacionales y comunitarios, y la normativa administrativa⁶⁰ para contener el riesgo punitivista que supone concebir como hecho previo al blanqueo todos los delitos y faltas⁶¹.

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op. Cit.*, 2011, pp. 134-137.

⁵⁸ Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ sostiene que «con ello, se ha producido seguramente la culminación del proceso: el Derecho penal, que reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha «administrativizado»», Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op. Cit.*, 2006, p. 134.

⁵⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Madrid, 4 de febrero de 2009, p. 162.

⁶⁰ ABEL SOUTO, Miguel. *Op. Cit.*, 2011, p. 71; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. Cit.*, 2011, p. 16.

⁶¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 10.

La reforma citada aparentemente buscó dejar zanjada la disputa interpretativa acerca de si el hecho previo («delito grave», según se contuvo en el texto original del Código Penal, o «delito» en la reforma de 2003) debía ser entendido en términos de *hecho típico y antijurídico*, bastando los indicios de su existencia en el proceso penal que se hubiere instaurado por el blanqueo de capitales. O, por el contrario –como sostienen COBO DEL ROSAL y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, que el hecho previo correspondía ser interpretado como *delito*, entendido en términos de la previa comprobación de una *conducta típica, antijurídica y culpable* y del origen de los bienes en un proceso penal concluido con sentencia firme⁶². Esta problemática –señala BLANCO CORDERO– «es sencilla en los casos en que una sentencia declare la existencia de un hecho típico y antijurídico. Más problemático es, sin embargo, cuando no exista»⁶³.

Al ser el «hecho previo» al blanqueo productor de los bienes delictivos un elemento del tipo objetivo del art. 301, núm. 1, por tanto, objeto de prueba en el proceso penal correspondiente, la problemática sobre su determinación ha sido objeto de debate por el Tribunal Supremo. Así, correctamente ha comprendido que no debe exigirse una sentencia firme previa en que se condene al autor del delito del que proceden los capitales. En la STS 928/2006, de 5 de octubre, sostuvo: «El origen delictivo de los bienes es evidentemente un elemento del tipo penal objetivo con todas las consecuencias que de ello se derivan. En lo que aquí interesa como elemento del tipo debe ser objeto de la prueba y, en este sentido, se debe destacar que no rige al respecto ninguna regla especial... El delito origen de los bienes puede ser probado por indicios y no es necesario, pues el texto del art. 301 CP no lo exige, que exista una sentencia judicial que lo haya constatado en un proceso anterior determinado, ni que el acusado por el delito del art. 301 CP haya sido el autor del delito»⁶⁴.

Cuando se pretende justificar la reforma penal establecida el 22 de junio de 2010, en el extremo referido a la ampliación del hecho previo, únicamente en el hecho que dos meses antes se había puesto en vigencia la norma administrativa del sector o que ésta última había traspuesto una Decisión Marco, no se hace sino confirmar nuestras observaciones acerca de la política criminal internacional que asume España –al igual que los países de la Unión Europea– sin cuestionamientos derivados de su derecho interno. La armonización del derecho penal europeo, según se sostuvo, no puede suponer una renuncia del legislador nacional a los principios y reglas propias de su soberanía, aceptando disposiciones europeas sin hacerlas compatibles con el orden constitucional y penal interno.

En efecto la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo⁶⁵, cumplió con trasponer la Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del

⁶² COBO DEL ROSAL, Manuel / ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*. Madrid: Cesej, 2005, p. 84; BAJO FERNÁNDEZ, Manuel. *Op. Cit.*, p. 17.

⁶³ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. Cit.*, p. 331.

⁶⁴ STS 928/2006, Segunda Sala del Tribunal Supremo, de 5 de octubre, *La Ley* 138606/2006 (ponente: BACIGALUPO ZAPATER). En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la STS 155/2009, de 26 de febrero, *La Ley* 6932/2009 (ponente: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE); STS 961/2010, de 11 de noviembre, *La Ley* 199027/2010 (ponente: SORIANO SORIANO), entre otras.

⁶⁵ Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE, núm. 103, de 29/04/2010).

sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo⁶⁶. La Ley 10/2010 (art. 1, núm. 2, letra a) al igual que la Directiva 2005/60/CE (art. 1, núm. 2, letra a), hace referencia a que el hecho del que proceden los bienes o capitales tiene que constituir una «actividad delictiva» o de una «participación en una actividad delictiva».

En suma, los defectos de técnica legislativa contenidos en este extremo de la reforma podrían dar lugar a subsunciones de conductas que resulten injustificadas desde la perspectiva de no afectación al bien jurídico libre y leal competencia (por ejemplo delitos de bagatela o faltas), pero que se encuentren justificadas por un aplicador del derecho caracterizado el puro legalismo o no vaya más allá de la simple subsunción formal, proclive a inclinarse por comprender que el hecho previo al blanqueo puede constituir no sólo los delitos graves o no sino las faltas, posibilidad que se presenta en este aspecto de la reforma de 2010, al extenderse el ámbito de procedencia del hecho previo, circunstancia que rechazamos enfáticamente.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo, en su STS 345/2014 (del 24/Abr/2014, 2ª Sala Penal, Ponente: Moral García), sostuvo que *«Para la condena del blanqueo, como por cualquier otra, es necesaria la certeza más allá de toda duda razonable, basada en parámetros objetivos y racionales, de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito: una «actividad delictiva» previa e idónea para generar ganancias o bienes (...). De manera analítica la STS 801/2010, de 23 de septiembre, declara: «para el enjuiciamiento de delitos de «blanqueo» de bienes de procedencia ilegal, como el presente, esta clase de prueba indiciaria, a partir de la afirmación inicial de que no es precisa la condena previa del delito base del que proviene el capital objeto de blanqueo (SSTS de 27 de enero de 2006 y de 4 de junio de 2007, entre otras), aparece como el medio más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, único posible para tener por acreditada su comisión (así las SSTS de 4 de julio de 2006 y de 1 de febrero de 2007, por ejemplo)» (...). Modificado en parte por la Ley 15/2003 que amplió el delito base, eliminando la exigencia de gravedad en el delito origen de lo blanqueado y por Ley 5/2010 que aún extendió la cobertura típica determinado como origen una casi abstracta actividad delictiva en vez de referirse a un delito».*

En efecto, con la reforma del «hecho fuente» se buscó evitar que el art. 301, núm. 1, haga referencia a un «delito» (grave o no) y, con ello, se generen interpretaciones indebidas acerca de una pretendida probanza plena del delito previo, dado su condición de elemento objetivo del blanqueo de capitales. De acuerdo a la consolidada jurisprudencia existente previa a la reforma de 2010, para la investigación, juzgamiento o condena (basado incluso en prueba indiciaria) del delito de blanqueo de capitales, no es necesario que los bienes objeto de los posteriores actos de legitimación, o el delito previo, hayan sido objeto de sentencia condenatoria.

V. PUNICIÓN EXPRESA DEL «AUTOBLANQUEO»

En lo que concierne al sujeto activo del tipo penal de blanqueo de capitales, la LO 5/2010, modifica el art. 301, núm. 1, señalando que la represión recaerá frente a la actividad delictiva

⁶⁶ Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DOUE, núm. 76/46, de 19/03/2008). Esta última Directiva fue traspuesta a la legislación española mediante la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (BOE, núm. 103, de 29/04/2010).

«cometida por él» o por «cualquiera tercera persona», admitiéndose, consecuentemente, la represión del denominado autoblanqueo⁶⁷. De esta forma dejó zanjado el debate acerca de si era posible la punición del blanqueo de los capitales con la tipificación original establecida en el art. 301, núm. 1, la cual «no excluía» expresamente a los intervinientes en el delito previo del posterior blanqueo⁶⁸. Un sector de la doctrina sostuvo que por aplicación del *acto posterior copenado*⁶⁹ o del privilegio del *autoencubrimiento*, debían quedar excluidos del blanqueo de capitales⁷⁰.

Sobre el planteamiento acerca de la impunidad del autoblanqueo antes de la reforma de 2010 por tratarse presuntamente de un acto posterior copenado, PALMA HERRERA sostuvo: «*el término «acto copenado» o «hecho posterior copenado» deberá aplicarse única y exclusivamente a los supuestos en los que el desvalor de una conducta es contemplado y consumido ya por el desvalor de otra conducta que se había realizado con carácter previo... Se excluye, por tanto, la realización autónoma de dos tipos penales distintos, consumiendo el primer precepto el desvalor del segundo y quedando sancionados ambos hechos con la pena correspondiente al primero, es decir, copenados... Centrándonos en el blanqueo de capitales, nos encontramos ante una situación en la que el contenido de injusto del delito previo, ya se opte por integrarlo con el desvalor de resultado, el de acción, o ambos, es capaz de abarcar el contenido de injusto de los actos que coinciden con la descripción típica del blanqueo de capitales»⁷¹.*

El Tribunal Supremo, desde antes de la reforma de 2010, ha sido contundente respecto la represión del autoblanqueo en numerosas sentencias. Particularmente sostuvo en la STS 233/2005, de 24 de febrero: «*Por consiguiente, tampoco existe obstáculo legal alguno para que el acusado pueda ser condenado por un delito de blanqueo de dinero y, al propio tiempo, por su participación en una o más actividades de tráfico de drogas, por tratarse de tipos penales distintos y con diferentes bienes jurídicos protegidos*»⁷². Así también, en la STS 1597/2005, de 21 de diciembre, sostuvo que no se da lugar a la absorción del delito menor en el de mayor gravedad, sino a un concurso real de delitos; ni tampoco a una dualidad de sanciones que vulnere el *ne bis in idem*, ya que cada delito

⁶⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 7 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. Cit.*, 2011, pp. 17-19; ARIAS HOLGUÍN, Diana. *Op. cit.*, pp. 222 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op. Cit.*, 2010, p. 7; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «De la receptación y el blanqueo de capitales (arts. 298 a 304)». En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*. 9ª edición. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 1020.

⁶⁸ Sobre esta problemática, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. «Blanqueo de bienes». En: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (dir.). *Enciclopedia penal*. Granada: Comares, 2002, pp. 199 y ss.

⁶⁹ Sostuvieron Bajo FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE: «A nuestro juicio, el autor del delito previo del que traen su origen los bienes no puede ser autor del delito de blanqueo, ya que entonces el blanqueo constituiría un acto posterior copenado ya incluido en el desvalor del delito precedente y, por lo tanto, impune», Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / BACIGALUPO SAGGESE, Silvana. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 689; PALMA HERRERA, José. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Edersa, 2001, p. 382.

⁷⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. Cit.*, 2012, pp. 537-538; ARIAS HOLGUÍN, Diana. *Op. Cit.*, pp. 223 y ss.; COBO DEL ROSAL, MANUEL / ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, CARLOS. *Op. Cit.*, p. 95.

⁷¹ PALMA HERRERA, José. *Op. Cit.*, p. 391.

⁷² STS 233/2005, Segunda Sala del Tribunal Supremo, de 24 de febrero, *La Ley* 11808/2005 (ponente: PUERTA LUIS).

tiene una autonomía y sustantividad propia⁷³. Al respecto, sostuvo: «*El que pone en marcha un complejo entramado aprovechando las oportunidades que proporcionan las entidades financieras o sociedades interpuestas, desarrolla una actividad que adquiere sustantividad propia y se sitúan por encima y al margen de las fuentes originadoras del dinero ilícito, ya sea el tráfico de drogas o cualquier otra modalidad de crimen organizado. En estos casos, es posible y exigible deslindar las dos actividades sin perjuicio de que pueda existir una conexión entre los que participan en la generación de los beneficios ilícitos y los que dirigen todo el entramado para sanear los beneficios y dar apariencia de legalidad introduciendo en el tráfico mercantil y financiero importantes sumas de dinero. Esta actuación incide sobre otros bienes jurídicos ya que los autores no sólo obtienen ingentes ganancias sino incluso un poder de corrupción que es un peligro evidente para la estabilidad de los sistemas políticos y para la adecuada estructuración de la sociedad a la que se envía un mensaje demoledor que afecta a los valores éticos. Si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontraremos ante un evidente concurso real y no ante una modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. En consecuencia estimamos que no existe duplicidad sancionadora y que la decisión adoptada respecto de la participación e incriminación doble de los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero está ajustado a la más estricta legalidad*»⁷⁴.

Con la reforma de 2010, positiva en este extremo, se concluye la problemática doctrinal y jurisprudencial relativa la represión o no del autoblanqueo de capitales⁷⁵. Ahora bien –como sostiene QUINTERO OLIVARES–, ya en atención a la siguiente novedad de la reforma de 2010, relativa a la tipificación de las conductas de «posesión» y «utilización» de bienes de procedencia delictiva, el castigo del autoblanqueo podría conducir a soluciones discutibles. Así, «*si a las conductas de posesión y utilización le añadimos la inclusión del autoblanqueo tendremos que comete un nuevo delito [de blanqueo], por ejemplo, el que tiene un cuadro o una joya que él mismo ha robado, o el que utiliza un vehículo de motor que él mismo ha sustraído, y los ejemplos podrían continuar y multiplicarse hasta alcanzar niveles ridículos. La causa, por supuesto, está en la inclusión del autoblanqueo, que al combinarse con la posesión o uso produce esas extrañas consecuencias*»⁷⁶. En el mismo sentido, el funcionario corrupto que recibió como dádiva un automóvil y que lo conservó en casa, cometería además del cohecho (hecho previo) un delito de blanqueo de capitales por «posesión»; sin embargo, establecer responsabilidad penal por blanqueo en tal sentido supondría vulnerar el *ne bis in idem*, a menos que, por supuesto, el funcionario corrupción realice actos de transferencia del vehículo, por ejemplo vendiéndolo, para ocultar su origen delictivo, lo que sí podría constituir un acto de blanqueo de capitales⁷⁷.

⁷³ CALDERÓN CEREZO, Ángel / SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.). *Delitos contra el orden socioeconómico*. Madrid: La Ley, 2008, p. 386.

⁷⁴ STS 1597/2005, Segunda Sala del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre, *La Ley* 10661/2006 (ponente: MARTÍN PALLÍN).

⁷⁵ DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel. *Op. Cit.*, 2013, p. 292; ABEL SOUTO, Miguel. *Op. Cit.*, 2014, p. 151.

⁷⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la recepción civil». En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N° 12-r2, 2010 (disponible en: criminolnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf).

⁷⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial*. 18ª edición, revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 556.

Sin embargo, no puede dejar de observarse que algunos instrumentos internacionales que promovieron la incriminación del blanqueo de capitales, expresamente dejaron a consideración de los Estados la posible exclusión como responsables penales del blanqueo, a quienes hubieren cometido el delito fuente. Al respecto, la Convención de Palermo de 2000 señaló (en su art. 6, núm 2, lit. e), «*Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo, no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante*». Por su parte, la Convención de Varsovia de 2005 (en su art. 9, inc. 2, lit. b), sostuvo «*A los efectos de la ejecución o aplicación del apartado 1 del presente artículo... puede establecerse que los delitos previstos en dicho apartado no se apliquen a las personas que cometieron el delito principal*»⁷⁸.

Recientemente, el Tribunal Supremo, en su STS 245/2014 (del 24/Mar/2014, 2ª Sala Penal, Ponente: Sánchez Melgar), ha señalado: «*El recurrente ha formalizado tres motivos de contenido casacional. El primero..., denuncia la indebida aplicación del art. 301, apartados 1 y 2, del Código Penal. En su desarrollo sostiene que el posterior blanqueo de capitales efectuado por la persona que participó en las operaciones de tráfico de drogas cuyos beneficios intenta posteriormente blanquear, debe quedar absorbido por el propio delito fuente, entendiéndose que estaríamos en presencia de una mera fase de agotamiento del delito. Como se lee en la STS 858/2013, de 19 de noviembre..., esta cuestión ha sido ampliamente debatida en la doctrina y en la jurisprudencia de esta Sala que ha discutido la subsunción de esta conducta en el delito de blanqueo, independiente del delito anterior, por ejemplo, de tráfico de drogas, o, por el contrario, considerar que el delito de blanqueo aparece absorbido por el delito contra la salud pública. En definitiva, si nos encontramos ante un concurso de delitos o aparente de normas. La última modificación del tipo penal, por la L.O. 5/2010, de 22 de junio..., incluyendo el autoblanqueo en la descripción típica, ha planteado una amplia discusión doctrinal y jurisprudencial, si bien en la Sala ya existían pronunciamientos anteriores sobre la posibilidad de su punición. En realidad, lo que el legislador hace es aclarar esta cuestión ante pronunciamientos contradictorios, señalando el verdadero alcance de su tesis punitiva, que no era otro que la posibilidad de incriminar el autoblanqueo de capitales. Del cual esta Sala Casacional ya había dicho que no era «ningún imposible jurídico».*

Adicionalmente, dicha jurisprudencia consideró que: «*el autoblanqueo viene siendo exigido por la normativa internacional. Es cierto que ese planteamiento pudiera entrar en colisión con principios fundamentales del sistema penal. En concreto, si la doble punición puede comportar una lesión al principio «non bis in idem», al derecho a no declarar contra sí mismo y a la consideración de impunidad del autoencubrimiento. Es por ello que la dogmática y la práctica jurisprudencial han realizado interpretaciones restrictivas del autoblanqueo, el blanqueo realizado por el autor de hechos delictivos, para evitar la doble punición por el mismo hecho. Y en el mismo sentido, el proyecto de Directiva de la Unión Europea prevé que en la regulación del autoblanqueo a realizar por las legislaciones de los países miembros de la Unión Europea se adopten las cautelas precisas para «no vulnerar el principio non bis in idem» (Proyecto de Directiva de fecha 5 de febrero de 2013, fundamento 41). Pero, en realidad, cuando el delito antecedente, por no generar ganancias, consume toda la antijuridicidad de la acción, no significa que el ordenamiento jurídico cierre el paso al autoblanqueo, sino que éste es físicamente imposible, puesto que si no existen ganancias para*

⁷⁸ MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, Ignacio. *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 34.

blanquear porque la operación antecedente quedó frustrada, difícilmente pueden entrar tales frutos y ganancias del tráfico de drogas en el circuito comercial, sencillamente por ser éstas inexistentes (...). En consecuencia, el blanqueo efectuado por el acusado, procedente de operaciones de tráfico de drogas anteriores no es obstáculo para la punición del delito de blanqueo. Se está ante dos delitos, unidos en concurso real y no ante una modalidad de absorción, de conformidad con el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 18 de julio de 2006 (STS 260/2006, de 1 de diciembre) pues si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontramos ante un evidente concurso real y no ante una modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados. Por tanto, no existe duplicidad sancionadora y la decisión adoptada respecto a la participación e incriminación doble en los delitos contra la salud pública y blanqueo de dinero, está ajustada a la más estricta legalidad».

En suma, la reforma de 2010 es positiva en este extremo. Desde la perspectiva dogmática, al descartar la postura que sustentaba la impunidad del autoblanqueo, con fundamento tanto en la autonomía del blanqueo de capitales con relación al delito fuente, así como en la afectación de bienes jurídicos distintos entre ambos y su relación en concurso real. Mientras que, desde la perspectiva político criminal, es satisfactoria dado que cierra la posibilidad de considerar impunes comportamientos manifiestamente delictivos.

VI. INCRIMINACIÓN DE LA «POSESIÓN» Y LA «UTILIZACIÓN» COMO ACTOS TÍPICOS

La reforma de 2010 incorpora como conductas típicas las modalidades de «posesión» y «utilización», comportamientos que, paradójicamente, había sido despenalizada en 1995 por el legislador del Código Penal. Si bien algún sector ha sostenido que ambas conductas, luego de su derogación por el texto original del citado Código, podían subsumirse en la cláusula general «o realice cualquier otro acto para...»⁷⁹. Debe aclararse que estas conductas ya venían siendo objeto de la normativa internacional de prevención y represión del blanqueo de capitales. Precisamente, en el ámbito de la normativa internacional de prevención, se tiene que la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre de 2005⁸⁰ (art. 1, núm. 2, letra c) recogía como expresión del blanqueo –a efectos preventivos– a la «posesión o utilización de bienes».

Debe aclararse que, si bien las conductas de «posesión» y «utilización» se encontraban también previstas como forma de blanqueo en la Convención de Viena de 1988⁸¹ (art. 3, núm. 1, letra c.i), pues su incorporación a los Estados parte debía realizarse «a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico». De modo parecido, sostuvo la Convención de Estrasburgo de 1990⁸² (art. 6, núm. 1, letra c), que la tipificación

⁷⁹ ABEL SOUTO, Miguel, *Op. Cit.*, 2011, p. 85.

⁸⁰ Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DOUE, núm. 309/15, de 25/11/2005).

⁸¹ Convención de Viena, del 19 de diciembre de 1988, aprobada y ratificada por España el 30 de julio de 1990 (BOE, núm. 270, de 10/11/1990).

⁸² Convenio de Estrasburgo, del 8 de noviembre de 1990, ratificado por España el 22 de julio de 1998 (BOE, núm. 252, de 21/10/1998).

de estas conductas se debía realizar «con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico». Finalmente, tanto la Convención de Palermo de 2000⁸³ (art. 6, núm. 1, letra b.i), como la Convención de Mérida de 2003⁸⁴ (art. 23, núm. 1, letra b.i) y la Convención de Varsovia de 2005 (art. 9, núm. 1, letra c), sostuvieron que la tipificación de dichas modalidades de conducta debían realizarse «con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico».

Todas estas normativas, a pesar que reconocían en la posesión y la utilización fórmulas variantes del blanqueo de capitales, disponían a través de una cláusula de reserva constitucional que los Estados «podían» incorporar estas conductas a sus legislaciones internas, sin obligarles a que así lo hicieran. Sin embargo, la ideología expansiva del legislador de la reforma de 2010 consideró tipificar estas conductas aprovechando lo expuesto en los Convenios citados, sin mayores justificaciones sobre la compatibilidad de carácter constitucional que revestía o no estas modalidades de conducta típica⁸⁵.

Conforme se ha sostenido, es curioso que cuando fue puesto en vigor el Código Penal de 1995, se habían despenalizado las conductas de «posesión» y «uso» (anteriormente incorporadas al Código Penal de 1973 por la LO 8/1992, de 23 de diciembre, Ley de modificación del sistema penal en materia de tráfico ilícito de drogas⁸⁶), poniéndose en vigencia el antiguo art. 344 bis, letra i. Por lo que en la reforma de 2010 el legislador retorna a la redacción que ofrecía el Código Penal de 1973 desde la reforma que sobre su texto realizó la citada. Sobre esta problemática, el Consejo General del Poder Judicial se pronunció críticamente sobre este aspecto de la reforma en el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal*⁸⁷, afirmando con razón que la «posesión» y la «utilización» no constituyen conductas de blanqueo de capitales, ya que éstas no suponen «disimular» el origen delictivo de los bienes y no conllevan un cambio de titularidad, por lo que no debían ser incorporadas en una eventual reforma del Código Penal⁸⁸.

Cuando la reforma sanciona como autor de blanqueo de capitales a quien simplemente posee o utiliza los bienes de procedencia delictiva, no está incriminando conductas que resulten propiamente de blanqueo, ya que estos nuevos comportamientos típicos no suponen necesariamente actos de disimulo del origen de los bienes, porque «no comportan, si quiera, un cambio de titularidad real o aparente, como podría suceder en la modalidad de adquisición»⁸⁹. En todo caso, dada la vigencia de esta ampliación de las conductas, si es que se las debe considerar como idóneas para «contribuir a ocultar o a encubrir» el origen delictivo de los bienes, ya estas

⁸³ Convención de Palermo, del 13 de diciembre de 2000, ratificada por España el 21 de febrero 2002 (BOE, núm. 233, de 29/09/2003).

⁸⁴ Convención de Mérida, del 9 de diciembre de 2003, ratificada por España el 9 de junio 2006 (BOE, núm. 171, de 19/07/2006).

⁸⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Op. Cit.*, 2011, pp. 170 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op. Cit.*, 2011, pp. 81 y ss.

⁸⁶ LO 8/1992, de 23 de diciembre, Ley de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico ilícito de drogas (BOE, núm. 308, de 24/12/1992).

⁸⁷ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal*, Madrid, 18 de febrero de 2009.

⁸⁸ FARALDO CABANA, Patricia. «El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010». En: *Revista de Inteligencia*. N° o. 2012, p. 31.

⁸⁹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Op. Cit.*, 2009, p. 120.

conductas se encontraban, pues, previstas en el apartado correspondiente a la cláusula abierta del art. 301, núm. 1, que reprime la realización de «cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito»⁹⁰.

Este aspecto de la reforma refleja, como lógica consecuencia de su carácter irrazonablemente expansivo, una defectuosa técnica legislativa que superpone comportamientos típicos, poniendo en riesgo al principio de taxatividad de la ley penal. Será labor del intérprete evitar el desborde del alcance típico, a las conductas neutrales o simples actos de consumo⁹¹.

VII. LA AMNISTÍA FISCAL TRIBUTARIA (REAL DECRETO-LEY 12/2010) COMO FÓRMULA ENCUBIERTA DE BLANQUEO DE CAPITALS

Mediante el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público (BOE, núm. 78, de 31/03/2012), se reorientó la política tributaria del Gobierno español formulando, mediante la amnistía fiscal, un procedimiento manifiesto de legitimación de capitales. Esto es, se implementó una política fiscal promotora del blanqueo.

Esta norma –de cuestionable constitucionalidad⁹²– a nuestro juicio propone materialmente blanquear capitales de origen delictivo a través de una denominada «*declaración especial*» por la que ha de «contribuirse» con el fisco aportándose el 10% del monto total a «regularizar». Con ello, se «*determinará la no exigibilidad de sanciones, intereses ni recargos*» (según sostiene su Disposición Adicional Primera, núm. 2, segundo párrafo), garantizándose la confidencialidad de la denominada «*declaración tributaria especial*»⁹³.

Si bien se ha buscado justificar la aprobación de esta norma en la institución denominada «*regularización tributaria*» (prevista en el art. 305, núm. 4), que constituye una exención de responsabilidad por reparación del daño causado a la Hacienda Pública mediante el pago del íntegro de la cuota defraudada (antes del inicio de investigaciones por las autoridades tributarias y penales competentes). Sin embargo, el caso de la polémica amnistía fiscal constituye un supuesto fáctico absolutamente distinto, porque una situación es exonerar de responsabilidad a

⁹⁰ *Ídem*, p. 121.

⁹¹ REBOLLO VARGAS, Rafael. «Limitaciones del derecho penal en la prevención del blanqueo de capitales». En: GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.). *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 121.

⁹² Contra el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, se interpuso un recurso de inconstitucionalidad admitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 19 de julio de 2012. Cfr. *El País*, Sección Economía, Madrid (del 19/Jul/2012, revisado el 11/Abr/2014): www.economia.elpais.com/economia/2012/07/19/agenacias/1342697355_974869.html

⁹³ Al respecto, sostiene GÓMEZ BENÍTEZ «*se ha ofrecido a través del BOE y de la promesa pública de confidencialidad para blanquear el dinero de toda clase de delincuentes, no solo de los defraudadores fiscales... sino también de los narcotraficantes, políticos corruptos, traficantes de personas, de todos, porque la mal denominada amnistía fiscal no deja fuera a nadie, ya que tan solo exige que los que se acojan a ella identifiquen los bienes que afloran, y, de ser posible, traigan a España esos capitales desde los paraísos fiscales en los que se encuentran, muy probablemente en cualquiera de las filiales de los grandes bancos abiertas en todos los paraísos fiscales del mundo*». Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. «Blanqueo de capitales contra la crisis». En: *El País*, Sección Política, Madrid (del 12/Abr/2012, revisado el 11/Abr/2014): www.politica.elpais.com/politica/2012/04/12/actualidad/1334263058_705867.html.

quien paga el íntegro de la cuota tributaria evadida, más los recargos e intereses correspondientes (art. 305, núm. 4), y otra muy distinta es promover la declaración de bienes de origen ilícito mediante el cobro por la Administración Tributaria de un 10% de su valor, sin incluir intereses ni recargos⁹⁴ (Real Decreto-Ley 12/2012)⁹⁵. Esto, como apunta GÓMEZ BENÍTEZ, «no es solo una oferta de impunidad a bajo coste por la defraudación cometida, sino también una forma de blanquear el dinero del crimen, en general»⁹⁶.

Las conductas del blanqueo de capitales están dirigidas a la incorporación en el tráfico legal de aquellos bienes cuya obtención fuere dotada de aparente legitimidad, mas no se encuentran dirigidas a la evasión de impuestos. Por ello, esta propuesta permitiría crear condiciones materiales óptimas para las actividades de blanqueo, porque sería ideal para el blanqueador, a diferencia del evasor de impuestos, tributar ante el fisco los bienes o capitales obtenidos delictivamente, ya que así el Estado se los reconocería exigiendo el pago del correspondiente tributo, al margen de su procedencia delictiva, garantizándole su disfrute ulterior⁹⁷. Y esto es lo que precisamente busca el polémico Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, con el cual el Gobierno «ha posibilitado un blanqueo de capitales encubierto mediante la amnistía fiscal»⁹⁸.

VIII. CONCLUSIONES

Es indispensable contar con herramientas punitivas idóneas para hacer frente a los fenómenos delictivos complejos, como lo es el blanqueo de capitales. La incriminación de este delito

⁹⁴ La supresión de la punibilidad establecida por el Real Decreto-Ley 12/2012 nada tiene que ver con la recogida en el art. 305, núm. 4 del Código Penal, porque se trata de dos causas diferentes de exoneración de la responsabilidad penal. Las dos producen el mismo efecto (no perseguir un delito cometido) y se basan en un comportamiento similar (un comportamiento post-delictivo positivo por parte del delincuente), pero cada una de ellas posee un supuesto de hecho diferente que condiciona su también diferente aplicación. Además, si el sentido de la excusa absoluta del art. 305, núm. 4 es favorecer la reparación espontánea del daño causado, procediendo al ingreso del íntegro de lo defraudado por parte del delincuente, en el caso de la regularización extraordinaria del Real Decreto-Ley 12/2012 no se puede hablar de reparación del daño, porque el sujeto ingresa al Fisco una cantidad varias veces inferior al importe de lo defraudado, logrando la misma consecuencia jurídica favorable a sí. Sobre estas observaciones, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. «Reflexiones de urgencia sobre la trascendencia penal de la regularización fiscal extraordinaria del Real Decreto-Ley 12/2012». En: *Diario La Ley*, Nº 7893, Sección Tribuna, Año XXXIII, de 3 de julio de 2012, La Ley 7525/2012, Madrid, p. 3.

⁹⁵ PÉREZ ROYO, Fernando. «Más que una amnistía». En: ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco (dir.), *Revista Española de Derecho Financiero*. Nº 154. Abril - junio. Navarra: Aranzadi, 2012, pp. 12-13. Puede consultarse en: <http://es.scribd.com/doc/101721811/Revista-Espanola-Derecho-Financiero>.

⁹⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Op. Cit.*

⁹⁷ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Op. Cit.*, p. 87.

⁹⁸ Al respecto, ha señalado RAFAEL REBOLLO: «Por lo que se refiere expresamente a esta última cuestión de la amnistía fiscal de 2012, así como la posibilidad todavía no concretada normativamente, de la concesión de la residencia en España por la compra de viviendas... las medidas ya adoptadas, así como las anunciadas por el Gobierno español contribuyen muy poco a la lucha contra el blanqueo de capitales, sino que más bien lo posibilitan de una forma expresa, y lo fomentan de forma indirecta mediante el «caramelo» de eludir los trámites para obtener el permiso de residencia». Cfr. REBOLLO VARGAS, Rafael. *Op. Cit.*, p. 130. Sobre esta problemática, desde la perspectiva del derecho fiscal, ESPEJO POYATO, Isabel. «La adaptación de la Ley General Tributaria a la reforma del Código Penal de 2012». En: GARCÍA PRATS, Alfredo (dir.). *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, p. 91; CALVO VÉRGEZ, Juan. «El nuevo art. 305.5 del Código Penal y su compatibilidad con el art. 180.1 de la Ley General Tributaria». En: GARCÍA PRATS, Alfredo (dir.). *Op. Cit.*, pp. 104 y ss.

tuvo como punto de partida una ideología del delito propia del *common law* –patente en el casuismo legal de su propuesta de tipificación y los rasgos de un concepto unitario de autor (tal como se aprecia de la Convención de Viena de 1988, y los posteriores instrumentos internacionales basados en ella)–, distinta, por ello, al sistema de la teoría del delito procedente del derecho codificado. Esta normativa internacional, procedente del derecho jurisprudencial, debe ser compatibilizada con nuestros sistemas constitucionales. No sólo a nivel de *lege ferenda*, en futuras propuestas de reformas legislativas, sino a nivel de *lege lata* mediante la interpretación constitucional de la normativa vigente.

Aun cuando la normativa internacional y la legislación penal vigente en materia de blanqueo de capitales ostenten rasgos manifiestos de una expansión irrazonable del derecho penal, los principios constitucionales de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad (en la investigación y procesamiento penal), dan luces acerca de la interpretación del derecho positivo, sirviendo como herramientas legítimas e irrenunciables para contener el concreto riesgo de desborde punitivo que se desprende, tanto de la legislación de reforma, como de todo acto institucional que exceda límites constitucionales. Los principios y garantías penales y procesales forman parte de la Constitución y ésta, como norma jurídica, es directamente aplicable en oposición a interpretaciones arbitrarias o inconstitucionales de las normas de mero rango de ley.

Es irrenunciable dirigir una política criminal de carácter internacional contra el blanqueo de capitales. Sin embargo, tan legítimo propósito no puede lograrse con el empleo de mecanismos legislativos arbitrarios que exceden límites constitucionales. Ni como medio de justificación de un desborde punitivo, con reformas propias de un Estado policial (como evidencia la legislación de reforma de 2010), ni con métodos de legalización encubierta del blanqueo de capitales (como sucede con el Real Decreto-Ley 12/2012).

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL SOUTO, Miguel. «Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003, que deben ser erradicados del Texto punitivo». En: *La Ley Penal*. N° II. Sección Legislación. Madrid: La Ley, 2004.
- . *El delito de blanqueo en el Código penal español*. Barcelona: Bosch, 2005.
- . «La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero». En: ABEL SOUTO, Miguel y SÁNCHEZ STEWART, Nielson (coords.). *II Congreso de prevención y represión del Blanqueo de dinero (Ponencias y conclusiones del Congreso Internacional celebrado en Barcelona en noviembre de 2010)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- . «Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España». En: ABEL SOUTO, Miguel y SÁNCHEZ STEWART, Nielson (coords.). *IV Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- AMBOS, Kai. *La aceptación por el abogado defensor de «honorarios maculados»: lavado de dinero*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- ARIAS HOLGUÍN, Diana. *Aspectos político-criminales y dogmáticos de tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (Art. 301 CP)*. Madrid: Iustel, 2011.

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. «El desatinado delito de blanqueo de capitales». En: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina (eds.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. «La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español». En: *Diario La Ley*, N° 7535. Sección Doctrina. Año XXI. Madrid: Grupo Wolters Kluwer, 2010.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. «Acercas de la internacionalización del Derecho penal». En: PÉREZ CEPEDA, Ana (dir.). *El principio de justicia universal. Fundamento y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. «La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea». En: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (dir.). *Eguzkilore. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*. N° 15. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 2001.
- . «Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales. La situación en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004)». En: *Revista General de Derecho Penal*. N° 3. Madrid: Iustel, 2005.
- . *El delito de blanqueo de capitales*. 3ª edición. Navarra: Aranzadi, 2012.
- BLANCO LOZANO, Carlos. «El delito de blanqueo de capitales procedentes de tráfico de drogas en el Ordenamiento penal español». En: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Comentarios a la legislación penal*. Tomo XVII. Madrid: Edersa, 1996.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel y SAAVEDRA RUIZ, Juan (coord.). *Delitos contra el orden socioeconómico*. Madrid: La Ley, 2008.
- CALVO VÉRGEZ, Juan. «El nuevo art. 305,5 del Código Penal y su compatibilidad con el art. 180.I de la Ley General Tributaria». En: GARCÍA PRATS, Alfredo (dir.). *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2014.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid: Dykinson, 2001.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, Carlos. *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*. Madrid: Cesej, 2005.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. «Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992 de Consejo General del Poder Judicial». En: COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.). *Cuadernos de Política Criminal*. N° 48. Madrid: Edersa, 1992.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal*, Madrid, 18 de febrero de 2009.
- DE ALFONSO LASO, Daniel. «La modificación del delito de blanqueo de capitales (art. 301 y 302)». En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Navarra: Aranzadi, 2010.
- DEL CARPIO DELGADO, Juana. «Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.I del Código penal». En: *Revista Penal*. N° 28. Madrid: La Ley, 2011.

- DEL OLMO GÁLVEZ, Juan. «El blanqueo desde la perspectiva del juez instructor», en: ZARAGOZA AGUADO, Javier (dir.). *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial. Nº 28. Madrid: CGPJ, 2000.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. «Reflexiones de urgencia sobre la trascendencia penal de la regularización fiscal extraordinaria del Real Decreto-Ley 12/2012». En: *Diario La Ley*, Nº 7893, Sección Tribuna, Año XXXIII, de 3 de julio de 2012, La Ley 7525/2012, Madrid.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. «Blanqueo de bienes». En: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (dir.). *Enciclopedia penal*. Granada: Comares, 2002.
- . «El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010». En: ABEL SOUTO, Miguel y SÁNCHEZ STEWART, Nielson (dirs.). *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español». En: MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria. Cuadernos de Derecho Judicial*. Nº I. Madrid: CGPJ, 1994.
- ESPEJO POYATO, Isabel. «La adaptación de la Ley General Tributaria a la reforma del Código Penal de 2012». En: GARCÍA PRATS, Alfredo (dir.). *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2014.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. «Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas». En: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (dir.), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLVI. Fascículo II. mayo-agosto. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1993.
- . *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.
- FARALDO CABANA, Patricia. «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995». En: *Estudios Penales y Criminológicos*. Nº XXI. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1998.
- . «El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010». En: *Revista de Inteligencia*. Nº o. 2012.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Madrid, 4 de febrero de 2009.
- GÁLVEZ BRAVO, Rafael. *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales. Técnicas clásicas*. Barcelona: Bosch, 2014.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. «Blanqueo de capitales contra la crisis». En: *El País*, Sección Política, Madrid (del 12/Abr/2012).
- GÓMEZ INIESTA, Diego. «Algunas consideraciones críticas sobre el blanqueo de capitales». En: BAIGÚN, David y GARCÍA RIVAS, Nicolás (dirs.), *Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur*. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «El criterio de los honorarios profesionales *bona fides* como barrera del abogado defensor frente al delito de blanqueo de capitales: un apunte introductorio», en: BAJO FERNÁNDEZ, M. Y BACIGALUPO SAGGESE, S. (edits.), *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José. «Capítulo 28: Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (x). Sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural. Delitos societarios.

- Receptación y blanqueo de capitales». En: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.). *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2011.
- HUERTA TOCILDO, Susana. «Aproximación crítica a la nueva regulación del delito de receptación y otras conductas afines». En: SORIANO SORIANO, José (dir.). *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código penal. Cuadernos de Derecho Judicial*. Nº XX. Madrid: CGPJ, 1996.
- LAMPE, Ernst-Joachim, «El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero (§ 261 StGB)». En: *Estudios Penales y Criminológicos*. Nº XX. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1997.
- MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, Ignacio. *El aut blanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. «La dimensión internacional del blanqueo de dinero». En: GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.). *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*. Madrid: CGPJ, 2005.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. «Hacia la internacionalización del derecho penal». En: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y SANZ MULAS, Nieves (dirs.). *Derecho penal de la democracia Vs. seguridad pública, XVII Congreso Interuniversitario de Alumnos de Derecho Penal*. Granada: Comares, 2005.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte especial*. 18ª edición, revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- . «Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales». En: ABEL SOUTO, Miguel y SÁNCHEZ STEWART, Nielson (coords.). *I Congreso de prevención y represión del Blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, MARTA. *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*. Navarra: Aranzadi, 2011.
- NIETO MARTÍN, Adán. «¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?». En: *Revista Penal*. Nº 19. Madrid: La Ley, 2007.
- PALMA HERRERA, José. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Edersa, 2001; PÉREZ CEPEDA, Ana. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales». En: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. (edits.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- PÉREZ ROYO, Fernando. «Más que una amnistía». En: ESCRIBANO LÓPEZ, Francisco (dir.), *Revista Española de Derecho Financiero*. Nº 154. Abril - junio. Navarra: Aranzadi, 2012.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. «Estudio preliminar: cambiar las leyes y cambiar el Derecho Penal. Sobre la última reforma del Código penal», en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Navarra: Aranzadi, 2010.
- . «De la receptación y el blanqueo de capitales (arts. 298 a 304)». En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*. 9ª edición. Navarra: Aranzadi, 2011.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo». En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (coord.). *¿Libertad económica o fraudes punibles?: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

- REBOLLO VARGAS, Rafael. «Limitaciones del derecho penal en la prevención del blanqueo de capitales». En: GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.). *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- ROSADO DOMÍNGUEZ, Fernando. «El blanqueo de dinero. Deficiencias en zonas internacionales de riesgo». En: ZARAGOZA AGUADO, Javier (dir.). *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, Estudios de Derecho Judicial. N° 28. Madrid: CGPJ, 2000.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. «Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva». En: *Indret. Revista para el análisis del derecho*. N° 1. Barcelona, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Reimpr. de la 2ª edición. Buenos Aires: BdeF, 2006.
- . «La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto». En: *Diario La Ley*, N° 7464, Sección Doctrina, Madrid: La Ley, 2010.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: Consideraciones críticas a la luz de la legislación española». En: *Cuadernos de Política Criminal*. N° 58. Madrid: Edersa, 1996.
- . «Derecho penal económico y Constitución Europea: ¿Armonización o integración?», en: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.), *Constitución europea y derecho penal económico. Mesas redondas de Derecho y economía*. Madrid: Ramón Areces, 2006.
- TIEDEMANN, Klaus. *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- VOGEL, Joaquim. «Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal material en la Unión europea». En: *Revista Penal*. N° 10. Madrid: La Ley, 2002.
- . «Política criminal y dogmática penal europeas». En: *Revista Penal*. N° 11. Madrid: La Ley, 2003.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier. «XXII. El blanqueo de capitales y la receptación». En: SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio y RODRÍGUEZ GARCÍA, José Luis. *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial. Manual VI*. Madrid: Expansión, 1999.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 3ª edición. Navarra: Aranzadi, 2009.
- . «Culpables, millonarios e impunes: El difícil tratamiento del derecho penal del delito de cuello blanco». En: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura & otros (coords.). *Poder y delito: Escándalos financieros, Memorias del XXIV Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal*. Salamanca: Ratio legis, 2012.

Retribuciones externas y corrupción de los administradores sociales

IRENE NAVARRO FRÍAS (España)

Doctora Senior, Universidad de La Laguna, España¹

RESUMEN: El presente trabajo profundiza en el problema de la retribución externa de los administradores sociales desde una perspectiva penal y mercantil, con especial atención a los tipos delictivos de administración desleal y de corrupción en los negocios.

Palabras clave: corrupción, retribución externa de los administradores sociales, administración desleal, corrupción en los negocios, competencia.

ABSTRACT: This paper gets inside the problem of the directors' external remuneration from a legal perspective, both criminal and commercial. Special attention is paid to crimes of unfair management and corruption in business.

Key words: corruption, directors' external remuneration, unfair management, corruption in business, competition.

SUMARIO: I. Una primera toma de contacto. II. El primer caso. La retribución externa al administrador en consideración a su cargo. III. El segundo caso. La retribución externa al administrador para lograr una ventaja concurrencial.

I. UNA PRIMERA TOMA DE CONTACTO

El presente estudio tiene como objeto el análisis de algunos supuestos de corrupción de los administradores de sociedades de capital a la luz de los tipos delictivos de administración desleal y de corrupción en los negocios, artículos 252 y 286 bis del Código penal respectivamente, pero también de la normativa societaria en materia de responsabilidad de los

¹ Ayudante Doctor de Derecho mercantil.

administradores y de las normas orientadas a la protección de la competencia. El método elegido será el del planteamiento y resolución de dos concretos supuestos, lo que nos permitirá dar una visión general del fenómeno de la corrupción de los administradores sociales, pero, a la vez, aproximarnos con alguna profundidad a algunos aspectos básicos del deslinde entre distintas conductas ilícitas (fundamentalmente penales y civiles) que pueden perpetrarse en el desarrollo de la actividad de gestión y representación de una sociedad de capital.

Pensemos en los dos siguientes casos:

- (a) En época de navidad el administrador de una sociedad anónima «A» recibe por parte de la sociedad anónima «B» con la que contrata habitualmente en el mercado (pongamos que la sociedad «A» se dedica a la construcción y promoción de viviendas y «B» es una cementera) la cantidad de 50.000 euros y un paquete de vacaciones para él y su familia, *en consideración a su cargo*.
- (b) En el momento en el que tiene que decidir con quién contratar el suministro de cemento para una obra de gran envergadura, el administrador de «A» recibe de «B» la cantidad de 50.000 euros y un paquete de vacaciones para él y su familia, *para que le favorezca en su decisión frente a su competidor directo, la cementera «C»*.

II. EL PRIMER CASO. LA RETRIBUCIÓN EXTERNA AL ADMINISTRADOR EN CONSIDERACIÓN A SU CARGO

El primero de los casos planteados aborda el problema de la *retribución externa* a los administradores sociales *en atención a su cargo*. Es decir, el problema de aquellas retribuciones o ventajas que son satisfechas por parte de terceros y no por la sociedad que gestiona y representa el administrador², cuando esta retribución se paga en *consideración a su cargo*, esto es, sin una vinculación directa con una determinada conducta (de hacer o de no hacer) por parte del administrador. El supuesto (a) puede presentar además distintas variantes. Por ejemplo, a partir del mismo puede pensarse: (a¹) que este hecho no es conocido por la sociedad «A»; o (a²) que este hecho es conocido e, incluso, autorizado o tolerado por la sociedad «A».

A la hora de cuestionarnos si la aceptación de estas retribuciones externas supone una conducta *corrupta* por parte del administrador (y sin que esto prejuzgue nada acerca de su calificación jurídica) partiremos de una noción de corrupción sencilla, que se limita a los elementos de la misma comúnmente aceptados por la doctrina. Y así, pensamos en la corrupción como una *violación por parte de un decisor de las obligaciones derivadas de la posición que ocupa a cambio de recibir una ventaja indebida o extraposicional por parte de la persona que se beneficiará de tal incumplimiento de sus obligaciones*³.

Pues bien: puede considerarse que en nuestro caso el administrador está percibiendo una *ventaja indebida o un beneficio extraposicional*, y que, aunque esto no se haga con el fin de vulnerar

² Tomamos el término de PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, «La anomalía de la retribución externa de los administradores. Hechos nuevos y reglas viejas», *InDret*, 2014, 1: pássim.

³ V. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, «Acerca del concepto de corrupción», en LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco J./ ÁLVAREZ MEDINA, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Madrid: Alianza, 1997, p. 52.

adicionalmente (de manera inmediata) otras normas en beneficio de quien le procura la retribución, lo cierto es que generará el peligro de que tal infracción de sus obligaciones posicionales se produzca en el futuro. En otras palabras, el administrador estará percibiendo por parte de un tercero una retribución ajena a la legalmente prevista para remunerar el ejercicio de su cargo⁴. Y precisamente por ser un tercero, y no la sociedad, el que paga, se trata de retribuciones que, aún en el caso de que se perciban desconectadas de cualquier operación concreta, lo cierto es que generan, al menos, el *peligro abstracto* de que el decisor termine violando las obligaciones derivadas de la posición que ocupa. En este sentido, ha explicado recientemente PAZ-ARES que «*el hecho mismo de recibir una ventaja es idóneo –desde el punto de vista de la coordinación de expectativas sociales– para debilitar la posición de autonomía y la libertad o independencia de juicio del consejero*»⁵, con lo que surge el peligro de la adopción de decisiones desleales respecto de los intereses de la sociedad representada⁶.

La percepción por parte del administrador de una sociedad de un beneficio *extraposicional*, es decir, de un beneficio que no es el que deriva legítimamente del ejercicio de su cargo, pero que se percibe precisamente *en consideración a su cargo*, plantea entonces el problema de que sitúa al administrador en una situación de *conflicto de interés*. De manera que el administrador, cuyo deber consiste en gestionar y representar a la sociedad *con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad* [art. 227. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante Ley de Sociedades de Capital o LSC)], se sitúa en una posición tal, que hace previsible que a la hora de tomar decisiones en el ejercicio de su cargo tenga presentes intereses ajenos a aquéllos por los que debe velar, es decir, intereses ajenos a los de la sociedad que representa.

El problema de la interferencia de las situaciones de conflicto con el recto cumplimiento del deber de lealtad por parte de los administradores sociales (de sus *obligaciones posicionales*), había venido discutiéndose en Derecho societario en el ámbito de un deber de lealtad genéricamente configurado (más como principio que como regla⁷). Sin embargo el panorama ha cambiado radicalmente desde la última reforma de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

4 V. los arts. 217 a 219 y 249 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

5 V. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, «La anomalía de la retribución...», op. cit.: p. 9.

6 *Ibid.*, p. 7. Como explica ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XIII)», *Blog de Jesús Alfaro Águila-Real*, 01/07/2014, «si un administrador recibe, de un tercero o un accionista, una remuneración añadida a la que le abona la sociedad, se coloca, automáticamente en una situación que genera un conflicto de interés entre servir a la sociedad y servir al tercero que le abona, también, una remuneración por su trabajo como administrador. Dado que los intereses del tercero o socio no coincidirán exactamente con los de la sociedad, el conflicto de lealtades está servido» (http://derechomercantilesppa.blogspot.com.es/2014/07/la-reforma-del-gobierno-corporativo-de_7897.html).

7 FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, Luis, *Derecho de sociedades*, I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 737, se refería al carácter borroso del mandato legal que impone los deberes de diligencia y lealtad a los administradores de las sociedades capitalistas y señalaba que «la relevancia de los deberes de diligencia y lealtad en orden a determinar las prestaciones debidas por razón del cargo tropieza (...) con la dificultad de que tanto un término como otro carecen de una significación precisa y de un contenido determinado». Sobre el deber genérico de lealtad como principio y la prohibición de retribuciones externas como regla (regla «ningún beneficio») v. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, op. cit.: pp. II-2.

A partir de la entrada en vigor de esta ley, el deber de lealtad de los administradores sociales se ha concretado, en lo que a nuestro caso se refiere, en dos escalones: (i) el art. 228. e) LSC establece expresamente que «*en particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: (e) adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad*»; luego, se tipifica de manera expresa la regla «*ningún conflicto*» como concreción del deber de lealtad. Y, en un segundo nivel de concreción (ii) el art. 229. 1. e) LSC ha recogido que: «*en particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de: (e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía*»; con lo que, como concreción de la regla «*ningún conflicto*», se introduce la regla «*ningún beneficio*»⁸. En definitiva, la aceptación de retribuciones externas, salvo el caso de las atenciones de mera cortesía, pasa a tipificarse expresamente como infracción del deber de lealtad de los administradores sociales.

Si pensamos de nuevo en el caso (a), parece que la tipificación expresa de la infracción del deber de lealtad que supone esta práctica por parte de los administradores (percibir las denominadas «retribuciones externas», colocándose en una situación de conflicto de intereses) debe llevar a afirmar que el administrador ha infringido, como mínimo, su deber de lealtad frente a la sociedad.

No obstante, esta conclusión sería muy precipitada. En primer lugar, porque todavía no nos hemos preguntado por una de las variantes del supuesto (el caso a”). En concreto, ¿qué ocurriría si la propia sociedad «A» autorizara la percepción de la retribución? ¿Podría suceder que la sociedad «A» incluso *contara con la percepción de estas comisiones como parte de las retribuciones «internas» del administrador*⁹? Desde luego esto podría ocurrir y no parece que tuviera sentido mantener que en este caso el administrador *seguiría incumpliendo* su deber de lealtad, pues este deber se dirige justamente a proteger los intereses del representado. Y es por ello, que la Ley de Sociedades de Capital prevé expresamente la posibilidad de que la sociedad dispense al administrador de la prohibición «*ningún beneficio*»¹⁰. El consentimiento de la sociedad en este plano es, por tanto, relevante.

Además, en segundo lugar, y antes de afirmar la infracción de su deber de lealtad por parte del administrador social, cabría plantearse si efectivamente la infracción de la regla «*ningún*

⁸ Sobre las reglas «ningún conflicto», «ningún beneficio» v. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, «La anomalía de la retribución...», pp. 6 y ss. V. también ALFARO ÁGUILA-REAL, «La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital...», op. cit.

⁹ Como explica GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?», *Icade*, 2008, 74: p. 242, «el pago de comisiones por parte de terceros puede constituir un importante complemento para la remuneración que perciben los representantes, de tal manera que la propia empresa cuenta ya con éstas como parte del sueldo que percibe su empleado. Incluso, puede llegar a ser una cierta política de remuneración que tenga en vigor la propia empresa toda vez que los gastos laborales y fiscales que se ahorra constituyen, sin duda, un importante incentivo para que el empresario vea ‘con buenos ojos’ este tipo de actuaciones por parte de sus empleados».

¹⁰ El art. 230. 2 LSC establece que «(...) la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero».

beneficio» lleva siempre, en todo caso, a la infracción de la regla «ningún conflicto». De otra manera: ¿cabe una interpretación teleológica reductiva de la regla «ningún beneficio» en el caso de que se pruebe que no existe conflicto de interés pese a la percepción de la retribución externa? Cabría plantearse esta posibilidad cuando, por ejemplo, existiera una clara *alineación de intereses* entre el sujeto que satisface la retribución externa y aquél a quien el administrador representa. De cualquier forma, en nuestro caso es difícil que pudiera apreciarse esta alineación de intereses entre la sociedad «A» y la sociedad «B». Pero existen otros en los que sí sería posible plantearse esta posibilidad y excluir la infracción de la regla «ningún conflicto»¹¹.

Examinado todo lo anterior, podemos afirmar que en el supuesto (a) el administrador ha infringido sus deberes de lealtad frente a la sociedad «A», salvo que haya mediado autorización de la misma. Ahora bien, ¿es esto suficiente para exigirle responsabilidad? ¿Qué requisitos deben concurrir para exigirle responsabilidad al administrador social? Comencemos por la responsabilidad civil.

El art. 236. 1 LSC dispone que «(L)os administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa». Por su parte el art. 227. 2 LSC establece que «(L)a infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador (...)». La aplicación de estos preceptos a nuestro caso suscita distintas cuestiones: (i) ¿la mera percepción de la retribución por el administrador en consideración a su cargo se puede considerar *daño* a la sociedad?; (ii) si no es así, ¿significa esto que no se puede ejercer acción social de responsabilidad frente al administrador?; (iii) y si no se puede, ¿puede la sociedad de alguna manera hacerse con la cantidad percibida por el administrador en infracción de sus deberes de lealtad? Y de manera más general, ¿existe alguna *sanción civil* a este comportamiento?

La contestación a la primera pregunta debe ser negativa. La mera recepción de una retribución indebida por parte de su administrador no causa *daño* a la sociedad. De hecho parece que ésta pudiera ser la razón de que tras la última reforma de la Ley de Sociedades de Capital se prevea expresamente en el art. 227. 2 ya mencionado, la obligación del administrador, no sólo de indemnizar *daños* y perjuicios, sino *también* de devolver el *enriquecimiento injusto* que haya recibido. Esto cierra la puerta al ejercicio de la acción social de responsabilidad por lo dispuesto en el art. 236. 1 LSC. Pero la sociedad podrá responder a la deslealtad del administrador por otras vías. Fundamentalmente mediante el cese o separación del administrador de su cargo, y, como se ha dicho, mediante la reclamación al administrador por parte de la sociedad de las cantidades indebidamente percibidas.

A continuación, toca preguntarse por la responsabilidad penal. Evidentemente en Derecho penal no podemos hablar en el caso enjuiciado de *lesión* del patrimonio de la sociedad a través

¹¹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, «La anomalía de la retribución...», 2014, 1, op. cit.: p. 4, pone el siguiente ejemplo: un *hedge fund* promete abonar a los consejeros independientes de la compañía en la que ha tomado una participación significativa un esquema de incentivos vinculado al *performance* de la acción de la sociedad en los próximos tres años. No obstante este autor (pp. 17 y ss.) se muestra reacio a admitir que en estos casos decaiga la regla «ningún beneficio».

de la percepción de la retribución externa por parte del administrador social (hemos dicho que, a lo sumo, existe peligro abstracto para el patrimonio social de «A»)¹²; y tampoco de lesión del patrimonio de ningún tercero (por ejemplo, del patrimonio de terceros competidores de «B»). Interesante sería plantearse también si el administrador de «B» ha administrado deslealmente, en el sentido del art. 252 CP, el patrimonio de la sociedad «B» pagando esta retribución, lo que supondría decidir (quedando ello fuera de los límites del presente trabajo) si a estos efectos (y a la hora de determinar si hay daño) sólo puede computarse como beneficio, o como expectativa de beneficio, aquél que se encuentra protegido jurídicamente¹³.

Lo anterior cierra la puerta, primero y por lo que respecta a la sociedad «A», a la aplicación del delito de administración desleal (art. 252 CP) que exige la causación de un perjuicio al patrimonio administrado. Ni siquiera con la última reforma del Código penal parece que estos casos puedan encajar en el resultado típico¹⁴. Y, en segundo lugar, a la aplicación del delito de corrupción en los negocios, pues el art. 286 bis CP, en su apartado 1.º, incluye como elemento del tipo que la ventaja se obtenga a cambio de «favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales». Se entienda el elemento del tipo *favorecer indebidamente a otro*, bien como elemento puramente subjetivo de lo injusto¹⁵, bien en clave objetiva, como elemento objetivo de idoneidad, es decir, como exigencia de que se trate de conductas idóneas para perjudicar a terceros competidores y favorecer al que ofrece la ventaja indebida¹⁶, lo cierto es que una retribución otorgada al margen de cualquier transacción concreta, en atención únicamente al cargo de administrador (tal y como ocurre, respecto a los funcionarios públicos, en el delito de cohecho del art. 422 CP, «en consideración a su cargo o función»), difícilmente tiene encaje en el tipo. En este sentido, la recepción, solicitud o aceptación de una ventaja indebida en el delito de corrupción en los negocios debe ser siempre la contraprestación a una toma de decisión concreta (aunque ésta no llegue a adoptarse) por parte del administrador, por lo que percibir la ventaja para *lograr un buen clima comercial* (lo que parece que sería nuestro caso) sería una conducta atípica, como también lo sería la

¹² En todo caso, a favor de entender que el daño patrimonial en el delito de administración desleal incluye la puesta en peligro del patrimonio v. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, «Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial», en López Barja de Quiroga, Jacobo y Zugaldía Espinar, José Miguel (coords.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 2, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 1223-4.

¹³ V. últimamente PASTOR MUÑOZ, Nuria y COCA VILA, Ivó, «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de Octubre de 2013», *InDret*, 2015, 1: pássim.

¹⁴ Sobre la superación de un concepto de perjuicio interpretado de acuerdo con un concepto económico de patrimonio v. la Exposición de Motivos (XVII) del Proyecto de Ley Orgánica 4 de octubre de 2013 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁵ Por ejemplo, para GILI PASCUAL, Antoni, Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada (Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007), *RECPC*, 2007, 19: p. 17, se trata de un elemento subjetivo de lo injusto.

¹⁶ De forma general para el ámbito de los delitos socioeconómicos, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económico», *InDret*, 2009, 2: p. 7, señala que «las tradicionales referencias subjetivas a la existencia de ánimos como el defraudatorio o el de perjudicar han venido escondiendo, en realidad, una referencia a criterios normativos que resultan los decisivos (...)», donde «lo decisivo no es la voluntad del sujeto, sino la incompatibilidad de la conducta realizada con lo prescrito por la norma desde una perspectiva intersubjetiva».

corrupción en los negocios subsiguiente, es decir, obtener la ventaja como recompensa a un previo incumplimiento¹⁷.

III. EL SEGUNDO CASO. LA RETRIBUCIÓN EXTERNA AL ADMINISTRADOR PARA LOGRAR UNA VENTAJA CONCURRENCIAL

Frente a lo que ocurría en nuestro primer supuesto, en el que la retribución externa se concedía al administrador *en consideración a su cargo*, en el supuesto (b) la retribución externa se vincula a una concreta toma de decisión por parte del administrador de la sociedad «A». Y así, en el momento en el que éste tiene que decidir con quién contratar el suministro de cemento para una obra de gran envergadura, el administrador de «A» recibe de «B» la cantidad de 50.000 euros y un paquete de vacaciones para él y su familia, *para que le favorezca en su decisión frente a su competidor directo, la cementera «C»*.

En cuanto a la percepción de la retribución externa *en sí*, este caso coincide con el anterior. Como ya hemos dicho, la percepción por parte del administrador de cualquier retribución de las llamadas externas (cuando excedan de las *atenciones de mera cortesía*) integra una infracción de su deber de lealtad por situarlo en una posición de conflicto de interés, siempre que no exista dispensa por parte de la sociedad [arts. 227, 228. e), 229. 1. e) y 230. 2 LSC]. La diferencia se encuentra en que ahora la retribución se recibe para favorecer a la sociedad «B» frente a la sociedad «C» en la adquisición de cemento para determinada obra. La situación de conflicto de interés *se ha actualizado*, pasándose, por tanto, del mero peligro abstracto (de la peligrosidad de la acción) para el patrimonio social de «A» a, al menos, un peligro concreto, en el sentido de que no puede excluirse que la concreta decisión del administrador, influida por la retribución externa, termine lesionando efectivamente el patrimonio de «A». Por plantearlo con los términos del concepto de corrupción, el beneficio extraposicional se percibe con el compromiso de incumplir las obligaciones posicionales del administrador para favorecer al que otorga ese beneficio. Lo que significa que, aunque finalmente, por azar o casualidad, la oferta del que otorga la retribución resultara ser competitivamente la mejor, el hecho de que el administrador no haya decidido orientado exclusivamente a la consecución del interés social de «A» habrá generado un peligro concreto para el patrimonio de «A», aunque no se produzca finalmente la lesión del mismo. Si además se produjera la lesión, la estructura del caso se parecería a los clásicos de *kick-back*. Esto es, casos en los que el administrador celebra en nombre y por cuenta de la sociedad que representa contratos con precios excesivos, recibiendo una comisión o retribución por la operación, que se detrae precisamente de ese exceso en el precio¹⁸.

Por la estructura de esta clase de casos, el supuesto (b) debe examinarse, primero, desde la perspectiva de «A» (perspectiva *ad-intra*), frente a la que el administrador está vinculado por el deber de lealtad en los términos ya aludidos; pero también, en segundo lugar, desde la perspectiva de «C» (perspectiva *ad-extra*), frente al que el administrador de «A» no está, en principio,

¹⁷ V. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 3.ª ed., 2011, p. 309; TIEDEMANN, Klaus, *Manual de Derecho penal económico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 205.

¹⁸ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho penal económico*, Madrid: Ediciones Ceura, 2010, p. 622.

unido por vínculo alguno (aunque podría plantearse la hipótesis de que la decisión de contratar con «B» supusiese el incumplimiento de un contrato o precontrato previo con «C»), pero al que, evidentemente, tampoco puede dañar [existiría, al menos, un deber (meramente negativo) de no dañarle]¹⁹.

Comenzamos por la perspectiva de Derecho privado. En este supuesto, si, como hemos dicho, el administrador de la sociedad «A» recibe una retribución de «B» para que opte por su oferta pese a ser económicamente peor que la de «C», junto a la infracción del deber de lealtad que supone la aceptación de la *comisión*, y en relación de causalidad con ella, se genera un daño a la sociedad «A», que termina adquiriendo una mercancía por un precio superior al que tendría que haber pagado (de haber actuado el administrador lealmente y optado por contratar con «C»). En este sentido, y a diferencia del supuesto (a), se darían todos los presupuestos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente al administrador (arts. 236 y 238 LSC). Esto supondría que el administrador tendría que indemnizar el daño y los perjuicios ocasionados y devolver el enriquecimiento injusto que hubiera obtenido (art. 227. 2 LSC). En cambio, si, como también explicamos, resulta que por casualidad la oferta de «B» es la mejor económicamente, no se produciría tal daño y habría que resolver el caso tal y como hicimos con el supuesto (a).

Corresponde ahora analizar qué ocurriría con «C». Y esto supondrá, por verlo gráficamente, *pasar del Derecho de sociedades al Derecho de la competencia* (y en términos de Derecho penal, *del delito de administración desleal al delito de corrupción en los negocios*).

Si pensamos en la conducta del administrador que, a cambio de una *comisión*, opta por el competidor que presenta la *peor* oferta, tendremos que acudir a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante Ley de Competencia Desleal o LCD), para decidir acerca de las siguientes cuestiones: (i) ¿puede el administrador ser sujeto activo de las conductas tipificadas en la misma?; (ii) la concreta conducta descrita en el supuesto (b) ¿es desleal conforme a esta ley? (iii) Y ahora, mezclando algún dato del caso (a), ¿qué ocurriría si el empresario (sociedad «A») hubiera autorizado la conducta de su administrador?

De manera muy breve, y en relación con la primera cuestión, la LCD será de aplicación a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, entendiendo dicha participación como la colocación de prestaciones en el mercado o, incluso, la obtención de la satisfacción de sus necesidades²⁰. Con lo que no sólo los empresarios o profesionales son susceptibles de lesionar la competencia sino que también los empleados o colaboradores dependientes del empresario, pueden, con sus conductas, lesionar la competencia y, por ello, realizar comportamientos

¹⁹ Sobre las diferencias entre deberes negativos y positivos en el ámbito del Derecho penal v. ROBLES PLANAS, Ricardo, Deberes negativos y positivos en Derecho penal, *InDret*, 2013, 4: pássim.

²⁰ En este sentido v. MASSAGUER FUENTES, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid: Civitas, 1999, p. 129. El art. 3. 1 LCD dispone que: «(L)a ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado». Además, en relación con lo dispuesto en el apartado 2.º del art. 3 LCD, señala MASSAGUER (p. 137) que «el factor que desencadena la aplicación de la Ley de Competencia Desleal es la *presencia de una conducta objetivamente adecuada para afectar a los procesos de mercado, sea en provecho de quien la realiza o en provecho de un tercero*, pero no la presencia adicional de una lesión efectiva o potencia (sic) precisa y necesariamente a un competidor» (cursivas añadidas).

desleales en los términos de la LCD²¹. Pensemos en el caso del administrador que denigra a un competidor. ¿Acaso no debe responder personalmente de los daños causados por su conducta?²²

Por supuesto, lo anterior no supone desconocer que éste no es el *prototipo de comportamiento desleal* castigado por las normas del Derecho de la competencia y que lo habitual es que las acciones previstas en la LCD se ejerciten contra el empresario o profesional, como sujeto que efectivamente se enriquece con la conducta anticompetitiva²³; sólo se trata de poner de manifiesto la posibilidad de que el administrador sea sujeto activo de estas infracciones²⁴.

En cuanto a la concreta infracción cometida, podría aplicarse a «B» el art. 14 LCD (inducción a la infracción contractual) si «A» tuviera un contrato previo que le vinculara con «C», y plantearse la posibilidad de que el administrador de «A» *participase* en la infracción de «B»²⁵. De no ser así, habría que acudir a la cláusula general del art. 4 LCD que actúa a modo de tipo de recogida para conductas desleales no específicamente tipificadas²⁶, y en la que nuestro caso podría encontrar encaje (aunque esto merece, sin duda, un estudio más detallado).

²¹ Siempre que se trate de actos realizados en el mercado con fines concurrenciales (art. 2. 1 LCD). Al respecto v. últimamente la STS (Sala I.ª) 170/2014, de 8 de abril [«es suficiente que el acto o el comportamiento sea idóneo para influir en la estructura del mercado, perjudique la posición concurrencial de una de las partes, beneficiando objetivamente, al menos de forma potencial, la posición de otros operadores económicos que concurren en este mercado. Como ha señalado la STS de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 561), basta que la conducta tenga una ‘aptitud objetiva’ para incidir, ‘real o potencialmente en el tráfico económico’, con tendencia a producir, aunque no se consiga el propósito, lo que se denomina ‘distorsión de la decisión de consumo’» (FJ 4.º)].

²² Sobre esta cuestión v. ALFARO-ÁGUILA REAL, Jesús, «La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad “externa” de los administradores sociales», *InDret*, 2007, I: pp. 9 y ss.

²³ El art. 34. 1 LCD establece que: «(L)as acciones previstas en el artículo 32 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento».

²⁴ En cambio, para GILI PASCUAL, Antoni, «Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y *kick-backs*: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada», *CPC*, 2013, 109: p. 54, resulta muy forzado entender que existan obligaciones directas de los empleados en el ámbito competencial. Para FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho Penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares», *Perspectiva Penal Actual*, 2012, I: pp. 90-1, el corrupto «no tiene deberes específicos para proteger una competencia leal y honesta».

Frente a ello estimamos que, aunque se admita que el corrupto no tiene *deberes positivos* de proteger la competencia, sí cabe sostener, de forma general, que el deber de *neminem laedere* (que se encuentra tras el art. 1902 del Código civil) sí incumbe y recae personalmente sobre el administrador, independientemente de que a su responsabilidad pueda añadirse la de la persona jurídica [v. ALFARO-ÁGUILA REAL, Jesús, «LA llamada acción...», op. cit.: pp. 9 y ss., para el que (p. II n. II) «no hay duda alguna de la responsabilidad personal y externa del administrador que, ejercitando las funciones de administrador, causa dolosamente un daño a un tercero»]. Existen obligaciones *directamente* dirigidas al mismo, aunque se trate de deberes meramente *negativos*. Sobre las diferencias entre deberes negativos y positivos en el ámbito del Derecho penal v. ROBLES PLANAS, Ricardo, «Deberes negativos y positivos...», op. cit.: pássim. Existiría, en todo caso, para el ámbito penal, el problema de poner en relación esta posición del administrador con el concepto de corrupción (art. 286 bis CP).

²⁵ En el art. 14. 1 LCD se recoge que: «(S)e considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores». V. *supra* n. 22 lo dispuesto por el art. 34. 1 LCD.

²⁶ El art. 4. 1 de la LCD dispone: «(S)e reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (...)». Para MASSAGUER FUENTES, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, op. cit.: p. 150, «la fórmula legal comprende toda conducta que, atendidas las circunstancias del caso,

Por último, en cuanto a la cuestión del consentimiento (a''), frente a lo que ocurría con la infracción del deber de lealtad que podía ser *autorizada* por la sociedad (como vimos, la sociedad puede dispensar al administrador la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de un tercero *ex art. 230. 2 LSC*), siendo, por tanto, el consentimiento del empresario relevante en cuanto a la infracción o no del deber de lealtad, para el acto de competencia desleal tal consentimiento será irrelevante. Y ello por la sencilla razón de que no son *sus* intereses los que están en juego, sino los de otros participantes en el mercado (en nuestro caso, los intereses de «C») y, desde una dimensión colectiva, la protección del mismo bien jurídico competencia²⁷.

En cuanto a la perspectiva del Derecho penal: si pensamos en el perjuicio que causa a la sociedad «A» la gestión desleal del administrador en el caso (b), si finalmente optara por la *peor oferta*, tendremos que acudir al art. 252 CP, que tipifica la lesión al patrimonio administrado causada por un administrador que actúa *excediéndose en el ejercicio de sus facultades de administración*. Precisamente este elemento, antes recogido con la expresión *con abuso de las funciones propias de su cargo* (en el antiguo delito de administración desleal societaria del art. 295 CP) se ha venido interpretando mayoritariamente como una infracción por parte de los administradores de su deber de lealtad²⁸, por lo que es inexcusable la referencia (ya realizada) al Derecho societario.

En relación con esta perspectiva *ad-intra* (luego nos ocuparemos de la *ad-extra* al hablar del delito de corrupción en los negocios), conviene plantear la variante (a'') ya examinada. Esto es, qué relevancia cabe otorgar al consentimiento prestado por la sociedad para que su administrador actúe de tal manera, es decir, percibiendo una retribución externa como contraprestación a la contratación por un precio excesivo (y es que, si no fuera por un precio excesivo, no existiría lesión al patrimonio social y no cabría plantearse la aplicación del art. 252 CP). En principio, cabría aceptar que el consentimiento de la sociedad sería relevante, y haría decaer el carácter ilegal de la actuación del administrador, tal y como explicamos. Sin embargo, y dado que hablamos de la conformación de la voluntad de una persona jurídica, la cuestión no siempre será fácil. Al respecto basta con imaginar dos hipótesis, una buena y otra mala (desde la perspectiva del interés social). La buena sería que la decisión de la junta²⁹ fuera expresiva de una política retributiva de la sociedad tolerante con estas prácticas (lo que «paga» por retribución externa se lo ahorra la sociedad «A» en retribución interna); la mala, que la mayoría social, que a su vez *ha colocado* a ese administrador, no haya decidido orientada a maximizar el interés social sino a extraer beneficios privados³⁰. Pues bien, ¿qué ocurre cuando existe una dispensa de la que ahora

carezca de una justificación razonable desde el punto de vista de las estrategias y comportamientos conformes con el modelo de competencia por méritos de las propias prestaciones».

²⁷ Sobre este tema en el ámbito penal v. NAVARRO FRÍAS, Irene/ MELERO BOSCH, Lourdes V., «Corrupción entre particulares y tutela del mercado», *InDret*, 2011, 4: pp. 33-4.

²⁸ Navarro Frías, Irene, «Delito de administración desleal y discrecionalidad de los administradores sociales», *CPC*, 2013, 109, pp. 208 y ss.

²⁹ El art. 230. 2 de la LSC dispone que «(L)a autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros (...)».

³⁰ «La que podríamos llamar 'apropiación indebida civil' consiste en la extracción de eso que los economistas denominan 'beneficios privados' del control»; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, 39: p. 44.

habla el art. 230. 2 LSC o, en general, una decisión de la junta que autoriza lo realizado por el administrador?

Como decíamos, la cuestión no es sencilla, y además, habrá que distinguir la situación antes y después de la reforma del Código penal. Antes de la reforma del Código penal por LO 1/2015, de 30 de marzo, el bien jurídico protegido por el delito de administración desleal societaria del art. 295 CP (único delito expresamente tipificado de administración desleal en aquel momento) era el patrimonio de los *socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren*. Éstos eran los titulares del bien jurídico protegido³¹. Por lo que, si hablábamos de relevancia del consentimiento, había que diferenciar entre *consentimiento del socio* y *consentimiento de la sociedad*; llamados, además, a jugar en planos distintos. El primero, como causa de atipicidad *directa*, tal y como sucede con el consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico en todos los delitos con bienes jurídicos disponibles³²; y el segundo, como causa de atipicidad *indirecta*, pudiendo hacer decaer el carácter *abusivo* de la actuación del administrador y, en consecuencia, la tipicidad de la conducta³³. El consentimiento como causa de atipicidad directa debían aportarlo, entonces, los titulares del bien jurídico. Es decir, los sujetos enumerados más arriba. Y por eso se decía que, para hacer decaer de forma directa la tipicidad de la conducta, debíamos encontrarnos ante decisiones adoptadas unánimemente por los socios³⁴. Mientras que en el segundo nivel, el consentimiento relevante para que no pudiera ya hablarse de administración *desleal* (de una vulneración por parte del administrador de sus deberes de lealtad), sería el aportado por la sociedad. Sería un elemento más a tener en cuenta en el juicio acerca del carácter abusivo o no de la actuación del administrador³⁵.

La situación cambia tras la reforma del CP, pues el art. 252 ha pasado a hablar de causar un perjuicio al *patrimonio administrado* y, por tanto, al patrimonio social. Por lo que, ahora sí, sería posible entender que el consentimiento otorgado por la sociedad (por la mayoría social establecida en la ley o en los estatutos) despliega aquel efecto de atipicidad directa. Pero, ¿realmente han cambiado tanto las cosas respecto de una situación anterior en la que se exigía unanimidad para hablar de atipicidad directa? Quizás no tanto.

Igual que ocurre con el consentimiento de una persona física, el consentimiento de la sociedad puede nacer viciado. Y es que aunque los socios hayan votado mayoritariamente en la junta

³¹ Sobre este tema y sobre los problemas que planteaba la dicción literal del precepto (que luego hablaba de causar *directamente* un perjuicio económicamente evaluable), v. NAVARRO FRÍAS, Irene, «Corrupción entre particulares...», op. cit.: pp. 192-3.

³² V. SOLA RECHE, Esteban y ROMEO CASABONA, Carlos M.ª, Las causas de atipicidad, en ROMEO CASABONA, Carlos M.ª; SOLA RECHE, Esteban y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coords.), *Derecho penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Granada: Comares, 2013, pp. 192-3.

³³ Sobre este tema v. NAVARRO FRÍAS, Irene, «Corrupción entre particulares...», op. cit.: pp. 194 y ss.

³⁴ V. NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona: Praxis, 1996, p. 262, para el que «ha de darse relevancia al consentimiento de los socios, como causa de la atipicidad del comportamiento del administrador que realiza actos contrarios a una ordenada gestión y perjudiciales para la existencia, liquidez o funcionamiento de la sociedad», pero (p. 263) «para dar relevancia al consentimiento de los socios (...) es necesario que todos *unánimemente* den su aprobación (...) con lo cual los casos de consentimientos se reducirán en la práctica a sociedades cerradas» (cursiva en el original).

³⁵ Sobre el juicio de ponderación que corresponde realizar en estos casos v. SCHÜNEMANN, Bernd, La administración desleal de los órganos societarios: el caso Mannesmann en: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *La administración desleal de los órganos societarios*, Barcelona: Atelier, 2008, pp. 38-9.

autorizando la decisión del administrador que estamos examinando, pueden no haberlo hecho orientados por la consecución del interés social, sino, como se ha dicho, guiados por el objetivo de extraer beneficios privados, lo que en algunos casos tendrá consecuencias. Expresado de otra manera, aunque, en principio, será la mayoría social la que conforme y decida *en qué consiste el interés social* (y, en este sentido, podrá acordar válidamente la dispensa a la que se refiere el art. 230. 2 LSC), existen casos de discordancia entre voluntad social e interés social que pueden llevar a dejar a aquélla sin efecto³⁶. En los casos de posible responsabilidad del administrador social, esto quedaba ya claro con el art. 236. 2 LSC, que establece que «(E)n ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general»; aunque esto no siempre fue bien entendido por el Tribunal Supremo³⁷. Pero es que, tras la reforma de la LSC por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ha pasado a quedar meridianamente claro con la nueva redacción del art. 204. 1 que dispone que «(...) La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios». La objetivización del interés social que parece llevar a cabo este artículo (y que prescinde incluso de cualquier referencia a la lesión del patrimonio social) hace pensar que, salvo en los casos de unanimidad, el administrador se verá expuesto (como ya sucedía antes) a un juicio de ponderación (como el que antes se llevaba a cabo para determinar si existía *abuso* del art. 295 CP), acerca del carácter abusivo o no de la decisión, conforme al que se decidirá si el consentimiento de la sociedad desplegará efectivamente los efectos explicados (en cuanto a la responsabilidad penal, pero también respecto a la responsabilidad civil).

Vamos ahora con la dimensión *ad-extra*. En cuanto al aspecto de la conducta del administrador de «A» que puede resultar lesiva o peligrosa para la competencia o para los concretos intereses de «C», dejaríamos el ámbito del delito de administración desleal del art. 252 CP, y entraría en juego el art. 286 bis CP que tipifica la corrupción en los negocios. Y es que el art. 286 bis se dirige precisamente, o al menos eso explicó el legislador cuando introdujo este delito en el CP en el año 2010, a proteger la justa y honesta competencia³⁸.

Si examinamos la conducta del administrador de «A» a la luz del art. 286 bis 1, habremos de preguntarnos acerca de si éste ha *favorecido indebidamente a otro* (en nuestro caso, a la sociedad «B») a cambio de una *ventaja no justificada* en la adquisición de mercancías. Pues bien, lo que queremos plantear aquí es conforme a qué sistema normativo deben integrarse los

³⁶ Sobre el concepto de interés social y las tesis institucionalista y contractualista v. la STS (Sala 1.ª) 873/2011, de 7 de diciembre. V. más recientemente la STS (Sala 1.ª) 991/2012, de 17 de enero.

³⁷ V., por ejemplo, la STS 841/2006, de 17 de julio, en el caso *pensiones Banco Santander Central Hispano*. Sobre este tema v. NAVARRO FRÍAS, Irene, «Corrupción entre particulares...», pp. 194 y ss.

³⁸ V. la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 (XIX). En todo caso, el objeto de protección debe ser la competencia en términos de «buena fe objetiva», a la que responde el modelo represivo de la competencia desleal acogido en la LCD y, en concreto, en la cláusula general delimitadora de los comportamientos desleales –art. 4 LCD–. La desaparición del elemento típico «*incumplimiento de sus obligaciones por parte del empleado*» con la reforma por LO 1/2015 parece reforzar la idea de que el legislador opta por un modelo puro de protección de la competencia; v. Gil Nobajas, María Soledad, El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia, *EPC*, 2015, XXXV: p. 576.

elementos de tipo ventaja *no justificada* y favorecer *indebidamente* a otro. En concreto, y en relación con este último elemento del tipo, para saber si el administrador favorece indebidamente a otro, ¿tendremos que acudir a las normas que regulan las relaciones entre la sociedad «A» y su administrador o a las que regulan la posición de éste en el mercado?; ¿acudiremos al Derecho societario o al Derecho de la competencia? Para poner de relieve lo trascendente de esta cuestión, haremos el ejercicio de situarnos en los dos casos que podríamos considerar extremos. Primero, ¿es posible condenar al administrador por vulnerar lo dispuesto en el art. 286 bis cuando éste actúa con la aquiescencia de su empresario (la sociedad «A»); lo que, como vimos, en principio implica que no quepa hablar de deslealtad del administrador frente a la misma? Y segundo, ¿es posible que el administrador, pese a incumplir las instrucciones de «A» en la adquisición de mercancías, no cometa el delito de corrupción en los negocios? A nuestro juicio, a ambas preguntas cabe responder afirmativamente.

Por razones de espacio, tendremos que abordar estas cuestiones muy esquemáticamente, pero no renunciamos a formular, al menos, algunas consideraciones generales. En nuestra opinión, los deberes de diligencia y lealtad impuestos al administrador por la Ley de Sociedades de Capital regulan las relaciones entre la sociedad y su administrador; y se orientan a proteger los intereses de la primera. Los terceros nada tienen que ver aquí, salvo que el legislador se refiera expresamente a los mismos, como ocurre en alguna ocasión a lo largo del texto de la ley de sociedades³⁹. En consecuencia, la realización del riesgo que conlleva la infracción de sus deberes de diligencia y lealtad por parte del administrador supondría, en su caso, la puesta en peligro o la lesión del patrimonio social de «A», lo que ya analizamos al plantearnos la aplicación del art. 252 CP; pero no (o, al menos, no necesariamente) la puesta en peligro o la lesión del patrimonio (o de otros bienes jurídicos) de los competidores de «B» o del bien jurídico competencia. Este último resultado no puede imputarse objetivamente a la infracción de las anteriores normas. Por este motivo, la segunda pregunta debe ser contestada afirmativamente, en el sentido de que la infracción de las normas del plano *ad-intra* no tiene que suponer *necesariamente* la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el art. 286 bis CP. Por ejemplo, es imaginable el caso del administrador que desoyendo las instrucciones específicas que le da la junta para que contrate con determinado proveedor, contrata con otro que ofrece las mismas prestaciones por el mismo precio (a cambio de una retribución externa), sin que aquí exista *favorecimiento indebido* del art. 286 bis CP⁴⁰.

En sentido contrario, un comportamiento perfectamente leal del administrador frente a la sociedad «A» no tendría por qué ser al mismo tiempo leal con la competencia (y, por tanto, irrelevante, para el art. 286 bis). Un administrador leal respecto a la sociedad que representa, puede ser desleal con la competencia. Al tratar de llenar de contenido el carácter indebido del favorecimiento al que se refiere el delito de corrupción en los negocios habría que considerar, entonces, otros deberes; en concreto aquéllos que incumben al administrador como sujeto que actúa en el mercado y que se dirigen a proteger la competencia. Lo que supone acudir especialmente a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y la Ley 15/2007, de 3 de

³⁹ V. al respecto ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «La llamada acción...», op. cit.: *pássim*.

⁴⁰ Sobre esta cuestión v. Bolea Bordón, Carolina, «Deberes del administrador y prácticas de *kick-back*», *RECPC*, 2015, 17: p. 9.

julio, de Defensa de la Competencia⁴¹. Si enlazamos ahora con la primera pregunta –¿y si «A» consiente en la infracción de estas normas protectoras de la competencia?; ¿es posible, como planteábamos, condenar al administrador por vulnerar lo dispuesto en el art. 286 bis cuando éste actúa con la aquiescencia de su empresario (la sociedad «A»)?, como ya adelantamos, la respuesta debe ser afirmativa. El consentimiento del empresario (de nuestra sociedad «A») en relación con la concreta decisión de adquisición o contratación sería irrelevante a efectos de excluir la aplicación del tipo de corrupción en los negocios porque no son sus intereses los que se trata de proteger, sino los intereses de terceros y, desde una dimensión colectiva, el bien jurídico competencia⁴². Parece claro, además, que la protección del bien jurídico no debería dejarse en manos de quien puede resultar muy favorecido por su lesión⁴³, por lo que de *lege ferenda*, hubiese sido deseable un posicionamiento más claro del legislador a favor del modelo de protección de la competencia, que fuera más allá (aunque, sin duda, esto es ya relevante) de eliminar el elemento del incumplimiento de las obligaciones por parte del empleado. En todo caso, entendemos que de *lege lata* existe margen para interpretar el término corrupción en un sentido acorde con el bien jurídico protegido⁴⁴.

Por último, en casos como el (b), no habría inconveniente en aplicar, dándose sus presupuestos, tanto el delito de corrupción en los negocios como el delito de administración desleal, en concurso ideal de delitos, puesto que ambos afectan a distintos bienes jurídicos⁴⁵.

⁴¹ V. el art. 1 de la Decisión Marco de 22 de julio de 2003 del Consejo, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, de la que el art. 286 bis CP trae causa, que se refiere, como mínimo, al incumplimiento de «una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado». En contra de aceptar este plano de obligaciones del administrador se muestra GILI PASCUAL Antoni, «Bases para la delimitación...», op. cit.: p. 25, para el que las obligaciones legales relativas a la competencia afectan al empresario como operador en el mercado en términos de competencia, mientras que «los dependientes del empresario (...) sólo se deben a su principal». Para este autor «los dependientes (en sentido amplio)» no tienen «obligaciones frente a los competidores, como congruentemente enseña el hecho de que el ámbito subjetivo de aplicación de la LCD se refiera a los empresarios (o personas –físicas o jurídicas– que participen en el mercado: art. 3º LCD)». V. *supra* n. 23.

⁴² V. GIL NOBAJAS, María Soledad, «El delito de corrupción...», op. cit.: p. 580. En contra v. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Perspectiva Penal Actual*, 2012, 1, op. cit.: pp. 91-2, no porque el tipo proteja los intereses del principal, sino porque el medio de ataque al bien jurídico es la corrupción.

⁴³ Además de los casos en los que las comisiones forman parte de la *política de remuneraciones* de la empresa, piénsese, por ejemplo, en supuestos como los relatados por GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Corrupción en el sector privado...», op. cit.: p. 237, del escándalo del proceso de adjudicación de basuras de Colonia o de la construcción del estadio Allianz-Arena de Munich, que «reflejan una conducta consistente en *abonar comisiones a cambio, básicamente, de información sobre las ofertas de los demás competidores con la finalidad de poder mejorarlas y obtener la adjudicación*» por lo que en estos casos «la contrata se beneficia de una oferta más económica y la contratista de haber obtenido la adjudicación, pudiendo, a lo sumo, constatarse un perjuicio patrimonial por parte de los otros competidores» (p. 241, cursivas en el original).

⁴⁴ Sobre los rendimientos de la argumentación jurídica en Derecho penal v. SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*, Granada: Comares, 2009.

⁴⁵ V. NAVARRO FRÍAS, Irene y MELERO BOSCH, Lourdes V., «Corrupción en el sector privado...», op. cit.: p. 31. V. también FEIJOO SÁNCHEZ, *Perspectiva Penal Actual*, 2012, 1, op. cit.: pp. 90-1, que admite el concurso de delitos porque entiende que en el (antiguo) delito de corrupción entre particulares no se protegían los intereses del principal; la corrupción sería únicamente la forma de ataque al bien jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. «La reforma del gobierno corporativo de las sociedades de capital (XIII)», *Blog de Jesús Alfaro Águila-Real*, 01/07/2014 (http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/07/la-reforma-del-gobierno-corporativo-de_7897.html; última visita 22 de enero de 2016).
- . «La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad «externa» de los administradores sociales», *InDret*, 2007, 1: pp. 1-18.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*, Madrid: Ediciones Ceura, 2010.
- BOLEA BORDÓN, Carolina. «Deberes del administrador y prácticas de *kick-back*», *RECPC*, 2015, 17: pp. 1-31.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. «Imputación objetiva en el Derecho penal económico: el alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho Penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares», *Perspectiva Penal Actual*, 2012, 1: pp. 63-101.
- . «Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. Esbozo de una teoría general de los delitos económico», *InDret*, 2009: pp. 1-74.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. *Derecho de sociedades*, I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. «Acerca del concepto de corrupción», en LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco J. y ÁLVAREZ MEDINA, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Madrid: Alianza, 1997, pp. 39-70.
- GIL NOBAJAS, María Soledad. «El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia», *EPC*, 2015, XXXV: pp. 567-624.
- GILI PASCUAL, Antoni. «Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y *kick-backs*: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada», *CPC*, 2013, 109: pp. 45-107.
- . «Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada (Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007)», *RECPC*, 2007, 19: pp. 1-35.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. «Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?», *Icade*, 2008, 74: pp. 225-43.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 3.^a ed., 2011.
- MASSAGUER FUENTES, José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid: Civitas, 1999.
- NAVARRO FRÍAS, Irene. «Delito de administración desleal y discrecionalidad de los administradores sociales», *CPC*, 2013, 109: pp. 175-216.
- NAVARRO FRÍAS, Irene y MELERO BOSCH, Lourdes V. «Corrupción entre particulares y tutela del mercado», *InDret*, 2011, 4: pp. 1-40.
- NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona: Praxis, 1996.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2015, 39: pp. 43-65.
- . «La anomalía de la retribución externa de los administradores. Hechos nuevos y reglas viejas», *InDret*, 2014, 1: pp. 1-53.

- PASTOR MUÑOZ, Nuria y COCA VILA, Ivó. «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? Un análisis dogmático a la luz del art. 252 del Proyecto de Reforma del Código Penal de 4 de Octubre de 2013», *InDret*, 2015, 1: pp. 1-33.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret*, 2013, 4: pp. 1-22.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. «Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial», en López Barja de Quiroga, Jacobo y Zugaldía Espinar, José Miguel (coords.). *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 2, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 1207-26.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*, Granada: Comares, 2009.
- SOLA RECHE, Esteban y ROMEO CASABONA, Carlos M.^a. «Las causas de atipicidad», en ROMEO CASABONA, Carlos M.^a; SOLA RECHE, Esteban y BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coords.). *Derecho penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, Granada: Comares, 2013, pp. 189-97.
- TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho penal económico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos a la luz de la L.O. 1/2015

CLARA MOYA GUILLEM (España)

Investigadora Doctoranda, Universidad de Alicante, España¹

RESUMEN: La determinación del bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP) ha sido objeto de interesantes debates doctrinales desde que entró en vigor en diciembre del año 2010. En el presente trabajo se examinan las cuatro tesis defendidas al respecto (la dignidad de la víctima, su integridad moral, su libertad y la pluriofensividad del delito) y, a continuación, se propone la configuración que se considera más adecuada tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal. A partir de este planteamiento, a modo de conclusión, se presentan las relaciones concursales entre el delito de trata de seres humanos y aquellos que sancionan la explotación perseguida (delitos contra la libertad sexual, delitos contra los derechos de los trabajadores, delito de tráfico de órganos humanos, delito de matrimonios forzados, etc.).

Palabras clave: bien jurídico protegido, trata de seres humanos, tráfico de personas, tráfico de órganos humanos, relaciones concursales.

ABSTRACT: The decision about legally protected interest in the crime of trafficking in human beings (art. 177 bis Pc) has been the aim of interesting doctrinal discussions since december 2010 when it became effective. Along this essay four thesis are analysed according to the legally protected interest in this crime (dignity of the victim, her/his moral integrity, her/his freedom or if it is a multioffensive crime) and, then, it is suggested the configuration which has considered suitable after the *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal* was passed. From the decision, as a conclusion, it is exposed the relationship between the crime of trafficking in human beings and the crimes that sanction pursued exploitation (crimes against sexual freedom, crimes against workers rights, crime of organ trafficking, forced marriages crimes, etc.).

Key words: Legally protected interest, Trafficking in human beings, Human trafficking, Organ trafficking, Conflict of laws.

¹ Profesora Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Alicante.

SUMARIO: I. Introducción. II. Posturas doctrinales. 1. La dignidad. 2. La integridad moral. 3. La libertad. 4. El delito de trata de seres humanos como delito pluriofensivo. III. Toma de postura. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incorporó al Código Penal el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CP) y la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, lo ha reformado con la finalidad de incluir entre las formas de comisión del delito la entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a las víctimas. La modificación de la figura delictiva también ha supuesto la tipificación de la trata de seres humanos con la finalidad de celebración de matrimonios forzados y con la finalidad de que las víctimas cometan actos delictivos para los explotadores. Asimismo, se ha delimitado el concepto de vulnerabilidad. Y, por último, se ha agravado la pena para los supuestos de creación de peligro de causación de lesiones graves.

Pues bien, teniendo en cuenta la relevancia de la determinación del bien jurídico-penal para una adecuada aplicación del delito previsto en el artículo 177 bis del Código Penal, en el presente trabajo me propongo delimitarlo, teniendo en cuenta que su reciente modificación ofrece nuevos argumentos que avalarían una de las tesis que la doctrina ha defendido en este ámbito. De este modo, podré concretar la relación concursal existente entre esta figura delictiva y las que sancionan la explotación con ella perseguida.

II. POSTURAS DOCTRINALES

En el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, al incriminar la trata de seres humanos, se estableció que «el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren». En efecto, se ha sostenido que este fenómeno representa la esclavitud del siglo XXI². Sin embargo, se discute si el concreto interés tutelado se identifica con la dignidad, con la integridad moral, con la libertad o si este delito no sería más bien pluriofensivo. Al estudio de las referidas tesis voy a dedicar los siguientes apartados, indicando, de forma necesariamente resumida, cuáles serían los argumentos a favor y en contra de cada una de ellas³.

² Realizan esta comparación entre la esclavitud y la trata de seres humanos, entre otros, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. Trata de personas. En ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coord.). *Memento experto. Reforma penal*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2010, p. 73; y GARCÍA ARÁN, Mercedes. «Esclavitud y tráfico de seres humanos». En OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, GURDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (coords.). *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 359.

³ El tratamiento jurídico-penal de la trata de menores no va a ser objeto de análisis en el presente trabajo. Sobre esta problemática, véase BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *et al.*, «Trata de seres humanos. En especial menores». *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*. 2010 (23): 51-112.

I. *La dignidad*

La mayoría de los autores considera que con el artículo 177 bis del Código Penal se pretende proteger la dignidad humana⁴. Sostienen que cuando se llevan a cabo las conductas típicas previstas en esta figura delictiva se despoja a la víctima de la capacidad de decidir sobre sus bienes y derechos más importantes con la finalidad de realizar un negocio ulterior o satisfacer cualquier interés del sujeto activo o de un tercero⁵. Desde este punto de vista, estiman que se atenta contra la dignidad del sujeto pasivo porque se le niega su condición de ser humano al tratarle como un medio y no como un fin. Así, en defensa de esta perspectiva, recuerdan que la dignidad se identifica con la prohibición de instrumentalizar a la persona, con la integridad (física y moral), aunque también con la libertad individual e incluso con la igualdad⁶. Por esta razón, sostienen que la determinación de uno sólo de estos intereses como el bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos resulta insuficiente, ya que se afectan, en general, todos ellos⁷.

En particular, para defender que la dignidad de la víctima constituye el objeto tutelado en el delito del artículo 177 bis del Código Penal se aducen los siguientes argumentos: el primero, su ubicación sistemática en un Título VII bis, creado al efecto, al margen del título dedicado

⁴ En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Derecho penal español. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 172; IGLESIAS SKULJ, Agustina. «De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP». En GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 598; DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. *El delito de trata de seres humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 73-81; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*. Pamplona: Aranzadi, 2011, pp. 396-409; TERRADILLOS BASOCO, Juan María. «Trata de seres humanos». En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dirs.). *Comentarios a la reforma de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 208; CUGAT MAURI, Miriam. «Trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria». En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Pamplona: Aranzadi, 2010, p. 160; LLORIA GARCÍA, Paz. «Trata de seres humanos». En BOIX REIG, Javier (dir.). *Derecho penal. Parte especial. Volumen I*. Madrid: Iustel, 2010, p. 297; JUANES PECES, Ángel. «El delito de trata de seres humanos en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 1995». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2010 (803); y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. *Trata de personas*, cit., p. 73.

⁵ Así lo entiende, entre otros, DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. *El delito de trata de seres humanos*, cit., p. 73. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ afirma que el «bien jurídico penalmente protegido aquí tiene grandes resonancias y, por una vez, son las adecuadas, la dignidad humana. Quienes se dedican a la trata de personas no conciben a sus congéneres como tales: los cosifican y, por tanto, les privan de la más leve brizna de humanidad. Esta, junto con otras lacras, como las del hambre, son incompatibles con la dignidad humana y chocan frontalmente, degradándola, la opulenta sociedad avanzada en la que vive el mundo occidental, como si de una fortaleza se tratara» (en *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 183).

⁶ Sobre esta multiplicidad de intereses que alberga la dignidad humana, véase VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. «Título VII bis. De la trata de seres humanos». En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 283.

⁷ Esta posición doctrinal, además, se sustenta en el hecho de que existen ordenamientos jurídicos cercanos, como el francés, en los que el delito de trata de seres humanos se incluye entre los delitos contra la dignidad de la persona (art. 225-4 CP). Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la figura delictiva gala, en su primer inciso, define la trata de seres humanos como «el hecho, a cambio de una remuneración o de cualquier otra ventaja o de una promesa de remuneración o ventaja, de captar a una persona, transportarla, transferirla, acogerla o recibirla, para ponerla a su disposición o a la disposición de un tercero, incluso no identificado, con el fin de permitir la comisión contra dicha persona de infracciones de proxenetismo, de agresión o de atentados sexuales, de explotación de mendicidad, de condiciones de trabajo o de alojamiento contrarias a su dignidad, o de obligar a dicha persona a cometer cualquier crimen o delito» y que «el empleo de amenazas, de coacciones, de violencias o de maniobras dolosas» se prevé como un subtipo agravado.

a las torturas y otros delitos contra la integridad moral; el segundo, la alusión específica a la protección de la dignidad que el legislador penal realiza en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010; y, el tercero, la referencia de los instrumentos internacionales reguladores de la trata de seres humanos a la dignidad humana⁸.

Son dos, sin embargo, los principales argumentos que se observan en contra de la consideración de la dignidad como el bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos: por un lado, su aceptación como bien jurídico-penal⁹; y, por otro lado, su concreto alcance¹⁰. Pues bien, a pesar de ello, VILLACAMPA ESTIARTE considera que «*precisamente porque el proceso de trata implica un atentado a la misma línea de flotación de la personalidad humana, porque supone una vulneración de la esencia misma de la persona, la negación de su humanidad, debe reclamarse que sea la dignidad y no otro interés el que integre el bien jurídico protegido por el delito [...]. Frente a la atomización de la esencia de la personalidad humana sobre la base de un concreto conjunto de derechos fundamentales, debe reclamarse que el derecho a ser tratado como persona y no como objeto*

⁸ VILLACAMPA ESTIARTE sostiene, en este sentido, que «*con la identificación de la dignidad como bien jurídico protegido se pretende no tanto identificar un objeto de tutela de contenido material sustancialmente diverso al que se ha dado a la integridad moral en nuestro país, sino huir de un concepto excesivamente local, cuando justamente la trata de seres humanos se perfila como delito internacional, cuya interpretación debe articularse sobre la base de conceptos universalmente reconocidos, como la dignidad humana*» (en *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, cit., p. 397). Asimismo, indica que es común la alusión a la dignidad humana en las declaraciones internacionales y europeas destinadas a la proclamación de los derechos humanos.

⁹ Este argumento se debe, sobre todo, al hecho de que en la Constitución española no se le reconozca la categoría de derecho fundamental a la dignidad, siendo así que se cuestiona su consideración como bien jurídico-penal. Villacampa EstiarTE, en cambio, sostiene que este argumento es poco acertado teniendo en cuenta que desde la doctrina constitucional se ha afirmado que el constituyente probablemente no incluyera la dignidad en el catálogo de derechos fundamentales por considerar que no era necesario, al entenderla inherente a la naturaleza humana, en Título VII bis, cit., pp. 281-282.

¹⁰ Se apela a la dignidad humana tan frecuentemente y desde perspectivas tan diversas, que su significado no parece poder concretarse. Por ello, entre otros, GRACIA MARTÍN sostiene que la dignidad humana no es ningún bien jurídico-penal, sino un atributo totalizador, «*una síntesis de la totalidad de dimensiones físicas y espirituales específicas de la persona humana*» (en «El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal español de 1995». *Actualidad Penal*. 1996: 581 y ss.). En este sentido, véase también MAPELLI CAFFARENA, Borja. «La trata de personas». *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2012 (LXV): 49; PERIS RIERA, Jaime y GARCÍA GONZÁLEZ, Javier. El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación. En BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco, MORILLAS CUEVA, Lorenzo y PERIS RIERA, Jaime. *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 116; de La CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. «Persona, Dignidad y Derecho penal». En NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam. Volumen I*. Cuenca: Ed. Universidad Salamanca y Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2001, p. 227; y DíEZ RIPOLLÉS, José Luis. «El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual». *Estudios de Derecho Judicial*. 1999 (21): 242. TOMÁS-VALIENTE LANUZA relata, con gran acierto, que mientras que existe acuerdo sobre el concepto de dignidad en tanto que valor intrínseco al ser humano por el mero hecho de serlo, que le hace acreedor de consideración y respeto; coexisten muchas concepciones acerca de su contenido y de los tratos o prácticas que la vulneran. En su repaso por las consecuencias normativas de la dignidad de la persona y las distintas aplicaciones jurídicas de cada una de ellas, hace referencia a las siguientes vertientes: a) la obligación de reconocimiento de un mínimo invulnerable que se impone a todos los poderes públicos a la hora de configurar el estatuto jurídico de las personas; b) la exigencia de cierta suficiencia económica en determinados ámbitos; c) la exigencia de respeto a las decisiones libremente adoptadas (la dignidad como autodeterminación); y d) la prohibición de instrumentalización de la persona. Al respecto, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. «La dignidad y sus consideraciones normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?», *Revista Española de Derecho Constitucional*. 2014 (102): 167-208.

material con el que se comercia, debe hallar protección penal bajo la denominación de la protección de la dignidad»¹¹.

2. *La integridad moral*

Aunque el legislador penal no hizo referencia a la integridad moral en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, algunos autores sostienen que el bien jurídico-penal en este delito se ha de identificar, precisamente, con este interés, ya que la conjunción de la dignidad con la libertad, que son los intereses a los que el legislador se refiere, conformaría la integridad moral¹².

Parte de la doctrina considera que el delito de trata de seres humanos puede concebirse como una modalidad específica de ataque contra la integridad moral de las personas en la medida en que la instrumentalización del ser humano para la consecución de determinadas finalidades mercantilistas supone involucrarle en una situación que lo anula como persona¹³.

Por tanto, como puede observarse, los autores que defienden que el bien jurídico tutelado en este delito es la dignidad del sujeto pasivo y aquellos que defienden que es su integridad moral recurren a los mismos argumentos. Sin embargo, los defensores de la integridad moral como el bien jurídico protegido en el delito del artículo 177 bis del Código Penal acogen este concepto porque entienden que la dignidad no puede ser considerada un bien jurídico-penal. En este sentido, estiman que la dignidad es la base de todos los derechos fundamentales, pero al no constituir un derecho en sí ha de acudir a la integridad moral para integrar su contenido en el ordenamiento jurídico-penal. Esta línea argumentativa vendría, por tanto, a tratar de rebatir la primera de las razones que he indicado que se alegan en contra de la dignidad humana como el objeto amparado en el delito de trata de seres humanos; es decir, su aceptación como bien jurídico-penal.

En cambio, VILLACAMPA ESTIARTE alega, en contra de esta posición doctrinal, que la postura del legislador parece claramente dirigida a deslindar el delito de trata de seres humanos de los delitos contra la integridad moral, no solamente por las manifestaciones contenidas en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, sino también por la ubicación sistemática de la nueva figura delictiva, no en el título correspondiente a los delitos contra la integridad moral, sino justamente tras este, en un título *ad hoc*¹⁴. A ello ha de añadirse que, a pesar de que la determinación de la integridad moral como el bien jurídico protegido en este delito, en efecto, evita el primero de los obstáculos señalados en relación con la dignidad humana, el segundo obstáculo se reproduce.

En este sentido, se pueden distinguir, a efectos expositivos, dos concepciones del bien jurídico-penal «integridad moral». La primera, por una parte, conlleva la prohibición de

¹¹ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, cit., p. 404.

¹² Así lo entiende BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. «Capítulo 10. Trata de seres humanos». En MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.). *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 228.

¹³ Entre otros, NIETO GARCÍA, Alejandro. «Concurso penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos». *Diario La Ley*, 2012 (7867); MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal». *Estudios penales y criminológicos*, 2012 (32): 100; y BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. Capítulo 10, cit., p. 227.

¹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. «Título VII bis...», cit., pp. 281-282.

humillaciones o degradaciones del ser humano, y de tratarlo como una cosa¹⁵; y, por otra parte, supone reconocerle la libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido¹⁶. Pero también se puede interpretar la integridad moral en un sentido estricto, limitando su alcance a la mencionada prohibición de tratos degradantes a la persona¹⁷. Por tanto, mientras algunos autores sostienen que la integridad moral está estrechamente vinculada con la posibilidad de configurar voluntariamente las propias ideas, pensamientos o sentimientos¹⁸; otros, consideran que la libertad se protege en el Título VI del Libro II del Código Penal, y que los delitos contra la integridad moral se circunscriben a la protección del derecho a no ser sometido a tratos humillantes y degradantes.

Pues bien, bajo mi punto de vista, el concepto estricto de integridad moral que la define como la prohibición de humillación y de cosificación de la persona es la única que, ciertamente, justifica la existencia autónoma de estos delitos y los distingue de los delitos contra la libertad. Así pues, es este el concepto que acogeré para el desarrollo del presente trabajo.

3. *La libertad*

Las dos perspectivas aludidas hasta el momento en relación con la determinación del bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos son las tesis mayoritarias. No obstante, algunos autores también han llegado a la conclusión de que si hay un derecho que pueda erigirse en el objeto amparado en esta figura delictiva, ése es el derecho a la libertad.

¹⁵ Sobre integridad moral se habrían propuesto, según VILLACAMPA ESTIARTE, tres opiniones, puesto que sostiene que el primer bloque que indico se dividiría en dos. Así, de un lado, existiría aquella que la identifica con la idea de incolumidad y que define la integridad moral como el derecho a ser tratado como persona y no como cosa; de otro, la que acude para definir la integridad moral a referentes como la humillación y la degradación; y, finalmente, el grupo que vincula la integridad moral con la idea de quiebra de autonomía de la voluntad, es decir, exigiendo humillación y envilecimiento pero también la negación radical de la voluntad de la persona, en tanto que esencia de su libertad moral. Al respecto, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*, cit., pp. 391 y 392.

¹⁶ Sobre esta doble faceta de la integridad moral, véanse, entre otros, SANTANA VEGA, Dulce María. «Trata de seres humanos». En CORCOY BIDSOLO, Mirentxu (dir.). *Manual de Derecho penal. Parte especial. Tomo I*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 154; y GRIMA LIZANDRA, Vicente. «Delitos contra la integridad moral». En BOIX REIG, Javier (dir.). *Derecho penal. Parte especial, Vol. I*. Madrid: Iustel, 2010, pp. 257-288.

¹⁷ ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. «Torturas y otros delitos contra la integridad moral». En LAMARCA PÉREZ, Carmen (coord.). *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*. Madrid: Colex, 2012, p. 164; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. «Torturas. Otros delitos contra la integridad moral». En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Derecho penal español. Parte especial (I)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 427-433; y LAFONT NICUESA, Luis. *El delito de acoso en el trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 105 y 106.

¹⁸ Pérez Alonso no duda en afirmar que la trata de seres humanos (refiriéndose a su regulación anterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010) se incluye entre los actos que suponen un atentado a la integridad moral. Este autor destaca como elementos para una delimitación de carácter negativo, que la integridad moral puede ser concebida como el derecho a no ser sometido a métodos o procedimientos, normalmente violentos o intimidatorios, que provoquen malestar o sufrimientos físicos o psíquicos en la víctima, que puedan doblegar su voluntad de autodeterminación y que supongan un envilecimiento o humillación de la persona, que deja de ser tratada como tal para ser considerada como una mera cosa. En definitiva, PÉREZ ALONSO define el bien jurídico «integridad moral» como la prohibición de «la instrumentalización de la persona para divertimento de otros o para cualquier otra satisfacción ajena, mediante la reducción de la persona a la conducción de mera cosa, provocando en ella un sentimiento de humillación o vejación e, incluso, un sufrimiento físico o psíquico, no reconducibles a otros tipos penales» (en *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 378 y 379).

Para este sector doctrinal, existen diversos argumentos que respaldan tal concepción. Entre ellos, BEDMAR CARRILLO expone que la libertad es aludida en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 (no así la integridad moral) y que se encuentra situada en un lugar prevalente en la Constitución Española (a diferencia de la dignidad). Además, este autor alega que en la captación, así como también en el transporte o el traslado, se disipa la libertad deambuladora de la víctima; y más adelante, en sucesivas fases de acogimiento, recepción o alojamiento esta pierde su libertad de obrar, su libertad de decisión y su libertad de autodeterminación personal, se convierte en esclava de la persona que la ha sometido y pierde toda su capacidad de toma de decisiones¹⁹. Por ello, llega a la conclusión de que, en realidad, el interés que se tutelaría mediante la incriminación de la trata de seres humanos es la libertad.

No obstante, en contra de esta tesis, DAUNIS RODRÍGUEZ argumenta que los actos de trata de seres humanos suponen algo más que un mero ataque a la libertad; conllevan un ataque diverso que justificaría su criminalización a través de una prohibición autónoma y diferente. Este autor sostiene que con las conductas de trata de seres humanos se produce una instrumentalización de la víctima, cosificándola o reduciéndola a la condición de objeto, cosa o mercancía y que esta dimensión del bien jurídico «dignidad humana» no está necesariamente presente en los ataques a la libertad de la persona²⁰.

4. *El delito de trata de seres humanos como delito pluriofensivo*

Finalmente, en relación con la determinación del bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos, una parte de la doctrina considera que se protegen, además de alguno de los intereses a los que acabo de hacer referencia (la dignidad, la integridad moral o la libertad), otros bienes jurídicos que se ponen en peligro²¹.

Los autores partidarios de esta opción doctrinal consideran que no se puede negar que el Código Penal ha considerado merecedora de pena únicamente la trata de seres humanos que va dirigida a cinco concretas formas de explotación (la explotación laboral, la explotación sexual, la extracción de órganos humanos, la explotación para realizar actividades delictivas y la celebración de matrimonios forzados) y no a otras. Esto indicaría, según estiman los partidarios de esta última tesis, que en el Código Penal español se considera que sólo cuando la conducta de trata de seres humanos va dirigida a poner en peligro determinados bienes jurídicos, aunque sea de manera abstracta, es cuando esta se sanciona penalmente²².

¹⁹ BEDMAR CARRILLO, Eulogio. «El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos». *La Ley Penal*, 2012 (94-95): 91-92.

²⁰ DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. *El delito de trata de seres humanos*, cit., pp. 77 y 78.

²¹ En este sentido, OLAIZOLA NOGALES, Inés. «A vueltas con la inmigración ilegal y el nuevo delito de trata de personas». En FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo (dir.). *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Oviedo: Editorial Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p. 472; POMARES CINTA, Esther. «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral». *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 2011 (13-15); y SANTANA VEGA, Dulce María. «El nuevo delito de trata de seres humanos». *Cuadernos de Política Criminal*, 2011 (104): 84.

²² OLAIZOLA NOGALES, Inés. «A vueltas con la inmigración ilegal y el nuevo delito de trata de personas...», cit., pp. 472-473.

Se trataría, por ello, según estos autores, de proteger, junto al bien jurídico individual afectado, otros bienes jurídico-penales que este fenómeno pondría en peligro en función de la finalidad que se persiga con la trata de seres humanos.

En contra de esta perspectiva, sin embargo, afirma REQUEJO NAVEROS que «*la determinación del bien jurídico protegido ha de ser independiente de los bienes jurídicos que puedan resultar afectados a través de las distintas finalidades de explotación, por cuanto ni es necesario que la explotación llegue a término para entender consumado el delito, el bien jurídico afectado por la explotación quedaría exento de protección al preverse el castigo de ambas conductas en régimen concursal*»²³. Igualmente, algún autor rechaza la tesis pluridelictiva porque ello es difícilmente compatible con la previsión de la punición de los actos preparatorios (art. 177 bis.8 CP)²⁴.

III. TOMA DE POSTURA

Como habrá podido observarse, la concreta delimitación del interés protegido en el delito del artículo 177 bis del Código Penal resulta sumamente controvertida.

Teniendo todos los argumentos indicados en cuenta, a continuación, para explicar por qué sostengo que el delito del artículo 177 bis del Código Penal ha de considerarse un delito pluriofensivo, por un lado, delimitaré cuál sería el bien jurídico lesionado cuando se llevan a cabo las conductas de trata de seres humanos (la dignidad de la víctima, su integridad moral o su libertad) y, por otro lado, explicaré por qué no es solo este el bien jurídico tutelado, sino que también lo son otros que se ponen en peligro.

En relación con el bien jurídico directamente afectado, conviene recordar que el fenómeno de la trata de seres humanos, como su propio nombre indica²⁵, consiste en la conversión de la persona en objeto de intercambio o disposición plena por parte de su propietario o poseedor. Esta relación fáctica de dominio, que permite a un sujeto disponer de la víctima como si se tratara de un bien de su propiedad es la que dota de singularidad al fenómeno y, en definitiva, la que justifica que se le dé un tratamiento jurídico-penal autónomo²⁶. Pues bien, sumándome a quienes descartan que la dignidad humana pueda considerarse un bien jurídico-penal en el

²³ REQUEJO NAVEROS, María Teresa. «El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: Panorama general y compromisos internacionales de regulación». En ALCÁZER GUIRAO, Rafael, MARTÍN LORENZO, María y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coords.). *La trata de seres humanos: Persecución penal y protección de las víctimas*. Madrid: Edisofer, 2015, p. 30.

²⁴ En esta dirección, BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. «Capítulo 10», cit., p. 228.

²⁵ El Diccionario de la RAE define la «trata» como el «tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos».

²⁶ Afirma PÉREZ ALONSO que «*la relación fáctica de dominio del traficante sobre la persona traficada, que le permite ejercer un control absoluto sobre su vida, tiene como presupuesto material la extrema desigualdad y pobreza en la que se encuentra la víctima. Son estas condiciones materiales de existencia las que hacen posible la situación de dominio y sometimiento, caracterizada por la falta de libertad, seguridad y de autodeterminación personal, así como por la cosificación y mercantilización de la persona, propias del trato inhumano y degradante. En esta situación la persona no tiene una opción real y libre en la vida, por lo que no es capaz de decidir por sí misma. Sólo puede resignarse y dejar el control de su vida en manos de terceros. A esta situación se llega lógicamente empleando medios que conllevan una práctica forzada, fraudulenta o abusiva sobre la víctima. Medios que ponen de manifiesto la falta de libertad o de consentimiento válidamente emitido por la persona traficada*» (en *Tráfico de personas e inmigración clandestina*, cit., p. 177).

ordenamiento español, considero que ha de acudirse al bien jurídico-penal «integridad moral» para comprender la prohibición penal de la trata de seres humanos, pues este es el que garantiza la proscripción de una instrumentalización de otro no consentida por este, que puede entenderse como vejatoria, humillante o degradante.

Esta determinación no estaba tan clara con anterioridad a la modificación operada en esta figura delictiva mediante la Ley Orgánica 1/2015. Es tras la inclusión de «*la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima*», como medio comisivo; y tras la expresa referencia, entre las conductas típicas, al «**intercambio o transferencia de control sobre esas personas**», cuando esta conclusión deviene indiscutible. Con esta ampliación del tipo penal se ha confirmado que lo que se persigue es dar una respuesta punitiva a la compraventa, el intercambio, la permuta o el alquiler de seres humanos²⁷, que son los comportamientos que, de una manera más evidente, degradan al ser humano a la condición de cosa y, consecuentemente, afectan gravemente a su integridad moral.

Pero, para proteger la integridad moral de la víctima y evitar su cosificación no hubiese sido necesaria la referencia en el tipo básico del artículo 177 bis del Código Penal a ciertos medios comisivos. Los comportamientos que se prevén en el artículo 177 bis del Código Penal destinados a las mismas finalidades en él contempladas, si se llevasen a cabo sin hacer uso de los medios enumerados (violencia, intimidación o engaño, o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima) no se podrían sancionar mediante esta figura delictiva, aunque lesionasen la integridad moral del sujeto pasivo. Consecuentemente, la exigencia de que concurra alguno de los medios comisivos enumerados en el tipo penal tiene gran trascendencia en la concreción del bien jurídico protegido, porque conlleva que la integridad moral no sea el único bien jurídico tutelado²⁸.

Así pues, el delito de trata de seres humanos no prohíbe exclusivamente la cosificación de la víctima sino que, además, prohíbe que se determine su voluntad hacia alguno de los fines de explotación previstos. El problema es que los tres intereses examinados (la dignidad, la integridad moral y la libertad), según la mayoría de quienes los defienden como objetos tutelados en este delito, amparan de una u otra forma la libertad de la víctima.

A pesar de ello, de estas tres posibilidades, rechazo que la dignidad humana sea el objeto tutelado en este delito porque, como avanzaba, no puede considerarse un bien jurídico-penal en el ordenamiento español. Asimismo, niego que la integridad moral sea el bien jurídico-penal que ampara la libertad de autodeterminación de la víctima porque, como también he expuesto con anterioridad, considero que este interés se limita a garantizar la prohibición de humillar y cosificar al sujeto pasivo. Por ello, habrá que acudir a la libertad para delimitar adecuadamente el bien jurídico que se protege en esta figura delictiva junto a la integridad moral. En particular,

²⁷ CANO PAÑOS, Miguel Ángel. «De la trata de seres humanos». En MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.). *Estudios sobre el Código Penal reformado*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 425.

²⁸ Por este motivo, afirma FERRÉ OLIVÉ, en relación con la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, que existiendo libertad en la decisión, el Derecho penal no interviene ni contra la trabajadora sexual ni contra su entorno, consagrándose como una forma de trabajo más. Al respecto, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. «Trabajo sexual y trata de seres humanos a la luz del proyecto de reforma del Código Penal de 2013». *Revista General de Derecho penal*, 2014 (22).

puesto que la libertad, como estado, tampoco se tutela jurídico-penalmente en el ordenamiento español, la libertad amparada en el delito del artículo 177 bis del Código Penal será la libertad de decidir, la libertad de actuar o la libertad deambulatoria.

Pues bien, bajo mi punto de vista, al prohibir la trata violenta de seres humanos se protege, concretamente, la libertad de obrar; es decir, el mismo bien jurídico tutelado en los delitos de coacciones²⁹. Adviértase que el delito de trata violenta de seres humanos comparte el fundamento de las coacciones; el núcleo central de ambas figuras consiste en imponer con violencia una conducta a otro a través de diversas modalidades de actuación. Y, por su parte, con la incriminación de la trata fraudulenta o abusiva de seres humanos se ampara la libertad de decisión, ya que mediante el engaño, así como también abusando de la situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, o aprovechándose de una situación superioridad, se interfiere, sin duda alguna, en el proceso deliberativo de este sujeto³⁰. No obstante, la prohibición penal de la trata de seres humanos empleando intimidación protegería, dependiendo del caso, la libertad de decidir o la libertad de obrar, ya que la intimidación es el núcleo común a todas las conductas de amenazas, pero también es inherente a las coacciones³¹.

En cualquier caso, dado que el legislador penal ha equiparado todas estas formas de trata de seres humanos, entiendo que, además de la integridad moral del sujeto pasivo, este tipo penal protege su libertad de autodeterminación, sin necesidad de concretar si se tutela en su fase de formación o en su fase de ejecución. Lo que ha de descartarse es que la libertad deambulatoria de la víctima sea un bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos, pues resulta perfectamente posible consumarlo sin que se afecte de ninguna manera esta facultad. Así pues, habrá que apreciar un delito de detenciones ilegales si se dan sus elementos³².

²⁹ El empleo de la violencia, en este tipo de contextos, afecta a la libertad de obrar. Afirma, por ello, QUERALT JIMÉNEZ que «el bien jurídico que se protege en las coacciones es la libertad de obrar de las personas, sin necesidad de afectar su proceso de motivación» (en *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 145). Del mismo modo, según la *Circular 5/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería e inmigración*, «la violencia equivale a la fuerza física directamente ejercida sobre la víctima o encaminada a crear entre ella un estado de miedo a sufrir malos tratos en el futuro, con capacidad para anular o limitar seriamente la libertad de acción y decisión», aunque no «exige que se traduzca en lesiones corporales de la víctima, ni es preciso que llegue a producirse una situación adicional de privación de libertad constitutiva de detención ilegal».

³⁰ Para la doctrina mayoritaria el bien jurídico protegido en los delitos de amenazas es la libertad en la formación de la voluntad. Es, particularmente, la libertad de motivación del sujeto pasivo la que se ampara, pues este tiene derecho a que en los procesos de formación de su voluntad no se interpongan presiones intolerables más allá de lo socialmente admitido. Así lo entiende QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pp. 156. No obstante, algunos autores como Muñoz Conde, estiman que el bien jurídico protegido en este delito sería, más bien, «el sentimiento de seguridad o de tranquilidad» (en *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 118).

³¹ Al respecto, SANTANA VEGA, Dulce María. «Trata de seres humanos...», cit., p. 106. Según la *Circular 5/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería e inmigración*, «la intimidación se corresponde con la fuerza psíquica o moral, es decir, con las amenazas en sentido estricto o el ejercicio de cierta clase de fuerza sobre las cosas, que son dirigidas a la víctima o a un tercero (generalmente familiares) con la finalidad de doblegar su voluntad».

³² El Tribunal Supremo considera, en ocasiones, que la detención ilegal absorbe el delito contra la integridad moral (entre otras, véase, en este sentido, la STS 505/2005, de 14 de abril). No obstante, la STS 101/2007, de 7 de febrero, afirma que es perfectamente compatible el delito de detenciones ilegales y los delitos contra la

Considerando todo lo anterior, suscribo la conclusión a la que llega MUÑOZ CONDE en relación con el delito del artículo 177 bis del Código Penal: que aunque la razón de su incriminación autónoma tiene más que ver con la integridad moral, se lesiona esta a través de diversas formas de atentado a la libertad³³.

Pero, además, para comprender la previsión de tan elevadas penas y la referencia a los «seres humanos» (en el Título VII bis) y a «las personas» (en el precepto) en plural, considero que conviene adherirse a la idea de que este delito protege algo más que los bienes jurídicos individuales mencionados.

Los fines que, específicamente, deben perseguirse para poder considerar consumado el delito de trata de seres humanos son, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 1/2015: la denominada «explotación laboral», la explotación sexual, la extracción de órganos humanos, la explotación para realizar actividades delictivas y la celebración de matrimonios forzados³⁴. Esta relación de finalidades de explotación, que es singular de la legislación penal española, se ha llevado a cabo deliberadamente para sancionar sólo estas modalidades de trata de seres humanos³⁵.

Pues bien, puesto que son cinco las finalidades a las que ha de dirigirse, específicamente, la trata de seres humanos para poder ser sancionada conforme al artículo 177 bis del Código Penal, son también cinco los bienes que el legislador ha pretendido proteger en este delito, junto con la libertad de autodeterminación del sujeto pasivo y su integridad moral.

Ciertamente, cada una de las modalidades típicas de la trata de seres humanos supone, además de la lesión a la libertad de autodeterminación del sujeto pasivo y a su integridad moral, la puesta en peligro de otro bien jurídico. A continuación, señalaré, de manera sucinta, cuál sería, en principio, este otro bien protegido en cada una de las modalidades delictivas de la trata de seres humanos:

En primer lugar, en el apartado a) del primer inciso del tipo penal se tratarían de proteger los derechos de los trabajadores. Por ello, de producirse la efectiva explotación, probablemente,

integridad moral, siempre que el atentado contra la integridad moral suponga un plus respecto de los delitos de detenciones ilegales.

³³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 154. En el mismo sentido, REQUEJO NAVEROS, María Teresa. «El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: Panorama general y compromisos internacionales de regulación», cit., p. 29.

³⁴ MAPELLI CAFFARENA sostiene que «a la vista de la evolución expansiva seguida en los últimos años por el concepto jurídico de trata de personas es previsible que pronto se prescindirá de concretas referencias de explotación para que no se generen estas impunidad injustificables y se entienda por trata el traslado para la explotación, entendiéndose por explotación utilizar en provecho propio alguna circunstancia que pone a otro en desventaja» (en La trata de personas. *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, cit., p. 54). Sin embargo, esta predicción parece que no va a cumplirse ante el rechazo expreso por parte del legislador de incluir determinados fines de explotación cuando estaba tramitándose la Ley Orgánica 1/2015.

³⁵ No se ha incluido como finalidad de explotación, por ejemplo, la venta de niños para su adopción ilegal (este ilícito se prevé en el artículo 221 del Código Penal, pero con una pena menor), ni se han prohibido las finalidades de experimentación científica no consentidas con seres humanos (advierde de esta carencia, SANTANA VEGA, Dulce María. El nuevo delito de trata de seres humanos, cit., p. 100), ni tampoco la trata de menores para su incorporación a guerrillas. Sin embargo, dentro de la modalidad delictiva de la trata de seres humanos prevista en el apartado a) del primer inciso del artículo 177 bis del Código Penal, podrían acogerse ciertos fines de explotación no tipificados expresamente.

habría de acudirse al correspondiente delito contra los derechos de los trabajadores (arts. 311 y ss. CP).

En segundo lugar, por lo que se refiere a la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, el bien jurídico puesto en peligro sería, como el lesionado, de carácter individual; en este caso, la libertad sexual de la víctima. Así pues, el delito que concurriría, de producirse, efectivamente, la explotación, sería el previsto en el artículo 187 del Código Penal.

En tercer lugar, la explotación para realizar actividades delictivas, en caso de llegar a materializarse, se castigaría mediante la aplicación del delito correspondiente a la actividad delictiva realizada. En esta modalidad delictiva se protegería indirectamente el bien jurídico contra el que se trata de atentar con la actividad delictiva pretendida; por ejemplo, si la trata de seres humanos es con la finalidad de que la víctima trafique con drogas, se protegería mediatamente, la salud pública.

En cuarto lugar, en la trata de seres humanos con fines de extracción de órganos, el bien jurídico protegido indirectamente sería la salud pública. De lo contrario, si se hubiese querido proteger, como sostiene la doctrina³⁶, la salud del donante, se hubiese tipificado también, por ejemplo, la trata de seres humanos para la explotación fisiológica de las víctimas; es decir, para la extracción de tejidos, para la utilización del útero de personas tratadas para gestar hijos biológicos de otras personas, para efectuar sobre las mismas ensayos clínicos o farmacológicos, para la extracción de sangre con la finalidad de venderla, etc.³⁷. Además, si esta fuera la intención del legislador no tendría mucho sentido que se haya insertado como circunstancia agravante la creación de peligro de causación de lesiones graves (art. 177 bis. 4 CP). Por tanto, esta previsión sólo tiene sentido en cuanto la extracción del órgano de la víctima vaya a comercializarse con fines terapéuticos, ya que sólo entonces puede afirmarse que el sujeto pasivo ha sido cosificado o instrumentalizado con fines mercantilistas.

Y, en quinto lugar, la trata de seres humanos con la finalidad de celebrar matrimonios forzados pondría en peligro, como declara el legislador penal en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, un derecho individual, también ubicado en el ámbito de la libertad: «*el derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento*». Por ello, de llegar a celebrarse el matrimonio forzado que se pretendía resultará procedente aplicar el nuevo artículo 172 bis del Código Penal, que castiga «*un supuesto de coacciones cuando se compeliere a otra persona a contraer matrimonio*»³⁸.

³⁶ Entre ellos, SANTANA VEGA, Dulce María. «El nuevo delito de trata de seres humanos», cit., p. 84; y MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal», cit., p. 100.

³⁷ De hecho, se presentó una enmienda en el Senado al Proyecto de Ley Orgánica 5/2010 que el Congreso le remitió el 29 de enero de 2015, por la que se pedía añadir como una finalidad más de explotación el hecho de «*realizar o promover ensayos o experimentos clínicos o farmacéuticos*» (enmienda núm. 184), y esta propuesta fue rechazada.

³⁸ MAQUEDA ABREU, refiriéndose a la finalidad de matrimonios forzados, tilda de innecesaria la reforma porque entiende que los tipos genéricos de coacciones o amenazas cumplían suficientemente esa función. En este sentido, estima, concretamente, que, desde la perspectiva de la protección de la libertad o la dignidad de las víctimas, la incriminación resulta inútil, teniendo en cuenta que estas situaciones podrían albergarse en el tipo cualificado vigente que castiga con penas agravadas «*la coacción ejercida como objeto de impedir el ejercicio de un derecho fundamental*» (art. 172.2 CP) y afirma que esta se trata de una reforma extremadamente ideológica (en

IV. CONCLUSIONES

La configuración del bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos que acabo de determinar, evidentemente, tiene importantes repercusiones prácticas. Entre ellas, la relación concursal entre esta figura delictiva y los delitos que sancionan, de algún modo, la explotación que se persigue.

Al respecto, el noveno inciso del artículo 177 bis del Código Penal establece que «*en todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación*».

Pues bien, esta cláusula se interpreta de distinto modo. Así, hay quienes entienden que entre el delito de trata de seres humanos y el delito que materializa la explotación que con esta se persigue, existe un concurso de normas; y otros que sostienen que se da un concurso de delitos, debatiendo entonces si se trata de un concurso real o ideal.

A mi juicio, habría que distinguir dos supuestos distintos. Así, entre la trata de seres humanos cuya finalidad ponga en peligro un bien jurídico-penal y aquel otro que sancione su efectiva lesión, como sucede entre el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual y el de prostitución coactiva, esta cláusula implicaría la presencia de un concurso de delitos. En un supuesto como este, la trata de seres humanos constituiría una acción preparatoria de la acción que materializa la finalidad del delito inicial. En consecuencia, la efectiva explotación (en este caso, sexual) se erigiría, en cierto modo, en un agotamiento de la conducta de trata de seres humanos, por lo que nos encontraríamos ante un delito instrumento y un delito fin. Ello hace que lo procedente sea aplicar la regla del concurso medial de delitos³⁹.

En cambio, la solución será distinta si la infracción que aparentemente materializa la finalidad del delito de trata de seres humanos también sanciona la puesta en peligro del bien jurídico protegido que la trata de seres humanos trata de proteger indirectamente. Por ejemplo, en el delito de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos, la citada cláusula concursal no conllevaría, como afirma la doctrina, que haya un concurso de delitos entre el delito de trata de seres humanos y el de tráfico de órganos humanos del artículo 156 bis del Código Penal, ya que tanto este como el de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos pondrían en peligro la salud pública. Por ello, cuando el órgano sea efectivamente extraído, la cláusula concursal, a mi juicio, debería suponer que el concurso (medial) de delitos exista entre el delito previsto en el artículo 177 bis del Código Penal y el correspondiente delito de lesiones⁴⁰. Pero,

«El nuevo delito de matrimonio forzado: art. 172 bis CP». En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 560 y 561).

³⁹ Partidaria de esta solución es, por ejemplo, OLAIZOLA NOGALES, Inés. «A vueltas con la inmigración ilegal y el nuevo delito de trata de personas», cit., p. 488. La SAP de Madrid 287423/2014, de 24 de octubre, ha considerado la relación entre el delito de trata de seres humanos y el delito de prostitución coactiva del artículo 177 del Código Penal como constitutiva de concurso medial. También así la STS 1851/2014, de 4 de febrero.

⁴⁰ En esta dirección, TAMARIT SUMALLA y GARCÍA ALBERO plantean una interpretación restrictiva de la cláusula del 177 bis.9, en virtud de la cual su aplicación se limita a los casos en que la trata vaya seguida de delitos en que se materialice la explotación, esto es, a los delitos de lesión que tienen que ver con la finalidad a la que se orienta la trata, lo que en el caso de la extracción de sus órganos corporales conduce a lesiones, homicidio, asesinato, detención ilegal; de manera que el desvalor del peligro propio del tráfico de órganos quedaría absorbido

estaremos ante un concurso de leyes, a resolver por el principio de especialidad, entre el delito de trata de seres humanos con fines de extracción de órganos (art. 177 bis CP) y el delito de tráfico de órganos humanos (art. 156 bis CP), pues el primero contiene todos los elementos del delito de tráfico de órganos humanos, en su modalidad de obtención ilegal; y, a su vez, otros que lo especifican.

BIBLIOGRAFÍA

- BEDMAR CARRILLO, Eulogio. «El bien jurídico protegido en el delito de trata de seres humanos». *La Ley Penal*, 2012 (94-95): 82-95.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. «Capítulo 10. Trata de seres humanos». En MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.). *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2011, pp. 213-231.
- BOLAÑOS VÁSQUEZ, Hazel Jasmín. «Regulación jurídico-penal de la trata de personas según el Protocolo de Palermo. Aplicación práctica desde la teoría del delito». *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2013 (34): 295-314.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel. «De la trata de seres humanos». En MORILLAS CUEVA, Lorenzo (dir.). *Estudios sobre el Código Penal reformado*. Madrid: Dykinson, 2015, p. 421-432.
- CUGAT MAURI, Miriam. «Trata de seres humanos: la universalización del tráfico de personas y su disociación de las conductas infractoras de la política migratoria». En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Navarra: Aranzadi, 2010, pp. 157-164.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. *El delito de trata de seres humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. «Persona, Dignidad y Derecho penal». En NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam. Volumen I*. Cuenca: Ed. Universidad Salamanca y Ed. Universidad Castilla-La Mancha, 2001, pp. 209-228.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. «Trabajo sexual y trata de seres humanos a la luz del proyecto de reforma del Código Penal de 2013». *Revista General de Derecho penal*, 2014 (22).
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. «Esclavitud y tráfico de seres humanos». En OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, GURDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (coord.). *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 355-378.
- IGLESIAS SKULJ, Agustina. «De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP». En GONZÁLEZ CUSAC, José Luis (dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 593-601.
- JUANES PECES, Ángel. «El delito de trata de seres humanos en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 1995». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2010 (803).
- LLORIA GARCÍA, Paz. «Trata de seres humanos». En BOIX REIG, Javier (dir.). *Derecho penal. Parte especial. Volumen I*. Madrid: Iustel, 2010, pp. 293-313.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja. «La trata de personas». *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2012, LXV: 25-62.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. «El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 bis del Código Penal». *Estudios penales y criminológicos*, 2012 (32): 97-130.

por el tipo del artículo 177 bis (Artículo 156 bis. En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, cit. p. 972).

- MAQUEDA ABREU, María Luisa. «El nuevo delito de matrimonio forzado: art. 172 bis CP». En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 560 y 561.
- MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. «Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas». *Estudios penales y Criminológicos*, 2011, XXXI: 325-390.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. «Concurso penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos». *Diario La Ley*, 2012 (7867).
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. «A vueltas con la inmigración ilegal y el nuevo delito de trata de personas». En FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo (dir.). *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Oviedo: Editorial Constitutio Criminalis Carolina, 2013, pp. 459-489.
- PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *Tráfico de personas e inmigración clandestina*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- POMARES CINTA, Esther. «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral». *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 2011 (13-15).
- REQUEJO NAVEROS, María Teresa. «El delito de trata de seres humanos en el Código Penal español: Panorama general y compromisos internacionales de regulación». En ALCÁCER GUIRAO, Rafael, MARTÍN LORENZO, María y VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coords.). *La trata de seres humanos: Persecución penal y protección de las víctimas*. Madrid: Edisofer, 2015, pp. 19-56.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. «Trata de personas». En ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (coord.). *Memento experto. Reforma penal*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2010, pp. 71-88.
- SANTANA VEGA, Dulce María. «Trata de seres humanos». En CORCOY BIDSOLO, Mirentxu (dir.). *Manual de Derecho penal. Parte especial. Tomo I*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 192-206.
- SANTANA VEGA, Dulce María. «El nuevo delito de trata de seres humanos». *Cuadernos de Política Criminal*, 2011 (104): 79-108.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. «Trata de seres humanos». En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dirs.). *Comentarios a la reforma de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 207-217.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. «Título VII bis. De la trata de seres humanos». En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*. Navarra: Aranzadi, 2011, pp. 265-303.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho internacional*. Navarra: Aranzadi, 2011.

La solución del CP de 2015 a la inconstitucionalidad del delito de negacionismo (del artículo 607.2 al 510 CP)

CRISTINA GARCÍA ARROYO (España)

Investigadora Doctoranda, Universidad de Sevilla, España¹

RESUMEN: En este trabajo se estudia la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007, en la que se declara inconstitucional un inciso del art. 607. 2 del Código Penal, en el que se castigaba el llamado «negacionismo», es decir, la conducta consistente en negar la existencia de un determinado genocidio (por lo general, el Holocausto durante la Segunda Guerra Mundial). La actual reforma del Código Penal, publicada en el BOE de 31 de Marzo de 2015 presenta una modificación al respecto del delito de negacionismo, ahora tipificado en el artículo 510.1.c) CP, que merece ser objeto de estudios penales.

Palabras clave: Derecho Penal, Tribunal Constitucional, negacionismo, genocidio, reforma del Código Penal de 2015.

ABSTRACT: A recent decision of the Spanish Constitutional Court declared unconstitutional the crime of negationism, that's to say, denying that a genocide (usually, the Holocaust, during the Second World War) ever happened. The current reform of the Penal Code, published in the Official Gazette of March 31, 2015 shows a modification about the crime of denial, now defined in Article 510.1.c) CP, which should be subject to criminal trials.

Key words: Criminal Law, Constitutional Court, revisionism (negationism), genocide, reform of the criminal code of 2015.

La Ley Orgánica de modificación del Código Penal ha quedado aprobada, a fecha de 26 de marzo de 2015, en el Pleno del Congreso al ratificarse las enmiendas incorporadas por el Senado y otorgar, con 181 votos a favor, 138 en contra y 2 abstenciones la mayoría

¹ Profesora Sustituta Interina de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

absoluta necesaria por su carácter orgánico en la votación del texto definitivo, siendo publicada en el BOE de 31 de Marzo, para entrar en vigor el 1 de julio de 2015.

Esta reforma del Código Penal aprobado mediante la Ley Orgánica 10/1995, supone, argumenta el Ejecutivo, una completa revisión y actualización, en la conciencia de que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidencian la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de nuestra norma penal, además de adaptar su contenido a disposiciones y compromisos internacionales.

Entre las diversas modificaciones recogidas en su texto se encuentra el objeto de estudio del presente trabajo, así la Exposición de Motivos declara que se modifica la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia por un doble motivo: de una parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de noviembre, impone una interpretación del delito de **negación del genocidio** que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías; y de otra, se trata de conductas que deben ser objeto de una nueva regulación ajustada a la Decisión Marco 2008/913/JAI, que debe ser traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico.

Se regulan conjuntamente, y de un modo ajustado a la exigencia de la Decisión Marco 2008/913/JAI, más amplio que el actual, los antiguos artículos 510 y 607 del Código Penal. El cambio de ubicación del artículo 607 viene justificado por el propio texto de la Decisión Marco y por el hecho de que el Tribunal Constitucional haya impuesto que la negación del genocidio solamente puede ser delictiva como forma de incitación al odio o a la hostilidad. De igual forma, la Decisión Marco impone la tipificación de la negación del genocidio en la medida en que se trate de una forma de incitación al odio contra minorías.

No obstante, no nos adelantemos y comencemos la crítica y el análisis de este trabajo por el principio para pasar a analizar posteriormente la solución que da el legislador penal de 2015 a la problemática planteada con la anterior redacción del negacionismo, del artículo 607.2 CP. Y es que el discurso negacionista o revisionista pervive, pues en pleno siglo XXI se ha generado el debate sobre los límites de la libertad de expresión y la existencia de esta clase de discursos².

Lo cierto es que, la regulación del artículo 607.2 CP, en un inciso castigaba el llamado «negacionismo», es decir, la conducta consistente en negar la existencia de un determinado genocidio³.

Así las cosas, se presentó cuestión de inconstitucionalidad por el presidente de la Audiencia Provincial de Barcelona, ante el Tribunal Constitucional, el caso por todos conocidos no era otro que el de la «Librería Europa». Los hechos transcurrieron de la siguiente forma; con fecha de 16 de Noviembre de 1998, el Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona dictó una Sentencia

² Este debate, concretamente, se inicia a partir del año 2006 a raíz de la celebración en Tehran, a iniciativa del presidente de Irán, Mahmud Ahmadineyad, de una convención internacional para revisar la visión global del Holocausto judío, denominada *Review of the Holocaust: Global vision*, a la que fueron llamados los más grandes negacionistas del momento. Ello provocó que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobase una Resolución el 26 de Enero de 2007 (Resolución 60/7) dirigida a condenar todo intento de negar o minimizar el Holocausto judío.

³ Vid.: RAMOS VÁZQUEZ, J. A. «La declaración de inconstitucionalidad del delito del «negacionismo. (artículo 607.2 del código penal español)», *Nuevo Foro Penal*, n.º 72, Enero-Junio 2009, p. 131.

en la que condenaba a Don Pedro Varela Geis como autor responsable de un delito continuado de genocidio del art. 607.2 CP; por actuar en su condición de titular y director de la citada librería de forma habitual y continuada, y a sabiendas de la entrada en vigor de la legislación en la materia en España, por la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y bibliográfico, libros, cartas, publicaciones, carteles, etc..., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el periodo histórico de la Segunda Guerra Mundial, masacre colectiva programada y ejecutada por los responsables de la Alemania nazi que gobernaron en la época del III Reich. La inmensa mayoría de dichas publicaciones contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles seres inferiores a los que se debe exterminar como «a las ratas»⁴. Del mismo modo, lo condenó también como autor responsable de un delito continuado con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución consistente en provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas (art. 510 CP). Como nos referíamos anteriormente contra la anterior resolución, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó una providencia de fecha 30 de abril de 1999 en la que acordaba dar audiencia a las partes personadas a fin de que expresaran su opinión acerca de la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 607.2 CP, cuyo texto era el que sigue:

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

Por otra providencia de fecha 7 de mayo de 1999, el órgano judicial de apelación precisó que la duda de constitucionalidad se refería a la posible incompatibilidad del referido precepto con el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 20.1 CE. Finalmente por Auto de 14 de Septiembre de 2000, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona planteó la mencionada cuestión de inconstitucionalidad en los términos siguientes⁵:

«El fundamento de tal duda reside en la posible colisión con el derecho a la libertad de expresión (reconocido en el art. 20.1 CE) del delito contenido en el art. 607.2 CP, consistente en difundir por cualquier medio ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen esas prácticas. A este respecto, razona la Sala que el art. 607.2 CP constituye un tipo penal autónomo que no puede integrarse con la definición que de la apología del delito ofrece el art. 18 CP ni, en consecuencia, sanciona la apología de los delitos de genocidio ni tampoco la provocación a su comisión o la incitación al odio racial, al venir ya tipificadas estas conductas en otros preceptos del Código penal (arts. 510, 515.5, 519 y 615 CP)»⁶. Así, la conducta sancionada por el artículo 607.2 CP es, pues, exclusivamente la de difundir ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio, conducta que coincide con la que dio lugar a la condena en instancia del Sr. Varela Geis.

⁴ Antecedentes a la STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

En nuestra opinión, como afirma CUERDA ARNAU⁷, se exige la nota de publicidad al menos. Lo que quiere decir que, difundir por cualquier medio no equivale a divulgar por cualquier medio de difusión, entra dentro del tipo la conducta realizada ante una concurrencia de personas. Lo que según la sentencia de instancia fue lo ocurrido en el caso.

En definitiva, la Sección Tercera del Tribunal Constitucional admitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 607.2 CP por presunta vulneración del art. 20.2 CE. Señalando que el órgano proponente consideraba que la conducta tipificada en el art. 607.2 CP definida en estos términos que acabamos de señalar, resultaba de gran evidencia el conflicto generado entre esta norma penal, que sanciona la difusión de ideas y opiniones sobre determinados hechos históricos, y el derecho a la libertad de expresión constitucionalmente consagrado. Si bien, reconocía que, el legislador, ciertamente, puede elegir el bien jurídico que estima necesitado de protección penal. Opinando, además, el subyacente al mencionado precepto presenta una naturaleza muy difusa, puesto que sería identificable con el interés en evitar que se cree un «clima favorecedor de conductas discriminatorias» ya que la incitación o invitación a realizar comportamientos dirigidos a conculcar derechos fundamentales o que supongan menosprecio a la dignidad de la persona ya están contempladas como conductas delictivas por otros preceptos penales. La sala, por tanto, consideró que el mencionado bien jurídico no es merecedor de protección penal en la medida en que, además de su carácter difuso, supone un límite al derecho a la libertad de expresión⁸.

CLAUS ROXIN define el concepto de bienes jurídicos como «*circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de la concepción de esos fines o para el funcionamiento del propio sistema*»⁹. Pero, ¿qué bien jurídico es el protegido por el tipo penal?

Para gran parte de la doctrina, el tipo penal de negación del genocidio nació con la voluntad de preservar un bien jurídico de carácter colectivo o supraindividual: la seguridad de los grupos de población afectados que, en el caso del Holocausto, vendrían a identificarse con la población judía, preservando una atmósfera de paz y de no hostilidad o violencia; así SUÁREZ ESPINO¹⁰, considera que la negación de una barbarie como el genocidio, choca frontalmente con la dignidad y el derecho fundamental al honor de las víctimas supervivientes de estos delitos o de sus descendientes; y que son unos hechos lo suficientemente graves como para estimar que estas tesis negacionistas suponen una violación de la dignidad y el honor de los colectivos que lo sufrieron.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, de 7 de Noviembre, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad sosteniendo, sin embargo, que el párrafo cuestionado podría

⁷ CUERDA ARNAU, M. L. «El denominado delito de apología del genocidio», en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*; QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS (Coords.). Aranzadi, 2001, p. 1133.

⁸ STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio.

⁹ ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Thomson Civitas, 2006, p. 56.

¹⁰ SUÁREZ ESPINO, M. L. «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio», *Indret*, Barcelona, Abril de 2008.

resultar contrario al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [art. 20.1 a) CE]. Además, no se puede negar la importancia de que del tenor literal de la disposición puesta en entredicho resulta no se exige como elemento de las mismas que estén dirigidas a incitar a la comisión de delitos de genocidio ni que con ellas se ensalce al genocidio o se enaltezca a los genocidas, elementos uno y otro que, resultan inherentes a las modalidades delictivas de la provocación para delinquir y la apología del delito, según la definición que de las mismas ofrece el artículo 18.1 CP¹¹.

Compartimos por tanto, la opinión de la STC 235/2007, de 7 de Noviembre, en tanto que el comportamiento cuestionado, tipificado como delictivo por el artículo 607.2 CP, es la mera difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen la existencia de hechos históricos que han sido calificados de genocidio. Por lo que, es evidente el conflicto de tal tipificación con el derecho consagrado en el artículo 20.1 CE. Y es doctrina sentada¹² por el TC, que considerar que ofrecer cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten, si no suponen un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos, no debe ser considerada delito.

Así, «*el art. 20 de la Norma fundamental. Además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas*»¹³.

Además de por lo dicho, el Tribunal basa sus argumentaciones en que la mera negación de la existencia de prácticas genocidas, sin que concurren elementos de enaltecimiento de tales crímenes o incitación a su comisión, o bien expresiones insultantes o vejatorias, constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión, pues, según lo expresado por el propio Tribunal,

«*la libertad de expresión comprende la libertad de crítica aún cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática*»¹⁴.

Además compartimos la argumentación del Tribunal, en tanto que aduce, entre otras razones, la falta de referencia explícita en el delito de negación del genocidio al elemento intencional, por lo que cabría entender, que para incurrir en el ilícito penal, no sería necesaria la voluntad de incitar al odio racial o de menospreciar a un determinado colectivo social, y una

¹¹ STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio.

¹² SSTC 214/1991, de 11 de Noviembre y 176/1995, de 11 de Diciembre.

¹³ STC 159/1986, de 16 de Diciembre, FJ 6.

¹⁴ STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio. FJ4º.

finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades, por lo que la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito del artículo 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado¹⁵. El Tribunal Constitucional hace una vez más, hincapié en la necesidad de que esas declaraciones contengan elementos que inciten al odio contra un determinado colectivo racial o supongan un claro menosprecio. Por lo tanto, sentados los argumentos para declarar la inconstitucionalidad de término «nieguen o» del precepto penal, no podemos más que estar de acuerdo con la opinión del Tribunal y con gran parte de la doctrina¹⁶. Además lo que se penaliza es una simple situación de peligro potencial, o lo que es lo mismo, en palabras del propio Tribunal Constitucional español «una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades»¹⁷, motivos más que suficientes para estar de acuerdo con la inconstitucionalidad de la negación del genocidio.

Dejando ya analizados los antecedentes del tipo, no podemos más que sumarnos al análisis de la reforma operada para el CP, y es que la nueva regulación tipifica dos grupos de conductas: de una parte, y con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos; y de otra parte, los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismos o sus integrantes con una motivación discriminatoria, sin perjuicio de su castigo más grave cuando se trate de acciones de incitación al odio o a la hostilidad contra los mismos, o de conductas idóneas para favorecer un clima de violencia.

Cabe recordar aquí la Sentencia del Juzgado de lo penal n.º 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998, la cual sostuvo esta tesis en relación con el artículo 607.2 CP en su FD 6: «*debe calificarse de delito de peligro abstracto, puesto que se trata de conductas generadoras de un clima de violencia y hostilidad que, en sí mismo y de forma inmediata, podría concretarse en actos específicos de violencia o discriminación ejecutados por terceros, destinatarios de dicho mensaje, resultando taxativamente prohibidos por la ley. Como todo delito de riesgo, lleva implícito el elemento objetivo de peligrosidad e idoneidad, ya que su contenido deviene apto y eficaz para crear en otros la citada actitud hostil generadora de atentados específicos a la vida, la salud, la dignidad o la integridad físico y/o moral de los demás*». Esta idea nos resulta, del todo plausible, ya que la negación de estos crímenes por horriblos que resulten, no lesionan de «*motu proprio*» la seguridad de

¹⁵ Vid.: STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio. FJ8º.

¹⁶ En similar sentido Cfr.: RAMOS VÁZQUEZ, J. A. «La declaración de inconstitucionalidad del delito de «negacionismo» (art. 607.2 del Código Penal)», *Revista Penal*, n.º 23, Enero 2009. BILBAO UBILLOS, J. M. «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN: 0211-5743, núm. 85, enero-abril (2009), pp. 299-352.

¹⁷ Vid.: STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio. FJ8º.

un colectivo, como parece que pretende entender el bien jurídico que se pretendía proteger. Aunque ello no quita, para que de forma mediata a la larga se genere ese clima pernicioso que genere condiciones favorables a la violencia, discriminación, hostilidad y odio. Además, se ha de tener presente que la relación que ha unido bienes jurídicos supraindividuales y delitos de peligro abstracto ha sido siempre muy estrecha, aun existiendo a la par el debate sobre si cabe o no la posibilidad de que esta clase de bienes jurídicos puedan ser directamente lesionados¹⁸. Sin embargo no ha sido, una propuesta unánimemente aceptada, ya que hay cierto sector de la doctrina, aunque sea minoritaria que afirma que este tipo penal de apología del genocidio, se puede interpretar de manera sistemática con el artículo 18.1 CP¹⁹. Esta tesis fue rechazada y criticada, en tanto que el artículo 607.2 CP no exigía la provocación o incitación directa a cometer un delito de genocidio (artículo 607.1 CP), a diferencia del delito de apología del artículo 18.1 CP. El precepto castigaba la difusión de las ideas o doctrinas negacionistas en sí misma considerada, no un mero acto preparatorio²⁰.

Una vez señalado lo que ocurriría hasta el momento, debemos señalar que lo mismo que a lo hasta ahora dicho es predicable a la reforma del artículo 510.1 c) CP. Si bien el precepto dice «*cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación*», no se está tipificando una provocación directa al genocidio contra el pueblo judío a través de la divulgación y transmisión de los postulados negacionistas²¹.

Una cosa es decir públicamente; y recordemos que ya dijimos que esa exigencia de publicidad limitaba el tipo ya que la apología privada es atípica; «Los judíos son unas ratas. Hay que exterminarlos a todos» y otra muy distinta es defender que «Las cámaras de gas nunca existieron». En el primer caso sí existe una provocación directa, por lo que sería admisible sostener que aquí sí hay una apología. En cambio, en el segundo no existe dicha instigación, sin perjuicio de promover con estas palabras una atmósfera hostil contra este colectivo²², pero que realmente no tenemos claro si tal afirmación será suficiente para provocar la instigación. Por lo que estamos ante otro intento del legislador de intentar tipificar correctamente lo que de ninguna de las formas tenía ya algún sentido. Su técnica legislativa, no resulta suficiente para hacer del delito de negacionismo un tipo coherente y necesario, a pesar del cambio en la reforma, que sólo queda en un intento pobre y burdo de dotar de sentido a algo que la doctrina ha puesto de manifiesto, no pocas veces que no lo tiene. Ese afán pancriminalizador del legislador tampoco acaba ni se ve limitado en la materia que hemos venido tratando. Podemos decir también que los principios de legalidad, última ratio e intervención mínima inspiradores del derecho penal han quedado reducidos al mínimo en la Reforma que entrará en vigor en próximo día 1 de Julio.

¹⁸ TURIENZO FERNÁNDEZ, A. «El delito de negación del holocausto», *Indret*, Barcelona, Enero 2015, p. 16.

¹⁹ *Íbidem*.

²⁰ *Íbidem*.

²¹ *Íbidem*.

²² En similar sentido vid.: TURIENZO FERNÁNDEZ, ult. Op. Cit., p. 17.

BIBLIOGRAFÍA

- BILBAO UBILLOS, J. M. «La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN: 0211-5743, núm. 85, enero-abril (2009).
- CUERDA ARNAU, M. L. «El denominado delito de apología del genocidio», en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*; QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS (Coords.). Aranzadi, 2001.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A. «La declaración de inconstitucionalidad del delito del «negacionismo. (artículo 607.2 del código penal español)», *Nuevo Foro Penal*, n.º 72, Enero-Junio 2009.
- ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Thomson Civitas, 2006.
- SUÁREZ ESPINO, M. L. «Comentario a la STC 235/2007, de 7 de Noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio», *Indret*, Barcelona, Abril de 2008.
- STC 235/2007, de 7 de Noviembre.
- STC 214/1991, de 11 de Noviembre.
- STC 176/1995, de 11 de Diciembre.
- STC 159/1986, de 16 de Diciembre.
- TURIENZO FERNÁNDEZ, A. «El delito de negación del holocausto», *Indret*, Barcelona, Enero 2015.

Responsabilidad penal por crímenes internacionales y coautoría mediata

MIREN ODRIEZOLA-GURRUTXAGA (España)
*Investigadora Doctoranda, UPV/EHU, España*¹

RESUMEN: Debido al carácter masivo de los crímenes de atrocidad, la determinación de la responsabilidad penal de cada uno de los intervinientes en su comisión constituye uno de los desafíos más importantes del Derecho Penal Internacional en la actualidad. En todo caso, los modos de intervención criminal punible deben ser respetuosos tanto con el principio de responsabilidad penal individual como con la realidad criminológica de esta clase de crímenes. En la presente investigación, se analizan las distintas alternativas seguidas por los tribunales penales internacionales a la hora de determinar la forma de autoría o participación aplicable a cada caso, entre las cuales la coautoría mediata por medio de Estructuras Organizadas de Poder ocupa un lugar destacado, por tratarse de una forma de autoría novedosa y especialmente útil en el contexto de crímenes de atrocidad.

Palabras clave: Tribunales penales internacionales, crímenes de atrocidad, modos de intervención criminal punible, coautoría mediata por medio de Estructuras Organizadas de Poder.

ABSTRACT: Owing to the massive nature of atrocity crimes, the establishment of the criminal liability of each of the individuals who take part in the perpetration of atrocity crimes constitutes one of the most relevant challenges which International Criminal Law faces nowadays. In any case, the modes of liability shall be respectful of the principle of individual criminal liability as well as of the criminological reality of such kind of crimes. The present research analyzes the various alternatives which have been followed by international criminal tribunals in order to choose the appropriate form of perpetration or participation for each case. Co-perpetration by means of an Organized Power Apparatus features prominently among such alternatives, since it has been recently developed and it proves to be particularly useful in the context of atrocity crimes.

Key words: International criminal tribunals, atrocity crimes, modes of liability, co-perpetration by means of an Organized Power Apparatus.

¹ Profesora Derecho Penal, Universidad del País Vasco - Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU).

SUMARIO: I. Introducción. II. Realidad criminológica de los crímenes de atrocidad. III. La responsabilidad penal de los criminales de rango bajo. IV. La responsabilidad penal de los criminales de rango medio y alto. V. La coautoría mediata. VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta en la actualidad el Derecho Penal Internacional (en adelante, DPI) consiste en la determinación de la responsabilidad penal de cada uno de los múltiples intervinientes en la comisión de crímenes internacionales o –como acertadamente ha comenzado a denominarlos parte de la doctrina– crímenes de atrocidad (*atrocities crimes*)².

Dicho concepto novedoso debe ser bienvenido, en tanto que la noción de crímenes internacionales puede entenderse en un sentido amplio –en el que se incluyen crímenes como la piratería o el tráfico ilícito de drogas –³; e incluso cuando se hace una interpretación restrictiva del mismo, abarca los supuestos en los que se comete alguno de los tres *core crimes* (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra) sin que se cumpla el estándar de magnitud requerido por los tribunales penales internacionales⁴ para ejercer su jurisdicción.

Por el contrario, el concepto de crímenes de atrocidad se limita a los casos de genocidios, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra que cumplen dicho estándar de magnitud⁵, lo que concuerda a la perfección con la clase de crímenes enjuiciados por los tribunales penales internacionales –Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY), Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) y la Corte Penal Internacional (CPI)–, objeto de estudio del presente trabajo investigador.

Una vez determinado el objeto de estudio, debe explicarse por qué constituye un desafío de tal envergadura la determinación de la responsabilidad penal individual en DPI. Ello se debe al carácter colectivo y masivo de los crímenes de atrocidad. Debido al elevado número de intervinientes en la comisión de tales crímenes que, además, con frecuencia discurren de manera desorganizada y espontánea, resulta sumamente complicado determinar quién es responsable de qué hechos y en qué medida.

Con objeto de dar respuesta a esta problemática, la jurisprudencia penal internacional ha desarrollado nuevos modos de intervención criminal punible por medio de los cuales responsabilizar a los intervinientes en la comisión de crímenes de esta clase. Destacan la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta (*Joint Criminal Enterprise*) desarrollada por los tribunales *ad hoc* (TPIY y TPIR), la teoría de la autoría mediata por medio de Estructuras Organizadas de Poder

² Término acuñado por SCHEFFER, David. «Genocide and Atrocity Crimes». *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2014, vol. 1 (3): pp. 245-247; y defendido, entre otros, por SCHABAS, William. «Semantics or Substance? David Scheffer's Welcome Proposal to Strengthen Criminal Accountability for Atrocities». *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2014, Vol. 2 (1), pp. 34-35.

³ BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law. Volume I. Crimes*. New York: Transnational Publishers, 1999, p. 58; KOLB, Robert. *Droit international pénal*. Bruxelles: Bruylant, 2008, p. 68.

⁴ También por los denominados tribunales mixtos, como el Tribunal Especial para el Líbano o las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya.

⁵ SCHEFFER, David. «Genocide...», *cit.*, pp. 245-247.

(EOP) adoptada por la CPI, y la coautoría mediata –de reciente creación en el ámbito de la CPI– que es objeto de especial atención en la presente investigación.

Pese a lo complicado de determinar la responsabilidad penal de cada uno de los intervinientes en estos crímenes que, por naturaleza, son masivos, el DPI sigue siendo Derecho Penal y, por tanto, debe respetar los principios básicos del mismo, muy en especial, el principio de responsabilidad penal individual por los propios hechos⁶.

Sin embargo, no todas las formas de autoría y de participación desarrolladas por los tribunales penales internacionales son igual de respetuosos con el mencionado principio, de ahí que más adelante se critique la aplicación de la doctrina de la *Empresa Criminal Conjunta* (en adelante, ECC) o *Joint Criminal Enterprise* como forma de coautoría.

II. REALIDAD CRIMINOLÓGICA DE LOS CRÍMENES DE ATROCIDAD

Sin perjuicio de la relevancia de que los modos de intervención criminal punible en DPI sean respetuosos con el principio de responsabilidad penal individual, es también necesario que tales modos de intervención criminal o formas de autoría y participación tengan en consideración la realidad criminológica de los crímenes de atrocidad. Dicha necesidad surge como reacción al recurso que, en ocasiones, los tribunales penales internacionales han realizado a interpretaciones forzadas y a ficciones legales que poco –o nada– tienen que ver con la realidad, como se tendrá opción de comprobar más adelante.

En este contexto, conviene tener presentes las siguientes características de la dinámica de los crímenes de atrocidad:

- 1) La comisión de crímenes de atrocidad se caracteriza, ante todo, por la intervención masiva de individuos que, además, cumplen roles muy diferentes entre sí. Sus contribuciones difieren en cuanto al efecto en el resultado criminal: desde el soldado de a pie que se mancha las manos de sangre hasta el cerebro criminal que (como Milošević) ordena y controla la comisión de los crímenes, pasando por los superiores intermedios o los empresarios que hacen negocio con la venta de armas.
- 2) A pesar de la heterogeneidad de sus contribuciones, los intervinientes en la comisión de crímenes de atrocidad pueden agruparse en tres grandes categorías conforme al lugar que ocupan en el entramado criminal: criminales de rango alto, de rango medio, y de rango bajo. Los criminales rango medio ejercen la función de puente entre la cúpula y los ejecutores.
- 3) En lo que se refiere a los criminales de rango alto, éstos son los verdaderos artífices de los crímenes de atrocidad, ya que: por una parte, realizan una maquiavélica labor de arquitectura social en el establecimiento de las «circunstancias extraordinarias» en las que se cometen los crímenes de atrocidad; y por otra, dirigen y controlan la comisión de los mismos, es decir, deciden si y cómo se realizarán.

⁶ GIL GIL, Alicia. «Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución». En GIL GIL, Alicia y MACULAN, Elena. *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*. Madrid: Dykinson S. L., 2013, p. 512.

Hace tiempo que quedó descartada la tesis de explicar la intervención masiva de personas «normales» en la comisión de crímenes de atrocidad por medio de la alteración mental de todos ellos⁷. Es necesario recurrir a una combinación de factores que actúan a nivel macro (internacional y estatal), meso (grupal u organizacional) y micro (individual) para poder comprender la intervención masiva de individuos que, de no ser por las «circunstancias extraordinarias» del momento, nunca se hubiesen visto envueltos en la comisión de conductas tan atroces⁸.

La detestable labor de arquitectura social arriba mencionada consiste en la manipulación y explotación de los factores que operan en los distintos niveles. A través del uso de la propaganda o de ideologías excluyentes, por ejemplo, los criminales de rango alto crean el caldo de cultivo para la comisión de crímenes de atrocidad. No obstante, dicha labor de arquitectura social dará lugar, a lo sumo, a responsabilidad penal por la comisión de delitos de odio, de pertenencia a organización criminal o delitos similares, pero no serán constitutivos de crímenes de atrocidad. Por ello, lo verdaderamente relevante a la hora de establecer la responsabilidad penal de los máximos responsables de los crímenes de atrocidad es su contribución a organizar, dirigir y controlar la comisión de los mismos.

- 4) En cuanto a los criminales de rango medio y bajo, ya se ha puesto de manifiesto que, en su mayoría, son personas «normales» que actúan influidas por una combinación de factores a nivel macro, meso y micro. No obstante, aceptar la influencia del contexto en el actuar de los criminales de rango medio y bajo no supone eximirlos de responsabilidad penal. Si bien pueden darse casos en los que se cumplan los requisitos para aplicar la eximente (*defence*) de haber actuado bajo coacción (*duress*) –como en el caso de los niños soldado–, sería incorrecto establecer una causa eximente (completa o incompleta) de aplicación general a todos los criminales de rango bajo y medio, ya que, éstos no suelen actuar bajo una amenaza contra la vida o la integridad física de la propia persona o de sus familiares⁹. Claro ejemplo de ello es que, durante el régimen nazi, lo máximo a lo que se podían enfrentar aquellos que se negaban a cumplir las órdenes consistía en una denegación de ascenso o similar¹⁰.
- 5) La naturaleza más desordenada de los crímenes de atrocidad actuales es otra característica a tener en cuenta, puesto que dificulta la determinación del modo de intervención criminal punible aplicable a cada sujeto interviniente. En efecto, a diferencia del carácter burocrático y organizado de la comisión de los crímenes en el régimen nazi, las manifestaciones actuales de criminalidad masiva discurren con frecuencia de manera desordenada y espontánea.

7 ALVAREZ, Alex. *Genocidal Crimes*. London-New York: Routledge, 2010, p. 103; SMEULERS, Alette. «Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology». En SMEULERS, Alette, y HAVEMAN, Roelof. *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2008, p. 234.

⁸ En sentido similar, ROTHE, Dawn L. *State Criminality. The Crime of All Crimes*. Plymouth: Lexington Books, 2009, pp. 101-113; ALVAREZ, Alex. *Genocidal Crimes*, cit., p. 105.

⁹ El obrar en cumplimiento de una orden no es suficiente en DPI para eximir al subordinado de su responsabilidad penal: sólo cuando las órdenes van acompañadas de una amenaza a la vida o a la integridad física de la propia persona o de sus familiares puede decirse que el ejecutor del crimen actúa bajo coacción (*duress*) y eximirlo de responsabilidad penal.

¹⁰ JÄGER, Herbert. «Betrachtungen zum Eichmann-Prozess». *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1962, Vol. 45 (3/4): p. 79.

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS CRIMINALES DE RANGO BAJO

Estos son los casos menos problemáticos para definir el modo de intervención criminal punible aplicable. Parece evidente que aquellos que intervienen directamente en la comisión del crimen deben ser considerados autores o coautores directos del mismo.

En vista de los problemas que plantea el concepto subjetivo de autor¹¹ y las limitaciones del concepto objetivo-formal de autor¹², aquí se mantiene una postura favorable a la teoría del dominio del hecho por medio de las tres manifestaciones propuestas por ROXIN: dominio de la acción (autoría directa), dominio funcional del hecho (coautoría) y dominio de la voluntad (autoría mediata). Por lo tanto, en los casos en los que el sujeto activo intervenga de manera directa en la comisión del crimen, habrá de constatarse la existencia del dominio del hecho (en la forma de dominio de la acción).

Si quedara probado que el sujeto activo actuó en solitario y poseía el dominio de la acción (en el sentido de la primera manifestación del dominio del hecho según Roxin), éste será considerado autor directo del crimen. Pero si el acusado cometió el crimen junto con otros con los que compartía el dominio funcional del hecho, todos ellos deberán ser sancionados como coautores (directos) del crimen.

Si, por el contrario, no es posible demostrar que el sujeto activo tenía el dominio del hecho por medio de alguna de sus tres manifestaciones, sólo podrá ser considerado responsable como partícipe por complicidad –recuérdese que no existe en DPI la cooperación necesaria del Derecho penal español–.

I. *Coautoría: Empresa Criminal Conjunta vs. dominio funcional del hecho*

En vista de que los tribunales *ad hoc*, por una parte, y la CPI, por otra, se basan en distintos conceptos de coautoría, se considera necesario hacer una breve comparativa de los mismos.

En la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta (en adelante, ECC), basada en el concepto subjetivo de autor, lo relevante para que un individuo sea considerado miembro de una ECC (y, por ende, coautor) es su voluntad de que el delito –parte del plan común– sea cometido, independientemente del contenido material de su contribución¹³. En efecto, no exige que la contribución del interviniente en una ECC tenga cierta entidad, pese a lo cual da lugar a una responsabilidad a título de coautoría¹⁴.

¹¹ FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000, pp. 657-659; BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law. The Case for a Unified Approach*. Oregon: Hart Publishing, 2013, pp. 159-160; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Montevideo - Buenos Aires: B de F Ltda., 2007, pp. 27-38; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Autoría en Derecho Penal*, Barcelona: PPU, 1991, pp. 326-332.

¹² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y Cómplice, cit.*, pp. 11-27; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Autoría, cit.*, pp. 452-484; BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 51-60.

¹³ OLÁSULO, Héctor. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 304-305; CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2ª Edición. New York: Oxford University Press, 2008, p. 190.

¹⁴ Aunque en *Prosecutor v. Tadić, Appeals Chamber Judgment* del 15.07.1999 (IT-94-I-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Tadić*), párr. 220-228, la Sala de Apelaciones del TPIY no dejó claro cuál era la

Sin embargo, es de señalar que desde 2007 –en la Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*– la jurisprudencia del TPIY viene exigiendo que, aunque la contribución de un interviniente en una ECC no necesita ser sustancial, debe ser al menos significativa¹⁵. Pero este cambio no influye en la naturaleza subjetiva de la ECC, ya que el estándar objetivo de una contribución *significativa* sigue siendo muy inferior a la contribución *esencial* requerida por el concepto del dominio del hecho¹⁶.

La Sentencia de apelación en el caso *Tadić* distinguió tres modalidades de ECC¹⁷. Los elementos del tipo objetivo son los mismos en las tres¹⁸: (i) una pluralidad de personas; (ii) la existencia de un plan, diseño o propósito común; y (iii) la intervención del acusado en la ECC mediante cualquier forma de cooperación en o contribución a la ejecución del plan común.

Por el contrario, los elementos del tipo subjetivo varían en cada una de las modalidades¹⁹: (i) la ECC I exige el dolo compartido de los intervinientes; (ii) la ECC II requiere que cada miembro conozca el sistema de maltrato implementado en la institución en la que trabaja (por ejemplo, un campo de concentración) y que, pese ello, siga realizando su trabajo voluntariamente; y (iii) en la ECC III es necesario que cada miembro quiera intervenir en y promover la comisión del crimen –parte del plan común– por medio del grupo. En esta última modalidad, los miembros son hechos responsables (como coautores) de los excesos de otros miembros (responsabilidad por un hecho que no formaba parte del plan), siempre que tal exceso fuera previsible para el resto y éstos conscientemente decidieran correr tal riesgo²⁰.

naturaleza jurídica de la ECC, en su Decisión en el caso *Milutinović* (así como la jurisprudencia posterior) aclaró que las tres categorías de la ECC debían entenderse como una forma de coautoría. *Vid. Prosecutor v. Milutinović et al., Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise* del 21.05.2003 (ICTY-99-37-AR72), párrs. 20 y 31; *Prosecutor v. Vasiljević, Appeals Chamber Judgment* del 25.02.2004 (IT-98-32-A), párrs. 95 y 102; *Prosecutor v. Kvočka et al., Appeals Chamber Judgment* del 28.02.2005 (IT-98-30/1-A), párr. 79; *Prosecutor v. Brđanin, Appeals Chamber Judgment* del 03.04.2007 (IT-99-36-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*), párr. 434; *Prosecutor v. Gerard Ntakirutimana and Elizaphan Ntakirutimana, Appeals Chamber Judgment* del 13.12.2004 (ICTR-96-10-A, ICTR-96-17-A), párr. 462.

¹⁵ Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 13, párr. 430; *Prosecutor v. Krajišnik, Appeals Chamber Judgment* del 17.03.2009 (IT-00-39-A), párr. 215; *Prosecutor v. Gotovina et al., Trial Chamber Judgment* del 15.04.2011 (IT-06-90-T), párr. 1953; *Prosecutor v. Gatete, Trial Chamber Judgment* del 31.03.2011 (ICTR-2000-61-T), párr. 577; *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao (RUF Case), Trial Chamber Judgment* del 02.03.2009 (SCSL-04-15-T), párr. 261.

¹⁶ OLÁSOLO, Héctor. *Tratado, cit.*, p. 322. La finalidad de la inclusión de tal umbral mínimo consiste en excluir del ámbito de la responsabilidad por ECC a aquellos que, en ejecución del plan común, realizan contribuciones de tan poca relevancia que no tienen un mínimo impacto en términos de incrementar la eficacia de la realización del plan común.

¹⁷ Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 13, párrs. 220 y 228, y 225-226.

¹⁸ AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 122 y 124; VAN SLIEDREGT, Elies. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. New York: Oxford University Press, 2012, p. 135; OLÁSOLO, Héctor. *Tratado, cit.*, p. 310; BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept, cit.*, pp. 348-349.

¹⁹ AMBOS, Kai. *Treatise, cit.*, pp. 125-126; VAN SLIEDREGT, Elies. *Individual, cit.*, p. 134; GIL GIL, Alicia. «Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho Penal Internacional: Empresa Criminal Conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata». *Cuadernos de política criminal*, 2013, Vol. 109: p. 115.

²⁰ AMBOS, Kai. *Treatise, cit.*, p. 126; VAN SLIEDREGT, Elies. *Individual, cit.*, p. 134; BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept, cit.*, pp. 359-361.

Son dos las razones en contra de entender la ECC como forma de coautoría: (i) ninguna de las tres modalidades requiere que la contribución al hecho sea esencial, lo cual es indispensable conforme a un concepto objetivo-material de coautoría; y (ii) la ECC III no exige que el dolo (eventual) de los miembros sea compartido o mutuo, si bien el dolo compartido es un elemento implícito en el requisito del plan común de la coautoría. Además, en tanto que la doctrina de la ECC también ha sido aplicada a grupos grandes, conlleva el recurso a una ficción legal que nada tiene que ver con la realidad: los tribunales *ad hoc* aceptan que todos los miembros de enormes grupos –en los que veces ni siquiera es posible identificar a todos los miembros– comparten el mismo dolo.

En vista de los problemas que plantea la ECC como forma de coautoría, debe ser bienvenido que la CPI haya abandonado tal doctrina a favor de la coautoría por dominio funcional del hecho. Son dos los requisitos objetivos de la misma²¹: (i) la existencia de un acuerdo o plan común entre dos o más personas que, de ser llevado a cabo, conllevará la comisión de un crimen; y (ii) que el sujeto activo realizara una contribución esencial al hecho de manera coordinada con el resto de coautores.

Por su parte, pueden dividirse en tres los elementos del tipo subjetivo de la coautoría por dominio funcional del hecho²²: (i) que el sujeto activo tenga los elementos del tipo subjetivo del crimen en cuestión; (ii) que los coautores sean mutuamente conscientes y acepten mutuamente que la implementación de su plan común puede conllevar la realización de los elementos del tipo objetivo del crimen; y (iii) que el sujeto activo sea consciente de las circunstancias fácticas que le permiten co-dominar el hecho.

IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS CRIMINALES DE RANGO MEDIO Y ALTO

La determinación de la forma de autoría o participación aplicable a los criminales de rango medio y alto –también denominados sujetos de atrás o autores intelectuales de los crímenes– plantea mayores problemas que la de los criminales de rango bajo.

Ante la deficiencia de los modos tradicionales de intervención criminal punible –pensados para el crimen individual– para hacer frente a crímenes que, por naturaleza, son masivos, los

²¹ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I Judgment* del 14.03.2012 (ICC-01/04-01/06-2842) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*), párr. 1006; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of the charges* del 29.01.2007 (ICC-01/04-01/06-803-TEn) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*), párrs. 343-348; *Prosecutor v. German Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of the charges* del 30.09.2008 (ICC-01/04-01/07-717) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*), párrs. 521-526; *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Corrigendum of the «Decision on the Confirmation of Charges»* del 07.03.2011 (ICC-02/05-03/09), párrs. 128-138; *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II Decision on the confirmation of charges* del 15.06.2009 (ICC-01/05-01/08-424) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*), párr. 350; *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, Decision on the confirmation of the charges* del 08.02.2010 (ICC-02/05-02/09) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Abu Garda*), párr. 160.

²² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga, supra* nota 20, párrs. 349-367; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga, supra* nota 20, párrs. 527-539; Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga, supra* nota 20, párrs. 980-1016; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Abu Garda, supra* nota 20, párr. 161.

tribunales penales internacionales han aplicado y desarrollado nuevas formas de autoría y participación. La coautoría mediata es la de más reciente creación, pero antes de analizarla, resulta conveniente estudiar otras opciones –algunas basadas en los modos tradicionales de intervención criminal punible, y otras, en nuevas creaciones doctrinales o jurisprudenciales–.

I. *Responsabilidad por participación*

Una parte de la doctrina propone que, en estos casos, el sujeto de atrás sea hecho responsable a título de inducción, mientras que el ejecutor lo sea como autor directo del crimen²³. Aquellos que defienden esta postura argumentan que cuando el ejecutor actúa de manera libre, responsable y consciente de la relevancia de sus actos, no es posible considerarlo como mero instrumento y, por ende, tampoco es posible hablar de autoría mediata; de ahí que la responsabilidad por inducción sea la única opción para establecer la responsabilidad penal de los sujetos de atrás.

Como puede observarse, este enfoque supone aplicar el esquema tradicional –pensado para crímenes individuales– a los crímenes de atrocidad, sin tener en cuenta su carácter masivo. No convence la calificación de los sujetos de atrás –máximos dirigentes– como meros inductores, puesto que no capta todo el desvalor de la conducta del sujeto de atrás: supone relegarle al papel de participe en el hecho ajeno cuando el significado real de su contribución es totalmente distinto²⁴.

Es cierto que también en la autoría mediata el sujeto de atrás provoca al ejecutor al hecho; no obstante, el peso objetivo de las contribuciones al hecho está repartido de modo inverso en la inducción y en autoría mediata²⁵. Mientras que el inductor deja en manos del ejecutor decidir si y cómo ejecutar el hecho, el autor mediato decide si y cómo debe ejecutarse el hecho –el ejecutor no puede alterar en lo esencial el curso trazado por el sujeto de atrás–²⁶.

Los defensores de la inducción para esta clase de supuestos han solido aducir que, en tanto que en España y en Alemania el inductor es castigado con la misma pena que el autor, «no existe razón políticocriminal alguna para, mediante la figura del «autor detrás del autor», extraer de la inducción los casos más graves»²⁷. Sin embargo, apoyar tal afirmación es criticable en dos sentidos: (i) supone no tener en cuenta que la autoría y la participación responden a una naturaleza,

²³ Son defensores de la inducción para este tipo de casos: WEIGEND, Thomas. «Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept». *JICJ*, 2011, Vol. 9 (1); KÖHLER, Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin-Heidelberg: Springer, 1997, pp. 509-510; RENZIOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr, 1997, pp. 88-90.

²⁴ FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 180-182 y 188; BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata*, cit., pp. 373-374; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. «La coautoría mediata: Una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2012, Vol. 8: pp. 185-186.

²⁵ ROXIN, Klaus. «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata». *REJ*, 2006, Vol. 7: p. 13; FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 174 y 181; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. «La coautoría mediata...», cit., pp. 185-186.

²⁶ ROXIN, Klaus. «El dominio de organización...», cit., p. 13; ROXIN, Klaus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Pamplona: Civitas, 2014, p. 120; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. *La coautoría mediata*, cit., pp. 185-186.

²⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 670.

estructura y fundamento distintos²⁸; y (ii) conlleva liberar a los máximos responsables de los crímenes de atrocidad de la estigmatización de ser condenados como autores –responsables principales, no accesorios– de dichos crímenes.

2. Responsabilidad del Superior

El art. 86.2 del Protocolo Adicional I (de 1977) a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, constituye el antecedente de los artículos de los Estatutos de los tribunales *ad hoc* y de la CPI –art. 7(3) ETPIY, art. 6(3) ETPIR y art. 28 ER– que hoy en día regulan la Responsabilidad del Superior²⁹ en DPI.

Tal y como está regulada en la actualidad en DPI, la Responsabilidad del Superior es constitutiva de una responsabilidad penal por una omisión punible –por no adoptar las medidas necesarias y razonables para impedir la comisión de crímenes por parte de sus subordinados o castigar a los mismos–. Debe tenerse presente que si queda probado que el superior ha intervenido de alguna manera en la comisión del crimen principal, la responsabilidad por autoría o por participación deberá aplicarse con preferencia a la Responsabilidad del Superior³⁰.

En lo que se refiere al tipo subjetivo, es suficiente con que el superior actúe con imprudencia consciente³¹ o, incluso, inconsciente³² para que se le aplique la Responsabilidad del Superior. Por el contrario, la responsabilidad por autoría o por participación exige que el sujeto activo actúe dolosamente –mientras que los tribunales *ad hoc* y la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I) y la Sala de Primera Instancia I (SPI I) de la CPI consideran suficiente el dolo eventual, la SCP II de la CPI exige al menos el dolo directo de segundo grado–³³.

²⁸ FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 173, en referencia a BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata*, cit., p. 363, nota 79; MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. «La coautoría mediata», cit., pp. 185-186.

²⁹ El término «Responsabilidad del Superior» es más adecuado que el tradicional «Responsabilidad por el Mando», en tanto que este último sólo abarca a los superiores militares, mientras que, en la actualidad, los tribunales penales internacionales han dejado claro que tanto los superiores militares como civiles pueden ser responsables por no adoptar las medidas necesarias y razonables para impedir la comisión de crímenes por parte de sus subordinados o castigar a los mismos.

³⁰ *Prosecutor v. Mucić et al., Appeals Chamber Judgment* del 20.02.2001 (IT-96-21-A), párr. 225; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Chamber Judgment* del 21.05.1999 (ICTR-95-1-T), párr. 223. MELONI, Chantal. *Command Responsibility in International Criminal Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2010, p. 85; BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept*, cit., p. 367.

³¹ En el estándar de «deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente», sólo aplicable a los superiores civiles en la CPI, o en el estándar de «tenía razones para saber», aplicable tanto a superiores civiles como militares en el ámbito de los tribunales *ad hoc*. *Vid.* AMBOS, Kai. «Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility». *JICJ*, 2007, Vol. 5 (1): p. 179; AMBOS, Kai. *Treatise*, cit., p. 227; OLÁSULO, Héctor. *Tratado*, cit., p. 802; CASSESE, Antonio. *International*, cit., p. 251; BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept*, cit., p. 414.

³² En el estándar de «hubiere debido saber» (*should have known*), sólo aplicable a los superiores militares en la CPI. *Vid.* AMBOS, Kai. «Joint Criminal Enterprise...», cit., p. 179; BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept*, cit., pp. 412-413.

³³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 20, párrs. 530 y 533; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 20, párr. 353; Sentencia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 20, párrs. 1010-1012; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 20, párrs. 360-362.

Si bien la Responsabilidad del Superior puede resultar útil en los supuestos en los que no concurran (o no puedan probarse) en el superior los requisitos de alguna forma de autoría o de participación, en la mayoría de los casos, es insuficiente para captar el desvalor de la conducta de los superiores, los cuales suelen tener un rol más activo en la comisión de crímenes de atrocidad. La aplicación de la Responsabilidad del Superior debería limitarse a los supuestos –poco frecuentes en DPI– en los que el superior simplemente no adopta las medidas necesarias y razonables para impedir o castigar la comisión de crímenes por parte de sus subordinados. Si, por el contrario, el superior organiza, dirige y controla la comisión de los crímenes –escenario más común en DPI–, la Responsabilidad del Superior resultará insuficiente.

3. *Responsabilidad por coautoría*

Como ya se ha puesto de manifiesto, existen razones de peso en contra de la caracterización de la ECC (en cualquiera de sus tres categorías) como forma de coautoría. Por ello, aquí se ha defendido una postura a favor de la coautoría por dominio funcional del hecho. Aunque tal coautoría sea adecuada para abordar la responsabilidad penal de los individuos que tengan una intervención directa en la comisión de los crímenes (es decir, los criminales de rango bajo o ejecutores), no puede decirse lo mismo en relación a su aplicación a los sujetos de atrás (criminales de rango medio y alto).

De acuerdo con lo defendido por un importante sector doctrinal, la coautoría es adecuada para sancionar también la conducta de los máximos dirigentes de una campaña para cometer crímenes de atrocidad³⁴. Estos autores entienden que las actividades realizadas en el ámbito de una campaña de estas características constituyen supuestos de dominio del hecho compartido entre los líderes y los ejecutores de los crímenes, de ahí que defiendan la aplicación de la coautoría.

Sin embargo, frente a dicha corriente doctrinal, puede objetarse que:

- 1) Confunde la estructura de las relaciones verticales (características de la autoría mediata) con la de las horizontales (típicas de la coautoría)³⁵.
- 2) No tiene presente que, en el cumplimiento de una orden, no existe ningún acuerdo o plan común para la comisión del crimen (indispensable en la coautoría)³⁶.

³⁴ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin - New York: De Gruyter, 1991, p. 649; JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch, cit.*, p. 670; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada». En FERRÉ OLIVÉ, Carlos, y ANARTE BORRALLO, Enrique. *Delincuencia organizada: Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva Publicaciones, 1999, pp. 155-156; AMBOS, Kai. «The *Fujimori* Judgment. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus». *JICJ*, 2011, Vol. 9(1): p. 152.

³⁵ BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata, cit.*, p. 375; FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente, cit.*, pp. 204-205, 131-132 y 158-159; ROXIN, Klaus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II, cit.*, p. 119; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. «La coautoría mediata...», *cit.*, p. 188; OLÁSULO, Héctor. *Tratado, cit.*, pp. 515-517.

³⁶ ROXIN, Klaus. «El dominio de organización...», *cit.*, p. 13; ROXIN, Klaus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II, cit.*, pp. 117-118; BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata, cit.*, p. 375; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. «La coautoría mediata...», *cit.*, pp. 187-188; FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente, cit.*, pp. 129 y 139-140. Para una visión contraria, *vid.* AMBOS, Kai. «The *Fujimori* Judgment...», *cit.*, p. 152, según

- 3) Falta la realización conjunta del hecho –necesaria para la responsabilidad por coautoría– cuando el sujeto de atrás se limita a la emisión de la orden³⁷. Si bien la CPI ha adoptado la postura contraria, creemos, junto con un amplio sector doctrinal, que es necesario que las aportaciones de los coautores tengan lugar (o se actualicen, al menos como dirección de la ejecución) en la fase de ejecución del hecho– no en la fase preparatoria –, aunque sin llegar a exigir que se materialicen en la ejecución directo-corporal de acciones típicas³⁸.
- 4) Equipara injustamente la responsabilidad de todos los intervinientes, pese a que no todos poseen la misma capacidad de influir en el *iter criminis*³⁹.
- 5) Supone entender que todos los intervinientes en una campaña para la comisión de crímenes de atrocidad comparten el mismo dolo –el dolo compartido es un elemento fundamental de la coautoría, implícito en el requisito del acuerdo común–, mientras que la realidad criminológica de los crímenes de atrocidad muestra que es común el escenario en el que no todos los intervinientes tienen el mismo dolo.

4 Responsabilidad por autoría mediata por medio de EOP

La autoría mediata por medio de EOP, creada por ROXIN en 1963, parte de que en una organización delictiva, los sujetos de atrás que ordenan delitos con mando autónomo, pueden ser responsables a título de autoría mediata, aunque los ejecutores inmediatos sean, asimismo, considerados autores plenamente responsables⁴⁰. Se trata de una construcción jurídica que ya ha sido aplicada varias veces por las jurisdicciones estatales, y ahora también por la CPI.

El fundamento de la autoría mediata por medio de EOP reside en que la EOP –la cual se encuentra a disposición del sujeto de atrás– «funciona «automáticamente», sin que importe la persona individual del ejecutor»⁴¹. Uno de los criterios sobre los que basar el automatismo en el funcionamiento de la EOP consiste en la fungibilidad o intercambiabilidad de sus miembros, en el sentido de que el dirigente sabe que si uno de sus subordinados se niega a cumplir su

el cual es suficiente con un acuerdo informal y, para ello, basta con que los ejecutores muestren su acuerdo (a través de su pertenencia a la campaña o grupo criminal) con las líneas de actuación de los líderes. Sin embargo, no convence este argumento, ya que la existencia de un acuerdo de voluntades no puede deducirse de la mera pertenencia de un sujeto a un grupo u organización (de lo contrario, se estaría sancionando como coautoría un mero supuesto de pertenencia a organización ilícita).

³⁷ ROXIN, Klaus. «El dominio de organización...», *cit.*, p. 13; ROXIN, Klaus. *Autoría y Dominio*, *cit.*, pp. 323-336; FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 133; GIL GIL, Alicia. «Principales figuras...», *cit.*, p. 123; BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata*, *cit.*, pp. 361 y 375; KÖHLER, Michael. *Strafrecht*, *cit.*, p. 518.

³⁸ FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 137; ROXIN, Klaus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, *cit.*, pp. 147 y 157.

³⁹ FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 153-154.

⁴⁰ ROXIN, Klaus. «El dominio de organización...», *cit.*, p. 11; WEIGEND, Thomas. Perpetration through an Organization, *cit.*, pp. 94-99; BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata*, *cit.*, p. 344.

⁴¹ ROXIN, Klaus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000, p. 272.

cometido, otro lo suplirá inmediatamente, por lo que la ejecución del plan global no se verá afectada de modo alguno⁴².

De acuerdo con lo establecido por la CPI, la autoría mediata por medio de EOP requiere los siguientes elementos⁴³:

- 1) La existencia de una EOP en la que la ejecución de los crímenes esté asegurada por el automatismo en el cumplimiento de las órdenes⁴⁴. Lo verdaderamente relevante es el automatismo, mientras que la fungibilidad no es sino una de las formas por medio de las cuales se puede conseguir dicho automatismo –junto con los regímenes de entrenamiento intensivo, estricto y violento⁴⁵, entre otros–.
- 2) El control del autor mediato sobre la EOP⁴⁶. Los superiores de rango medio también pueden ostentar el control suficiente para ser considerados autores mediatos: en tanto que lo decisivo es que pueda dirigir la parte de la organización que le está subordinada –sin dejar a criterio de otros la realización del delito–, es irrelevante que el superior intermedio actúe por iniciativa propia o por órdenes superiores⁴⁷.
- 3) Que el autor mediato tenga los elementos del tipo subjetivo de los crímenes en cuestión⁴⁸.
- 4) Que el autor mediato sea consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer su dominio del hecho por conducto de otro⁴⁹.

Como puede observarse, la autoría mediata por medio de EOP encaja perfectamente con la realidad criminológica de los crímenes de atrocidad. Resulta especialmente adecuada para los criminales de rango medio que, pese a estar subordinados a sus superiores, dirigen la parte de la organización que les está subordinada sin dejar a criterio de otros la realización del delito. No obstante, dado que rara vez puede una persona en solitario dirigir y controlar la comisión de crímenes de atrocidad por medio de una EOP, la coautoría mediata ofrece una solución más acertada.

⁴² ROXIN, Klaus. *Autoría y Dominio*, cit., p. 272; ROXIN, Klaus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. III-112; FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 197.

⁴³ *Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Decision on the «Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah ALSENUSSI» del 27.06.2011 (ICC-01/11) (en adelante, Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*), párr. 69; *Le procureur c. Germain Katanga, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut* del 07.03.2014 (ICC-01/04-01/07-3436) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*), párr. 1416.

⁴⁴ Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, supra nota 42, párr. 69. Cfr. Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, supra nota 42, párrs. 1407-1408; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 20, párrs. 511-518.

⁴⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 20, párr. 518; Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, supra nota 42, párr. 75.

⁴⁶ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, supra nota 42, párr. 1407; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 20, párrs. 500-510.

⁴⁷ ROXIN, Klaus. *Autoría y Dominio*, cit., pp. 275-276; BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata*, cit., pp. 348 y 375.

⁴⁸ Incluyendo todo *dolus specialis*. Vid. Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 20, párrs. 527-532.

⁴⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 20, párrs. 538-539.

V. LA COAUTORÍA MEDIATA

Si bien la CPI ha empleado en numerosas ocasiones la figura de la autoría mediata por medio de EOP, se trata, en su mayoría, de casos en los que la mencionada figura ha sido aplicada como parte del concepto de coautoría mediata⁵⁰, es decir, en combinación con el concepto de coautoría por dominio funcional del hecho.

De acuerdo con lo establecido por la SCP I de la CPI, la coautoría mediata constituye la cuarta manifestación del dominio del hecho, junto con la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata⁵¹. La CPI parte de una interpretación inclusiva de la disyunción «o» que une las partículas «con otro» y «por conducto de otro» del artículo 25(3)(a) ER, en el sentido de «o uno o el otro, y posiblemente ambos»⁵².

De acuerdo con la jurisprudencia de la CPI, son ocho los elementos de la coautoría mediata⁵³: (i) el sujeto activo debe formar parte de un plan o acuerdo común con una o más personas; (ii) el sujeto activo y el otro coautor(es) deben realizar de manera coordinada contribuciones esenciales que resulten en el cumplimiento de los elementos del tipo objetivo; (iii) el sujeto debe tener el control sobre la organización; (iv) la organización debe consistir en un aparato organizado y jerárquico de poder; (v) la ejecución de los crímenes debe estar asegurada mediante el cumplimiento casi automático de las órdenes dictadas por el sospechoso; (vi) el sujeto activo debe satisfacer los elementos del tipo subjetivo de los crímenes; (vii) el sujeto activo y los otros coautores deben conocer y aceptar mutuamente que la realización del plan común resultará en el cumplimiento de los elementos del tipo objetivo; y (viii) el sujeto activo debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer el control conjunto sobre la comisión del crimen a través de otra(s) persona(s).

La necesidad de recurrir a la coautoría mediata se debe a que el escenario en el que varios individuos controlan la EOP (o distintas EOPs) es más frecuente que el del líder que en solitario domina la comisión de los crímenes por medio de una EOP. Pueden distinguirse tres grupos de casos en los que aplicar la coautoría mediata⁵⁴:

- 1) Aquellos casos en los que varios dirigentes comparten el dominio sobre una misma EOP y la utilizan para asegurar la comisión de los crímenes, como en el caso *Ruto, Kosgey*

⁵⁰ OLÁSOLO, Héctor. *Tratado, cit.*, pp. 214 y 229.

⁵¹ *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Warrant of arrest* del 04.03.2009 (ICC-02/05-01/09) (en adelante, Orden de arresto en el caso *Al Bashir*), párr. 210.

⁵² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga, supra* nota 20, párrs. 491-492.

⁵³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga, supra* nota 20, párrs. 495-539; *Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo* del 12.06.2014 (ICC-02/11-01/11-1), párr. 230; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear* del 08.03.2011 (ICC-01/09-02/11), párr. 36; *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear* del 08.03.2011 (ICC-01/09-01/11) (en adelante, Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*), párr. 40; *Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Decision Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda* del 09.06.2014 (ICC-01/04-02/06), párrs. 104 y 121.

⁵⁴ AMBOS, Kai, *Treatise, cit.*, p. 157; GIL GIL, Alicia. «Principales figuras...», *cit.*, pp. 135-136; OLÁSOLO, Héctor. *Tratado, cit.*, pp. 613-614; OHLIN, Jens David. «Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability». *Leiden Journal of International Law*, 2012, Vol. 25 (3): p. 779.

y Sang⁵⁵. Weigend califica estos supuestos como el modelo de «junta» del caso *Al Bashir*⁵⁶.

- 2) Aquellos supuestos en los que varios dirigentes –cada uno de ellos al mando de una EOP– dirigen sus diferentes organizaciones para ejecutar de manera coordinada el plan común⁵⁷.
- 3) Aquellos en los que alguno(s) de los coautores lo es por realizar una contribución esencial por sí mismo (por dominio funcional), mientras que otro(s) de los coautores realiza su parte por medio de una EOP bajo su control⁵⁸.

Además, la coautoría mediata evita recurrir a la ficción legal (que poco tiene que ver con la realidad) a la que lleva la responsabilidad por coautoría –tanto con base en la ECC como en el dominio funcional del hecho– en estos casos: evita tener que aceptar que todos los coautores –incluso en vastos planes o acuerdos criminales– comparten el mismo dolo. Los coautores mediatos deberán compartir el dolo (criminales de rango alto), no así los autores directos (criminales de rango bajo).

Así, si bien no se excluye la posibilidad de aplicar la autoría mediata al criminal de rango alto que ocupe en solitario la cúspide del entramado criminal, en la práctica, será más frecuente la aplicación de la coautoría mediata por tratarse de un grupo de criminales de rango alto que dirigen su propia EOP o que conjuntamente dirigen la misma EOP.

VI. CONCLUSIÓN

En vista de la dificultad para determinar de una manera justa la responsabilidad penal de cada interviniente en la comisión de crímenes de atrocidad, aquí se ha propuesto un esquema general de modos de intervención criminal punible en DPI que respeta tanto el principio de responsabilidad penal individual como la realidad criminológica.

En relación a los criminales de rango bajo, se ha defendido que, siempre que pueda constatarse la concurrencia del dominio del hecho, éstos habrán de ser castigados como autores

⁵⁵ Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 52, párr. 41. AMBOS, Kai. *Treatise*, *cit.*, p. 157; GIL GIL, Alicia. «Principales figuras...», *cit.*, pp. 135-136; OLÁSOLO, Héctor. *Tratado*, *cit.*, pp. 592-597; OHLIN, Jens David. *Second-Order*, *cit.*, p. 779.

⁵⁶ Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 50, párrs. 213-216. WEIGEND, Thomas. «Perpetration through an Organization...», *cit.*, p. III.

⁵⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 20; Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 50; *Prosecutor v. Babr Idriss Abu Garda*, *Decision on the Prosecutor's Application under Article 58* del 07.05.2009 (ICC-02/05-02/09); *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, *Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute* del 23.01.2012 (ICC-01/09-02/11); Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 42; *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, *Warrant of arrest* del 23.11.2011 (ICC-02/11), párr. 53. AMBOS, Kai. *Treatise*, *cit.*, p. 157; GIL GIL, Alicia. «Principales figuras...», *cit.*, pp. 135-136; OLÁSOLO, Héctor. *Tratado*, *cit.*, pp. 592-597; OHLIN, Jens David. «Second-Order...», *cit.*, p. 779.

⁵⁸ GIL GIL, Alicia. «Principales figuras...», *cit.*, p. 136. En sentido similar, OHLIN, Jens David. *Second-Order*, *cit.*, pp. 779-781, propone una modalidad en la que bien uno de los líderes no tiene una EOP bajo su control (como en la tercera modalidad propuesta por Gil Gil) o bien, teniendo una EOP bajo su control, los miembros de ésta no cometen directamente los crímenes en cuestión.

directos o coautores de los crímenes. Debido a los problemas que plantea el entendimiento de la ECC como forma de coautoría, se ha realizado una apuesta a favor de la coautoría por dominio funcional del hecho.

En lo que se refiere a los criminales de rango medio y alto, resulta más complicado determinar el modo de intervención criminal punible que les es aplicable. Tras argumentar que, en la mayoría de los casos, la responsabilidad por participación y la Responsabilidad del Superior no captan suficientemente el desvalor de la conducta de los sujetos de atrás, se ha señalado lo inadecuado de la coautoría para estos casos. Por el contrario, la autoría mediata y la coautoría mediata por medio de EOP se adecúan especialmente bien a la estructura de los crímenes de atrocidad –la primera en relación a los superiores intermedios, y la segunda, en relación a los criminales de rango alto–.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ, Alex. *Genocidal Crimes*. London - New York: Routledge, 2010.
- . «Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility». *JICJ*, 2007, Vol. 5 (1): pp. 159-183.
- . «The *Fujimori* Judgment. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus». *JICJ*, 2011, Vol. 9(1): pp. 137-158.
- AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law. The Case for a Unified Approach*. Oregon: Hart Publishing, 2013.
- BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law. Volume I. Crimes*. New York: Transnational Publishers, 1999.
- BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2008.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Autoría en Derecho Penal*, Barcelona: PPU, 1991.
- FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000.
- GIL GIL, Alicia. «Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución». En GIL GIL, Alicia, y MACULAN, Elena. *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*. Madrid: Dykinson S.L., 2013, pp. 511-587.
- . «Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho Penal Internacional: Empresa Criminal Conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata». *Cuadernos de política criminal*, 2013, Vol. 109: pp. 109-146.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Montevideo - Buenos Aires: B de F Ltda., 2007.
- JÄGER, Herbert. «Betrachtungen zum Eichmann-Prozess». *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1962, Vol. 45 (3/4): pp. 78-83.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin - New York: De Gruyter, 1991.

- JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- KOLB, Robert. *Droit international pénal*. Bruxelles: Bruylant, 2008.
- KÖHLER, Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin-Heidelberg: Springer, 1997.
- MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. «La coautoría mediata: Una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2012, Vol. 8: pp. 145-194.
- MELONI, Chantal. *Command Responsibility in International Criminal Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada». En FERRÉ OLIVÉ, Carlos, y ANARTE BORRALLÓ, Enrique. *Delincuencia organizada: Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva Publicaciones, 1999, pp. 151-160.
- OHLIN, Jens David. «Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability». *Leiden Journal of International Law*, 2012, Vol. 25 (3): pp. 771-797.
- OLÁSOLO, Héctor. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr, 1997.
- ROTHE, Dawn L. *State Criminality. The Crime of All Crimes*. Plymouth: Lexington Books, 2009.
- ROXIN, Klaus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.
- . *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Pamplona: Civitas, 2014.
- . «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata». *REJ*, 2006, Vol. 7: pp. 11-22.
- SCHABAS, William. «Semantics or Substance? David Scheffer's Welcome Proposal to Strengthen Criminal Accountability for Atrocities». *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2014, Vol. 2 (1): pp. 31-36.
- SCHEFFER, David. «Genocide and Atrocity Crimes». *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2014, Vol. 1 (3): pp. 229-250.
- SMEULERS, Alette. «Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology». En SMEULERS, Alette, y HAVEMAN, Roelof. *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*. Antwerp - Oxford - Portland: Intersentia, 2008, pp. 233-265.
- VAN SLIEDREGT, Elies. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. New York: Oxford University Press, 2012.
- WEIGEND, Thomas. «Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept». *JICJ*, 2011, Vol. 9 (1): pp. 91-111.

Las aporías del discurso utilitarista de la pena

JORGE LUIS ZEGARRA RENGIFO (Perú)

Investigador Máster, Universidad de Salamanca, España

RESUMEN: El discurso que el Perú ha elaborado para justificar la pena está conformado por el fin preventivo de la pena, principio de proporcionalidad, culpabilidad, dignidad humana, humanización de las penas, entre otros. El primer principio (fin preventivo) justifica el por qué debe castigar, mientras que los demás principios justifican el cómo se debe castigar. El problema está en el hecho de que el fin preventivo de la pena no es compatible con los demás principios. Y en esa medida, el discurso no es apto para justificar el castigo debido a que la incompatibilidad implica— a la luz de la teoría de la justificación —un castigo potencialmente totalitario, sin límites materiales: discursivamente irracional. Por lo que es necesario, elaborar un discurso que sea consistente con los principios limitadores del *ius puniendi*. En concreto sustituir el fin preventivo por un fin que encarne la defensa de los derechos humanos desde sus fundamentos.

Palabras clave: castigo, justificación, racionalidad, incompatibilidad, principios.

ABSTRACT: The speech that Peru has developed to justify the penalty consists of the preventive purpose of the penalty, the principle of proportionality, guilt, human dignity, humanization of punishment, among others. The first principle (preventive purpose) justifies why should punish, while the other principles justifying how to punish. The problem is that the preventive purpose of punishment is not compatible with the other principles. And to that extent, the speech is not suitable to justify the punishment because the inconsistency implies—in the light of the theory of justification—a potentially totalitarian punishment without material limits. As necessary, prepare a speech that is consistent with the principles limiting the right to punish. Specifically replace the preventive purpose for a purpose which will embody the defense of human rights since its foundation.

Key words: punishment, justification, rationality, incompatibility, principles.

SUMARIO: I. Introducción. II. Una teoría de la justificación del castigo. III. Las aporías del discurso sobre la justificación del castigo en el Perú.

I. INTRODUCCIÓN

I. *Planteamiento del problema*

El discurso utilitarista concibe a la pena como un instrumento idóneo para prevenir y contrarrestar los índices de criminalidad; y está normativizado en el Código Penal peruano (artículo I y IX del Título Preliminar). Pero no solo eso, sino que también está constitucionalizado por medio de las sentencias del Tribunal Constitucional (Expediente N° 0019-2005-PI/TC, Expediente N° 010-2002-AI/TC, Expediente 0014-2006-PI/TC). Por lo que el discurso utilitarista de la pena es un discurso jurídicamente vinculante en todo el territorio peruano.

Sin embargo, también es cierto que el discurso que el Perú ha asumido para justificar el castigo no solo está conformado por el fin preventivo de la pena, sino también por otros principios –también vinculantes: el principio de dignidad humana; principio de humanidad de las penas, principio de legalidad, principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad de la pena. Este es el discurso integral que justifica sustancialmente el castigo en el Perú: el fin preventivo justifica el por qué se debe castigar, los demás principios justifican el cómo se debe castigar. Y en la medida que se observe una incoherencia entre el fin preventivo y demás principios estaremos ante un problema sustancial de gran envergadura que merece su atención.

Justamente, y desde la perspectiva del análisis económico de la sanción, RODRÍGUEZ LÓPEZ¹ en su trabajo *¿puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del Derecho*, nos advierte la incompatibilidad –por ejemplo– entre proporcionalidad y eficacia preventiva en el ámbito de la corrupción. En el mismo sentido FEIJOÓ SÁNCHEZ² sostiene que en la intimidación (un tipo de discurso utilitarista) la proporcionalidad entre hecho y pena –constituye un elemento externo inconsecuente con su finalidad–. FERRAJOLI³ también se ha sumado a la denuncia de que el discurso utilitarista en sí mismo implica una incoherencia con muchos de los principios que regulan el cuándo y el cómo se debe castigar –y no solo con el principio de proporcionalidad–; aunque no termina por abandonar las filas utilitaristas.

Ante esta situación problemática el discurso peruano se ha decantado por una postura: preferir el fin preventivo sobre los demás principios. Así vemos que por ejemplo en mayo del 2006 fue modificado el principio de proporcionalidad mediante el Artículo 1 de la Ley N° 28730. La modificación consistió en la inclusión de una excepción al principio de proporcionalidad cuando prescribe «Esta norma [art. VIII] no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito». Esto no significa otra cosa que preferir el fin preventivo –el discurso utilitarista– por sobre el principio de proporcionalidad.

¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. «¿Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del Derecho». [aut. libro] Nicolás FABIÁN CAPARRÓS y Eduardo RODRÍGUEZ GARCÍA. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 25.

² FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 142.

³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. P. Andrés Ibañez A. Ruiz Miguel, J. Bayon Mohido, J. Terradillos Basoco, & R. Canterero Bandrés [trad.]. 4° ed. Madrid: Trotta, 2000, pp. 247 y ss.

2. *Delimitación del objeto de investigación*

Como se sabe, a pesar que el fenómeno del castigo punitivo comprende la definición de lo prohibido, el juzgamiento y el castigo mismo; y aun cuando existan enormes y trascendentales problemas sobre lo que debe o no debe ser prohibido penalmente o cómo debe ser el juzgamiento, el presente trabajo no pretende abarcar todos esos momentos como objeto de estudio. En este sentido, se excluirá como objeto de estudio el discurso sobre la justificación del delito; es decir, la cuestión acerca del ¿por qué y cómo se debe prohibir? De tal forma que todos los principios que se refieran al momento de definir lo que es delito (como el principio de lesividad, estricta legalidad, separación del derecho de la moral, etc.), también quedan excluidos de la presente investigación. Del mismo modo, queda excluido el discurso sobre la cuestión de la justificación del juzgamiento; y como consecuencia, los principios referidos a proceso penal. Lo mismo cabe decir de la justificación del Estado para castigar; es decir sobre la cuestión del por qué y cómo el Estado debe castigar, y no otro o de otra manera; que en definitiva no es lo mismo que la cuestión del porqué y cómo se debe castigar. Y tampoco será objeto de estudio la cuestión sobre si efectivamente puede o no puede el castigo prevenir los delitos, que es una cuestión que corresponde a la Criminología y al Análisis Económico de la sanción. Quedándonos únicamente como objeto de estudio el discurso justificador del castigo mismo, y sus correspondientes respuestas a las cuestiones del ¿por qué se debe castigar? y ¿cómo se debe castigar?, que son cuestiones que le corresponden a la filosofía moral y política, así como a la ciencia penal.

3. *Objetivos*

El presente trabajo tiene como objetivo determinar si existe una incompatibilidad entre el fin preventivo de la pena y demás principios relevantes, entre las razones que justifican el porqué y el cómo se debe castigar. Y luego ver, qué significa esta incompatibilidad a la luz de la teoría de justificación del castigo.

4. *Iter de exposición*

El presente trabajo comenzará elaborando una teoría de la justificación del castigo que determinará los criterios que nos permiten determinar cuándo un discurso es racional –y cuándo no–. Luego someteremos el discurso que el Perú ha asumido para justificar el castigo a la teoría de la justificación previamente elaborado, para determinar su racionalidad o irracionalidad y lo que significa a la luz de mencionada teoría.

II. UNA TEORÍA DE LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO

1. *¿En qué consiste la justificación de la pena?*

Existe consenso en cuanto a que justificar consiste en dar razones en el contexto de una trama argumentativa para admitir algo como –lo óptimamente racional, en detrimento de las restantes posibles y tomadas en consideración–⁴; y por tanto, «ha de aceptarse, preferirse,

4 PAREDES CASTAÑÓN, J. M. *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 19.

escogerse, perseguirse, precisamente sobre la base de [dichas] razones»⁵. Y evidentemente dar razones es precisamente argumentar. Por lo que, es evidente una estrecha relación entre justificación, razones y argumentación. El primero es el producto de lo segundo en el contexto del tercero.

Ahora cabe preguntarse ¿qué es lo que se debe justificar? Podríamos enumerar: las acciones, creencias, emociones, actitudes, deseos, decisiones, reglas y las prácticas sociales –como la pena, etc.–. Sin embargo, todavía esto no es una respuesta, pues cabe preguntarse si tales cosas deben ser justificadas siempre, o solo a veces. Al respecto GARDNER⁶ precisa de forma acertada que «solo se requiere de justificación cuando existe también una razón para no actuar, creer, decidir de tal modo, admitir tal regla o práctica social como la pena, etc.». En fin, lo que no es objetable no requiere justificación. Es necesario justificar la pena cuando existan razones a favor y razones en contra de la justificación de la misma.

En lo que se refiere a las razones en contra, FERRAJOLI⁷ lo grafica de forma magistral cuando nos cuenta que el derecho penal es una técnica que implica restricciones al momento de incriminar conductas, al someter al proceso a los presuntos y al imponer efectivamente la pena. Todas estas restricciones constituyen un costo para la justicia, al ser asumidos tanto inocentes como culpables: tanto inocentes como culpables se ven limitados en su libertad en la incriminación, tanto los unos como los otros son sometidos al proceso penal, y a los unos y a los otros también son sometidos –muchas veces– al castigo. Pero por sobre todo, entre las razones en contra también están los costos de las injusticias. Este coste está compuesto por dos cifras: cifra de ineficiencia, aquellos culpables que nos son condenados o son ignorados; y la cifra de injusticia, culpables acusados pero declarados inocentes o inocentes pero declarados culpables (cifra negra de injusticia), o inocentes declarados culpable pero absueltos por revisión. Estas razones en contra –que deben ser superadas o derrotadas por las razones en favor– no pierden su fuerza racional ni su realidad; pero al ser superadas por las razones a favor, no impiden la justificación⁸.

Por otro lado, pero relacionado a lo dicho en *supra*, MORA RESTREPO⁹ siguiendo a HABERMAS señala la relación íntima entre la necesidad de justificar el castigo punitivo y el modelo de estado imperantes en este tiempo. El autor precitado nos dice que la necesidad de justificación es coherente con el Estado Constitucional de Derecho que exige reglas previas para evitar la arbitrariedad al momento de configurar las instituciones, por ejemplo, el castigo.

En ese sentido, en el Perú –y en todos los Estados– se ha elaborado un discurso –razones a favor– para justificar el castigo. De tal manera que ya existe un discurso, que ha permitido admitir, legitimar y configurar el castigo. Ahora de lo que se trata es de analizar las razones que conforman el discurso, y ver si dichas razones son idóneas para justificar el castigo. Esta idoneidad

⁵ SCARPELLI, citado por FERRAJOLI, Luigi. Óp. cit., p. 239.

⁶ GARDNER, J. *Ofensas y defensas: ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*. M. L. Manrique y J. Peralta [trads.]. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 117. En el mismo sentido PAREDES CASTAÑÓN. Óp. cit., p. 23. También ANITUA, G. I. «Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la ilustración». [aut. libro] I. RIVERA BEIRAS. *Mitologías y discursos del castigo penal*. Barcelona: Anthropos, 2004, p. 14.

⁷ Óp. cit., p. 210. En el mismo sentido BENTHAM, J. *Tratados de legislación civil y penal*. M. RODRÍGUEZ GIL y R. SALAS [trad.]. Madrid: Editora Nacional, 1981, p. 327.

⁸ GARDNER. Óp. cit., p. 118.

⁹ MORA RESTREPO, G. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 358.

dependerá de si las razones aducidas son consistentes con una serie criterios –estándares– de justificación. Por lo que, lo relevante de cara a la justificación de la pena será el descubrir dichos criterios que aseguran la racionalidad de un discurso.

2. *Criterios de justificación*

Los criterios de justificación conforman la teoría de justificación. Esta teoría ha sido desarrollada principalmente en el ámbito de las decisiones judiciales: la sentencia, tanto de los jueces ordinarios como de los jueces constitucionales. Esto se debe tal vez al hecho de que existe una conciencia colectiva de vincular la labor de los jueces con el riesgo de arbitrariedad. Frente a este riesgo, principalmente la filosofía del Derecho (desde THEODOR VIEHWEG, PERELMAN, TOULMIN, MACCORMICK, pasando por AARNIO, PECZENICK, ROBERT ALEXY, y JHON FINNIS) ha emprendido la labor de elaborar criterios que permitan controlar la racionalidad de las argumentaciones de cara a su justificación. Siendo que actualmente, los avances son enormes.

En este trabajo tomaremos como referencia la teoría de justificación que MORA RESTREPO ha configurado, debido a que ha condensado todo lo avanzado hasta ahora. Y aunque este autor se circunscribe a formular criterios para justificar las sentencias constitucionales, nada obsta para poder utilizarla –con ciertas modificaciones de nomenclatura– para controlar la racionalidad de las razones del discurso justificador del castigo. Por otro lado, la justificación de la propia teoría de la justificación será tomada como presupuesto en este trabajo, debido a que detenerse en ello implicaría un trabajo que desbordaría el objeto de investigación. En ese sentido, los criterios de justificación se clasifican en criterios de justificación formal y material, y dentro de esta última, las reglas de depuración y las reglas de fundamentación.

3. *Justificación formal y justificación material*

ATIENZA nos dice que cabría hablar de una justificación formal de los argumentos –cuando un argumento es formalmente correcto– y una justificación material –cuándo puede considerarse un argumento, en un campo determinado, aceptable–¹⁰.

Simplificando, podríamos decir que la justificación formal tiene como función la de verificar la corrección lógica (deductiva e inductiva) de un argumento, en el caso nuestro, de un argumento de justificación. Será correcto o válido formalmente si la conclusión es necesaria y coherente con sus premisas, si no hay contradicción entre premisas y entre éstas y la conclusión, y evidentemente excluyendo las falacias formales¹¹. Empero, la insuficiencia de la justificación formal es que no ofrece criterios de corrección sobre el contenido de cada premisa y conclusión. Es decir, no dice si cada premisa y conclusión es falsa o verdadera, justa o injusta; y más aún, ni exige una explicación de las razones que sustentan las premisas¹². De tal forma, que sería posible una conclusión injusta y/o falsa pero válida lógicamente (coherente y necesaria)¹³.

¹⁰ ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991, p. 24.

¹¹ MORA RESTREPO. *Op. cit.*, pp. 121 y 366.

¹² Ídem. Pág. 367, 370. También ATIENZA. *Op. cit.*, p. 32.

¹³ Algunos ejemplos se pueden ver en Ídem, pp. 367-369.

Por eso, se hace necesaria también la concurrencia de una justificación material del argumento, que justifique cada premisa y conclusión por criterios no lógicos formales, sino de corrección del contenido material de aquellos, que determine la justicia o injusticia, veracidad o falsedad de las premisas y conclusión.

4. *Justificación material*

En esta sede se analiza el contenido de cada premisa para determinar si se trata de buenas razones que permitan justificar racionalmente –por ejemplo el castigo–. Pero debe precisarse a qué nos referimos. Analizaremos cada razón justificante desde dos tipos de criterios: un criterio que a pesar que verifica el contenido material de cada razón, no lo hacen para determinar su injusticia o inmoralidad, sino su idoneidad racional en un contexto argumental; mientras que el segundo criterio sí verifica dicha injusticia o inmoralidad relevante jurídicamente. El primer criterio se realizará mediante reglas de depuración y el segundo criterio se hará mediante reglas de fundamentación.

4.1. Reglas de depuración de la justificación material (razonamiento práctico procedimental)

ROBERT ALEXY en su obra *teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* nos señala 28 reglas generales agrupadas en 6 géneros, y unas cuantas en reglas especiales. A criterio de este autor el cumplimiento de tales reglas no asegura una justificación perfecta ni consenso, pero sí asegura una justificación racional. Por lo que lo relevantes es que en la argumentación de cara a una justificación las razones esgrimidas sean conforme al procedimiento reglado¹⁴.

Mencionadas reglas y otras propuestas por demás autores pueden ser condensadas en seis reglas establecidas por MORA RESTREPO¹⁵:

- *Pertinencia*: que las razones esgrimidas sean siempre pertinentes con la institución, categoría, caso concreto, etc. es decir que sean relevantes, que tengan relación material con el objeto de justificación;
- *Respeto prima facie de la cultura jurídica propia*: que las razones justificantes sean respetuosas de la tradición jurídica consolidada, salvo razones suficientes para no hacerlo;
- *Condiciones de refutación*: ante muchas razones no jerarquizadas se debe discriminar o elegir la mejor razón, es decir aquella respecto de la cual haya sido eliminados sus excepciones, y que ha sido mejor que las razones alternativa o contradictorias;
- *Requisito de saturación*: que la razón elegida tenga la mayor cantidad de razones y argumentos a su favor;

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Manuel ATIENZA y I. ESPEJO[trad.]. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 300-304.

¹⁵ MORA RESTREPO. Óp. cit., pp. 378-380.

- *Exigencia de Comunicabilidad*: se debe hacer explícita cada una de las razones justificantes (premisas) que sustentan la justificación y
- Compatibilidad entre las razones o premisas, y entre éstas y la conclusión.

Con estas reglas se lleva a cabo una depuración de las razones, una filtración de razones racionales. Sin embargo estas reglas no puede orientar la decisión ante razones incompatibles; solo ponen en evidencia la incompatibilidad pero no discrimina cuál razón debe escogerse. Ante esto, ALEXY¹⁶ sostiene que los esquemas cognitivos surgidos históricamente y que están en la base de toda moral es el que definirá la decisión. Este criterio al final de cuentas es el mismo que el respeto a la cultura jurídica. Sin embargo, el problema continúa en la medida que al final de cuentas cuando se trate de cuestiones no controversiales como la esclavitud, genocidio, etc. todo dependerá del contexto jurídico (normas, jurisprudencia, doctrina, etc.) y evidentemente sobre esas cuestiones el contexto jurídico es claro; pero en cuestiones controversiales (aborto, homosexualidad, penas degradantes, crueles, etc.) o cuestiones donde no se evidencia una vulneración de los derechos fundamentales de forma palpable (como es el caso que nos ocupa) el contexto cultural aún no está definido, y recurrir a él no servirá de mucho. Esta forma de solucionar no debe sorprendernos en ALEXY¹⁷, en la medida que para él, el discurso jurídico está sujeto al derecho vigente (Derecho Positivo). Otra regla que podría solucionar el problema es la regla de universalidad o intercambio de roles que es más efectiva. Esta básicamente podría ser resumida en que no se puede justificar algo si es que el que formula la justificación no está dispuesto a someterse a las consecuencias de dicha justificación. Como se puede ver, esta regla podría excluir aquella razón justificante incompatible que tenga consecuencias que los participantes en el discurso justificador estarían dispuesto a soportarlas. Una vez más, esta regla podría funcionar, sin embargo, ya la realidad ha demostrado que es posible que los intervinientes acepten, incluso consecuencias dañosas para ellos mismo: los cigarrillos, las drogas de consumo privado, etc.¹⁸

Al final de cuentas, ALEXY en su libro *teoría del discurso y derechos humanos* llega sostener que la garantía de los derechos humanos y el procedimiento constitucional democrático son «elementales exigencia de la razón práctica»¹⁹. De tal forma que dichos exigencias elementales funcionarían –junto con otras ya citadas– como reglas racionales de depuración de las razones justificantes. Y de esta forma da paso al siguiente criterio de justificación material: las reglas de fundamentación de la justificación.

4.2. Reglas de fundamentación de la justificación material (razonamiento práctico prudencial)

Las reglas de fundamentación sostienen que es racional una argumentación de cara a una justificación cuando evidencie o realice un bien humano básico. Todo discurso que limite o restrinja un bien básico no es racional²⁰. En esta sede no es posible admitir razones contradictorias,

¹⁶ ALEXY, Robert. Óp cit., p. 125.

¹⁷ Ídem, p. 206.

¹⁸ MORA RESTREPO. Óp. cit., pp. 385 y ss.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. L. VILLAR BORDA [trad.]. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 1995, p. 54.

²⁰ MORA RESTREPO. Óp. cit., pp. 313, 321 y 324.

pues admitir esto, es admitir negar o afirmar un bien humano básico: los derechos fundamentales. Así, si no se respeta la dignidad humana –por ejemplo– no se puede dialogar racionalmente²¹.

Se denominan reglas de fundamentación porque son razones últimas, cimientos que sustentan a las razones justificativas, que no necesitan razones adicionales de justificación, razones valiosas por sí mismas, objetivas al ser evidentes. El problema es probar esas razones objetivas fundacionales.

El iusnaturalismo clásico sostenía que esos bienes básicos o derechos naturales eran comprensibles por la razón humana mediante un esfuerzo mental –metafísico– de comprensión de la naturaleza humana. Objeciones a esta postura ya los conocemos. Sin embargo, actualmente existe un iusnaturalismo que sostiene que los bienes humanos básicos son realidades objetivas cognoscibles y comprensibles por vía de la intuición evidente de los «primeros principios de razonabilidad práctica»²². Es decir, esos primeros principios encarnan los bienes básicos humanos, y son principios que se demuestran su realidad objetiva en la medida que no pueden ser refutados, son racionales intrínsecamente, no necesitan de prueba, son indelegables, no necesitan premisas de apoyo. Ejemplo de estos principios tenemos por ejemplo: «el conocimiento es un bien que debe ser buscado y la ignorancia debe ser evitada», «el bien ha de hacerse y el mal ha de evitarse», etc. Estos primeros principios básicos son valiosos por sí mismos, evidentes, y no pueden ser refutados racionalmente. Y lo mismo sucede con los derechos fundamentales.

Ahora, estos primeros principios no pueden constituir por sí mismos en razones para permitir o dar un derecho en concreto, necesita de otros principios más concretos, hasta llegar a reglas concretas. Pero constituyen el punto de partida de cualquier discurso justificador, el *prius* de toda argumentación o razón. Esto implica dos reglas básicas²³: i). la exigencia de prohibición de no atentar, disponer o elegir en contra de un derecho fundamental, y ii). Promover los derechos fundamentales como un desarrollo de la plenitud humana. Estas dos reglas serían –entonces– el punto de partida de cualquier razón justificante, no una razón más, ni una regla más, sino el presupuesto de racionalidad de cualquier razón.

Finalmente, podemos resumir que el castigo estará justificado cuando un discurso –y sus razones– sean formalmente lógicas y materialmente correctas (tanto al ser consistentes con las reglas de depuración como a las reglas de fundamentación). Ahora, someteremos el discurso justificador del castigo en el Perú, a esas exigencias para determinar su racionalidad o irracionalidad.

²¹ Ídem, p. 324.

²² FINNIS, J. *Ley natural y derechos naturales*. O. SÁNCHEZ [trad.]. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 2000, p. 68.

²³ FINNIS, J. *Derecho natural y razonamiento jurídico*. Navarra: Persona y Derecho (33). 1995, pp. 13-16 y 31-34

III. LAS APORÍAS DEL DISCURSO SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO EN EL PERÚ

I. *El discurso peruano sobre la justificación del castigo*

1.1. Por qué se debe castigar

El discurso peruano para justificar el por qué se debe castigar ha sido modelado por la teoría ecléctica de ROXIN²⁴, que en líneas generales sostiene que el castigo punitivo cumple varios fines que justifican el por qué se debe castigar: al momento de amenaza, prevención general; en la determinación de la pena, la culpabilidad limita la prevención y en la ejecución de la pena, fines Resocializadores - Preventivo Especiales.

Por eso la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sostiene que la pena tiene fines tanto preventivos generales como especiales que gozan de protección constitucional, en la medida que son acorde con el «principio de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales» (Expediente N° 0019-2005-PI/TC, fundamento 38). Esos fines preventivos se manifiestan en distinta caracterización en razón de su amenaza y en razón de su ejecución. En el estadio de la conminación legal del delito y de la pena, el tribunal sostiene que se trata de una función de amenaza e intimidación con infligir un mal (prevención general negativa) (Expediente N° 0019-2005-PI/TC, fundamento 32, 40 y 46). Por otro lado, en el estadio de la ejecución de la pena, esta cumple la función de renovación de la confianza y credibilidad de la ciudadanía en el orden constitucional al ver que se hace efectivo la justicia (prevención general positiva) (Expediente N° 0019-2005-PI/TC, fundamento 40 y 46); además cumple la función de prevención especial negativa, pues la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (Expediente N° 0019-2005-PI/TC, fundamento 40 y 48); y por último el tribunal sostiene que en la ejecución de la pena se persigue también una reforma, resocialización, rehabilitación y reincorporación del delincuente a la sociedad amparando en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución (Expediente N° 0019-2005-PI/TC, fundamento 40; Expediente N° 010-2002-AI/TC, fundamento 179; Expediente 0014-2006-PI/TC, fundamento 7).

Del mismo modo el Código penal de 1991 en su art. I y IX, expresamente señalan como fin de la pena el fin preventivo y resocializador, cuando prescriben: «Este Código tiene por objeto la prevención de delitos []» (art. I) y «La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora» (art. IX). Y en específico tales fines preventivos se manifiestan –como sostiene el Tribunal Constitucional– en una vertiente general y especial, positiva y negativa²⁵.

1.2. *Cómo se debe castigar*

Esta cuestión referida principalmente a la determinación del tipo y cantidad de pena está regida por una serie de principios recogidos en distintos instrumentos vinculantes. Así tenemos:

²⁴ ROXIN, Claus. *Problemas básicos del derecho penal*. D. LUZÓN PEÑA [trad.]. Madrid: Reus S.A. 1976, pp. 35 y ss.

²⁵ BRAMONT ARIAS TORRES, L. *Código Penal Anotado*. Lima: San Marcos. 2000, p. 27.

- *Principio de dignidad humana*: Este principio está incorporado en artículo 1 de la Constitución de 1993, que prescribe: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Por su parte, el Tribunal Constitucional ha desarrollado este principio cuando sostiene que este principio impide que los seres humanos sean tratados como cosas o instrumentos para fines, sean buenos o malos. Literalmente lo sostiene así: «[] los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía» (Expediente N° 010-2002-AI/TC, fundamento 186). Es decir, no importa cuán bueno sea el fin, el delincuente es un fin en sí mismo, y no puede ser instrumento para fines que beneficien a otros. Por eso SAN MARTIN CASTRO afirma en el mismo sentido cuando nos dice que «la persona es un fin en sí mismo, jamás puede ser medio para otro objetivo, el Estado está a su servicio, y no puede ser considerado como un objeto»²⁶.

- *Principio de humanización de las penas*: Este principio está incorporado en el art. 2 numeral 24 h de la Constitución de 1993 cuando prescribe: «Toda persona tiene derecho: a que nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes». En ese sentido, el tipo y cantidad de pena no pueden consistir en suplicios crueles, excesivos e inhumanos.
- *Principio de culpabilidad*: Este principio ha sido incorporado en el art. VII del Código penal cuando prescribe: «La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva». En este sentido, uno de los contenidos concretos del principio de culpabilidad es impedir el castigo por un resultado imprevisible (fortuito), pudiéndose solo castigar con la concurrencia de dolo o culpa²⁷. Otra manifestación del principio de culpabilidad es el de la personalidad de las penas, es decir, que nadie a parte del autor y participantes, pueden ser castigados por lo que hicieron estos, o estos por lo que hicieron otros²⁸ (Expediente 0014-2006-PI/TC, fundamento 26). Y la última manifestación es la responsabilidad s'plo por lo hecho, por su injusto penal y agravantes; «la forma de ser o pensar de las personas no puede ser objeto regulado o sancionado por el Derecho penal»²⁹.

Todas esas manifestaciones del principio de culpabilidad implican necesariamente que el tipo y medida de pena no puede sobrepasar lo hecho por el delincuente, ni menos ser castigado por lo que hicieron o harán los demás. El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 10- 2002 AI- / TC, fundamento 62, señala que el principio deriva implícitamente de la cláusula del Estado de Derecho, y en esa medida constituye una garantía y al mismo tiempo un límite a la potestad punitiva del Estado (Expediente N° 10- 2002 AI- / TC, fundamento 64). En ese sentido, ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad del agente (Expediente N° 19 -2005 AI/TC, fundamento 41). Ni tampoco –como decíamos– puede castigarse

²⁶ SAN MARTIN CASTRO. Óp. cit., p. 95. En el mismo sentido CASTILLO ALVA, J. L. *Principios de Derecho penal: Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 32.

²⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley, 2006, p. III.

²⁸ SAN MARTIN CASTRO. Loc. cit., p. 95.

²⁹ AMORETTI NAVARRO, Mario. *La Importancia del título preliminar del código penal de 1991*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Escuela de Post Grado. 2011, p. 250.

por responsabilidad de otros: no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable, sino a otra persona (Expediente N° 2868-2004-AA/TC, fundamento 21).

- *Principio de proporcionalidad*: El principio de proporcionalidad está reconocido en el art. VIII del Código penal: «La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho». Es decir, la relación entre gravedad del injusto cometido y de la pena debe ser de equivalente, tanto en abstracto (determinación legal) como en concreto (en la determinación judicial)³⁰. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que este principio «impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer» (Expediente N° 010-2002-AI/TC, fundamento 197; Expediente N° 014-2006-PI/TC, fundamento 33, 34 y 35).

No debe ser confundido este principio con el test de proporcionalidad (juicio de necesidad, idoneidad y proporcionalidad) que se utiliza generalmente en materia de derechos constitucionales. Este test implica una proporcionalidad no entre el hecho cometido y la pena, sino entre una acción (idónea y necesaria) que vulnera derechos fundamentales y el fin que se busca con la acción. Sin embargo, parece ser que MIR PUIG que por principio de proporcionalidad lo entiende en este último sentido cuando nos dice que proporcionalidad se refiere a la proporción que debe haber entre la cantidad de pena y los hechos futuros a prevenir con esa cantidad de pena³¹. Esta postura es denominada –con mucha razón– por FINNIS como «herederas de las teorías consecuencialistas o utilitaristas»³².

- *Principio de legalidad de las penas*: Este principio está incorporado en el art. 2 numeral 24 d. de la Constitución: «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley». El contenido del principio de legalidad se resumen en dos principios: reserva absoluta de la ley para definir los injustos penales y sus respectivas penas (primero lo llamaba legalidad, Expediente N° 2050 -2002 - AA/TC, luego reserva de ley: Expediente N° 2302 - 2003 - AA/TC), dejando a la legalidad como sujeción de los poderes públicos a la ley general; y el principio de exigencia de determinación, exactitud y certeza en la descripción del delito y las penas por razones de seguridad jurídica de los ciudadanos (Expediente 10 - 2002 AI/TC, fundamento 45).
- *Principio de resocialización*: Este principio está recogido en el art. 139 numeral 22: «el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad». Precizando que tal resocialización estrictamente –como

³⁰ SAN MARTIN CASTRO. Óp. cit., p. 91. En el mismo sentido PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. Lima: Themis, 1999, p. 84. También LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Prevención general. Sociedad y Psicoanálisis*. En Estudios Penales. Barcelona: PPU, 1991, pp. 266-267.

³¹ MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011, p. 122.

³² FINNIS, J. «Ley natural y derechos naturales, 30 años después». México: *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. 2013, p. 4. Ubicado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3280/3.pdf>, última consulta: 03 de abril de 2015, 20:44.

dijimos líneas atrás— no es de la pena, sino del régimen penitenciario de un tipo de pena: la privativa de libertad. Sin embargo, con promulgación del Código penal de 1991 tal fin resocializador se asignó de forma expresa a la pena: «La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora» (art. 9). Siendo más precisos, tal fin resocializador se da en la ejecución de la pena. «En esta etapa, la única finalidad que puede otorgarse válidamente a la pena es la de estar encaminada hacia la resocialización de aquella persona que ha cometido un delito, entendida como una vida sin delitos»³³.

Como se puede ver, todos estos principios son las razones que justifican el cómo se debe castiga, y tienen como fin limitar el poder del Estado en el ejercicio de su potestad del *ius puniendi*. Este es su fin y razón de ser: un castigo humanitario y respetuoso de la dignidad humana.

2. *El utilitarismo: génesis de las aporías en el discurso peruano sobre la justificación del castigo*

Ahora es necesario someter el discurso —y sus razones— a la teoría de la justificación previamente configurado para determinar su racionalidad o irracionalidad. Hemos omitido utilizar el criterio de justificación formal debido a que nos será suficiente con los criterios de la justificación material.

2.1. Aporías en su justificación material

- *Pertinencia*: respecto a esta regla se observa que tanto el fin preventivo como los demás principios reguladores del cómo castigar sí son pertinentes, al estar vinculados con el objeto de justificación: el castigo. Cada principio influye directamente en la configuración del castigo.
- *Respeto prima facie de la cultura jurídica propia*: respecto de esta regla se observa que el discurso peruano es coherente con la cultura jurídica ilustrada sobre el castigo que tiene sus inicios en el siglo XVIII: el Estado de Derecho. Como lo señala BERDUGO DE LA TORRE «el actual Derecho penal y el estudio del mismo tienen sus raíces en el pensamiento ilustrado [] la aportación clave de la Ilustración radica en el establecimiento de las bases del [actual] Estado liberal de Derecho»³⁴. Es decir, el fin preventivo de la pena y demás principios limitadores del *ius puniendi* es un discurso elaborado principalmente por los ilustrados penalistas del siglo XVIII; destacando CESARE BECCARIA³⁵ y JEREMY BENTHAM³⁶.

³³ AMORETTI NAVARRO. Óp. Cit, p. 295.

³⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel. 2012, pp. 32-33. En el mismo sentido FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. [trad.] MARTÍNEZ NEIRA. 2 ed. Madrid: Trotta, 1996, p. 70. También TODOROV, Tzvetan. *El espíritu de la ilustración*. Noemí SOBREGUÉS [trad.]. Barcelona: Galaxia Gutenberg - Círculo de lectores S.A. 2008, pp. 7 y 131. Y también PRIETO SANCHÍS, Luis. *La filosofía penal de la ilustración*. México INACIPE. 2003, p. II.

³⁵ BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ [trad.]. Madrid. 2011.

³⁶ BENTHAM. Óp. Cit.

- *Exigencia de Comunicabilidad*: respecto de esta regla se observa que el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad del fin preventivo y sus distintas variantes, ha señalado que gozan de protección constitucional, en la medida que son acorde con el «principio de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales» (Expediente N° 0019-2005-PI/TC, fundamento 38), pero en ningún momento señala las razones del porque el discurso utilitarista es coherente con la dignidad humana y los derechos fundamentales. Es decir, no se ha hecho explícito la premisa que sustenta aquella afirmación (razón); solo afirma. Esto constituye un vicio de racionalidad.
- *Compatibilidad entre las razones o premisas, y entre éstas y la conclusión*: respecto de esta regla de racionalidad se observan grandes deficiencias. Se observa una incompatibilidad entre el fin preventivo de la pena y demás principios que limitan el *ius puniendi*. Así vemos que:
 - o El fin preventivo de la pena no es compatible con el principio de dignidad humana en la medida que al instrumentalizar el castigo para fines preventivos de los demás (prevención general positiva y negativa), y al recaer el castigo sobre el cuerpo del condenado, lo que está haciendo es instrumentalizar también al condenado junto con el castigo. Y esto es válido, aun cuando el fin sea bien intencionado: prevenir los delitos o «renovar la confianza y la credibilidad de la comunidad [de los otros] en el orden constitucional al ver que se hace efectiva justicia» (Expediente N° 0019-2005-PI/TC, fundamento 40 y 46).
 - o El fin preventivo de la pena no es compatible con el principio de culpabilidad en la medida que este último exige que el condenado sea castigado por su hecho y no por hechos de otros, y menos por hechos futuros que aún no han sucedido; mientras que el fin preventivo (general positivo y negativo) implica castigar para prevenir hechos que no han sucedido. Así, el castigo –y el cuerpo del condenado– será una excusa para aplicar una pena que tiene con fin el dirigirse a otros que aún no han cometido ningún delito, ya sea para intimidarlos o congraciarlos con el Derecho penal.
 - o El fin preventivo de la pena no es compatible con el principio de proporcionalidad en la medida que este último implica una proporcionalidad entre el hecho efectivamente cometido por el condenado y la pena conminada mientras que el fin preventivo exige una mayor magnitud de pena por encima de lo proporcional al hecho. Es decir, si bien es cierto que la proporcionalidad es un principio que carece de criterios concretos para determinar una pena proporcional al hecho, este problema está presente al momento de criminalizar por primera vez un hecho, pero luego, la proporcionalidad adquiere una concretización con mucha virtud, pues proporcionalidad implica que no se puede incrementar las penas sin que exista una agravante que justifique ese incremento. Un incremento de la pena sin agravante que lo justifique es desproporcional. Empero, el prevenciónismo para lograr su cometido exige incrementar la pena cuando una pena previa no logra desincentivar, pues esto confirma que la pena no fue lo suficientemente desincentivador. Se hace necesario un incremento hasta el punto óptimo de desincentivo y más allá de lo proporcional al hecho.

Por otro lado, el fin preventivo tiene como presupuesto necesario –si es que se desea prevenir– que la sanción sea mayor no solo al beneficio del delito sino que sea mayor al beneficio esperado del delito dividido por probabilidad de sanción³⁷. En todo caso, el utilitarismo penal desde su formulación científica ha tenido como presupuesto que el castigo no tome en cuenta la proporcionalidad con el injusto penal cometido; así lo vemos en BECCARIA³⁸ y en forma más preocupante en BENTHAM³⁹. En ese sentido, la cantidad de pena será establecida no en función del delito cometido sino que será de una magnitud lo suficiente como para intimidar a terceros, congraciarse con los terceros, intimidar al propio condenado o resocializarlo. Y cuanto más haya necesidad de combatir la criminalidad, cuanto mayor sea la inclinación delinuencia (cuanto mayor sea la necesidad de resocialización) del condenado, cuanto mayor sea la inseguridad y desconfianza de la población, mayor será la cantidad de pena. Por supuesto, los incrementos punitivos frecuentes estarán justificados sin necesidad de una agravante que lo justifique, bastará aducir razones de prevención. Al respecto, ya SAN MARTÍN CASTRO (ex presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, de 2011 a 2012 y juez supremo) ha sostenido que la finalidad preventiva «podría prevalecer sobre el de la gravedad del injusto, si en el caso concreto, las respectivas de uno u otro criterio fuese antagónico»⁴⁰.

- o El fin preventivo no es compatible con la humanización de las penas en la medida que el utilitarismo parte necesariamente de un castigo mayor al daño delictuoso, y en la medida que exista mayores índices de criminalidad, mayores y frecuentes serán los incrementos punitivos, como viene ocurriendo. Y aunque ahora esos incrementos no impliquen derramamiento de sangre, no podemos negar que si hay negación de la libertad –en el caso de la pena de prisión–. Lo cual, no niega el hecho de que cualitativamente se trata de medidas crueles, o llamadas actualmente como políticas de mano dura.

2.2. Significado de las aporías del discurso peruano a la luz de las reglas de fundamentación:

Como dijimos anteriormente, las reglas de depuración señalan las aporías de un discurso pero no determinan cuál de las razones incompatibles es la que debe ser preferida. Ante esto se hace necesario las reglas de fundamentación que determinan las razones racionalmente atrayentes.

La incompatibilidad entre en el fin preventivo del castigo y demás principios no solo es un vicio simbólico y abstracto, sino que y por sobre todo, es un vicio que tiene un significado material y real. En este sentido –y teniendo en cuenta que en el Perú se ha da preferido el fin prevencionista antes que la proporcionalidad al reformarse el art VIII del Código penal– dicha incompatibilidad significa e implica un castigo punitivo sin límites materiales. Si el principio

³⁷ Para mayor información consultar el trabajo de RODRÍGUEZ LÓPEZ. Óp. cit.

³⁸ BECCARIA. Óp. cit., pp. 97, 151, 201 y 263.

³⁹ BENTHAM. Óp. cit., pp. 142 y 298.

⁴⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Constitución, Tribunal Constitucional y Derecho penal nacional*. Lima: Revista Oficial del Poder Judicial (1), 2008, p. 93.

de culpabilidad, proporcionalidad, dignidad humana, humanización de las penas son relegadas frente el fin preventivo, entonces literalmente no hay un castigo con límites. Estamos ante un derecho penal ilimitado.

Ante este panorama de inexistencia de límites al *quantum* de la pena, ¿en qué pudo y podría ayudar el principio de legalidad? Adelantamos la respuesta: en muy poco. Diluido el principio de proporcionalidad, de necesidad, culpabilidad, etc. el principio de legalidad no puede limitar ya nada. Lo único que aporta el principio de legalidad es el desplazamiento del terror (derecho penal ilimitado): de un terrorismo judicial al terrorismo legislativo. Del terror de uno al terror de unos cuantos. Del terror en el nombre del soberano al terror de los legisladores en el nombre de la sociedad. Magistralmente Foucault nos dice lo mismo: «El derecho de castigar ha sido trasladado de la venganza del soberano a la defensa de la sociedad. Se ha alejado al malhechor de una amenaza, por naturaleza, excesiva, pero se le expone a una pena que no se ve que pudiera limitarla. Retorno de un sobrepoder terrible»⁴¹.

Y si por principio de legalidad entendemos, no solo la reserva de la materia punitiva en manos del legislador, sino también una descripción expresa, precisa, simple y previa al delito; de igual forma el terrorismo sigue presente, aunque esta vez más formalizado, más detallado. No queremos decir con esto, que el principio de legalidad no sea una conquista limitadora de la arbitrariedad; pero tal virtud, no impide que se asignen penas crueles y excesivas.

Este castigo sin límites materiales es una amenaza gravitante sobre los derechos humanos de los condenados, y futuros procesados y condenados. Porque no solo restringe los derechos fundamentales (dignidad humana, proporcionalidad, humanización de las penas) sino que no promueve la plenitud del ser humano al cual va dirigido a proteger los derechos humanos.

En ese sentido, las reglas de fundamentación exigen que se prefiera los principios garantistas del castigo por sobre el principio preventivo⁴². Y en esa medida, el discurso justificador del castigo que el Perú ha sostenido no es idóneo para justificar el castigo. Es necesario cambiar el discurso por uno que se coherente con los principios limitadores del *ius puniendi*. En concreto, es necesario sustituir el fin preventivo por otro fin que encarne la protección de los derechos humanos desde sus fundamentos.

Esa es la exigencia desde la racionalidad. Caso contrario, no solo estaremos ante un discurso irracional sino potencialmente totalitario. Como lo dice NILS CHRISTIE⁴³ reflexionado sobre el sistema penal estadounidense «el mayor peligro del delito en las sociedades modernas no es el delito en sí mismo, sino que la lucha contra este conduzca las sociedades hacia el totalitarismo».

⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Aurelio GARZÓN DEL CAMINO [trad.]. 12^o ed. Madrid: Siglo XXI editores, 2000, pp. 94-95.

⁴² Así lo sostiene MORA RESTREPO. *Op. cit.*, p. 382. También ORÉ SOSA, Eduardo A. *El endurecimiento del derecho penal. A propósito de las leyes 28726 y 28730* Lima: .Estudio Guardia y Oré. Pág. 11 Ubicado en <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/comentarioalaultimareforma.pdf>. Consultado el 23 de febrero del 2015, 20:54.

⁴³ NILS, Christie. *La industria del control del delito. ¿la nueva forma de holocausto?* S. COSTA [trad.]. Buenos aires: Del puerto, 1993, pp. 24 y 165.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Manuel ATIENZA y I. ESPEJO [trad.]. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- . *Teoría del discurso y derechos humanos*. L. VILLAR BORDA [trad.]. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 1995.
- AMORETTI NAVARRO, Mario. *La Importancia del título preliminar del código penal de 1991*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Escuela de Post Grado, 2011.
- ANITUA, G. I. «Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la ilustración». [aut. libro] I. RIVERA BEIRAS. *Mitologías y discursos del castigo penal*. Barcelona: Anthropos, 2004.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.
- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ [trad.]. Madrid, 2011.
- BENTHAM, J. *Tratados de legislación civil y penal*. M. RODRÍGUEZ GIL y R. SALAS [trad.]. Madrid: Editora Nacional, 1981.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012.
- BRAMONT ARIAS TORRES, L. *Código Penal Anotado*. Lima: San Marcos, 2000.
- CASTILLO ALVA, J. L. *Principios de Derecho penal: Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y Prevención General: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*. Buenos Aires: B de F., 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. P. Andrés Ibañez A. Ruiz Miguel, J. Bayon Mohido, J. Terradillos Basoco, & R. Canterero Bandrés [trad.]. 4° ed. Madrid: Trotta, 2000.
- FINNIS, J. *Ley natural y derechos naturales*. O. SÁNCHEZ [trad.]. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 2000.
- . *Derecho natural y razonamiento jurídico*. Navarra: Persona y Derecho (33), 1995.
- . «Ley natural y derechos naturales, 30 años después». México: *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. 2013. Ubicado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3280/3.pdf>, última consulta: 03 de abril de 2015, 20:44
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. [trad.] MARTÍNEZ NEIRA. 2 ed. Madrid: Trotta, 1996
- GARDNER, J. *Ofensas y defensas: ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*. M. L. Manrique y J. Peralta [trads.]. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Aurelio GARZÓN DEL CAMINO [trad.]. 12° ed. Madrid: Siglo XXI editores, 2000.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Prevención general. Sociedad y Psicoanálisis. En Estudios Penales*. Barcelona: PPU, 1991.
- MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madrid: Iustel, 2011.
- MORA RESTREPO, G. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- NILS, Christie. *La industria del control del delito. ¿la nueva forma de holocausto? S. COSTA [trad.].* Buenos aires: Del puerto, 1993.

- ORÉ SOSA, Eduardo A. *El endurecimiento del derecho penal. A propósito de las leyes 28726 y 28730*. Lima: Estudio Guardia y Oré. Ubicado en <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/comentarioalultimareforma.pdf>. Consultado el 23 de febrero del 2015, 20:54.
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. *La justificación de las leyes penales*. Valencia: Tirano lo Blanch, 2013.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. Lima: Themis, 1999.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *La filosofía penal de la ilustración*. México INACIPE, 2003.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. «¿Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del Derecho». [aut. libro] Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo RODRÍGUEZ GARCÍA. *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.
- ROXIN, Claus. *Problemas básicos del derecho penal*. D. LUZÓN PEÑA [trad.]. Madrid: Reus S.A., 1976.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Constitución, Tribunal Constitucional y Derecho penal nacional*. Lima: Revista Oficial del Poder Judicial (1), 2008.
- TODOROV, Tzvetan. *El espíritu de la ilustración*. Noemí SOBREGUÉS [trad.]. Barcelona: Galaxia Gutenberg - Círculo de lectores S.A., 2008.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley, 2006.

La expropiación del poder punitivo en manos de empresas privadas / Privatización en la justicia de menores

AGUSTINA REZZANI (Argentina)

Investigadora Máster, Universidad de Málaga, España

RESUMEN: En este trabajo se analiza cómo a partir del artículo 45.3 de la Ley Orgánica 5/2000 se dio piedra libre a la privatización de las instituciones de menores, quedando el valor social de la seguridad en manos de empresarios y políticos de turno. Por otra parte se destaca que la supervisión que ejerce el Estado hacia las corporaciones es nula, dejándose un gran margen de discrecionalidad para la comisión de abusos y corrupción por parte de las empresas. Asimismo, se acentúa que los menores no son objetos de consumo sino sujetos de derecho en constante desarrollo. Por último, se considera que es necesario replantear el problema desde las políticas criminales y a partir de la transversalidad lograr un cambio de paradigma.

Palabras clave: Privatización, Rol Estatal, Justicia Penal de Menores, Educación, Cooperación.

ABSTRACT: Privatization of youth criminal justice. In this paper it is going to be analysed the article 45.3 of the 5/2000 Organic Law. In praxis the application of this precept turned into a free card to privatization of youth criminal institutions, leaving the management of the sacred social value of security in hands of business men and politicians. Added to this, it is necessary to mention that control of the State is near to none, companies have a very vast range of discretion to committe abuses and corruption. It is indispensable to remarked that children are not objects of consume, they are subjects of law in constant development. Finally, in conclusion it is going to be set up the bases to re-discuss de problem of youth political criminal law and achieve a turn into the paradigm.

Key words: Privatization, State Roll, Youth Criminal Justice, Education, Corporation.

SUMARIO: I. Introducción. Los niños a los ojos de un mundo adulto. 1. Marco internacional. 2. Rasgos generales de la evolución histórica. 3. De la formalización a la desformalización del poder punitivo Art. 45. 3 de la LO. VS. Art. 117. 3 de la norma fundamental. 4. En definitiva ¿Qué se privatiza?, ¿por qué se termina comercializando el ejercicio del ius puniendi estatal? Una ola de abusos y corrupción, breve explicación histórica. II. Conclusión: palabras finales para emprender un nuevo camino.

¿Acierto o desacuerdo la mercantilización de los centros de régimen cerrado de menores a la luz del artículo 45.3 De la ley 52000?

Úselo y tírelo:

La sociedad de consumo consume fugacidades. Cosas, personas: las cosas fabricadas para no durar, mueren al nacer; y hay cada vez más personas arrojadas a la basura desde que se asoman a la vida. Los niños abandonados en las calles de Colombia que antes se llamaban gamines ahora se llaman desechables y están marcados para morir.

Los numerosos nadies, los fuera de lugar «son económicamente inviables» según el lenguaje técnico. La ley del mercado los expulsa, por superabundancia de mano de obra barata. El norte del mundo genera basura en cantidades asombrosas.

El sur del mundo genera marginados. ¿Qué destino tienen los sobrantes humanos? El sistema los invita a desaparecer.

Les dice ustedes no existen.

Eduardo Galeano

I. INTRODUCCIÓN. LOS NIÑOS A LOS OJOS DE UN MUNDO ADULTO

España inaugura la primera década del siglo XXI con una crisis económica de índole financiero –de origen regional e internacional– que tuvo consecuencias en la economía real, incrementando el desempleo a valores extremos, generando situaciones de violencia. Esta crisis vuelve a poner en tela de juicio la viabilidad del modelo económico, cuestiona las bases sobre las que él mismo se sostiene, fundado en el consumo de bienes y servicios, con un elevado uso de recursos tecnológicos, un desgaste y un compromiso sustancial de los recursos naturales provenientes, en su mayoría de los países más pobres. Un panorama en el cual el Estado no logra satisfacer las necesidades básicas de la población como ser alimentación, vivienda, sanidad, educación y vestuario. La sociedad de consumo, produce fragmentaciones, ya que no todos pueden acceder a los bienes de igual manera. Y las instituciones de carácter fundamental como la familia, la escuela, el grupo de pertenencia, es decir el marco socio ambiental donde el menor se desarrolla quedan absorbidos por el insaciable mercado.

Sin duda los medios de comunicación, se entrometen en los tiempos de crisis, propagando el miedo, la victimización, una especie de individualismo moderno, creando nuevos chivos expiatorios² que deben ser criminalizados para responder a las políticas de seguridad ciudadana. Son las propias instituciones públicas de represión de la criminalidad que muestran imágenes distorsionadas de lo que hoy en día nos afecta como nueva colectividad segregada.

Es así, que la expansión del derecho penal se centra en la representación social del delito, esquema que repercute en la justicia penal juvenil. Hoy en día se debate en las calles sobre la baja de imputabilidad, el mantenimiento de los antecedentes penales una vez cumplida la mayoría de edad, argumentos que carecen de fundamentos jurídicos y legislativos. Por esta razón, aumenta

¹ GALEANO, Eduardo. *Úselo y Tírelo*, Editorial Planeta de bolsillo, 1997, pp. 22 y 173.

² GARAPON, Antoinette. *Juez y Democracia*, Editorial Flor del Viento, 1997, p. 94.,

el reclamo de punitivismo³ y bajo el lema de la ineficacia estatal, se busca reducir la función estatal a la hora de perseguir el delito, o mejor dicho pasarle la creación de reformatorios de menores a empresas de carácter privado, un nuevo modelo para ejecutar la pena y crear nuevos bienes de consumo⁴.

En efecto, este nuevo comercio que tiene como protagonistas a los más vulnerables tuvo sus orígenes en el año 2000 a la luz del artículo 45.3 de la Ley Orgánica 5/2000, y siguiendo el artículo 2 de la Constitución Nacional donde se reconoce el ejercicio de autonomía. Se afirma que no hay un nivel común de gestión a nivel nacional, sino que existen diversos modelos algunos muy dispares entre sí. Por consiguiente, esta libertad crea una serie de desigualdades y desventajas, ya que según la zona se dan casos de falta de recursos para implementar medidas de mayor costo como es el caso del internamiento de fin de semana entre otras. Y se desencadenan ciertas ilegalidades fruto del escaso monitoreo del poder público.

En torno al panorama descrito se resumen nuevos problemas sociales, una población que reclama mayor reproche penal con una figura estatal debilitada que traspa su deber de reeducar a incipientes y efímeras corporaciones, cuyo capital se encuentra en manos de entidades privatizadas.

1. *Marco internacional*

En el ámbito internacional se cuenta con la Convención sobre los derechos del niño de 1889 –ratificada por España en 1990–, que en su artículo 3 y 40 establece las pautas que deben seguir los Estados para atender al «interés superior del menor», a la plena satisfacción de sus derechos frente a los abusos de las autoridades estatales. Con las resoluciones de las Naciones Unidas, Directrices Riad de 1990, por medio de las cuales se formulan planes de prevención en todos los niveles de gobierno y se establecen medidas para paliar el aumento del poder punitivo en manos de la víctima, se pone el enfoque en la lucha contra el aprovechamiento de mayores que delinquen junto a menores de edad, pero sin crear ningún tipo delictivo específico. Pensemos también en las Reglas de Beijing de 1985, que marcan ante todo que se debe buscar que es el bienestar del menor, y sólo como *ultima ratio* apelar a la privación de libertad en casos de extrema gravedad y reincidencia. Estos principios se han interiorizado y fomentado por las instituciones que componen la Unión, como lo reforzó el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo del año 2006, sobre «la prevención de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia del menor en la Unión Europea», que buscó abordar una estrategia común europea bajo los pilares fundamentales de prevención, medidas educativas, internamiento con periodo de seguridad, integración y reinserción social de los menores infractores. Por su parte, el Parlamento Europeo emitió una resolución en el 2007 sobre el papel de las mujeres, la familia y la sociedad, con la necesidad de integrar una estrategia nacional y europea sobre los Derechos de la Infancia (el derecho a la identidad, a tener una familia, a un ambiente seguro, a recibir cuidados, el derecho al juego, a la salud, etc.).

Concretamente, en los países signatarios rigen ciertas diferencias acerca de lo que entendemos por delincuencia juvenil, la naturaleza del internamiento, punibilidad o cuáles son los

³ GARLAND, David. *La Cultura del Control*, Editorial Gedisa 2005, pp. 59, 228.

⁴ COINTREAU, Edouard. *Privatización el arte y los métodos*, Madrid, Editorial Unión Editorial, 1986.

órganos jurisdiccionales que deben intervenir al respecto. Al mismo tiempo, es posible hallar puntos en común, como por ejemplo el anhelo de crear un concepto de delincuencia juvenil uniforme en todos los estados, o bien desempeñar fines de carácter preventivo, en las funciones especiales e independientes que debe cumplimentar el personal que trabaja con niños en conflicto con la ley penal –en especial los equipos técnicos interdisciplinares–; con el fin de establecer límites mínimos y delimitar el campo de acción de la medida de internamiento para casos de extrema gravedad⁵.

2. *Rasgos generales de la evolución histórica*

Allí por el año 1918 con la creación de los Tribunales para niños, nos encontramos en España con el modelo tutelar, en el cual para sus pensadores la personalidad del menor no se encuentra formada, lo que lo hace más susceptible de absorber las conductas de su entorno. Es por ello, que el delito es solo una alarma que hace sonar la necesidad de asistencia del niño. Pero estos Tribunales de Menores solo tenían de tribunal el nombre, ya que su forma de ejercer el poder era arbitraria, sus miembros no eran personas cualificadas en derecho, no eran jueces, las audiencias no eran públicas, y no se permitía abogado defensor, lo que ocasionaba una constante modificación en sus resoluciones.

Es por ello, que en el año 1985 con la Ley Orgánica del Poder Judicial nacieron los Juzgados de Menores, aquí se encomienda al Ministerio Público Fiscal la función de protección de los menores desamparados, junto a los Jueces Civiles y a los Servicios de Asistencia Social. Así, se simplificó el procedimiento, y se aplicó la automática tutela por parte de las instituciones públicas en caso de menores en situación de desamparo. El Tribunal Constitucional en 1991 (STC 36/1991) declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley del Tribunal Tutelar de Menores por considerar que prescindía de garantías legales, para luego entrar en vigencia la Ley 4/1992 de fecha 5 de junio, que estableció un marco de legalidad a los Juzgados de Menores. Otro hecho destacado fue la sanción del Código Penal en 1995 que reguló la mayoría de edad pero prorrogó su implementación hasta que se dictara una ley especial en la materia.

Con la Ley 1/1996 de 10 de enero, se tiende a una protección jurídica del menor, que se ocupa del entorno familiar del niño y adolescente, de las coberturas asistenciales y morales. En efecto, el objeto es comenzar con la desjudicialización del proceso penal otorgándole amplias facultades al poder administrativo.

Y el 12 de enero, se sancionó la vigente la Ley Orgánica 5/2000, que regula la responsabilidad penal del menor de 14 a 18 años de edad (texto que fue reformado por la LO 7/2000, LO 9/2000, LO 15/2003, LO 8/2006), establece los parámetros de actuación de la policía judicial, equipo técnico, incorpora la emblemática figura de la acusación particular, el procedimiento de ejecución de las medidas cautelares y definitivas, el régimen de los centros de régimen cerrado; todos hechos que ponen de manifiesto que la ejecución de las medidas judiciales no son una cuestión baladí en los tiempos actuales.

⁵ RODRIGUEZ GARCIA, Alfredo; MAYORGA FERNÁNDEZ, M.^a José y MADRID VIVAR DOLORES. *Los Menores en un Estado de derecho: normativa internacional, nacional, autonómica: prevención de la delincuencia infantil-juvenil*, Editorial Dykinson, 2011.

3. *De la formalización a la desformalización del poder punitivo Art. 45. 3 de la LO. VS. Art. 117. 3 de la norma fundamental*

Entorno al desdibujamiento de las formas del poder punitivo, siguiendo el pensamiento de Silva Sánchez es de destacar el papel que ocupa la víctima, las ansias de seguridad que reclama la ciudadanía, quien exige reacciones mucho más severas, la voz de una justicia del dolor que conduce a un endurecimiento del sistema penal. Las críticas que se le hacen al Derecho penal público por su ineficacia, inoperancia, llevan a la creación de los nuevos sistemas privados; sistemas que tienen como base la desconfianza en el poder público y sus formas, provocando una verdadera deslegitimación del poder punitivo⁶.

Asimismo, en coincidencia con lo expresado por Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER estas «creaciones *sui generis* sinónimo de lucro»⁷ traen consigo la disminución de garantías y eluden el fin preventivo del sistema transformándolo en un comercio. Ahora bien, se deja de lado el modelo del sistema penal, público, formalizado, que tenía como fin la reducción del contenido de reacción. Y se pasa a la privatización, un sistema sin formas, que tienen como objeto de la reacción contra el delito de la cotidianidad; una expansión que se ve reflejada en el comercio de la libertad⁸.

Siguiendo este esquema los centros de menores pueden ser de titularidad patrimonial, organizativa, público o privado. En los supuestos de carácter privado, que hayan suscrito acuerdos de privatización con las entidades públicas, se produce una concurrencia de responsabilidades, aun cuando la supervisión y la ejecución correspondan a la entidad pública.

Entorno a ello, bajo el lema de la ineficacia estatal y las transformaciones de perseguir el delito, en esta sociedad que surge de la crisis, nacen los reformatorios de menores de carácter privado, un nuevo modelo para ejecutar la pena, donde aparecen nuevos protagonistas como políticos, empresarios de la banca y la construcción. Así, esta libertad crea una serie de ventajas y desventajas ya que según la zona, se dan casos de falta de dinero para implementar medidas. La posición favorable a la privatización tiende a decir que es más eficiente ya que presta un servicio igual o mejor a un menor costo con un ahorro de dinero público. Esta postura es insostenible ya que varios estudios han demostrado que la gestión privada, no demuestra un ahorro frente a lo público. Se ha visto como afirma DONAHUE que la empresa que gana la concesión ejerce actos fraudulentos, como asumir costos médicos no rutinarios, y luego que obtiene la licencia rebaja las prestaciones que brindaba, reduce, gastos de plantilla, empleados, brinda un peor servicio. Si la privatización, se basa en recortar gastos; y si es técnicamente posible hacerlo disminuyendo sus niveles y una peor atención a la persona privada de libertad⁹, entonces como dice Schicor la supervisión estatal es imposible¹⁰; y el obstáculo que presenta se convierte en una piedra angular para la empresa. Además los empleados de un centro privado la empresa y sus directores, le

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial Civitas 1999. p. 36.

⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Prisiones de empresa, reformatorios privados. Dos estudios de Política Penitenciaria*, 2011, 64.

⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, op. cit., pp. 56 y 57.

⁹ DONAHUE JOHN D. *La decisión de privatizar: fines públicos, medios privados*, Editorial Paidós, 1991.

¹⁰ Señala SCHICOR DAVID («Punishment for profit» Editorial Sage, 1995, p. 56) que el supervisor no puede estar presente en cada contacto entre el contratista y el preso. A ello cabe, añadir, si se pretendiese un alto nivel

deben lealtad a su empleador. Sin duda el Estado se convierte en un rehén de las concesionarias, que pueden influir, en las políticas criminales. En este sentido el Estado pierde el ejercicio de la represión penal, y se abre un ámbito de gran impunidad donde parecería que es mejor pasarle el problema a otro y privatizar el régimen de menores.

Cabría preguntarse, si la gestión privada va a querer aumentar su capital construyendo más centros cerrados, situación que va a llevar a completar el número de plazas encarcelando niños, o bien si el, gobierno podría hacer favores políticos y otorgar las concesiones a sus empresas cercanas, o preguntarnos porque si el Estado no puede velar por la seguridad de la población va a ser mejor gestor de las concesiones.

En particular, quiero, detenerme en analizar el artículo 45.3 de la Ley Orgánica 5/2000 que otorga gran discrecionalidad a la hora de plantearnos la emblemática, figura del *leasing*¹¹ a cierta empresa por un determinado lapso de tiempo, o cuestionarnos el tema de la privatización de los centros de menores de «Las Comunidades Autónomas y las Ciudades Ceuta y Melilla, podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución». Si se refiere a entidades privadas sin ánimo de lucrar, al menos al principio queda descartada la idea de mayor eficiencia de la empresa privada frente Estado. A su vez, este artículo se enfrenta con lo establecido en la Carta Magna, precisamente en lo dispuesto en el artículo 117.3, que dispone que el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde a los jueces y tribunales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, preceptos constitucionales que están conectados con la defensa de los derechos fundamentales, la imposición de penas y el control de la actividad administrativa (cfr. arts. 24, 25, 53, 103, 118 de la Carta Magna)¹². Que a mi entender serían armoniosos con la LO. si la delegación en la práctica no hubiera resultado excesiva; en la práctica la actividad subsidiaria estatal resulta reducida a cero.

4. *En definitiva ¿Qué se privatiza?, ¿por qué se termina comercializando el ejercicio del ius puniendi estatal? Una ola de abusos y corrupción, breve explicación histórica*

La idea motora de la privatización surgió en Estados Unidos, se sostenía que los medios y métodos que utilizaba el Gobierno eran insuficientes, entonces bajo el paradigma de mejorar el servicio a menor costo, nacen los centros privados o los semi-privados adoptados en Francia. Ya se ha sostenido que con el tiempo esta hipótesis ha carecido de comprobación empírica y en la práctica ha perdido adeptos, ya que aumentan la precariedad de la vida intra-muros¹³.

de supervisión, se duplicaría el coste de ejecución, pues para cada tarea sería necesario un ejecutor privado y un ejecutor público.

¹¹ Figura de contrato de arrendamiento financiero, que tiene como objeto la cesión de bienes muebles o inmuebles, a cambio de una contraprestación periódica. En MARTINEZ MAGDALENA UREÑA: *La cláusula penal en el contrato de leasing*, Editorial Civitas, 2003.

¹² *Código Penal y Legislación Especial*, Editorial Colex, 2011.

¹³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2011, pp. 107 y ss.

Allá por los años 70 y 80 en USA., el clima en las cárceles era hostil, el hacinamiento aumentó la idea de la necesidad de crear más centros de la mano privada. Los derechos fundamentales de los presos comenzaban a correr la suerte del negocio empresarial, se deja de lado la política criminal y se tiene en cuenta la política monetaria vigente para ver qué es derecho penal. El clima en España no era diferente como consecuencia de ello, bajo las ideas neoliberales, la búsqueda de la mayor eficiencia económica y la reducción de costos, viene a surgir el régimen corporativo-empresarial¹⁴, en los años 70 surgió la seguridad privada con el fin de cooperar con la seguridad nacional, creando áreas de vigilancia y protección personal, transporte de fondos, sistemas de seguridad. En efecto han aumentado el problema el poco perfeccionamiento de su personal para reducir costos, la construcción del perímetro de las cárceles sin respetar los convenios internacionales suscritos, y excederse en sus funciones de complementariedad.

En el año 2000, con la ley 5/2000, se le dio la bienvenida a las primeras políticas de privatización en el régimen de menores, y bajo el velo de «sin ánimo de lucro», se habilitó un gran margen de discrecionalidad, un nuevo sistema de peligro para los menores que ya estaban en situación de alerta.

Se trata de privatizar una serie de presupuestos extensos como la contratación de seguridad privada, de trabajo temporal integrado por educadores auxiliares, médicos y psiquiatras, de suministros compuesto por alimentos, insumos de limpieza, vestuario, mobiliario, mantenimiento del centro, entre otros.

En principio, la elección de una Comunidad Autónoma de optar por un sistema o el otro, repercute en la calidad del contrato de trabajo, ya que los empleados estatales gozarán de la estabilidad del empleado público, posibilidad de realizar una carrera en su ámbito, garantía de privilegios y derechos adquiridos. A diferencia del trabajador privado que se rige por los llamados «contratos basura» que no llegan al año, y generan una mayor rotación del personal y una situación de completa incertidumbre en el mercado laboral, contratan empleados de seguridad en vez de educadores (por lo cual no son funcionarios a efectos penales). Así, cada vez más pareciera que el «fin justifica los medios» y en este sentido el Defensor del Pueblo realiza un continuo seguimiento de las instituciones de los jóvenes con trastornos de conducta y en situación de dificultad social con el fin de percibir irregularidades (malos tratos físicos, psicológicos, ambientales, medicación forzosa, sanciones de aislamiento y habitaciones de contención, falta de intimidad, denegación de acercamiento) y para evitar abusos por parte del personal inexperto que se encarga del trato con los niños. Es por ello, que ha solicitado la implementación de un sistema de video vigilancia para registrar las anomalías que ocurren en dichos alojamientos¹⁵.

Al analizar los servicios de corrección, nos encontramos con que son varias las empresas que asumen la gestión, pero uno de las principales concesiones es la Fundación Diagrama Intervención Psicosocial, que interviene en centros de internamiento, de acogimiento familiar y programas de formación e inserción laboral (se extiende a Cantabria, La Rioja, Murcia, Melilla). La

¹⁴ SANZ DELGADO, Enrique. *Las Prisiones Privadas: La participación Privada en la Ejecución Penitenciaria*, Editorial Edisofer Sl, 2000, pp. 147 y ss.

¹⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO: «Informe anual 2013 Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura», Madrid, 2014. (Fecha de consulta 19 de marzo de 2015). Disponible en: http://www.defensordelpueblo.es/es/Mnp/InformesAnuales/InformeAnual_MNP_2013.pdf.

fundación Grupo Norte, constituye un *holding*¹⁶ de empresas denominado Grupo Norte, que ofrecen diversos servicios como ser vigilancia a cargo de PROSINTEL, insumos, mantenimiento, personal, entre otros. Aquí, uno se encuentra con aquella gestión que resulta un beneficio para las compañías de la corporación¹⁷.

La Fundación O'Belen, se creó el 22 de junio de 1999 con «ánimos lucrativos», financiada en más de un 90% por dinero que le entrega la administración, diseñó el Proyecto Esperí para menores con trastornos de comportamiento, un proyecto sin duda que aspira al mal suministro de medicación psiquiátrica y al encierro del nuevo cliente. Pero no solo eso, también ejerce su dominio en el mundo de los jóvenes en conflicto con la ley penal, gestiona centros de internamiento. Su control es tan extenso que hasta llega a extenderse al mercado laboral, el contexto familiar y los trámites de adopción. Sus integrantes no son psicólogos, ni asistentes sociales, tampoco educadores, son altos empresarios o funcionarios políticos ilustrados¹⁸. La Asociación Dianova declarada como utilidad pública por el ayuntamiento de Madrid el 26 de junio de 2012, se encarga de cinco centros de menores con problemas de consumo de drogas que fue muy criticado por el Estado francés por su metodología de tipo sectario.

A su vez se cuenta con varias quejas de maltrato por parte del personal de los centros, que han llegado a desembocar en el resultado de una muerte dudosa por paro cardio-respiratorio como fue el caso de Ramón Barrios, ocurrido el 8 de julio de 2011 durante la madrugada en el interior del centro «Teresa de Calcuta» de Brea Tajo situado a 40 km de Madrid, y gestionado por Gestión de la integración social (GINSO) desde 2005¹⁹.

Otras ilegalidades por posibles apremios fueron denunciadas en «Tierras de Oria», situado en Oria (Almería) y también gestionado por GINSO. El centro Los Rosales I Fundación siglo XXI de la Comunidad de Madrid también registra denuncias por vejaciones, escasez de comida, diversas formas de ejercer la represión muy lejos de reeducar a los chavales²⁰.

Por consiguiente, con el objetivo de revertir el clima de ilegalidad, algunas comunidades autónomas decidieron que el poderío vuelva en manos del Estado, como Canarias y Baleares, otras se han resistido de antemano como Cataluña, Aragón y Ceuta. En el País Vasco la gestión del centro cerrado Zumarraga, la asumió el gobierno desde el 2005²¹.

¹⁶ Las entidades de holding son aquellas sociedades cuyo activo está constituido mayoritariamente por participaciones en otras sociedades. Por lo tanto su capital consiste en la participación del capital en otras entidades jurídicas, en: NAVARRO LÉRIDA, María Sagrario. *El proceso de constitución de una sociedad europea holding*, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2008.

¹⁷ BARRIENTOS, Jaime. «Chicos malos, grandes negocios», 2009. (fecha de consulta 23 de marzo de 2015). Disponible en <http://www.interviu.es/reportajes/articulos/chicos-malos-grandes-negocios>.

¹⁸ «Colectivo No a O' Belen» [fecha de consulta 23 de marzo de 2015]. Disponible en <http://colectivo-noabelen.blogspot.de/p/que-pasa-con-los-centros-de-menores.html>.

¹⁹ PANIAGUA, Mayka. «La deuda de Ramón Barrios» [fecha de consulta 26 de marzo de 2015]. Disponible en <http://www.cuartopoder.es/rojosobrenegro/2011/08/08/la-deuda-de-ramon-barrios/425>.

²⁰ PÉREZ, Eduardo: «Un Guantánamo para menores en Madrid», 2008 [fecha de consulta 26 de marzo de 2015]. Disponible en <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=78051>.

²¹ «Menores Infractores» [fecha de consulta 30 de marzo de 2015]. Disponible en http://argitalpen.arar-teko.net/index.php?leng=cast&cid_1=45&cid_a=1452.

II. CONCLUSIÓN: PALABRAS FINALES PARA EMPRENDER UN NUEVO CAMINO

El presente trabajo ha querido denotar como la previsión de la gestión privada de los centros de menores es una forma de mercantilización de la sanción de internamiento en el ámbito de la justicia juvenil, con todas las consecuencias que se derivan de ello. Se necesitaría realizar un trabajo empírico de campo, con niveles de extensión y generalidad que exceden el objeto de la presente investigación.

A través de las reflexiones expuestas puede abrirse un nuevo campo de debate: la necesidad de nuevos paradigmas, nuevos enfoques en la atención y prevención de la juventud en conflicto con la ley penal. Desde los poderes públicos, desde el Estado, desde las instituciones de menores, desde los equipo interdisciplinarios que trabajan con esta problemática. Hay mucho por hacer y debatir.

Al respecto como sostiene ZAFFARONI, «(...) no cabe en la evolución privilegiar la competencia, sino la cooperación (...)»²². Además el orden público no debe alejarse de la realidad, ya que el impacto económico, la inseguridad que sufren las sociedades están rodeadas de otros factores que nos perjudican a nivel mundial como lo son; las condiciones climáticas, los choques migratorios, la producción de energía, las guerras. Es así, que se debe apelar a una unión entre todas las áreas, generando un modelo político, económico y social en completa armonía y conexión. De igual manera, hay que contextualizar esta problemática en la que intervienen aspectos macrosociales (situaciones de pobreza, políticas de ajuste, fragmentación y exclusión de los niños, etc.), aspectos microsociales (la importancia de fortalecer la familia, las redes de amistad, la jerarquía que juegan las instituciones en la sociedad).

Sin duda se necesita una política integral desde una transversalidad, donde actúan los distintos campos educación, salud, trabajo, familia, los medios de comunicación, entre otros. Lo que sucede al menor que delinque hay que comprenderlo desde este enfoque multicausal (o multicausal) no poniendo el acento en medidas coercitivas y de castigo, sino trabajando desde una prevención y como sujetos de derecho permeables al cambio.

Para lograrlo pongo el acento en la creación de una nueva mirada desde el campo de la Criminología, en el nuevo derecho penal de menores interdisciplinar contextualizado a la crisis por la que está atravesando la sociedad española. Este modelo de mercado, no está ofreciendo resultados adecuados, hay mucho por construir de la mano de alternativas como la mediación, es un camino por recorrer.

Reflexiones finales, la cuestión de los menores en la actualidad es un Tema de Agenda de Estado, entorno a ello existen dilemas pendientes en el marco del contexto de política de ajuste que vive en la actualidad España donde vastos sectores de la población, especialmente los jóvenes se encuentran fuera del sistema, con niveles altos de desocupación y situaciones de precariedad: la crisis del modelo de bienestar ameritan a reflexionar a partir de diferentes ámbitos de la sociedad, el papel de los funcionarios del sistema penal, lograr la independencia de los equipos técnicos, la salud, educación, empleo: la mercantilización, el surgimiento de las empresas privadas en el tema de la delincuencia juvenil ¿es el modelo qué más puede contribuir a pensar estrategias de prevención para este sector de la población?, ¿Acierto o desacierto?.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el Humano*, Buenos Aires, Editorial Colihue 2012, p. 65.

Como ya hemos visto el Estado no puede desentenderse de la atención de las problemáticas de los desamparados que se encuentran en situaciones delictivas frente a la ley, tiene que ejercer funciones de supervisión, de acompañamiento y no delegar todo en la cuestión privada ya que la seguridad es también un valor social.

Pienso en un nuevo paradigma para ir construyendo y debatiendo en la atención de este conflicto muy difícil, en el cual inciden una multiplicidad de factores interrelacionados: el papel de la familia, como garantizar que se cubran las necesidades básicas cotidianas, el empleo, la seguridad, no poniendo la mirada en el castigo, en políticas de mayor coerción sino reflexionar acerca de políticas de estado integrales y desde una transversalidad que pongan el acento en la prevención y en la búsqueda de mejoras condiciones cotidianas de vida para la juventud.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIENTOS, Jaime. «Chicos malos, grandes negocios», 2009. [Fecha de consulta 23 de marzo de 2015]. Disponible en <http://www.interviu.es/reportajes/articulos/chicos-malos-grandes-negocios>. *Código Penal y Legislación Especial*, Madrid, Editorial Colex, 2011.
- CONTREAU, Edouard. *Privatización el arte y los métodos*, Madrid, Editorial Unión Editorial, 1986.
- «Colectivo No a O' Belen». [Fecha de consulta 23 de marzo de 2015]. Disponible en <http://colectivoaobelen.blogspot.de/p/que-pasa-con-los-centros-de-menores.html>.
- DEFENSOR DEL PUEBLO. *Informe anual 2013 Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura*, Madrid, 2014. [Fecha de consulta 19 de marzo de 2015]. Disponible en: http://www.defensordelpueblo.es/es/Mnp/InformesAnuales/InformeAnual_MNP_2013.pdf.
- DONAHUE, John D. *La decisión de privatizar: fines públicos, medios privados*, Barcelona, Editorial Paidós, 1991.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Prisiones de empresa, reformatorios privados. Dos estudios de Política Penitenciaria*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2011.
- GALEANO, Eduardo. *Úselo y Tírelo*, Bs. As., Editorial Planeta de bolsillo, 1997.
- GARAPON, Antoiene. *Juez y Democracia*, Madrid, Editorial Flor del Viento, 1997.
- GARLAND, David. *La Cultura del Control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2005.
- MARTINEZ, Magdalena Ureña. *La cláusula penal en el contrato de leasing*, Editorial Civitas, 2003.
- «Menores Infractores». [Fecha de consulta 30 de marzo de 2015]. Disponible en http://argitalpen.ararteko.net/index.php?leng=cast&cid_l=45&cid_a=1452.
- NAVARRO LÉRIDA, María Sagrario. *El proceso de constitución de una sociedad europea holding*, Navarra, Editorial Thomson Aranzadi, 2008.
- PANIAGUA, Mayka. «La deuda de Ramón Barrios». [Fecha de consulta 26 de marzo de 2015]. Disponible en <http://www.cuartopoder.es/rojosobrenegro/2011/08/08/la-deuda-de-ramon-barrios/425>.
- PÉREZ, Eduardo. «Un Guantánamo para menores en Madrid», 2008. [Fecha de consulta 26 de marzo de 2015]. Disponible en <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=78051>.
- RODRIGUEZ GARCIA, Alfredo; MAYORGA FERNANDEZ, M.ª José y MADRID VIVAR, Dolores. *Los Menores en un Estado de derecho: normativa internacional, nacional, autonómica: prevención de la delincuencia infanto-juvenil*, Madrid Editorial Dykinson, 2011.
- SANZ DELGADO, Enrique. *Las Prisiones Privadas: La participación Privada en la Ejecución Penitenciaria*, Madrid, Editorial Edisofer SI, 2000.
- SCHICOR, David. *Punishment for profit*, Thousand Oaks (California, EE.UU.) Editorial Sage, 1995.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Editorial Civitas, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano*, Bs. As, Editorial Colihue, 2012.

La libertad vigilada en la reforma del Código Penal de 2015. Un paso más hacia la radicalización del dualismo^I

DAVID-ELEUTERIO BALBUENA PÉREZ (España)
Doctor junior, Universidad Jaume I de Castellón, España²

RESUMEN: El artículo analiza la tramitación parlamentaria de la libertad vigilada en la reforma de 2015, que en su modalidad postpenitenciaria amplía el ámbito de aplicación a los delitos de homicidio y sus formas, y a los de violencia familiar y de género, donde lo decisivo no es el criterio de la peligrosidad, sino la naturaleza de las infracciones. El retorno al dualismo rígido de corte clásico que propugnó el Proyecto de 2013, no ha logrado superar las críticas por lo que la reforma solo produce un leve –pero importante– paso adelante hacia el sistema de doble vía en el que se pretende que penas y medidas de seguridad coexistan y que se apliquen de forma simbiótica como reacción punitiva para los imputables peligrosos.

Palabras clave: reforma del código penal de 2015, libertad vigilada, doble vía, medidas de seguridad, peligrosidad.

ABSTRACT: The article analyzes the parliamentary proceedings of 2015 that refers to release under supervision, which in its after-care mode expands the scope of crimes against life and those of gender and domestic violence, where what matters is not the criterion of dangerousness but the nature of the offenses. The return to the rigid dualism of classic cut that advocated the Project 2013, has failed to overcome the criticism. That is why the legal reform produces only a slight – but important– step toward the two-way process which intends the coexistence of penalties and

¹ El presente trabajo es parte de una tesis doctoral que fue leída el 16 de septiembre de 2014 en la Universidad Jaume I de Castellón, elaborada dentro del programa de doctorado interuniversitario «Sistema de Justicia Penal», bajo la dirección del Prof. Dr. José Luis González Cussac y la codirección de la Profa. Dra. Cristina Guisasola Lerma, a quienes está dedicada esta ponencia.

² Profesor de Derecho penal en la Universidad Internacional de la Rioja (España). Profesor de Derecho penal y Derecho procesal penal en la Universidad Nacional de Asunción y en la Universidad Tecnológica Intercontinental (Paraguay).

security measures and its symbiotic application as a consequence of punitive reaction to the dangerous attributable.

Key words: amendment of the criminal code of 2015, release under supervision, two-way process, protective measures, hazardousness.

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunos datos sobre la evolución de la libertad vigilada en España. III. La reforma de la libertad vigilada en 2015. 1. La tramitación parlamentaria. 2. La LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del código penal. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma de 2015 del CP pasó por una intensa y compleja tramitación parlamentaria cuyo texto proyectado fue mutando en cada fase hasta la redacción definitiva que, tras su publicación en el BOE el 31 de marzo³, entra en vigor el 1 de julio de 2015⁴ coincidiendo –de forma sugerente– con la clausura de este congreso. La reforma amplía el ámbito de aplicación de la libertad vigilada a los delitos de homicidio y sus formas, y a los de violencia de género y familiar, por lo que la proyectada involución hacia el dualismo rígido de corte clásico, no consiguió eludir las fuertes críticas que hicieron rectificar al Gobierno de su Proyecto inicial, por lo que el modelo actual tan solo supone un pequeño –pero importante– paso adelante hacia el sistema de doble vía que se basa en la coexistencia de penas y medidas de seguridad como reacción acumulativa y simbiótica para los supuestos de imputabilidad peligrosa. En el presente trabajo se analiza el contenido de la reforma atendiendo a las distintas redacciones proyectadas, para terminar ofreciendo algunas reflexiones dogmáticas sobre las modificaciones que introduce la LO 1/2015.

II. ALGUNOS DATOS SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA EN ESPAÑA

Partiendo de que las medidas de seguridad tienen su origen en el siglo XIX y que su consolidación se produce ya en el siglo XX⁵, conviene recordar brevemente dos cuestiones

³ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, Secc. I, pp. 27061-27171.

⁴ Disposición Final octava de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que como indica GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. «Prefacio». En GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.); MATELLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 23, acorta la *vacatio legis*, rompiendo con la costumbre parlamentaria de fijar un plazo de 6 meses desde la publicación, y fijando una fecha concreta sin sujeción a la fecha de publicación y generando que los juristas tengan menos tiempo para estudiarla.

⁵ Aunque aparecen referencias en los textos de FEUERBACH y KLEIN a finales siglo XVIII (Cfr. SANZ MORÁN, A. J. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2003, p. 22), donde realmente surgen es a finales del siglo XIX con la Escuela Positiva italiana (BLANCO LOZANO, C. *Tratado de Derecho penal español. Tomo I. El sistema de la parte general. Vol. I. Fundamentos del Derecho penal español. Las consecuencias jurídico-penales*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 483) y con el Anteproyecto de Código penal suizo de 1893 de Carl STOOB (CHOCLÁN MONTALVO, J.A. «La medida de seguridad». En CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Derecho penal. Tomo I. Parte general*. 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 2001, p. 496), pero se consolidan definitivamente en el siglo XX, siglo, por otra parte, marcado por el predominio de los Estados totalitarios y que, en resumen, fue el siglo de las guerras mundiales, las bombas nucleares, las dictaduras militares, el

básicas en materia de medidas de seguridad: la primera es que son postdelictuales y se basan en la peligrosidad criminal, que es la cualidad personal que evidencia una alta probabilidad de cometer delitos en el futuro⁶, no en la peligrosidad social basada en la inadaptación y en meras conductas antisociales⁷; y la segunda es que las dificultades para la prognosis de peligrosidad a través de los distintos métodos que se conocen, han sido puestas de manifiesto por la doctrina de forma reiterada⁸, por lo que son evidentes tanto sus insuficiencias como sus deficiencias. No obstante, la libertad vigilada es un instrumento frecuente en Derecho comparado⁹ y en España las referencias han sido continuas, pues aparece en la LORPM¹⁰,

fascismo, el nacionalsocialismo, el comunismo y es en ese contexto donde se consagran las medidas de seguridad como reacción estatal frente al individuo peligroso.

⁶ LEAL MEDINA, J. «Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del Derecho penal». En *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 20. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008, pp. 216-226.

⁷ MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M. «Peligrosidad social y la tipología del sujeto peligroso». En *Documentación Jurídica* núm. 20. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. 1978, p. 1178; LANDECHO VELASCO, C.M., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Tomo IV. Madrid: Edersa, 1999, p. 57.

⁸ VIVES ANTÓN, T. S. «Métodos de determinación de la Peligrosidad». En *la libertad como pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pp. 17-41; MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de seguridad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad». En *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 2/2014, pp. 3 a 68; MARTÍNEZ GARAY, L., «Minority Report: pre-crime y pre-castigo. Prevención y predicción». En VIVES ANTÓN, T. S.; CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; ALONSO RIMO, A. Y ROIG TORRES, M. (Dir.). *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 579-606.

⁹ Pues existe, v.g., en Alemania, *Führungsaufsicht* (Cfr. STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Thomson Civitas, 2005, p. 42; JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª Ed. Traducida por J.L. Manzanares Samaniego, Granada: Comares, 1993, p. 748; JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. Traducida por J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 41; TAMARIT SUMALLA, J. M. «La integración jurídica en la Unión Europea y la reforma de 2006. Las penas y la reforma». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.). *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 83); en Italia, *Libertà vigilata* (Cfr. FIANDACA, G. Y MUSCO, E. *Diritto penale. Parte generale*. Quinta Edizione. Bologna: Zanichelli Editore, 2007, pp. 828 y ss.; PADOVANI, T. *Diritto penale. Seconda edizione*. Milano: Giuffrè Editore, 1993, pp. 437 y ss.; ALEO, S. *Il Sistema penale. I. La parte generale del diritto penale. II. Altri profili normativi e istituzionali*. Milan.ºGiuffrè Editore, 2004, pp. 246 y ss.; ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto penale. Parte generale. Sedicesima edizione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, pp. 828 y ss.; PAGLIARDO, A. *Principi de Diritto penale. Parte generale. Quarta edizione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, pp. 695 y ss.; RIZ, R. *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale*. Padova: CEDAM, 2000, pp. 488 y 489). En Francia, *Suivi socio-judiciaire* (Cfr. LEROY, J. *Droit pénal général*. 3ª Ed. Paris: L.G.D.J. Lextenso Editions, 2010, pp. 361 y 362; BOULOC, B., *Droit pénal général*. 20ª Ed. Paris: Dalloz, 2007, pp. 457 y ss.; DREYER, E. *Droit pénal général*. Paris: Flammarion, 2006, pp. 173 y 174; MOLFESSIS, N. (Dir.); DESPORTES, F. Y LE GUNEHEC, F. *Droit pénal général*. 9ª Ed. Paris: Economica, 2002, pp. 752 y ss.; PRADEL, J., *Droit pénal général*. 16ª Ed. Paris: Éditions Cujas, 2006, pp. 553 y ss.); En EE.UU., *Lifetime supervision*, en Reino Unido, *Community Punishment* (Cfr. WORRALL, A. Y HOY, C. *Punishment in the Community*. 2ª Ed., Cullompton, 2005, pp. 17 y ss.; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*. GEPC, 2005, p. 43).

¹⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Ley orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. Especial análisis de la reparación del daño*. Madrid: Dijusa, 2005, pp. 91 y ss.; DOLZ LAGO, M. J. *Comentarios a la legislación penal de Menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 113-116; MONTERO HERNÁNDEZ, T. *La justicia juvenil en España. Comentarios y reflexiones*. Madrid: La Ley, 2009, pp. 304-305; MAPELLI CAFFARENA, B.; GONZÁLEZ CANO, M. I. Y AGUADO CORREA, T. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad*

en el CP de 1822¹¹, desapareció con la promulgación del CP de 1870¹², aunque se mantuvo en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933¹³ y en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970¹⁴, pero con la llegada de la Constitución de 1978 y la promulgación del CP de 1995, se prescindió de ella hasta su reaparición, que se produjo ya en el siglo XXI, pues desde 2006 se instaló su presencia en los distintos Anteproyectos y Proyectos de reforma del CP (2006 y 2007) –que, por supuesto, generaron un intenso debate doctrinal–¹⁵, aunque el texto más destacable es el Anteproyecto de 2008, en el que la libertad vigilada revistió forma de pena privativa de derechos accesoria¹⁶ manteniendo el monismo del CP de 1995, aunque –por su comportamiento– se asemejaba más a una medida de seguridad que a una pena. Seguidamente, tanto en el Anteproyecto como en el Proyecto de 2009, hubo un cambio de criterio al concebirla como medida de seguridad¹⁷ para finalmente alumbrar la LO 5/2010, cerrando el debate sobre la naturaleza jurídica de la libertad vigilada al regularla como medida de seguridad y no como pena. Por otra parte, la DM 2008/947/JAI del Consejo de la UE, de 27 de noviembre de 2008, relativa al principio

Penal de los Menores. Sevilla: Junta de Andalucía. Consejería de Justicia y Administración Pública. Instituto Andaluz de Administración Pública. 2002, p. 87.

¹¹ MANZANARES SAMANIEGO, J. L. «La libertad vigilada». En *Diario La Ley*, n.º 7534. *Especial Reforma del Código Penal*, 2010, pp. 2-3; GARCÍA RIVAS, N. «La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad». En *Revista General de Derecho penal*, núm. 16, 2011, p. 5.

¹² CUELLO CONTRERAS, J. Y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho penal. Parte General*. Madrid: Tecnos. 2011, pp. 359-360.

¹³ SIERRA LÓPEZ, M. V. *La medida de libertad vigilada*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2013, pp. 19-20.

¹⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J. L. «La libertad vigilada...», cit. p. 3.

¹⁵ Sobre estos textos puede verse, v.g., BOLDOVA PASAMAR, M. A. «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada». En *ReCrim. Revista del Instituto Universitario de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*. 2009, pp. 294-314; TAMARIT SUMALLA, J. M. «La integración jurídica en la Unión Europea y la reforma de 2006. Las penas y la reforma». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.). *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009, pp. 81-82; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los sistemas de control telemáticos*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011, p. 203.

¹⁶ DIEGO DÍAZ SANTOS, M. R.; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P.; FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (Comps.). *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de Reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal*. XXI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal. Salamanca: Ratio legis. 2009, pp. 17 y ss.; DE MARCOS MADRUGA, F. en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.). *Comentarios al Código penal*. 2ª Ed. Valladolid: Lex Nova. 2011, p. 437; VIVES ANTÓN, T. S. *Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal ¿Estado democrático o Estado autoritario?* (TOL.405.952. 2008), pp. 1-5.

¹⁷ *Vid.* CÁMARA ARROYO, S. «La libertad vigilada en adultos: naturaleza jurídica, modos de aplicación y cuestiones penitenciarias». En *La Ley Penal*, núm. 96-97, 2012, pp. 9-10; SANZ MORÁN, A. J. «Libertad vigilada y quebrantamiento de condena. Arts. 106 y 468 CP». En ALVAREZ GARCÍA, F. J. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal. (Conclusiones del seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 141-144; REBOLLO VARGAS, R. «Libertad vigilada. Arts. 100.3, 106.2 y 106.4 CP». En ALVAREZ GARCÍA, F. J. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal (Conclusiones del seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 145-149; ACALE SÁNCHEZ, M. «Libertad vigilada. Arts. 106, 192 y 468 CP». En ALVAREZ GARCÍA, F. J. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal. (Conclusiones del seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 151-160.

de reconocimiento mutuo de las resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas, contribuyó a su implantación, aunque esta disposición comunitaria hace referencia a figuras que no son exactamente la libertad vigilada que se terminó introduciendo en España¹⁸.

La LO 5/2010, de 22 de junio, con la libertad vigilada traspasó la barrera del dualismo de tendencia monista¹⁹ o «neomonismo»²⁰ que imperó en el CP de 1995 desde su promulgación, en el que las medidas de seguridad carecían de acomodo sistemático para ser aplicadas a personas imputables²¹, dando entrada a un sistema «neodualista»²² que conjuga penas y medidas de seguridad sin sujeción al sistema vicarial²³, evidenciando la dirección que tomarían las ulteriores reformas hacia una suerte de retorno al dualismo rígido²⁴ de corte clásico basado en la coexistencia de penas y medidas de seguridad como medios de reacción frente al delito, para servir de forma conjunta a los fines preventivos generales y especiales. La libertad vigilada es una medida de seguridad no privativa de libertad que puede ser impuesta por tiempo de entre uno y cinco años en unos casos y por tiempo de hasta diez años en otros; y consiste en el sometimiento del condenado al control judicial a través del cumplimiento de alguna, algunas o todas las obligaciones y prohibiciones previstas en el art. 106 CP, de modo que aglutina en una sola medida lo que antes eran varias sanciones penales autónomas²⁵ y además añade otras nuevas, posibilitando

¹⁸ SIERRA LÓPEZ, M. V. *La medida de libertad vigilada...*, cit. p. 52, nota al pie 68 y p. 53.

¹⁹ JORGE BARREIRO, A. «Reflexiones sobre la compatibilidad de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de derecho». En *Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005, pp. 624-625.

²⁰ SANZ MORÁN, A. J. «De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso». En BUENO ARÚS, F.; HELMUT KURY; RODRÍGUEZ RAMOS, L. Y ZAFFARONI, E. R. (Dir.). *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 1087.

²¹ No son pocos los autores que se han mostrado partidarios de otorgar una respuesta dualista para imputables peligrosos de criminalidad media o grave, siempre que prevalezca el carácter correctivo frente al asegurativo, *vid.* SANZ MORÁN, A. J. «De nuevo sobre el tratamiento...», pp. 1098-1101; GUIASOLA LERMA, C. *Reincidencia y delincuencia habitual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 151-155. No obstante, algunos autores afirman que es preferible evitar cualquier forma de libertad vigilada, como MARTÍNEZ GARAY, L. «La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la *Führungsaufsicht* del Derecho penal alemán». En *Revista General del Derecho penal*, núm. 22, 2014, pp. 65-66, que considera preferible prescindir de la libertad vigilada como medida de seguridad postpenitenciaria y «rediseñar la ejecución de las penas privativas de libertad en un sentido verdaderamente reeducador».

²² CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho penal...*, cit. p. 356.

²³ Esto es, un régimen sumatorio (Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M., «Nuevos presupuestos para la imposición de medidas de penas y medidas de seguridad». En PÉREZ CEPEDA, A.I. (Dir.) y GORJÓN BARRANCO, M. C. *El Proyecto de Reforma del Código penal de 2013 a debate*. Salamanca: Ratio Legis, 2014, p. 26) que rompe con el monismo para los imputables peligrosos, pues la libertad vigilada aplicable a delincuentes sexuales (art. 192.2 CP) y terroristas (art. 579.3 CP) puede cumplirse de forma sucesiva a la pena (Cfr. GARCÍA ALBERO, R. «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada». En *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 6, 2010, p. 185) sumándose a la misma, con el objetivo de someter a esta clase de delincuentes a una suerte de control de baja intensidad encaminado a la neutralización de la peligrosidad (Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 5ª Ed. Navarra: Civitas, 2011, p. 365).

²⁴ JORGE BARREIRO, A. en LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A. *Introducción al Derecho penal*. Navarra: Civitas, 2011, p. 337.

²⁵ ORTS BERENQUER, E. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 3ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011, p. 351.

la imposición conjunta de un elenco muy variado de obligaciones y prohibiciones.²⁶ El diseño de la LO 5/2010 constaba de una previsión general de imposición facultativa para los inimputables y semiimputables, y de una previsión especial de imposición preceptiva para imputables delincuentes sexuales y terroristas –salvo la previsión facultativa para los primarios– aunque la decisión sobre la ejecución se difiere, en función del pronóstico de peligrosidad, al momento de empezar a cumplirla²⁷; y su aplicación presentaba tres variables en función de la categoría de delincuentes y de los delitos cometidos, a saber: como medida principal, como medida sustitutiva de otras medidas originarias, y como medida complementaria a la pena en imputables terroristas y delincuentes sexuales. En realidad, para los imputables, la LO 5/2010 introdujo dos libertades vigiladas: una para delincuentes sexuales y otra para terroristas y por ese motivo sus respectivas regulaciones (arts. 192.1 y 579.3 CP) presentaron diferencias importantes que evidenciaron que los contenidos, la duración y los requisitos no podían ser los mismos al tratarse de tipologías delictivas también distintas.

III. LA REFORMA DE LA LIBERTAD VIGILADA EN 2015

La reforma, en sus inicios, pretendía dar ese paso decidido hacia la transformación del sistema de medidas de seguridad, pues tras los dos Anteproyectos que le precedieron en 2012 y tras la fase dedicada a los informes consultivos del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal (que, en líneas generales, mantuvieron críticas con mayor o menor intensidad a sus contenidos)²⁸, se presentó en 2013 ante el Congreso de los Diputados²⁹ una primera redacción del Proyecto –muy distinta a la de los Anteproyectos sobre los que se realizaron los informes consultivos y sobre la que solamente se consultó al Consejo de Estado–³⁰, en el que las medidas de seguridad experimentaban un cambio significativo hacia el modelo dualista rígido –o, si se prefiere, radical–, un sistema de doble vía para los imputables en el que destacaba la desaparición del límite temporal en la aplicación de las medidas de seguridad, situándolo en la peligrosidad y no en la extensión de la pena prevista para cada delito³¹, fijando como requisitos que el hecho esté previsto como delito, que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto se pueda deducir un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos; y que la imposición de una medida de seguridad resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto (art. 95.1 CP). La proporcionalidad también experimentaba modificaciones en cuanto a sus criterios, haciendo desaparecer el límite de la pena en abstracto aplicable al hecho y también la prohibición de exceder el límite de lo necesario (art. 95.2 CP), pues la medida de seguridad pasaba a ser proporcionada tanto a

²⁶ MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias...*, cit. p. 378.

²⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Vademécum de derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 187.

²⁸ Informe del Consejo General del Poder Judicial de 16 de enero de 2013, Informe del Consejo Fiscal de 20 de diciembre de 2012.

²⁹ Proyecto 121/000065 de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. BOCG, de 4 octubre de 2013, serie A, núm. 66-I, pp. 1 a 100.

³⁰ Dictamen del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013. Aspecto que a juicio de GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. «Prefacio...», cit. p. 25, implica que, en muchos extremos del CP, «se ha hurtado la preceptiva valoración de los citados órganos constitucionales».

³¹ Pues el art. 6.2 CP, rezaba que «las medidas de seguridad no podrán exceder del límite necesario para prevenir la peligrosidad del autor».

la gravedad del delito cometido (y a los delitos por cometer), como a la peligrosidad³². También se reformuló el sistema vicarial, que se mantenía sólo en los casos de internamiento en centro psiquiátrico, en centro de educación especial o de deshabitación (con matices)³³, y penas y medidas de seguridad pasaban a imponerse de forma simultánea, esto es, primero la medida de seguridad, luego la pena, y la medida se le abonaría a la pena cumplida.³⁴ Como no podía ser de otra forma, las críticas al Proyecto fueron unánimes³⁵ y prueba de ello es el manifiesto suscrito por los catedráticos de 35 universidades españolas, en el que afirmaron con rotundidad que «lo más grave de esta iniciativa legislativa [...] es el claro abandono que se produce del principio de culpabilidad y su sustitución por criterios de peligrosidad: la dignidad humana va a resultar pisoteada en aras de un defensismo a ultranza, y los ciudadanos van a verse entregados no a la seguridad de la norma sino a la indeterminación de los criterios personales con los que se va a «administrar» la peligrosidad»³⁶.

I. *La tramitación parlamentaria*

En el proyecto que se debatió en el Congreso, la libertad vigilada aparecía en el art. 104 CP, y a excepción de los supuestos de terrorismo en los que su imposición era preceptiva (art.

³² ACALE SÁNCHEZ, M. «Nuevos presupuestos...», cit. p. 29.

³³ SÁEZ RODRÍGUEZ, C. «Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español». En *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2/2013, pp. 15 y 16.

³⁴ Aunque el tiempo de medida de seguridad solo será abonable a la pena en un tramo: las 3/4 partes, por lo que 1/4 parte era de necesaria ejecución, con la posibilidad de suspender esa parte si se estimaba que la ejecución podía poner en peligro los beneficios obtenidos con la medida de seguridad. En caso de concurrencia de pena de prisión y libertad vigilada, en todos los supuestos se impondría primero la pena y después la medida de seguridad, aspecto que alcanzaba también a los semiimputables, en quienes la regla es a la inversa (primero se aplica la medida de seguridad y luego la pena), por lo que se observa con claridad que la finalidad solo era el castigo. Como señala ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena». En *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 1, 2009, p. 481, «lo que se “compensa” a través de la pena es la culpabilidad del autor. La peligrosidad del autor se “previene”».

³⁵ Muchas de esas críticas fueron precisamente vertidas por los jóvenes investigadores en la III edición de este Congreso, que tuvo lugar los días 17 a 19 de junio de 2013, de entre las que podemos destacar las relativas a la custodia de seguridad que se incluyó en el Anteproyecto de 2012 y que posteriormente fue suprimida en el Proyecto de 2013, aunque manteniendo el resto de cuestiones que afectaban a la transformación del régimen de medidas de seguridad. En ese sentido *vid.* RODRÍGUEZ HORCAJO, D. «La custodia de seguridad: ¿“retorno al pasado” o “regreso al futuro”?». En DÍAZ CORTÉS, L. M. (Coord.). *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías. Memorias del III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias penales*. Universidad de Salamanca, 2014, pp. 391-406; BALBUENA PÉREZ, D. E. «Análisis crítico de la custodia de seguridad en el Anteproyecto de reforma del Código penal, de 11 de octubre de 2012». En DÍAZ CORTÉS, L. M. (Coord.). *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías. Memorias del III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias penales*. Universidad de Salamanca, 2014, pp. 493-511. Y también hubo críticas generalizadas por parte de la doctrina, por ejemplo PÉREZ CEPEDA, A. I., «Prólogo». En PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.) y GORJÓN BARRANCO, M. C. *El Proyecto de Reforma del Código penal de 2013 a debate*. Salamanca: Ratio Legis, 2014, pp. 15 a 20, explica que el Proyecto gravita sobre una suerte de populismo punitivo, sobre una *vis expansiva* del Derecho penal que además criminaliza el ejercicio de los derechos fundamentales y se dirige decididamente hacia el llamado Derecho penal de la seguridad, que es, pues, el verdadero Derecho penal de la peligrosidad; ACALE SÁNCHEZ, M. «Nuevos presupuestos...», cit. p. 48, advierte de que los puntos esenciales son la normativización del concepto de peligrosidad, la consideración del autor como enemigo social, la inoportunización como fin del sistema penal, la confusión de penas y medidas de seguridad y un pensamiento retro de la defensa social frente a los delinquentes.

³⁶ [<http://www.ub.edu/dpenal/recursos/TEXT0%20FINAL2.pdf>] (Consultado el 10/03/2015).

579.3)³⁷, en general podía imponerse de forma facultativa ante la concurrencia de los requisitos del art. 95.1 CP y cuando apareciera prevista en la parte especial. Sin embargo, el listado de delitos a los que se pretendía aplicar se amplió considerablemente, traspasando las dos categorías de delincuentes peligrosos de 2010 e incluyendo a los delitos de homicidio y sus formas, lesiones, detenciones ilegales, se creó una nueva figura de acoso que contenía libertad vigilada, algunas figuras de violencia habitual en el ámbito familiar, trata de seres humanos, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, hurtos y robos (incluidos los de uso de vehículos), estafas, receptación y blanqueo de capitales, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, delitos contra la seguridad colectiva y delitos contra el orden público.³⁸

El catálogo de obligaciones y prohibiciones se amplió notablemente y su diseño aparecía dotado de mayor contenido de control³⁹, permitiendo al juez o tribunal acordar que cada una de ellas tuviera una duración concreta atendiendo a criterios de necesidad en relación a la personalidad del sujeto y a la naturaleza del delito cometido. Las obligaciones y condiciones pasaban a ser diecisiete, de entre las que destacan las privaciones del derecho a conducir y al porte o tenencia de armas –que antes mantenían su autonomía respecto de la libertad vigilada–, la obligación de participar en programas de deshabitación al consumo de drogas o programas de tratamiento de adicciones sociales patológicas, la prohibición de consumir alcohol o drogas con deber de someterse al control de consumo y la de inscribirse en las oficinas de empleo⁴⁰, más una cláusula abierta en la que tendría cabida cualquier otra regla de conducta⁴¹ y una regla genérica por la que no se podrían imponer obligaciones y deberes que resultasen excesivos y desproporcionados con las circunstancias del caso, aunque los criterios para medir la proporcionalidad o los eventuales excesos, brillaban por su ausencia; al margen de que ambas expresiones parecían redundantes, pues no se apreciaba distinción alguna entre reglas de conducta excesivas o desproporcionadas.⁴² La duración era de un mínimo de tres años⁴³ y de un máximo de cinco,

³⁷ Aspecto sobre el que algunos autores manifestaron que convendría suprimir, generalizando la imposición facultativa, *vid.* SALAT PAISAL, M. «La regulación de la libertad vigilada en la proyectada reforma del Código penal». En *Derecho y Proceso penal*, núm. 34, 2014, p. 137.

³⁸ En la modalidad facultativa, se podría acordar en casos de inimputabilidad o semiimputabilidad, o cuando se acordase el cese de una medida de seguridad privativa de libertad; y se impondría preceptivamente cuando se suspendiera la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad, o cuando se cumpliera el plazo máximo sin haber cesado o suspendido. El problema es que en estos dos últimos casos se cesaba o suspendía por desaparición la peligrosidad, pero se aplicaba otra medida de seguridad basada también en la peligrosidad.

³⁹ Lo que para ACALE SÁNCHEZ, M. «Nuevos presupuestos...», cit. p. 42, conforma una medida de carácter policial que no debe confundirse con el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad.

⁴⁰ Del análisis de cada una de ellas no me puedo ocupar ahora, no obstante puede consultarse, por ejemplo, OTERO GONZÁLEZ, M. *La libertad vigilada aplicada a ¿imputables? Presente y futuro*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 95 a 112; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. «La expansión de la libertad vigilada y el vaivén de la custodia de seguridad en el Proyecto de 2013». En *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 10, *Algunas cuestiones relativas a las reformas de derecho penal y procesal penal*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2014, pp. 166-172.

⁴¹ Cfr. MARTÍNEZ GARAY, L., «La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la *Führungsaufsicht* del Derecho penal alemán». En *Revista General del Derecho penal*, núm. 22, 2014, p. 40).

⁴² ACALE SÁNCHEZ, M. «Medidas de seguridad». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.). *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 444.

⁴³ EXTEBARRÍA ZARRABEITIA, X. «Medidas de seguridad y su ejecución». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.). *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*.

pero ese plazo máximo podía ser prorrogado por plazos sucesivos de cinco años cada uno, o por tiempo menor del período mínimo inicial de tres años⁴⁴, y empezaba a cumplirse en la fecha en que quedaba extinguida la pena impuesta o cuando se acordase la suspensión de una medida de seguridad privativa de libertad. La terminación de la libertad vigilada se producía al cumplirse el plazo máximo fijado judicialmente (mínimo de tres años y máximo de cinco), aunque acto seguido aparecía la excepción a la regla general, por la que dicho plazo no pondría fin a la libertad vigilada en caso de ser prorrogada⁴⁵.

En definitiva, el dualismo que propugnaba esta redacción, permitía la extensión de la libertad vigilada sin límite, por lo que la regulación de la LO 5/2010 era mucho mejor, ya que en las medidas había plazos determinados que se podían prorrogar de forma indeterminada hasta la muerte del sometido a las mismas, sin necesidad de internamiento civil ni de incapacitación, contrariamente a lo que sucede con la –también proyectada– prisión permanente revisable. El elenco de delitos a los que se pretendía aplicar era muy amplio y no terminaba de estar justificada la elección; además, las tipologías delictivas eran muy variadas y no había concreción de a cuáles debía aplicarse cada medida concreta. Las obligaciones y condiciones estaban dotadas de escaso contenido rehabilitador y de un marcado carácter de control, vigilancia e inoquización, actuando como complemento punitivo que parecía servir más a fines de prevención –general y especial– negativa, eludiendo la necesaria combinación de los métodos de determinación de la peligrosidad con estudios de la realidad criminológica. El automatismo en la aplicación a los delitos de terrorismo se conformaba como un régimen excepcional, que además era el único supuesto de imposición preceptiva en su modalidad postpenitenciaria. Por tanto, la redacción proyectada era sensiblemente peor que la de la LO 5/2010.

Posteriormente se pasó a la fase de enmiendas, que comenzó con la presentación en el Congreso, a finales de 2014, de un total de ochocientos ochenta y cinco enmiendas⁴⁶, en las que se opusieron importantes objeciones al conjunto de la regulación proyectada y, muy especialmente, a la profunda transformación del sistema de medidas de seguridad. Muchas de ellas

Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. Este autor señala que la medida no puede tener una duración mínima, sino que, por su propia esencia y fundamento, debe cesar si desaparece la peligrosidad, con independencia del tiempo mínimo cumplido.

⁴⁴ Esas prórrogas sólo podrían acordarse cuando se hubiesen producido incumplimientos relevantes de las obligaciones y condiciones impuestas, siempre que de ellos pudiera derivarse indicios que evidenciasen un riesgo relevante de comisión futura de nuevos delitos. Pero solo cabría la prórroga si se tratase de delitos sexuales o de una libertad vigilada impuesta al acordar la suspensión de la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad. Aun así, en tanto que la libertad vigilada también supone una importante intromisión en las libertades individuales, las prórrogas de 5 años eran excesivas y, en cualquier caso, la doctrina vino a decir no se podía mantener el cumplimiento de la libertad vigilada durante toda la vida (EXTEBARRÍA ZARRABEITIA, X. «Medidas de seguridad...», cit. p. 466). Además, esta previsión iba en contra de la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 2014 relativa a los delincuentes peligrosos que maneja un régimen más estricto en relación a la duración indeterminada de las medidas aplicables en la comunidad (Cf. MARTÍNEZ GARAY, L. «La libertad vigilada...», cit. p. 35) por lo que la prolongación ilimitada era más que discutible, pues la libertad vigilada debe atender a criterios de proporcionalidad que incluyan tanto la peligrosidad individual como la gravedad del delito cometido (ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. «Medidas de seguridad...», cit. p. 484).

⁴⁵ Autores como ACALE SÁNCHEZ, M. «Medidas de seguridad...», cit. p. 446, afirman que no debería poder prorrogarse atendiendo a fórmulas temporales que, por ser innecesarias, postergan la dignidad del penado.

⁴⁶ BOCG, Congreso de los Diputados. Serie A, núm. 66-2, de 10/12/2014, pp. 1-619.

fueron admitidas⁴⁷ y el texto que aprobó el pleno⁴⁸ y remitido al Senado, eliminó de raíz la profunda transformación que se había proyectado sobre el régimen de las medidas de seguridad y la libertad vigilada, pasando únicamente a contemplar una ampliación –mucho menor que la redacción inicial– de los delitos a los que se aplica, incluyendo solamente los delitos de homicidio y sus formas y los delitos de violencia familiar y de género (art. 140 bis y 173.2 CP). Además, el texto no obtuvo consenso por parte de la cámara, pues se aprobó con los únicos votos a favor del Gobierno, aprovechando, de forma cínica, su superioridad derivada de la mayoría absoluta que ostentaba en el Parlamento, lo que motivó que el Manifiesto de los catedráticos de Derecho penal –al que ya hemos referido *supra*– comenzase diciendo que la reforma estaba siendo impulsada «abusando de una mayoría absoluta obtenida legítimamente en las últimas elecciones», aunque adolecía de multitud de defectos, entre ellos, la pobreza técnica y la separación radical de la tradición jurídica española. Por otra parte, al haberse modificado tan profundamente el contenido del texto, lo correcto habría sido devolverlo a los órganos constitucionales (CGPJ, Consejo Fiscal y Consejo de Estado) para que emitieran sus preceptivos informes consultivos, puesto que los anteriores fueron sobre textos distintos, lo que implica, *de facto*, que el Proyecto remitido al Senado y que se terminó aprobando, consiguió eludir esa fase de la tramitación⁴⁹, que se promulgó sin los dictámenes de dichos organismos.

En el Senado se presentaron mil cuarenta y cuatro enmiendas⁵⁰ de las que solo tres fueron retiradas.⁵¹ El informe de la ponencia incorporó al texto las enmiendas presentadas por el Grupo Popular a su propio texto y rechazó todas las demás⁵², con lo cual, el texto salió adelante gracias a la mayoría absoluta del Gobierno, pues ningún otro grupo parlamentario apoyó el texto proyectado; aspecto significativo que demuestra una clara ausencia de consenso para llevar a cabo la reforma del instrumento más fuerte con el que cuenta el Estado para controlar las conductas⁵³;

⁴⁷ El informe de la ponencia en BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 66-3, de 21/01/2015, pp. 1-619; y el Dictamen de la Comisión en BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 66-4, de 22/01/2015, pp. 1-109.

⁴⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 66-5, de 02/02/2015, pp. 1-103.

⁴⁹ Según indica GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. «Prefacio...», cit. pp. 24-25, «hemos asistido a una continua superposición de diferentes versiones del texto, en algunas materias, radicalmente distintas. [...] De la versión informada por el Consejo General del Poder Judicial y por el Consejo Fiscal en 2012, y por el Consejo de Estado en 2013, a la redacción final aprobada, dista un abismo».

⁵⁰ BOCG, Senado, núm. 475, de 23/02/2015, pp. 85-733.

⁵¹ BOCG, Senado, núm. 481, de 03/03/2015, p. 2. Aunque tras el Dictamen de la comisión (BOCG, Senado, núm. 485, de 09/03/2015, pp. 6 a 109), los demás grupos parlamentarios presentaron votos particulares (BOCG, Senado, núm. 485, de 09/03/2015, pp. 6-109).

⁵² BOCG, Senado, núm. 481, de 03/03/2015, pp. 3 a 107. Como explica GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. «Prefacio...», cit. p. 25, «la precipitación final en su aprobación ha alcanzado un hito en el Senado: no sólo se admitieron casi cincuenta enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Popular a su propio texto, sino lo que es más bochornoso, pues mientras se votaba el texto final en el Pleno [...] continuaban presentándose y aceptándose enmiendas transaccionales presentadas *in voce*, y consecuentemente circulaban por el hemiciclo fotocopias con recortes, añadidos y borrones. ¿Realmente los senadores sabían con certeza la redacción final que estaban votando? De la carencia de estos Informes y de las precipitaciones finales se resiente la calidad técnica de la norma, pero ¿qué precio pagamos por el déficit de legitimidad procedimental?». (La cursiva es mía).

⁵³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. «Señas de identidad de la reforma penal de 2015: Política criminal e ideología». En *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 17, 2015, pp. 196-172. Este autor señala que se trata de una reforma de ideas, de conceptos y categorías, de política criminal y de la concepción misma del Derecho penal, por lo que el texto punitivo tras la reforma es otro código penal que dista mucho del código penal de 1995. Además, explica que la pobreza del debate y la falta de consenso es precisamente una de las señas

y sabido es que, sin consenso, suele ser más difícil no equivocarse. Finalmente, el Senado remitió al Congreso una última versión del texto que es la que se terminó aprobando.⁵⁴

2. *La LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del código penal*

La ley afecta a muy pocos aspectos de la libertad vigilada y produce algunas modificaciones solamente en la previsión especial para sujetos imputables y sin alterar la previsión general para inimputables y semiimputables, por lo que se mantiene el «limitado dualismo»⁵⁵ de la LO 5/2010. Es de resaltar que la reforma ha vuelto a omitir la definición legal de libertad vigilada, dejando nuevamente sin solución los problemas de interpretación que desde el principio de legalidad pueden producirse en su aplicación, reforzando lo que, para GONZÁLEZ CUSSAC es una de las señas de identidad de la reforma, cuando afirma que «esa otra cara oscura de la reforma de 2015 conlleva la despedida de BELING, de las exigencias del principio de legalidad penal, tanto de su «tenor literal» como de su «significado esencial». Hasta ahora la seña de identidad de la ley penal era su precisión, su rigor, su carácter estricto. Ahora abrimos la era de la *flexilegalidad*. En realidad, es la consecuencia de un derecho penal construido desde la incierta categoría del riesgo, y tras el que reaparece el fantasma de la idea de peligrosidad»⁵⁶.

El Preámbulo, en su apartado XXII, se limita a decir que la libertad vigilada fue introducida por la LO 5/2010 y que con esta reforma «también se podrá imponer en todos los delitos contra la vida» –aunque luego en el articulado solo hay previsión para los delitos de homicidio y sus formas– «y a los delitos de malos tratos y lesiones en violencia de género y familiar». En cualquier caso, ningún argumento se aduce que justifique por qué se eligen estos delitos y no otros. En principio podría pensarse que existen razones de neutralización de la peligrosidad criminal, pero por los delitos elegidos no es posible afirmar que sea así, puesto que si bien la regulación de la LO 5/2010 solamente iba destinada a las dos categorías de delincuencia peligrosa más visibles –la sexual y la terrorista–, en los delitos contra la vida, por ejemplo, la peligrosidad no puede predicarse ni siquiera por aproximación, pues en el homicidio imprudente, en el auxilio ejecutivo al suicidio o en cualquier otra forma de homicidio, la peligrosidad criminal podrá deducirse, como mucho, de la personalidad del sujeto, no del hecho aisladamente considerado ni de su formulación en abstracto⁵⁷. En otras palabras: no se puede presumir que en todos las formas de

de identidad de esta reforma, y en ese sentido expresa que «la reforma penal de 2015 ha transcurrido por encima y por detrás de las reglas procedimentales: sin informes, sin debate, sin consenso. La síntesis de esta debacle procedimental parece proceder de la influencia en nuestros gobernantes y su mayoría parlamentaria del pensamiento de OTTO VON BISMARCK. Se atribuye al *Canciller de Hierro* esta célebre máxima: «*La gente no dormiría tranquila si supiera cómo se hacen las salchichas y las leyes*». Fin de la cita».

⁵⁴ BOCG, Senado, núm. 493, de 23/03/2015, pp. 2-301.

⁵⁵ VIVES ANTÓN, T. S. «La reforma penal de 2015: una valoración genérica». En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.); MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 36.

⁵⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. «Señas de identidad de la reforma penal...», cit. p. 175.

⁵⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. «Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)» En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.); MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 477 y 478. Este autor señala que estamos ante una «nueva torpeza» del legislador y que en el homicidio imprudente y en el auxilio y la inducción al suicidio, «resulta grotesco y disparatado pensar siquiera en la imposición de una medida de libertad vigilada para quien resulte condenado por la comisión de uno de ellos»; y que sigue diciendo (p. 482) que «aunque suene a broma [...] el art. 140 bis CP

homicidio, el autor o partícipe presente una peligrosidad que subsistirá tras la pena de prisión y que justifique la imposición de la libertad vigilada postpenitenciaria, por lo que solo se pretende incrementar la punitividad, acumulando sanciones penales para su cumplimiento sucesivo, con lo que no solo se pervierte la naturaleza de la figura, sino que se centra en un aspecto meramente retributivo que no concierne a las medidas de seguridad sino a las penas. En cualquier caso, esta previsión se aparta de la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 2014 relativa a los delincuentes peligrosos, que solo incluye a los condenados por un delito sexual o con violencia muy grave contra las personas con alta probabilidad de cometer nuevas infracciones sexuales o con violencia también muy graves⁵⁸.

Por otra parte, el solapamiento y la afección al principio de *ne bis in idem* que ya se producía en los delitos sexuales en virtud del art. 57.1 CP, debido a que estos delitos llevan pena de alejamiento (que se cumple de forma simultánea a la de prisión y podrá exceder unos años más, hasta diez en unos casos y hasta cinco en otros) y ahora se impone además la libertad vigilada, pudiendo coincidir las prohibiciones de la medida de seguridad con las de la pena. La cuestión se agrava al quedar incluido el homicidio que aparece en el listado del art. 57.1 CP, y los delitos de violencia de género y familiar a los que refiere el art. 57.2 CP, porque a todos ellos se les podrá imponer, además, la libertad vigilada, de modo que la confluencia de la pena y de la medida, obligará a que no se puedan imponer estas prohibiciones pero sí las restantes, por lo que el penado podrá estar cumpliendo una multiplicidad de prohibiciones contenidas, todas ellas, en la libertad vigilada, pero algunas lo serán en concepto de pena. Solo queda proscrita la coincidencia de prohibiciones entre pena y medida, pero las que no sean idénticas pueden concurrir. De imponerse en ambas sanciones, no lograría superar la prohibición de *ne bis in idem*, aunque esta previsión conjuga innecesariamente penas y medidas cuando con una de las dos sería suficiente.

El art. 192.1 CP mantiene su anterior redacción para los delitos sexuales, pero en los delitos de terrorismo, la modificación se produce con la coetánea LO 2/2015, de 31 de marzo, que modifica el CP en materia de terrorismo⁵⁹, por la que del art. 579.3 CP pasa a ser el art. 579 bis.2 y sustituye la expresión «*un delincuente primario*» por «*y el delincuente hubiese delinquido por primera vez*», que viene a significar lo mismo pero se refuerzan las diferencias ya existentes entre ambas regulaciones, que no solo persisten con la reforma, sino que además afianzan la tesis de que la libertad vigilada para delincuentes sexuales es distinta de la de los terroristas, en concreto porque para los delitos sexuales el art. 192.1 CP habla de que «*se impondrá además la libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad*», mientras que para los terroristas, el art. 579 bis.2 CP dice que «*se impondrá además la libertad vigilada*», omitiendo la referencia a que se ejecutará con posterioridad a la pena. Otra diferencia es que en los delitos de terrorismo se habla de que acompañará a «*penas graves y menos graves*», no a «*delitos*» como sucede en la previsión para delincuentes sexuales; por tanto, puede ser que los delitos de terrorismo tengan penas en abstracto menos graves y luego, en la concreción, la pena resultante sea grave, en cuyo caso la libertad vigilada podrá llegar a los diez años frente a los cinco que puede alcanzar cuando se trata de delitos menos graves en los delitos sexuales.⁶⁰ Y

permite que a los condenados por la comisión de uno o más delitos de homicidio por imprudencia grave o incluso menos grave se les pueda imponer además una medida de libertad vigilada».

⁵⁸ MARTÍNEZ GARAY, L. «La libertad vigilada...», cit. p. 35.

⁵⁹ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015, pp. 27177-27185.

⁶⁰ SIERRA LÓPEZ, M. V. *La medida de libertad vigilada...*, cit. pp. 136-137

por último, en relación a la facultad de no imposición a los delincuentes primarios –que debería haber sido la regla general y no la excepción–⁶¹, en los delitos sexuales se aplicará atendiendo a la menor peligrosidad cuando el sujeto haya cometido delitos graves y menos graves⁶², mientras que para los terroristas solo se podrá hacer uso de esta facultad cuando el sujeto haya cometido un único delito menos grave, excluyendo los graves y cuando sean varios⁶³. Por tanto, ante tantas diferencias, es necesario otorgarle un tratamiento también distinto, aspecto que sale reforzado con la reforma al incrementar las diferencias.

En el homicidio y sus formas, la ampliación se produce con la introducción de un nuevo art. 140 bis CP, que dice: «*A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada*»; que son, según la redacción reformada que también confiere el texto a los delitos del Título I, del Libro II CP (arts. 138 a 143) que convierte el homicidio y el asesinato en «un complejo galimatías de agravaciones»⁶⁴: homicidio, homicidio agravado, asesinato, asesinato agravado, homicidio imprudente, inducción y auxilio al suicidio⁶⁵. Al margen de las consideraciones ya efectuadas sobre la imposibilidad de la presunción –ni siquiera *iuris tantum*– de peligrosidad de quienes cometen estos delitos, la verdadera preocupación es la referente a la elección de las obligaciones y prohibiciones que deban imponerse en cada caso, pues difícilmente encuentra sentido la obligación de someterse a tratamiento médico, o la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual o similares. En cualquier caso, la reforma omite cualquier referencia a tales extremos, quedando la elección, una vez más, sin especificación normativa y sujeta únicamente al criterio de los órganos jurisdiccionales que deben tomar la decisión (JVP y tribunal sentenciador)⁶⁶,

⁶¹ TAMARIT SUMALLA, J. M. «Delitos relativos a la pornografía infantil y otras medidas relacionadas con la delincuencia sexual (arts. 189 y 192)». En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.). *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Navarra. Thomson Aranzadi, 2010, p. 178.

⁶² Aunque en la práctica, desde la entrada en vigor de la LO 5/2010, esta facultad de no imposición a los primarios raras veces se ha utilizado para prescindir de la libertad vigilada, advirtiéndose un excesivo automatismo en su imposición, *vid.*, por ejemplo, la SAP de Valencia 223/2014, de 8 de abril (TOL4.296.730), entre muchas otras.

⁶³ FEJOO SÁNCHEZ, B. «La libertad vigilada en el Derecho penal de adultos». En DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.) *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Navarra: Civitas, 2011, p. 221.

⁶⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. «Señas de identidad de la reforma penal...», cit. p. 170.

⁶⁵ Sobre la reforma de estos delitos *vid.* SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. «Del homicidio...», cit., pp. 461-482.

⁶⁶ No obstante, el desarrollo reglamentario para la atribución de competencias en materia de seguimiento y control de las medidas, vino con el RD 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas (que derogó el RD 515/2005, de 6 de mayo), que dedica el art. 23 a la libertad vigilada postpenitenciaria y dispone que es competencia de la Administración Penitenciaria elevar el un informe técnico al JVP antes de que concluya el cumplimiento de la pena, elaborado por la Junta de Tratamiento del centro en el que se encuentre o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional. En el Cap. VI dedicado a las Disposiciones Comunes, el art. 27 dispone la creación por parte de la Administración Penitenciaria de una comisión técnica de apoyo y seguimiento –con naturaleza de grupo de trabajo–, que estaría formada por personal penitenciario y podrá también estar formada por los representantes de las distintas entidades que colaboren en la ejecución de las penas y medidas de seguridad. Sin embargo, la doctrina manifiesta que del contenido del RD 840/2011 se desprende que debe ser la Administración Penitenciaria la que organice, defina y prepare las modalidades a las que debe sujetarse el cumplimiento de las medidas de seguridad no privativas de libertad y

habida cuenta de que la reforma ha dejado pasar la oportunidad para crear una figura como el agente de vigilancia del sistema anglosajón (*probation service*)⁶⁷, figura conveniente y necesaria para la efectividad de la libertad vigilada tal y como ahora se formula⁶⁸.

En los delitos de malos tratos y lesiones en el ámbito de la violencia de género y familiar, esta ampliación se produce con la inclusión de un nuevo art. 156 ter CP, que dispone: «*A los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Título, cuando la víctima fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada*»; es decir, que cuando se cometa alguno de los delitos de lesiones del Título III, del Libro II CP (arts. 147 a 156 CP), se podrá imponer también la libertad vigilada siempre que la víctima sea el cónyuge –o análogo aun sin convivencia–, ascendiente, descendiente, etc.; y se modifica igualmente el art. 173.2 CP, añadiendo *in fine* que «*en los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada*». Realmente, la elección de esta clase de delitos tampoco puede residir en la peligrosidad criminal –salvo en contados casos particulares en los que podría acreditarse– sino que se da un paso más en la lucha contra la violencia doméstica y de género, materia que ha venido protagonizando las agravaciones punitivas más debatidas de los últimos tiempos que han sido incluso catalogadas por no pocos autores como una clara manifestación del Derecho penal del enemigo⁶⁹ por la evidente desproporción punitiva que ahora, con la libertad vigilada, se incrementa⁷⁰. Es más, en materia de violencia de género se aplica la orden de protección como medida cautelar durante el proceso, luego se imponen algunas de las penas accesorias privativas de derechos y, posteriormente, la libertad vigilada postpenitenciaria; medidas cautelares, penas y medidas de seguridad que, en sus tres manifestaciones, tienen los mismos contenidos⁷¹. El solapamiento, el exceso en el contenido restrictivo y la desproporción, son evidentes⁷².

que se pueden articular mecanismos de coordinación con otras Administraciones locales o autonómicas para que suscriban convenios de colaboración que les permitan cooperar con la Administración Penitenciaria para la ejecución de la libertad vigilada. *Vid.* MAGRO SERVET, V. «Competencia de la administración penitenciaria para la ejecución de las medidas de seguridad no privativas de libertad, y penas y medidas alternativas a la prisión (Desarrollo de lo dispuesto en el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio)». En *La Ley Penal*, núm. 106, 2014, p. 139.

⁶⁷ LUACES GUTIÉRREZ, A. I. «Cuestiones controvertidas en torno al procedimiento para decidir sobre la medida de libertad vigilada». En NEIRA PENA, A. (Coord.); Pérez-Cruz Martín, A. J. (Dir. Congr.) y FERREIRO BAAMONDE, X. (Dir. Congr.). *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, 2012, pp. 554 y 555, y notas al pie 40 y 41.

⁶⁸ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *La nueva medida de seguridad...*, cit. p. 186.

⁶⁹ POLAINO-ORTS, M., «La legitimación constitucional de un Derecho penal *sui generis* del enemigo frente a la agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo». En *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 3/2008, pp. 4-34.

⁷⁰ Materia que, por supuesto, tampoco queda exenta de modificaciones en esta reforma, *vid.* CERVELLÓ DONDERIS, V. Y CHÁVES PEDRÓN, C. «Violencia de género y violencia doméstica (arts. 153.1, 173.2 y 173.4)». En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.); MATALLÍN EVANGELIO, A. Y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 497-514.

⁷¹ BALBUENA PÉREZ, D. E. «Algunas consideraciones acerca de la naturaleza, contenido y alcance de la libertad vigilada. ¿Medida de seguridad?». En DÍAZ CORTÉS, L. M. (Coord.). *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales. Memorias del II Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*. Universidad de Salamanca, 2012, p. 138.

⁷² Autores como CERVELLÓ DONDERIS, V. Y CHÁVES PEDRÓN, C. «Violencia de género y violencia doméstica...», cit. p. 307, señalan que la pena accesoria cuyos contenidos coinciden con los de la libertad vigilada,

No obstante, conviene tener presente que tanto para los delitos de homicidio y sus formas como en los delitos de violencia familiar y doméstica, la imposición de la libertad vigilada es facultativa, y que además su cumplimiento no necesariamente debe ser después de la pena de prisión, porque a diferencia de la redacción del art. 192.1 CP que especifica que la libertad vigilada se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad, en estos nuevos supuestos introducidos en la reforma, el texto solo dice –al igual que en la redacción de art. 579 bis. 2 CP– que se impondrá además la libertad vigilada, sin especificar que la ejecución deba ser posterior⁷³, por lo que nada impide que pueda llevarse a cabo de manera simultánea, siempre que sea posible⁷⁴.

En la libertad condicional, que experimenta una importante modificación hacia el modelo alemán a modo de suspensión a prueba del resto de la pena⁷⁵ y, por tanto, deja de ser la última etapa de cumplimiento para ser un periodo en el que la pena queda en suspenso por un plazo determinado que puede ser mayor que el tramo de pena restante prolongando artificialmente el tiempo en que el sujeto sigue cumpliendo condena, y en el que la revocación implica el cumplimiento íntegro del tramo de pena suspendida, sin que sea posible ningún tipo de abono.⁷⁶ Al margen de la posible vulneración del principio de *ne bis in idem* y de la prolongación artificial del tiempo de cumplimiento efectivo de condena al permitir un plazo de suspensión superior al tiempo restante de pena de prisión, la cuestión que se plantea es la incompatibilidad entre libertad condicional por pronóstico favorable de reinserción y la imposición de la libertad vigilada precisamente por persistencia de peligrosidad que además se presume⁷⁷. Por todo ello, sería conveniente reducir la aplicación de la libertad vigilada postpenitenciaria a los supuestos

«cumple la misma función de protección a la víctima pero de una forma más garantista que la que se pueda hacer a través de la medida de seguridad».

⁷³ Algunos autores como CÁMARA ARROYO, S. «La libertad vigilada...», cit. p. 15, han manifestado que esta diferencia no es más que un desliz gramatical que en realidad no produce ningún cambio a la hora de ejecutar la medida de seguridad. Sin embargo otros autores como REBOLLO VARGAS, R. *La llibertat vigilada: pena accessòria o mesura de seguretat contra els condemnats per delictes sexuals i delictes de terrorisme*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2010, p. 70, han señalado que no puede ignorarse la diferencia ni es posible la analogía.

⁷⁴ SIERRA LÓPEZ, M. V. *La medida de libertad vigilada...*, cit. p. 138.

⁷⁵ Cfr. JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal...*, cit. pp. 770-771.

⁷⁶ Sobre la reforma de la libertad condicional, *vid.*, por ejemplo, GUIASOLA LERMA, C. «Libertad condicional (arts. 90, 91 y 92)» En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.); MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 371-386; RENART GARCÍA, F. «La libertad condicional en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal». En *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extra 2013, pp. 219-235; RODRÍGUEZ YAGÜE, C.; GUIASOLA LERMA, C. Y ACALE SÁNCHEZ, M. «Libertad condicional: Artículos 90, 91, 92 y 93 CP». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.). *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 384 y 385; SÁEZ RODRÍGUEZ, C. «Comentarios acerca del sistema...», pp. 22 y 23; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. N. «Análisis crítico de la libertad condicional en el Proyecto de Reforma de Código Penal de 20 de septiembre de 2013: especial referencia a la prisión permanente revisable». En *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 110, 2014, p. 4.

⁷⁷ La libertad condicional en esta nueva forma de concebirse como suspensión del resto de la pena, remite a los arts. 83, 86 y 87 CP que regulan la suspensión de la pena, y en ese sentido conviene tener presente que recientemente la Sala 2ª del TS, en su Sentencia 768/2014, de 11 de noviembre (TOL4.560.796), ha declarado que la suspensión de la pena privativa de libertad no habilita para dejar de imponer la libertad vigilada, cuyo cumplimiento se hará efectivo una vez se haya extinguido la pena principal suspendida, aunque cabe la posibilidad de reducir, revisar o cesar la medida en aplicación de los arts. 106 y 97 CP.

en los que el penado no haya tenido acceso a la libertad condicional⁷⁸, pues, en algunos casos, la libertad vigilada podría incluso tener mayor contenido restrictivo que la pena de prisión cuando se cumple en régimen de semilibertad o de libertad condicional⁷⁹ dependiendo de las prohibiciones u obligaciones en que se concrete⁸⁰, convirtiéndose en un complemento punitivo para imputables que supone un total abandono del sistema progresivo de ejecución de la privación de libertad⁸¹. Por otra parte, algunos de estos delitos como el asesinato especialmente grave, también llevan aparejada la nueva pena de prisión permanente revisable⁸², revisión que puede producir que, por pronóstico favorable de reinserción, el penado pueda acceder a la libertad condicional⁸³, momento en que la libertad vigilada tendría que empezar a cumplirse. Por ese motivo, en estos casos, la medida de seguridad parece innecesaria, porque podría suponer no solo una desproporción punitiva, sino también la saturación del sistema con sanciones penales que habrían de ejecutarse al mismo tiempo.

⁷⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B. «La libertad vigilada...», cit., p. 222, advierte que la libertad condicional es un indicio de la innecesariedad de la libertad vigilada posterior y que, en caso de ejecutarla a pesar de la evolución positiva, las obligaciones no deberán ser más restrictivas que las de la libertad condicional, para no producir regresión, por tanto la libertad vigilada no debería ejecutarse en supuestos en que la progresión haya sido adecuada y exista pronóstico favorable, por lo que la medida estaría destinada solo a quienes no han progresado en grado.

⁷⁹ NISTAL BURÓN, J. «La «libertad vigilada». La dificultad de su aplicación práctica. (A propósito de la nueva medida de seguridad no privativa de libertad que prevé el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995)». En *Diario La Ley*, núm. 7368, 2010, p. 6.

⁸⁰ LEGANÉS GÓMEZ, S. «Clasificación penitenciaria y libertad vigilada». En *La Ley Penal*, núm. 96-97, 2012, p. 34.

⁸¹ REBOLLO VARGAS, R. *La llibertat vigilada: pena accessòria o mesura de seguretat...*, cit., p. 61; SANZ MORÁN, A. J. Y SANZ MORÁN, A. J. «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada: reflexión político-criminal». En MUÑOZ CONDE, F.; LORENZO SALGADO, J. M.; FERRÉ OLIVE, J. C.; CORTES BECHIARELLI, E. Y NÚÑEZ PAZ, M. A. (Dir.). *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 1021 y 1022.

⁸² Sobre esta pena *vid.*, por ejemplo, CERVELLÓ DONDERIS, V., «Prisión permanente revisable II (art. 36)». En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.); MATA LLÍN EVANGELIO, A. Y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 221-238; DEL CARPIO DELGADO, J. «La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de Reforma del Código Penal». En *Diario La Ley*, núm. 8004, 2013, pp. 2-24; MARTÍN PALLÍN, J. A. «Reforma penal y prisión perpetua revisable. La prisión tiene un límite». En *Notario del Siglo XXI*, núm. 52, 2013, pp. 56-58; FERNÁNDEZ GARCÍA, J. «Las penas privativas de libertad en la reforma de Gallardón: Especial referencia a la prisión permanente revisable». En PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.) y GORJÓN BARRANCO, M. C. *El Proyecto de Reforma del Código penal de 2013 a debate*. Salamanca: Ratio Legis, 2014, pp. 49-88; ACALE SÁNCHEZ, M.; MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS, E. B. Y GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. «Sistema de penas». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.). *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 179-221; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. «La nueva reforma penal de 2013». En *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 6, 2014, pp. 43-50; CARBONELL MATEU, J. C. «Prisión permanente revisable I (arts. 33 y 35)». En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.); MATA LLÍN EVANGELIO, A. Y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 219-229.

⁸³ Cfr. GUIASOLA LERMA, C. «Libertad condicional...», cit., pp. 384-386; CERVELLÓ DONDERIS, V. «Prisión permanente revisable II (art. 36)». En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.); MATA LLÍN EVANGELIO, A. Y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 232-238.

IV. CONCLUSIONES

1. La libertad vigilada sigue siendo, a día de hoy, una figura discutible; pero ya que está vigente y debe ser aplicada, su interpretación debe ser lo más restrictiva posible, aunque las dificultades de aplicación se advierten desde la legalidad misma, puesto que sigue sin aparecer en el texto punitivo una definición legal de libertad vigilada, aspecto que convendría solucionar para evitar interpretaciones que puedan sobrepasar los límites constitucionales.

2. La reforma de 2015 no ha terminado de dar el paso decisivo hacia la transformación del régimen jurídico de las medidas de seguridad que contenía la primera redacción del Proyecto en 2013, y a pesar de seguir manteniendo el sistema dualista de tendencia monista del CP de 1995, avanza en el sistema de doble vía para imputables iniciado en 2010 con la libertad vigilada postpenitenciaria ampliando el catálogo de delitos a los que se aplica, aunque no termina de justificarse por qué la ampliación se extiende a estos delitos y no a otros. Sin duda supone un paso más hacia esa radicalización del dualismo que se vino barajando en la tramitación parlamentaria y que, finalmente, ante la ausencia de consenso y ante las incesantes objeciones doctrinales aducidas al Proyecto, fue suprimida de la reforma.

3. La nueva regulación de la modalidad postpenitenciaria incrementa las diferencias en la libertad vigilada atendiendo a las categorías de delincuentes a las que se aplica, esto es, hay una libertad vigilada para delincuentes sexuales y otra –con algunas diferencias importantes– para terroristas, aunque se mantiene cierta uniformidad en el resto de supuestos que han sido objeto de ampliación en la reforma (violencia familiar y de género, y delitos de homicidio en cualquiera de sus formas). Aun así, no se proporcionan criterios sobre los que individualizar el contenido de la libertad vigilada en cada una de las categorías de delincuencia a las que se aplica, puesto que no todos sus contenidos pueden ser apropiados para cada tipología delictiva, habida cuenta de que se trata de tipos penales muy distintos y también de sujetos infractores con marcadas diferencias entre sí. Además, no todos los delitos del catálogo parecen ser idóneos para la libertad vigilada.

4. En esta nueva configuración de la libertad vigilada, se mantiene la imposición preceptiva para los delitos sexuales y para el terrorismo, pero, por el contrario, en los nuevos delitos del catálogo, la imposición es facultativa. Sin olvidar que el único caso en el que la libertad vigilada no puede ejecutarse de manera simultánea a la pena, es el de los delitos sexuales, por ser el único supuesto en el que la norma exige expresamente que el cumplimiento sea posterior a la pena.

5. La libertad vigilada ha dejado definitivamente de concebirse como un instrumento para neutralizar la peligrosidad en las dos únicas categorías de delincuentes en las que –con muchas dificultades y cautelas– su peligrosidad podría presumirse *iuris tantum* tras el cumplimiento de la pena, para ser un complemento punitivo inocuizador que refuerza su contenido preventivo general. El legislador se aleja del criterio de la peligrosidad y hace gravitar la libertad vigilada sobre la naturaleza de los delitos cometidos, con la única intención de incrementar la represión penal, invadiendo un territorio –el retributivo– que concierne únicamente a las penas, no a las medidas de seguridad.

6. La reforma ha dejado pasar la oportunidad de introducir la figura del agente de vigilancia, cuya necesidad ha sido puesta de manifiesto en reiteradas ocasiones por la doctrina científica, y de cuya implantación depende, en gran medida, la optimización del rendimiento de la libertad vigilada como mecanismo de reinserción.

7. La reforma de la libertad vigilada debería haberse movido en una dirección distinta, pues se necesita evitar el retroceso en la progresividad que puede producirse tras el tratamiento de reinserción recibido en prisión. Conviene que la medida de seguridad sirva más a criterios de prevención especial positiva enfocada a la reinserción, que a criterios inocuidadores de prevención especial negativa; y tampoco deben prevalecer funciones de prevención general positiva o negativa, ya que la peligrosidad criminal que justifica su imposición requiere exclusivamente que se fije la atención en el sujeto peligroso para la desaparición de su peligrosidad criminal en aras de la reinserción social, no en su inocuización ni en el efecto que la sanción pueda tener en la generalidad de personas o en el fortalecimiento de la vigencia de la norma. Por eso, contrariamente a lo que sucede en la reforma, la libertad vigilada debería imponerse atendiendo a criterios individualizados de medición y determinación de la peligrosidad, alejándose del juego de las presunciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M. «Libertad vigilada. Arts. 106, 192 y 468 CP». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal. (Conclusiones del seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- . «Nuevos presupuestos para la imposición de medidas de penas y medidas de seguridad». En PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.) y GORJÓN BARRANCO, M. C. *El Proyecto de Reforma del Código penal de 2013 a debate*. Salamanca: Ratio Legis, 2014.
- . «Medidas de seguridad». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.). *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- ACALE SÁNCHEZ, M.; MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS, E. B. Y GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. «Sistema de penas». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- ALEO, S. *Il Sistema penale. I. La parte generale del diritto penale. II. Altri profili normativi e istituzionali*. Milano. Giuffrè Editore, 2004.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. «La nueva reforma penal de 2013». En *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 6, 2014.
- ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto penale. Parte generale. Sedicesima edizione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003.
- BALBUENA PÉREZ, D. E. «Algunas consideraciones acerca de la naturaleza, contenido y alcance de la libertad vigilada. ¿Medida de seguridad?». En DÍAZ CORTÉS, L. M. (Coord.). *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales. Memorias del II Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias penales*. Universidad de Salamanca, 2012.
- . «Análisis crítico de la custodia de seguridad en el Anteproyecto de reforma del Código penal, de 11 de octubre de 2012». En DÍAZ CORTÉS, L. M. (Coord.). *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías. Memorias del III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias penales*. Universidad de Salamanca, 2014.

- BLANCO LOZANO, C. *Tratado de Derecho penal español. Tomo I. El sistema de la parte general. Vol. I. Fundamentos del Derecho penal español. Las consecuencias jurídico-penales*. Barcelona: Bosch, 2004.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A. «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada». En *ReCrim. Revista del Instituto Universitario de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, 2009.
- BOULOC, B. *Droit pénal général*. 20ª Ed. Paris: Dalloz, 2007.
- CÁMARA ARROYO, S. «La libertad vigilada en adultos: naturaleza jurídica, modos de aplicación y cuestiones penitenciarias». En *La Ley Penal*, núm. 96-97, 2012.
- CARBONELL MATEU, J. C. «Prisión permanente revisable I (arts. 33 y 35)». En GONZÁLEZ CUSAC, J. L. (Dir.); MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. «Prisión permanente revisable II (art. 36)». En GONZÁLEZ CUSAC, J. L. (Dir.); MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. y CHÁVES PEDRÓN, C. «Violencia de género y violencia doméstica (arts. 153.1, 173.2 y 173.4)». En GONZÁLEZ CUSAC, J. L. (Dir.); MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. «La medida de seguridad». En CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *Derecho penal. Tomo I. Parte general*. 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 2001.
- CUELLO CONTRERAS, J. y MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho penal. Parte General*. Madrid: Tecnos, 2011.
- DEL CARPIO DELGADO, J. «La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de Reforma del Código Penal». En *Diario La Ley*, núm. 8004, 2013.
- DE MARCOS MADRUGA, F. en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.). *Comentarios al Código penal*. 2ª Ed. Valladolid: Lex Nova, 2011.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Vademécum de derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- DIEGO DÍAZ SANTOS, M. R.; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P. y FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (Comps.). *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, de Reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal*. XXI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal. Universidad de Salamanca: Ratio legis, 2009.
- DOLZ LAGO, M. J. *Comentarios a la legislación penal de Menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- DREYER, E. *Droit pénal général*. Paris: Flammarion, 2006.
- EXTEBARRÍA ZARRABEITIA, X. «Medidas de seguridad y su ejecución». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- FIANDACA, G. y MUSCO, E. *Diritto penale. Parte generale*. Quinta Edizione. Bologna: Zanichelli Editore, 2007.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. «La libertad vigilada en el Derecho penal de adultos». En DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (Dir.). *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Navarra: Civitas, 2011.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. «Las penas privativas de libertad en la reforma de Gallardón: Especial referencia a la prisión permanente revisable». En PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.) y GORJÓN

- BARRANCO, M. C. *El Proyecto de Reforma del Código penal de 2013 a debate*. Salamanca: Ratio Legis, 2014.
- GARCÍA ALBERO, R. «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada». En *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 6, 2010.
- GARCÍA RIVAS, N. «La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad». En *Revista General de Derecho Penal*, núm. 16, 2011.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. «Prefacio». En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.); MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- . «Señas de identidad de la reforma penal de 2015: Política criminal e ideología». En *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 17, 2015.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*. GEPC, 2005.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los sistemas de control telemáticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- GUISASOLA LERMA, C. *Reincidencia y delincuencia habitual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- . «Libertad condicional (arts. 90, 91 y 92)». En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.); MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª Ed. Traducida por J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª Ed. Traducida por J. L. Manzanares Samaniego, Granada: Comares, 1993.
- JORGE BARREIRO, A. «Reflexiones sobre la compatibilidad de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de derecho». En *Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005.
- . en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. *Introducción al Derecho penal*. Navarra: Civitas, 2011
- LANDECHO VELASCO, C. M. en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.). *Comentarios al Código penal*. Tomo IV, Madrid: Edersa, 1999.
- LEAL MEDINA, J. «Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del Derecho penal». En *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 20. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008.
- LEGANÉS GÓMEZ, S. «Clasificación penitenciaria y libertad vigilada». En *La Ley Penal*, núm. 96-97, 2012.
- LEROY, J. *Droit pénal général*. 3ª Ed. Paris: L.G.D.J. Lextenso Editions, 2010.
- LUACES GUTIÉRREZ, A. I. «Cuestiones controvertidas en torno al procedimiento para decidir sobre la medida de libertad vigilada». En NEIRA PENA, A. (Coord.); Pérez-Cruz Martín, A. J. (Dir. Congr.) y FERREIRO BAAMONDE, X. (Dir. Congr.). *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, 2012.
- MAGRO SERVET, V. «Competencia de la administración penitenciaria para la ejecución de las medidas de seguridad no privativas de libertad, y penas y medidas alternativas a la prisión (Desarrollo de lo dispuesto en el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio)». En *La Ley Penal*, núm. 106, 2014.
- MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 5ª Ed. Navarra: Civitas, 2011.
- MAPELLI CAFFARENA, B.; GONZÁLEZ CANO, M. I. y AGUADO CORREA, T. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Sevilla: Junta de

- Andalucía. Consejería de Justicia y Administración Pública. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2002.
- MARTÍN PALLÍN, J. A. «Reforma penal y prisión perpetua revisable. La prisión tiene un límite». En *Notario del Siglo XXI*, núm. 52, 2013.
- MARTÍNEZ GARAY, L. «La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la *Führungsaufsicht* del Derecho penal alemán». En *Revista General del Derecho penal*, núm. 2/2014.
- . «La incertidumbre de los pronósticos de seguridad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad». En *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 2/2014. Barcelona, 2014.
- . «*Minority Report*: pre-crímen y pre-castigo. Prevención y predicción». En VIVES ANTÓN, T. S.; CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; ALONSO RIMO, A. y ROIG TORRES, M. (Dir.). *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. «La libertad vigilada». En *Diario La Ley*, n.º 7534. *Especial Reforma del Código Penal*, 2010.
- MOLFESSIS, N. (Dir.); DESPORTES, F. y LE GUNEHÉC, F. *Droit pénal général*. 9ª Ed. Paris: Economica, 2002.
- MONTERO HERNÁNDEZ, T. *La justicia juvenil en España. Comentarios y reflexiones*. Madrid: La Ley, 2009.
- MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M. «Peligrosidad social y la tipología del sujeto peligroso». En *Documentación Jurídica* núm. 20. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica. 1978.
- NISTAL BURÓN, J. «La «libertad vigilada». La dificultad de su aplicación práctica. (A propósito de la nueva medida de seguridad no privativa de libertad que prevé el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995)». En *Diario La Ley*, núm. 7368, 2010.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. N. «Análisis crítico de la libertad condicional en el Proyecto de Reforma de Código Penal de 20 de septiembre de 2013: especial referencia a la prisión permanente revisable». En *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 110, 2014.
- ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General*. 3ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- OTERO GONZÁLEZ, M. *La libertad vigilada aplicada a ¿imputables? Presente y futuro*. Madrid: Dykinson, 2015.
- PADOVANI, T. *Diritto penale. Seconda edizione*. Milano: Giuffrè Editore. 1993.
- PAGLIARDO, A. *Principi de Diritto penale. Parte generale. Quarta edizione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. «Prólogo». En PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.) y GORJÓN BARRANCO, M. C. *El Proyecto de Reforma del Código penal de 2013 a debate*. Salamanca: Ratio Legis, 2014.
- POLAINO-ORTS, M. «La legitimación constitucional de un Derecho penal *sui generis* del enemigo frente a la agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo». En *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2008.
- PRADEL, J. *Droit pénal général*. 16ª Ed. Paris: Éditions Cujas, 2006.
- RIZ, R. *Lineamenti di Diritto penale. Parte generale*. Padova: CEDAM, 2000.
- REBOLLO VARGAS, R. «Libertad vigilada. Arts. 100.3, 106.2 y 106.4 CP». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal. (Conclusiones del seminario interuniversitario sobre la*

- reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid*). Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- . *La llibertat vigilada: pena accessòria o mesura de seguretat contra els condemnats per delictes sexuals i delictes de terrorisme*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2010.
- RENART GARCÍA, F. «La libertad condicional en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal». En *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extra 2013.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, D. «La custodia de seguridad: ¿“retorno al pasado” o “regreso al futuro”?». En DÍAZ CORTÉS, L. M. (Coord.), *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías. Memorias del III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias penales*. Universidad de Salamanca, 2014.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Ley orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. Especial análisis de la reparación del daño*. Madrid: Dijusa, 2005.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C.; GUIASOLA LERMA, C. y ACALE SÁNCHEZ, M. «Libertad condicional: Artículos 90, 91, 92 y 93 CP». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- SALAT PAISAL, M. «La regulación de la libertad vigilada en la proyectada reforma del Código penal». En *Derecho y Proceso penal*, núm. 34, 2014.
- SÁEZ RODRÍGUEZ, C. «Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español». En *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2/2013.
- SANZ MORÁN, A. J. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2003.
- . «De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso». En BUENO ARÚS, F.; HELMUT KURY; RODRÍGUEZ RAMOS, L. y ZAFFARONI, E. R. (Dir.). *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson, 2006.
- . «Libertad vigilada y quebrantamiento de condena. Arts. 106 y 468 CP». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal. (Conclusiones del seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- . «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada: reflexión político-criminal». En MUÑOZ CONDE, F.; LORENZO SALGADO, J. M.; FERRÉ OLIVE, J. C.; CORTES BECHIARELLI, E. y NÚÑEZ PAZ, M. A. (Dir.). *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- SIERRA LÓPEZ, M. V. *La medida de libertad vigilada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- STRATENWERTH, G. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Thomson Civitas, 2005.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. «Del homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.)» En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.); MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J. «La expansión de la libertad vigilada y el vaivén de la custodia de seguridad en el Proyecto de 2013». En *Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 10, *Algunas cuestiones relativas a las reformas de derecho penal y procesal penal*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2014.

- TAMARIT SUMALLA, J. M. «La integración jurídica en la Unión Europea y la reforma de 2006. Las penas y la reforma». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.). *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- . «Delitos relativos a la pornografía infantil y otras medidas relacionadas con la delincuencia sexual (arts. 189 y 192)». En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.). *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Navarra. Thomson Aranzadi. 2010.
- VIVES ANTÓN, T. S. *Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal ¿Estado democrático o Estado autoritario?* (TOL.405.952, 2008).
- . «La reforma penal de 2015: una valoración genérica »En GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.); MATALLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E. *Comentario a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- WORRALL, A. y HOY, C. *Punishment in the Community*. 2ª Ed. Cullompton, 2005.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena». En *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 1, 2009.

Los *compliance programs* o la vuelta al *no body to kick, no soul to damn*. Una aproximación a la luz de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015

ELENA GUTIÉRREZ PÉREZ (España)

Investigadora Máster, Universidad de Alicante, España

RESUMEN: Los programas de cumplimiento normativo se han convertido en el principal *leitmotiv* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a raíz de la reforma del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Con las reminiscencias todavía latentes acerca de la imposición de un sistema vicarial para las personas jurídicas, el legislador español, en una clara apuesta por la responsabilidad por defecto de organización, ha dotado de valor eximente a los denominados *compliance programs*. No obstante, en este trabajo nos planteamos la verdadera virtualidad que pueden tener estos programas en España (la vuelta *al no body to kick, no soul to damn*), así como los problemas suscitados en la práctica al hilo de su funcionamiento en otros ordenamientos jurídicos.

Palabras clave: personas jurídicas, responsabilidad penal, programas de cumplimiento, responsable de cumplimiento, autorregulación

ABSTRACT: As a result of the last reform of the Criminal Code introduced by the Law 1/2015, of 30th March, compliance programs have become the main *leitmotiv* of the criminal responsibility of legal entities. Coming from a system based on vicarious liability for legal entities, the Spanish legislator, clearly adopting the organization by default responsibility principle, has established a defence based on the implementation of so-called compliance programs. In this paper we consider the actual applicability that may have these programs in Spain (no body to kick, no soul to damn), as well as the problems arising in practice in comparison to other legal systems.

Key words: Legal entities, corporate criminal liability, compliance programs, compliance officer, self-regulation.

SUMARIO: I. Hacia el fenómeno de la autorregulación y los programas de cumplimiento normativo; 1. Entre dos modelos de imputación: el artículo 31 bis del Código Penal. La responsabilidad penal de las personas jurídicas por defecto de organización; 2. La virtualidad del *compliance* antes de la reforma de 2015. II. El escenario del *compliance* en el Código Penal tras la LO 1/2015. Un fomento a la autorregulación regulada empresarial. 1. El *compliance* como circunstancia exoneratoria de responsabilidad penal. 2. La función del *compliance* como atenuante. 3. El compliance officer;. 4. La posición de garante del *compliance officer*. 5. El contenido de los compliance programs. III. Parámetros para valorar la eficacia e idoneidad del *compliance*. IV. Los brotes verdes del *compliance* en la Administración Pública y partidos políticos. V. Algunas consideraciones a propósito del *compliance* como instrumento preventivo de la criminalidad empresarial. ¿Encomendar las ovejas al lobo?

I. HACIA EL FENÓMENO DE LA AUTORREGULACIÓN Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO

«Hace sesenta años el español de presa, ansioso de despojar a otro de su fortuna o de sus ahorros, se echaba al monte, con clásico calañé y trabuco naranjero, escapando de sus perseguidores a lomos de la jaca andaluza. Hoy crea sociedades, desfigura balances, simula desembolsos y suscripciones, y montado en la ignorancia de fiscales y magistrados escapa sobre el cómodo asiento de su automóvil». De esta gráfica forma se refería, en 1934, el penalista Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, prologando la obra de RODRÍGUEZ SASTRE sobre el delito financiero, a la delincuencia económica. Se trata de una reflexión que ni siquiera hoy ha perdido su vigencia. Muy al contrario, constituye una fiel imagen que se mantiene en el espejo del ordenamiento español, más de ochenta años después. La atmósfera empresarial ha cambiado a pasos agigantados, mientras la legislación penal ha quedado ciertamente anquilosada, necesitada de nuevas fórmulas.

La historia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España es muy reciente, pues encontró su acomodo en el Código Penal a través de la LO 5/2010¹, al incorporar el artículo 31 bis. Se borró así de un plumazo el clásico brocardo latino *Societas delinquere non potest* o, en terminología anglosajona, la expresión *no body to kick, no soul to damn*². La citada reforma trajo consigo un encarnizado debate en la doctrina acerca del modelo de imputación de responsabilidad de las personas jurídicas que establecía el Código Penal. La cuestión se centraba en si, efectivamente, se había dado un giro copernicano a los principios de imputación del Derecho Penal y el modelo era propio de un sistema vicarial o de transferencia automática de la responsabilidad o, por el contrario, nos hallábamos ante un modelo de imputación por defecto de organización, de responsabilidad por hecho propio³.

La reforma de 2010, al incorporar como atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en su art. 31 bis 4 d), «la implantación de medidas eficaces para prevenir

¹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010. BOE núm. 152 del día 23.

² *Did you ever expect a corporation to have conscience when it has no soul to be damned and no body to be kicked? ... And by God, it ought to have both.* Frase célebre en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas que se atribuye a Edward Thurlow, Lord Chancellor of England.

³ DEL ROSAL BLASCO, B. «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», en *Diario La Ley*, n.º 7670, 2011, pp. 1-5.

y descubrir delitos» marcó el camino a seguir en la literatura penal. Se engrosó el glosario de términos del Derecho Penal Económico, con un goteo constante de menciones a la gestión del riesgo, el gobierno corporativo, la responsabilidad social corporativa o los códigos de conducta. Precisamente estos últimos se han convertido en la antesala de los denominados *compliance programs* o programas de cumplimiento normativo. Esta expresión englobaría la prevención de riesgos en la empresa ante posibles incumplimientos de normativas. De forma más completa, en la regulación australiana (*AS3806-Compliance Programs, Standards Australia 1988*⁴) se define como «un sistema de gestión empresarial que tiene como objetivo prevenir y si resulta necesario, identificar y sancionar las infracciones de leyes, regulaciones, códigos o procedimientos internos que tienen lugar en la organización, promoviendo una cultura de cumplimiento».

Sin mediar apenas tiempo material para digerir el esquema de responsabilidad de las personas jurídicas, se ha aprobado la Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por el pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del 26 de marzo de 2015, con un cambio de calado del metabolismo de las personas jurídicas en el ámbito de la responsabilidad penal. El art. 31 bis ha sufrido una auténtica metamorfosis, quedando dividido hasta en cuatro artículos distintos (arts. 31 bis a 31 *quinquies*), con la gran novedad que supone la inclusión de los programas de cumplimiento con efecto eximente. Una reforma que tiene aroma de americanización del Derecho Penal Económico español⁵.

El presente trabajo se ciñe a las cuestiones derivadas de los denominados por la LO 1/2015 «modelos de organización y gestión», más conocidos en el contexto internacional como *compliance programs* o *criminal compliance*. Para trazar el nuevo escenario normativo, se parte del protagonismo que ostentaban estos programas antes de la reforma de 2015. A continuación, se analizan las novedades introducidas por la reforma citada en este ámbito, en especial se abordan los requisitos necesarios para la aplicación de la eximente y atenuante previstas cuando se adopte un programa de cumplimiento eficaz. Al hilo de esta cuestión, se esbozan las incógnitas relativas a los criterios de valoración judicial del *compliance program* y se plantea la hipotética responsabilidad penal del encargado de cumplimiento –*compliance officer*–. Finalmente, se valora su encaje en el sector público y en el ámbito de los partidos políticos como consecuencia de la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos. Terminado el análisis se exponen ciertas conclusiones derivadas de la incorporación de los programas de cumplimiento como instrumento de prevención de la criminalidad en el Código Penal.

1. *Entre dos modelos de imputación: el artículo 31 bis del Código Penal. La responsabilidad penal de las personas jurídicas por defecto de organización*

Conviene apuntar mínimamente los rasgos de los dos sistemas tradicionales de imputación de las personas jurídicas para entender la trascendencia de la reforma operada por la LO 1/2015.

⁴ NIETO MARTÍN, A. *Manuales de Cumplimiento Penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 26.

⁵ Sobre este fenómeno, véase NIETO MARTÍN, A. «¿Americanización o europeización del derecho penal económico?», *Revista Penal*, 2007, n.º 19, pp. 120-136.

El modelo vicarial o de heterorresponsabilidad se plasma en la responsabilidad penal de la empresa por comportamientos de sus empleados o directivos en el ejercicio de su actividad. Se trata, pues, de una responsabilidad objetiva, sin determinación de una «culpa empresarial» para la condena de la corporación. El modelo de responsabilidad por atribución presupone la comisión de un hecho delictivo por parte de una persona física integrada en la persona jurídica, de tal forma que «la responsabilidad por ese hecho delictivo se transfiera a la persona jurídica, en la medida que se considera que los actos de dichos órganos, en virtud de la relación funcional existente entre éstos y aquélla son, también de ésta última»⁶.

Se parte de la idea de la persona jurídica como una mera ficción, donde sus brazos ejecutores, «su alma y mente» son sus integrantes y, por ende, se le imputa el tipo subjetivo de éstos a la persona jurídica. Convierte, pues, un indicio razonable de la responsabilidad de la empresa en una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad que colisiona frontalmente con el principio de culpabilidad⁷.

El modelo de autorresponsabilidad es aquel en el que la responsabilidad de la empresa tiene su origen en un defecto de organización o culpabilidad de la persona jurídica⁸. En contraste, en los modelos de responsabilidad directa o vicarial la conducta delictiva de ciertos sujetos es condición necesaria y suficiente de la responsabilidad de la persona jurídica, mientras que en los modelos por defecto de organización es un presupuesto necesario, pero todavía no suficiente, pues se ha de dar la infracción de un deber o defecto organizativo de la persona jurídica que facilitó o propició el delito⁹.

Como se apuntó *supra*, el art. 31 bis, introducido por la LO 5/2010, generó incertidumbre sobre el régimen de imputación subjetiva aplicable a las personas jurídicas, dando lugar a que se escribieran ríos de tinta sobre esta cuestión (sin pronunciamiento judicial que aclarara el galimatías). Algunos entendieron que el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas poseía un carácter objetivo o vicarial, dando lugar a múltiples críticas por su presumible inconstitucionalidad¹⁰, en tanto en cuanto se opone al principio de culpabilidad o responsabilidad por hecho propio del Derecho Penal. Se ha cuestionado si el mencionado principio, entendiéndose fundamentado en la dignidad personal, es extrapolable a las personas jurídicas¹¹. Un análisis que excede del presente trabajo, cuyo enfoque se dirige a enmarcar la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la función de los denominados programas de cumplimiento o *compliance* penal.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La evolución ideológica de la discusión sobre la «responsabilidad penal» de las personas jurídicas», en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 86-87, 2008, p. 130.

⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. «Responsabilidad de las personas jurídicas» en ORTIZ DE URBINA, *Memento Experto Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, 2010, pp. 18 y 19.

⁸ Un sistema establecido en legislaciones como la chilena, italiana, suiza o americana.

⁹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. «Sanciones Penales contra empresas en España (Hispanica societates delinquere potest)» en KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINA. *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 278 y 279.

¹⁰ En este sentido, CLEMENTE CASAS, I. y ÁLVAREZ FEIJOO, M. «¿Sirve para algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (responsabilidad de la persona jurídica en la LO 5/2010: incertidumbre y llamado por la seguridad jurídica)», *Actualidad Jurídica Uria Menéndez*, n.º 28, 2011, pp. 26-41.

¹¹ Véase NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 117 y 118.

No obstante, hoy ya esta discusión carece de sustento, pues el preámbulo de la LO 1/2015 pone y punto y final a los diferentes argumentos planteados y sienta un sistema de imputación basado en la autorresponsabilidad, desechando el sistema vicarial o incluso híbrido que algunos propugnaban. Señala el legislador en el texto punitivo que «la reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» zanjando «las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial».

2. *La virtualidad del Compliance antes de la reforma de 2015*

Con la LO 5/2010 se incorporó –aunque de forma timorata– el concepto anglosajón de *compliance* en nuestro ordenamiento jurídico penal en el número 4, en su letra «d» del citado art. 31 bis vigente, al otorgar valor de atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica al que haya adoptado «antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios y bajo la cobertura de la persona jurídica». El Código Penal hacía referencia por primera vez, aunque de forma indirecta, a los denominados programas de *compliance*. Como puede apreciarse de la lectura de lo expuesto *supra*, el texto penal conducía a una enorme paradoja, pues se concedía una minoración de la responsabilidad a las corporaciones que adoptaran medidas con posterioridad a la comisión del hecho delictivo y, sin embargo, se guardaba silencio sepulcral sobre aquellas otras que tuvieran implantado un sistema de cumplimiento normativo *ex ante*.

Esta situación desencadenó una discusión acerca del valor que podrían tener los programas de *compliance* en el contexto de un modelo de imputación por defecto organizativo, aunque no se hiciera referencia a ellos en el texto legal. Esto último resultaba sumamente cuestionable, pues la letra de la ley nada señalaba y cuando menos las dudas que arreciaban no eran pocas. Dudas que se trataron de atajar, unos meses después de la entrada en vigor de la reforma de 2010, por la contundente posición de la Fiscalía General del Estado, a través de su circular 1/2011¹², en la que interpretaba la responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal y no otorgaba valor alguno de eximente a los modelos de prevención. Esta postura podría tener soporte en la proliferación de programas de cumplimiento en el mercado, estereotipados, de maquillaje, que poco aportaban a una futura prevención de un hecho delictivo en el tejido empresarial.

Este clima se materializó en un vacío normativo que ha campado a sus anchas desde la reforma de 2010¹³, pues nada se decía sobre la forma que debían tomar esos programas de cumplimiento, ni siquiera unos parámetros mínimos de contenido, quién debía elaborarlos y, con posterioridad, ejecutar y supervisar los mencionados programas. Desde las instancias de la abogacía –también alguna judicial–¹⁴ se aventuraron con tinta y papel a trazar el contenido mínimo de los programas. No obstante, todo quedaba a expensas de la buena voluntad judicial llegado el momento de valorar esa eficacia del programa como mera atenuante. Por ello, decimos

¹² Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

¹³ A pesar de la constante reforma de la legislación penal, pues con la LO 5/2010 se alcanzó la 23ª reforma del Código Penal desde su entrada en vigor en mayo de 1996.

¹⁴ Véase MAGRO SERVET, V. «Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales», *La Ley Penal*, n.º 87, 2011, p. 3.

que esa incorporación del *compliance* en el ordenamiento penal fue más cosmético que real. Así, las empresas se movían en la incertidumbre de si la elaboración de un código ético era condición suficiente para aplicar la atenuante citada o si, a mayor abundamiento, era necesario un sistema interno de denuncias internas anónimas (en terminología anglosajona, *whistleblowing*) e incluso la incorporación a la plantilla o la contratación externa de los servicios de un responsable de cumplimiento (*compliance officer*¹⁵).

II. EL ESCENARIO DEL *COMPLIANCE* EN EL CÓDIGO PENAL TRAS LA LEY 1/2015. UN FOMENTO A LA AUTORREGULACIÓN «REGULADA» EMPRESARIAL

El impulso a la autorregulación empresarial no es una técnica desconocida en el sistema jurídico español, pues puede apreciarse en materias como la prevención de riesgos laborales, protección de datos personales, blanqueo de capitales¹⁶ o en el ámbito del mercado de valores¹⁷. No obstante, en la cultura empresarial española todavía existe cierto escepticismo. El sistema de autorregulación ha devenido en ineficaz por sí solo, como se ha demostrado a través de los últimos escándalos financieros. Así el acompañante necesario a la autorregulación ha sido etiquetado como «autorregulación regulada»¹⁸, en otras palabras, se deja a un lado la discrecionalidad de las empresas para exigir comportamientos por la vía legal, dando lugar a un modelo mixto, que permite a las corporaciones desempeñar funciones de vigilancia y preventivas, pero que al mismo tiempo les impone normativamente la manera de hacerlo bajo advertencia de sanción penal¹⁹.

Tras la panorámica bosquejada en las páginas anteriores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, llegados a este punto, entramos en el núcleo gordiano de la reforma y el objeto exhaustivo del presente trabajo: la exención de responsabilidad de las personas jurídicas por la vía de la implementación de un sistema de cumplimiento normativo. La reforma de 2015 incluye en los apartados 2 a 5 del artículo 31 bis las piedras angulares de la nueva configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Recoge las condiciones que han de concurrir para que una corporación quede exonerada de su responsabilidad penal. Si con anterioridad se reclamaban unas directrices nítidas para la real aplicación de un programa de *compliance* que tuviera plenos efectos jurídicos, en la LO 1/2015 se regula con un detalle plausible los contornos de esta circunstancia exoneratoria (o atenuante como más adelante se verá). Se emplea la terminología de «modelos de organización y gestión» para referirse al *compliance*.

¹⁵ Como puede comprobarse la importación de la terminología anglosajona en esta sede es total. Esta figura está en un momento emergente, de hecho, se plantea como una nueva profesión de futuro. Ha sido denominado «the hottest job in America (EE.UU.)» en 2014 por el número de empleos creados y por las retribuciones ofrecidas, en torno a 100 000 dólares anuales. (CAMEO CESTERO, M.: «El compliance officer, retos y oportunidades en la empresa española», *Estrategia Financiera*, n.º 321, Wolters Kluwer España, 2014).

¹⁶ El art. 26 de la Ley 10/2010, de 18 de abril de Prevención del Blanqueo de Capitales atribuye funciones preventivas al «órgano de control interno» de la empresa.

¹⁷ BLUMENBERG A. y GARCÍA-MORENO, B. Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo en *Responsabilidad de la empresa y compliance*, HORTAL IBARRA, J. C. y VALIENTE IVÁÑEZ, V. *Edisofer*, Madrid, 2014, p. 274.

¹⁸ COCA VILA, I. «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ (dir.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, 2013, pp. 43 y ss.

¹⁹ BLUMENBERG, A. y GARCÍA-MORENO, B. «Retos prácticos de la implementación...» *Cit.*, p. 274.

I. *El Compliance como circunstancia exoneratoria de responsabilidad penal*

No se puede obviar que este texto legislativo se ha visto fuertemente influenciado por los ordenamientos europeos que comienzan a abrir las compuertas de sus ordenamientos a las bondades de los sistemas de cumplimiento normativo que llegan cruzando el Atlántico desde Estados Unidos. El legislador ha mimetizado los artículos 6 y 7 del Decreto Legislativo núm. 231/2001, de 8 de junio, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en Italia²⁰.

Así pues, de acuerdo con la redacción del art. 31 bis apartado 2, dado por la LO 1/2015, la persona jurídica puede verse exonerada si cumple los presupuestos que se relacionan a continuación en función de la concreta persona física que ha cometido el delito imputado²¹:

–Representantes legales o por aquéllos 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. Se refiere, pues, a altos directivos con capacidad para tomar decisiones en nombre de la empresa, pero también quedan incluidos los directivos de segundo grado o cargos intermedios con peso. Siguiendo a DOPICO «la fórmula europea es siempre la misma: identifica a un sujeto que tiene poder de mando o capacidad de dirigir la empresa, cuando ésta está basada en su poder de representación, en su poder para decidir por la empresa o en su capacidad fáctica de control. Sin embargo, la traducción española prescinde del concepto clave (la referencia al poder de mando o capacidad directiva) y se queda sólo con el poder de decidir o de ejercer control en el seno de la empresa»²². La anterior redacción referida a los administradores de hecho y de derecho lograba una mayor precisión, pues se trataba de conceptos acuñados en la legislación mercantil. El nuevo art. 31 bis va más allá y sólo exige ostentar facultades de control y organización, pero sin asociarlas a posición de mando ni a cargos directivos.

La sociedad podrá quedar «*exenta*» de responsabilidad penal si concurren las siguientes condiciones: *i*. Implantación por el órgano de administración de modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza a los imputados a la persona jurídica; *ii*. La adopción y ejecución de los modelos de organización y gestión ha de ser efectuada con anterioridad a la comisión del delito imputado a la persona jurídica; *iii*. La supervisión del funcionamiento y cumplimiento de los modelos de organización y gestión debe estar encomendada a un órgano autónomo de la sociedad; *iv*. Elusión fraudulenta de los modelos de organización y gestión por las personas físicas presuntas autoras del delito; *v*. Ausencia de dejadez en la obligación de supervisión y control por el órgano autónomo de la sociedad.

²⁰ GÓMEZ FRAGA, A. «¿De dónde venimos...», cit., p. 23.

²¹ En contra de esta doble distinción de requisitos, DEL ROSAL, quien considera que la norma establece requisitos comunes e idénticos para ambos supuestos. Véase DEL ROSAL BLASCO, B. en Comparecencias para informar en relación con el proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, de fecha 18 de febrero de 2014. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2014, X Legislatura, núm. 503, p. 3.

²² DOPICO GÓMEZ-ALLER en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. *Memento Experto. Reforma penal 2010*, Francis Lefevre, pp. 17-18.

-Quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas antes mencionadas 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. Recoge esta segunda vía de imputación a los subordinados o empleados, mitigando los requisitos para la exención de responsabilidad criminal. En estos casos se exige únicamente la adopción y ejecución eficaz de un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

2. *La función del Compliance como atenuante*

Se mantiene la atenuante cuando se entablen antes del juicio oral medidas eficaces para la prevención y descubrimientos de delitos, si bien queda desplazada al apartado d) del art. 31 *quater*.

Se adiciona una nueva atenuante en caso de haberse acreditado «solo parcialmente los requisitos de la exención», esto es, los anteriormente expuestos, disponiendo que en estos casos será valorado a efectos de atenuación de pena. Si bien conviene subrayar que esta atenuante no está expresamente prevista en el catálogo del art. 31 *quater* (algo que hubiera sido más correcto a efectos sistemáticos y de seguridad jurídica), sino que aparece al hilo de los requisitos para la exención de la responsabilidad penal. Se plantea si no podría más bien casar como una eximente incompleta o dotarla de valor cualificado.

A lo largo de las páginas siguientes se dará buena cuenta de los requisitos exigidos para la completa exoneración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fijando ciertas cuestiones que pueden resultar, a la postre, problemáticas.

3. *El Compliance Officer*

El legislador ha decidido que el denominado *compliance officer* o responsable de cumplimiento ha de ser un «órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control». Se exime de esta previsión a las empresas de pequeñas dimensiones (se permite al órgano de administración asumirlas), entendemos que en un criterio correcto, pues esa condición podría ser demasiado gravosa, impidiendo la exención de responsabilidad a corporaciones con menor estructura económica para afrontar esa demanda. En contra del criterio asignado, DEL ROSAL²³, quien pone en cuestión que las sociedades que puedan formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas puedan ser todas ellas consideradas de pequeñas dimensiones por los requisitos del art. 258 de la Ley de Sociedades de Capital²⁴. Si bien ha de prestarse atención a que si una empresa tiene los volúmenes del artículo mencionado, a mi juicio, la autoridad judicial deberá comprobar si la estructura empresarial cumple con los parámetros autónomos que requiere la figura del responsable del cumplimiento y si existe una comunicación de intereses con los administradores, deberá cuestionarse la eficacia del programa de cumplimiento.

²³ DEL ROSAL BLASCO, B. en las Comparecencias..., *cit.*, p. 3.

²⁴ El artículo 258 de la Ley de Sociedades de Capital exige, entre otras condiciones, que para una sociedad pueda formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas, que el total de partidas de activos no supere los 11 millones 400.000 euros, que el importe neto de su cifra anual de negocio no supere los 22 millones.

En el Derecho comparado, se pueden distinguir dos modelos en la organización de la figura del *Compliance Officer*. Por un lado, el modelo de departamento o la sección de cumplimiento. Es el más extendido en la práctica internacional. Su referencia se encuentra en la Ley chilena 20.939 de 2009 y, en la misma línea, por las *US Sentencing Guidelines* que propugnan un órgano de cumplimiento que depende única y exclusivamente del Consejo de Administración. El responsable de cumplimiento queda integrado en el personal de alta dirección y toma las decisiones junto al Consejo.

Por otro lado, el segundo modelo tiene su referencia normativa en el Decreto legislativo 231 italiano, que configura al *Compliance officer* como un auténtico agente independiente, incluso del Consejo, ya que, precisamente, ha de supervisar a directivos y administradores de la empresa. Este tipo de órgano de cumplimiento, con carácter general, adopta una forma colegiada (como si se tratara de una comisión)²⁵. Como se dijo *supra*, el legislador español se ha inspirado en la confección del art. 31 bis en RDL italiano, por lo que la reforma recoge este modelo de órgano de cumplimiento con plena independencia.

Por último, en relación a la imparcialidad del *compliance officer* sería recomendable que gozara de un cierto «blindaje» para reforzar la credibilidad del programa de cumplimiento como las garantías frente al despido que disfrutaban los representantes sindicales (art. 30.4 LPRL).

4. *La posición de garante del Compliance Officer*

Hasta el momento la figura del *compliance officer* ha sido envuelta de una aureola de reconocimiento, casi como el adalid de la legalidad más pura. Sin embargo, se ha planteado qué clase de responsabilidad penal asume este profesional ante hipotéticas actuaciones delictivas de directivos y empleados.

El punto de partida se ha de situar en la posición del empresario, quien tiene atribuida originariamente la posición de garante de evitar hechos ilícitos en el ámbito de su organización como contrapartida a la libertad empresarial. La responsabilidad penal del encargado de cumplimiento se ha de enmarcar partiendo de las funciones de control y vigilancia que en un principio correspondían al empresario y es a través del mecanismo de la delegación²⁶ cuando se produce la transferencia de la posición de garante. Para analizar la hipotética responsabilidad se han de fijar las funciones que realiza en la empresa el responsable de cumplimiento²⁷. Reparemos en que la cláusula general que se suele incluir en los reglamentos de prevención de las empresas sitúa al *compliance officer* con las funciones²⁸ de coordinar las tareas de prevención de riesgos penales, colaborar con los concretos responsables cuando se detecte una irregularidad, supervisar el desarrollo y la mejora de los protocolos de prevención, impulsar la confección de un mapa de riesgos y recibir las denuncias por infracción del Código ético, así como organizar su

²⁵ NIETO MARTÍN, A. *Manuales de Cumplimiento...* Cit., p. 194.

²⁶ No se trata de una transferencia total de la responsabilidad, pues se estaría trasladando un riesgo cuando el delegante se sigue beneficiando sin ningún tipo de contrapartida.

²⁷ Los perfiles de responsables de cumplimiento pueden ser de lo más variado, por lo que habrá que estar a lo fijado en la esfera contractual para determinar las funciones asignadas y la eventual responsabilidad.

²⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. «La delegación como mecanismo de prevención y generación de deberes penales», en NIETO MARTÍN, A. *Manual de cumplimiento...* Cit., pp. 166-185.

investigación. Para LASCURAÍN²⁹ y ROBLES PLANAS³⁰ el *compliance officer* asume en principio el deber de investigar y transmitir información al órgano superior, pero no la evitación de delitos, salvo cláusula contractual. Por éstos sólo podría responder a título de partícipe, cuando tenga conciencia de tal contribución y su omisión sea previa a la consumación de delito. Se ha de tener en consideración que la mayoría de los delitos en los que es posible su responsabilidad son delitos dolosos, por lo que convertiría en atípicas las formas de participación por mera infracción del deber de cuidado³¹.

Un eco enorme ha tenido la sentencia del BGH de 17 de julio de 2009 (BGH 5 StR 394/08), en la que se juzgaba un supuesto de responsabilidad penal de un «revisor interno» de una empresa, una figura que muchos han asimilado al *compliance officer* por las funciones que ostentaba y que, precisamente, el tribunal alemán señala que poseía una posición de garante por delegación. La resolución judicial establece que el responsable de cumplimiento (revisor interno en este caso) no sólo debe velar por los daños que pueda sufrir la organización, como una lesión de su reputación o prestigio, sino también evitar los que se puedan ocasionar a terceros. En efecto, termina condenando como cómplice por omisión en un delito de estafa al director de revisión interno, determinándose que era consciente de las irregularidades internas y no hizo nada para evitarlas.

El encargado de cumplimiento sólo puede responder cuando su omisión suponga un hecho que tolere, posibilite o favorezca la comisión presente o futura de un delito. Ahora bien, no de cualquier delito, sino que ha de tratarse de uno de cuya prevención sea garante el empresario y, en consecuencia, le haya sido delegado al responsable de cumplimiento. Se ha de añadir que ha de ostentar la calificación de «delitos relacionados con la actividad de la empresa», una etiqueta que engloba, de forma simplificada, los delitos que pueden generar responsabilidad penal para las personas jurídicas. Y, por último, que ese delito sea de aquéllos cuya prevención se le encomendó al responsable de cumplimiento³², ya sea mediante delegación o en la esfera contractual.

En el supuesto que el delito sea cometido por los propios administradores o directivos, el responsable de cumplimiento ha de comunicarlo a la alta dirección de la empresa, pero su deber de denuncia no se prolonga frente al Estado. No existe de un deber de denunciar delitos a las autoridades. Por lo tanto, no cabe hablar de participación del responsable de cumplimiento en este caso, pues ha cumplido con su deber empresarial³³.

²⁹ LASCURAÍN, J. A. «La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa», en NIETO MARTÍN, A. *Manual de cumplimiento...* Cit., pp. 272-303.

³⁰ ROBLES PLANAS, R. «El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el Derecho Penal», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, 2013, pp. 319-330.

³¹ ROBLES PLANAS, R. «El responsable de cumplimiento...» Cit., p. 329.

³² Piénsese en otros delitos como los medioambientales o contra la seguridad de los trabajadores que quedarían excluidos al estar asignados, con carácter general, al responsable de recursos humanos, prevención de riesgos laborales o responsables de calidad. Al respecto véase, ROBLES PLANAS, R. «El responsable de cumplimiento...» Cit., p. 325.

³³ A salvo de lo establecido en el art. 450 del Código Penal como cualquier otra persona.

5. *El contenido de los compliance programs*

Como dato inédito, la LO 1/2015 introduce por primera vez unas líneas a seguir para elaborar el programa de cumplimiento normativo. Pese a que para el sector empresarial supone una cierta dosis de seguridad jurídica para saber a qué atenerse, para algunas voces el Código Penal no constituye el instrumento adecuado para tratar los verdaderos pormenores a la hora de describir en qué han de consistir y a quién corresponde su gestión. Es cierto que quizás el Código Penal debiera dejar esta finalidad al Código de Comercio o a una Ley de Sociedades que estableciera con minuciosidad³⁴ las precisiones pertinentes en la materia. No se puede obviar que un programa de cumplimiento no puede ser genérico o estándar, sino que la personalización de su contenido y los medios para ejecutarlo son decisivos para su idoneidad.

El art. 31 bis 5 señala que «los modelos de organización y gestión» han de reunir los siguientes requisitos que serán objeto de análisis seguidamente:

- 1.º *Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.* Se refiere al denominado «mapa de riesgos» en el argot de los sistemas de prevención, donde se identificarán los riesgos inherentes al sector al que se dedique la empresa. Huelga decir que este apartado ha de ser en puridad minucioso para que exista un programa eficaz.
- 2.º *Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.* Aunque se ha reclamado doctrinalmente alguna referencia expresa a los Códigos de conducta (de buen gobierno) tan en boga, lo cierto es que podrían casar en este requisito al que hace alusión la nueva redacción del precepto. Resulta impensable construir un programa de cumplimiento sin un corazón para bombear la cultura empresarial, escenificado a través del código de conducta. Deben existir tantos protocolos como requiera la sociedad con base a su actividad, áreas sensibles de riesgo y estructura³⁵.
- 3.º *Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.* Se trata de uno de los puntos cruciales que garantiza la independencia del órgano de cumplimiento para acometer sus funciones con garantías. En el Anteproyecto sí se apuntaba nítidamente que se debía destinar una partida presupuestaria para sufragar los costes que pudieran generar su establecimiento y ejecución.
- 4.º *Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.* Se refiere a los llamados canales de denuncia (*whistleblowing*). Los canales de denuncia permiten a los trabajadores de la empresa comunicar posibles infracciones. La información recopilada a través de este mecanismo puede ser esencial en las evaluaciones y actividades

³⁴ En este sentido, DEL ROSAL BLASCO, B., en Comparecencias para informar en relación con el proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, de fecha 18 de febrero de 2014.

³⁵ FRAGA GÓMEZ, O. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los modelos de organización y gestión, «Compliance», en el Proyecto de reforma del Código Penal», *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, Santiago de Compostela, 2013, p. 35.

periódicas que se reseñan en otro requisito. En España, no obstante, la denuncia anónima³⁶ está vedada en el ordenamiento penal y, con carácter general, produce cierta urticaria entre las autoridades por la posibilidad de venganzas internas³⁷. Sin embargo, en el ámbito privado podría resultar esencial para garantizar a los trabajadores una amplia libertad. Este modelo de denuncia está muy arraigado en Estados Unidos, donde la *Sarbanes-Oxley Act* contempla la creación de sistemas de denuncias internas que permiten su anonimato.

5.º *Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.* Este punto es uno de los más controvertidos y ello porque para su cumplimiento requiere al unísono de la debida modificación de la legislación laboral. El incumplimiento del Código sólo podrá ser sancionado cuando así se hubiera recogido expresamente en el convenio colectivo vigente (muy restringido en este momento).

6.º *Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.* Este punto, sin lugar a dudas, va a resultar clave en la valoración judicial de la idoneidad y eficacia de los programas cumplimiento cuando se cometa un hecho delictivo en la empresa, pues será la constante comprobación y actualización la que reflejará el grado de compromiso de la entidad y sus esfuerzos en la prevención de comportamientos reprochables. No obstante, también plantea la incógnita de hasta cuándo se puede considerar válido en el tiempo un mismo programa de cumplimiento, a qué se hace referencia con cambio de organización o qué criterios judiciales se seguirán para entender este requisito cumplido con creces. En este sentido, conviene tener presente que la Ley chilena 20.393 de 2009 incorporó la posibilidad de operar mediante certificaciones (como auditorías externas) en las que se acreditaba que la adopción e implementación del plan reunía las características exigidos a tenor del volumen y estructura de la empresa con un máximo periodo de vigencia de 2 años³⁸. Un plazo que podría resultar orientativo en este requisito³⁹.

III. PARÁMETROS PARA VALORAR LA EFICACIA E IDONEIDAD DEL COMPLIANCE

El gran interrogante en esta sede se centra en determinar cuándo un programa de cumplimiento normativo es considerado eficaz e idóneo para aplicar el efecto exoneratorio o la

³⁶ En Estados Unidos incluso se compensa al «delator» (*whistleblower*), de ahí la *Dood Frank Act* que prevé una compensación por la denuncia de infracciones a las autoridades si la anterior denuncia interna no ha prosperado. Por otro lado, empresas como Siemens han optado por eliminar el término «denuncia» que implica una connotación negativa y etiquetarlo de «tell us».

³⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE, C. «La protección de los *whistleblowers* por el ordenamiento español. Aspectos sustantivos y procesales», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. *Fraude y corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2006, pp. 447-484.

³⁸ Estas certificaciones no pueden constituirse como pruebas irrefutables, sino que vendrían a funcionar como el informe del experto externo en materia de blanqueo (art. 28 Ley 10/2010 de Blanqueo).

³⁹ Iberdrola, por ejemplo, ha fijado el plazo de 1 año para la revisión de sus programas.

atenuante prevista. Es palmario que la comisión de un delito no puede valorarse como una presunción *ius et de iure* de falta de idoneidad. De lo contrario, todas las corporaciones, aunque tuvieran implementados programas de cumplimiento, verían anulado cualquier tipo de efecto exoneratorio o atenuación. La cuestión no es sencilla de resolver, pues ni siquiera la jurisprudencia norteamericana fija unos criterios meridianos, tampoco lo hace la italiana, con camino recorrido a sus espaldas, que desciende al caso concreto y, en la mayoría de los casos, la motivación no es suficiente para extraer los parámetros. Los órganos judiciales italianos analizaron la insuficiencia del programa de cumplimiento de Siemens AG⁴⁰ empleando entre otros criterios⁴¹; i. La reincidencia del comportamiento delictivo; ii. La pasividad ante la detección del delito; iii. La posición dentro del organigrama de los ejecutores del hecho delictivo; iv. La falta de modificación del programa una vez detectado el delito o, en otras palabras, una culpabilidad empresarial reactiva.

Empleando el doble filtro de NIETO MARTÍN⁴² una evaluación correcta de un programa de cumplimiento debería considerar dos aspectos:

En primer término, un test abstracto y genérico que tiene en consideración las líneas generales del programa, esto es, la formación suministrada a los empleados, el correcto funcionamiento del canal de denuncias, la imposición de sanciones ante comportamientos reprochables y la efectiva verificación de los protocolos o procedimientos. En este primer estadio, se aprecia si la empresa ha puesto su empeño en crear una verdadera cultura de buen gobierno corporativo o simplemente ha optado por establecer un programa como un mero «seguro anti-multa».

En segundo término, se ha de analizar el concreto hecho delictivo con respecto al programa de cumplimiento. Para determinar la eficacia del programa, se ha de verificar que el autor del hecho delictivo ha infringido fraudulentamente alguno de los controles o protocolos de la empresa. Este segundo filtro resulta esencial cuando es un miembro de la cúpula de la corporación quien se ha visto involucrado en el hecho delictivo. En este último supuesto, la credibilidad del *compliance program* está más que en duda, pues parece evidente que la corporación se ha colocado en una ceguera deseada.

IV. LOS «BROTOS VERDES» DEL COMPLIANCE EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y PARTIDOS POLÍTICOS

Hasta ahora, se había aludido a los *compliance programs* como instrumentos de gestión de las empresas privadas para prevenir comportamientos ilícitos en su seno. Se ha pasado por alto su incardinación en la esfera pública para evitar los supuestos de corrupción que han minado a las administraciones públicas en España. NIETO MARTÍN lo ha etiquetado de *public compliance*,

⁴⁰ La multinacional alemana fue investigada en varios países por un escándalo de corrupción en torno a contratos de licitación de manera ilegal.

⁴¹ Un análisis más profundo en MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. «Programas de cumplimiento «efectivos» en la experiencia comparada», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 211-230.

⁴² NIETO MARTÍN, A. «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal», en KUHLEN, L.; MONTIEL J. P. y ORTIZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 38.

que vendría a añadir a la ética pública los contenidos del cumplimiento normativo ejecutados por las empresas⁴³.

El sistema de *carrots and sticks*⁴⁴ como elemento incentivador para la implantación de los sistemas de cumplimiento se asoma a través de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública. En ella, no sólo se obliga a excluir de los procesos de licitación pública a las empresas que hayan sido condenadas en sentencia firme, entre otros, por delitos de corrupción, participación en una organización delictiva, blanqueo de capitales o financiación del terrorismo (art. 57), sino que se adiciona el incentivo de evitar la mencionada exclusión si se prueba que han implementado «medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas». Se trata de un paso evidente hacia la potenciación de los programas de cumplimiento que, sin embargo, se queda un tanto alejada de la exigencia de un programa de cumplimiento como condición *sine quan non* para contratar con el sector público. Este sistema se ha seguido desde 2008 en Estados Unidos, donde una entidad tiene el acceso a la contratación pública vedado si no cuenta con un programa de cumplimiento «anti-corrupción»⁴⁵.

Los problemas gravitan, de nuevo, en torno a qué órgano ha de asumir la labor de calificar la idoneidad de ese programa de cumplimiento para alzar la prohibición de contratar. La Directiva sobre contratación pública no explicita qué autoridad ha de ejercer esa fiscalización, por lo que serán los Estados miembros quienes tengan que asignar esta función a un órgano. A mi juicio, esta labor debería ser asignada a una autoridad centralizada para garantizar que todos los requisitos exigidos para dotar de virtualidad a los programas sean uniformes y no se llegue a resultados contradictorios si se hace depender de órganos de contratación.

Por otro lado, como se expuso a lo largo del texto, la adopción de un programa de cumplimiento normativo no es preceptivo para las empresas. Su no adopción únicamente les privará de la posibilidad de exonerar o atenuar la responsabilidad de la persona jurídica, pero, en ningún caso, supondrá una sanción añadida. No obstante, la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos sí contempla la obligatoriedad para éstos de adoptar «en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el art. 31 bis del Código Penal» (art. 9 bis). En este ámbito, la figura del *compliance officer* toma la denominación de «responsable de la gestión económico-financiera» (art. 14 bis).

⁴³ Para mayor detalle, NIETO MARTÍN, A. «De la ética pública al *public compliance*: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas» en NIETO MARTÍN A. y MAROTO CALATAYUD, M. *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Tirant lo Blanch, 1ª edición, 2015, p. 20.

⁴⁴ En este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública. A propósito de la nueva directiva europea sobre contratación pública», *Diario La Ley*, n.º 8423, Sección Tribuna, 2014, pp. 2-15.

⁴⁵ Estos programas «anti-corrupción» poseen cuatro elementos esenciales: integridad al tratar con funcionarios, honestidad en el intercambio de información, consolidación de relaciones éticas con terceras partes y fomentar la competencia legal. En este sentido, GÓMEZ-JARA, C. «Responsabilidad penal...» *Cit.*, p. 7.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL *COMPLIANCE* COMO INSTRUMENTO PREVENTIVO DE LA CRIMINALIDAD EMPRESARIAL. ¿ENCOMENDAR LAS OVEJAS AL LOBO?

La inclusión de los programas de cumplimiento normativo de forma expresa en el Código Penal no puede más que valorarse de manera positiva, pues la regulación anterior –todavía vigente– se antojaba deficitaria y, a todas luces, generadora de inseguridad jurídica, al hacerse referencia, de forma parca, al «debido control». Quizás, en un juicio aventurado, me atrevería a apuntar que con la nueva regulación de la circunstancia exoneratoria todavía la virtualidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas va a quedar más diluida en la *praxis*, pues los programas de cumplimiento normativo, a buen seguro, van a proliferar entre las principales corporaciones. Huelga decir que los *compliance programs* de mero escaparate (*window-dressing programs*) no pueden surtir ningún efecto jurídico, pero es una incógnita cómo acogerán los tribunales esta exigente y si colocarán el listón alto para declarar su exoneración.

No puede perderse de vista que los programas de cumplimiento llegan al sistema jurídico español con varias objeciones que deberán salvar. Existen severas dudas acerca de si será posible alcanzar una verdadera independencia de los responsables de cumplimiento en las empresas, pues lo adecuado sería una función exclusiva y no la multitarea que podría crear un conflicto de intereses. Se cuestiona, en este sentido, la credibilidad del programa o su incorporación real a la empresa como un *business angel*.

Es cierto que su presupuesto legitimador no tiene demasiados reparos: nadie mejor que la empresa conoce su actividad para determinar sus riesgos y prevenirlos. Pero, al mismo tiempo, su propia naturaleza encuentra fricciones con la esencia de la actividad empresarial, el beneficio económico, el juego de ganancias y pérdidas, colisiona con la finalidad inmaculada de la justicia penal. Algo chirría en la pretendida «moralización» de las corporaciones. Otra cuestión que despierta reticencias es el respeto a la intimidad y al secreto profesional en el canal de denuncias y control sobre empleados y directivos, la empresa no puede convertirse en el panóptico de Bentham.

La falta de cooperación para los descubrimientos de los delitos empresariales tiempo atrás, la complejidad de los tipos penales para su imputación y el bajo riesgo de condena de sus directivos ha podido conducir a la instauración de los *compliances programs* como una suerte de estímulo ante la ineficacia del Derecho Penal contra la criminalidad empresarial. No obstante, cabe cuestionarse si la advertencia de sanción penal tiene el efecto disuasorio que, en principio, se asocia en el ámbito de las personas jurídicas. ¿Temen las empresas que su prestigio sea deteriorado por la apertura de un proceso penal? A priori es una de las consecuencias que se alega para el fomento de los sistemas de prevención en las empresas, pero MARKOFF⁴⁶, en un estudio de la repercusión de la condena penal en el prestigio empresarial a 54 empresas americanas entre 2001 y 2010, terminó por concluir que no era más que un mito, salvo que la condena afecte al propio objeto social de la corporación. En este último supuesto (piénsese en el caso Arthur

⁴⁶ En su estudio «Arthur Andersen and the myth of the corporate death penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century». Véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American way» en *Responsabilidad de la empresa y compliance*, HORTAL IBARRA, J. C. y VALIENTE IVÁÑEZ, V., *Edisofer*, Madrid, 2014, pp. 35-86.

Andersen), se pondría en tela de juicio la capacidad profesional de la empresa. Un dato que no se da, a título de ejemplo, cuando se trata de delitos medioambientales o de financiación del terrorismo. Especialmente ilustrativo resulta GARRET⁴⁷ cuando señala que «los consumidores que compran aparatos de cocina de Siemens no están particularmente preocupados por el pago de sobornos en un proyecto de desarrollo en el tercer mundo».

A fin de cuentas, ¿no volvemos al *no body to kick, no soul to damn*?

BIBLIOGRAFÍA

- COCA VILA, I. «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 43-72.
- GÓMEZ FRAGA, A. «¿De dónde venimos y a dónde vamos? Sobre la proyectada reforma de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el nuevo delito de administradores», *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, n.º 38, 2014, pp. 13-30.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública. A propósito de la nueva directiva europea sobre contratación pública», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 2014, n.º 8423, pp. 1-16.
- NIETO MARTÍN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 1ª edición, Iustel, Madrid, 2008.
- . *Manuales de Cumplimiento Penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- . «De la ética pública al *public compliance*: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas» en NIETO MARTÍN, A. y MAROTO CALATAYUD, M. *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Universidad Castilla-La Mancha, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 17-43.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. «Programas de cumplimiento «efectivos» en la experiencia comparada», en ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A. *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 211-230.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American way» en *Responsabilidad de la empresa y compliance*, HORTAL IBARRA, J. C. y VALIENTE IVÁÑEZ, V. Edisofer, Madrid, 2014, pp. 35-86.
- ROBLES PLANAS, R. «El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el Derecho Penal», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 319-330.

47 ORTIZ DE URBINA, I. «Responsabilidad penal...», *Cit.*, p. 84.

Proteger a las víctimas en contra de su voluntad: consecuencias y propuestas de *lege ferenda*

NATALIA PÉREZ RIVAS (España)
*Doctora Senior, Universidad de Santiago de Compostela, España*¹

RESUMEN: La prohibición de aproximarse a la víctima es una pena accesoria que tiene que imponerse obligatoriamente por el juez cuando un sujeto es condenado por la comisión de un delito de violencia de género en España. Como resultado de estas notas reguladoras, los casos en los que la víctima consiente su quebrantamiento se han incrementado de forma notable. El objetivo de este trabajo es analizar la jurisprudencia relativa a la relevancia del consentimiento de la víctima con relación a la responsabilidad penal de ambos. Asimismo, realizaremos algunas propuestas para la mejora de esta situación.

Palabras clave: prohibición de aproximarse a la víctima, quebrantamiento, consentimiento.

ABSTRACT: The prohibition of approaching to the victim is an ancillary penalty and it has to impose, compulsory, by the judge, when a person is sentenced by domestic violence or gender-based violence. As result of these regulatory notes, the cases in which the victim consents to the breach of the prohibition have notably increased. The aim of this paper is to analyse the jurisprudence relating to the relevance of the victims' consent with respect the criminal responsibility of both. As well, we will make some proposals for improving this situation.

Key words: prohibition of approaching to the victim, breaching, consent.

SUMARIO: I. Introducción. II. El tratamiento jurisprudencial de la relevancia del consentimiento de la víctima en la responsabilidad penal del obligado por el alejamiento. 2.1. La ausencia de tipicidad por el consentimiento de la víctima. 2.2. La irrelevancia del consentimiento de la víctima. 2.2.1. Bien jurídico institucional versus bien jurídico pluriofensivo. 2.3. Teorías intermedias. 2.3.1. Distinción entre quebrantamiento de medida cautelar y de pena. 2.3.2. El criterio de la iniciativa del acercamiento. 2.3.3. La reanudación (o no) de la convivencia entre las partes. 2.3.4. La incidencia

¹ Profesora Interina de Sustitución de Derecho Penal, Universidad de Santiago de Compostela.

del consentimiento de la víctima en la formación de la voluntad del sujeto. 2.3.4.1. *La concurrencia de un error de tipo*. 2.3.4.2. *La concurrencia de un error de prohibición*. 2.3.5. La exigencia de estado de necesidad. 2.3.6. La atenuante analógica. III. El tratamiento jurisprudencial del comportamiento de la víctima que consiente el quebrantamiento. 3.1. Soluciones que salvaguardan la impunidad de la víctima. 3.1.1. Tesis del consentimiento viciado de la víctima. 3.1.2. La incursión de la víctima en un error de tipo o en un error de prohibición. IV. Soluciones de lege lata y propuestas de lege ferenda. 4.1. Solución de lege lata. 4.2. Propuestas de lege ferenda. 4.2.1. La flexibilización del régimen de imposición y de ejecución de la prohibición de aproximarse a la víctima. 4.2.2. El rol de la víctima en la determinación y ejecución de la prohibición de aproximarse a la víctima.

I. INTRODUCCIÓN

La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, regulada en el art. 48.2 CP, se incorporó a nuestro catálogo sancionador en virtud de la LO 11/1999, siendo la LO 14/1999 la que, por su parte, procede a regularla de forma independiente y la dota de contenido propio. Esta prohibición impide al penado acercarse a los sujetos referenciados, en cualquier lugar en que se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que frecuentado por ellos. Su contenido es, por tanto, doble, apuntando a un aseguramiento de tipo personal en la primera modalidad, y a otro de carácter locativo, en la segunda. Las bondades que pueden predicarse de esta prohibición, en tanto instrumento destinado a la protección de la víctima, se han visto distorsionadas por diversos elementos que el legislador ha ido introduciendo en su regulación. Su configuración como pena accesoria –que impide la adaptación, durante su ejecución, a la concreta necesidad de protección de la víctima–, su previsión como pena de imposición obligatoria cuando la víctima de los delitos relacionados en el art. 57.1 CP sea alguno de los sujetos mencionados en el art. 173.2 CP, es decir, en los casos de violencia doméstica y de género (art. 57.2 CP) y la total desconsideración hacia la opinión de la víctima, tanto en lo que respecta a su imposición como a su ejecución, llevan a concluir que más que la protección de las propias víctimas, lo que persigue con ella es satisfacer determinados intereses políticos². Consecuencia de esta (mala) regulación es el notable incremento de los casos de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP), principalmente con relación a la prohibición de aproximarse a la víctima, por iniciativa de la persona protegida, o, cuando menos, con su anuencia. Ello ha generado un intenso debate, tanto jurisprudencial como doctrinal, centrado en la relevancia que debe otorgarse al consentimiento de la víctima en relación con la responsabilidad penal del autor y en su posible responsabilidad penal.

² Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa. «1989-2009: Veinte años de desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja». En PUENTE ABA, Luz María (dir.). *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada: Ed. Comares, 2010, pp. 26-27; FARALDO CABANA, Patricia. *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2008, p. 154; ACALE SÁNCHEZ, María. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Madrid: Ed. Reus, 2006, p. 307.

II. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL OBLIGADO POR LA PROHIBICIÓN

Tres son las posturas jurisprudenciales sobre el problema: la ausencia de tipicidad por consentimiento de la víctima, la irrelevancia de su consentimiento de la víctima y las denominadas posturas intermedias.

2.1. *La ausencia de tipicidad por el consentimiento de la víctima*

La STS núm. 1156/2005, de 26 de Septiembre, vino a quebrar la unanimidad existente hasta el momento en la jurisprudencia sobre la irrelevancia del consentimiento de la víctima al quebrantamiento de una medida o pena de prohibición de aproximarse a la víctima. En ella se concluye que el quebrantamiento consentido es impune por faltar unos de los elementos del tipo objetivo del art. 468.2 CP, la voluntad de la víctima de ser protegida. Con arreglo a esto, la apreciación del delito viene condicionada, por consiguiente, a su realización en contra de la voluntad de la persona protegida. Junto a ello, el Tribunal insiste en que si se optase por castigar estos supuestos, se iniciaría una cadena de respuestas punitivas que alcanzaría a la propia víctima protegida. Este –la posibilidad de que la víctima también resulte condenada por su conducta– parece ser el motivo último del pronunciamiento absolutorio del TS.

2.2. *La irrelevancia del consentimiento de la víctima*

Como acaba de indicarse, la STS núm. 1156/2005, de 26 de Septiembre, excepcionó la que venía siendo, hasta ese momento, la doctrina del TS y que abogaba por la irrelevancia del consentimiento de la víctima a los efectos de apreciar la comisión de un delito de quebrantamiento. En su sentencia de 16 de mayo de 2003, el Alto Tribunal había señalado que «[...] la medida cautelar violada por el acusado está destinada, igual que las penas accesorias previstas en el art. 57 CP, a proteger esenciales bienes jurídicos, no disponibles, de las personas mencionadas en dicha norma, de forma que éstas no pueden en principio renunciar a dicha protección admitiendo la aproximación de quienes ya han demostrado su peligrosidad, en la vida en común, atentando contra dichos bienes jurídicos [...]». En esa misma dirección, la STS núm. 10/2007, de 19 de enero, dispone que «la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empeñada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal –que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquélla– pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto». Especialmente significativa resulta la STS núm. 755/2009, de 13 de julio, en que se sintetizan las cuatro razones principales que esgrimen los partidarios de la tesis de la irrelevancia de la voluntad de la víctima, a saber: «a) el bien jurídico protegido es el principio de autoridad y además no cabe disponer por parte de la víctima de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal, si se entendiera que la razón última de la medida es la protección de estos bienes; b) el consentimiento de la víctima no permite exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho delictivo perseguible de oficio; c) el derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor; y, d) la práctica diaria

nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la expareja se conoce demasiado bien y utiliza para lograr la aceptación del otro artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos o falsas promesas».

La reunión celebrada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como Sala General, el 25 de noviembre de 2008, sirvió para consolidar definitivamente este criterio. En ella se adoptó, finalmente, un acuerdo sobre la interpretación del art. 468.2 CP, en los casos de quebrantamiento consentido de una medida cautelar de alejamiento, que se fundamenta en el principio general de la irrelevancia en derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal³. El hecho de que en el acuerdo se haga referencia exclusivamente a las medidas cautelares lleva a algunos órganos judiciales a entender que, en tanto que el TS no se pronuncie de forma expresa sobre el quebrantamiento de la pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima, la resolución, en estos casos, puede seguir siendo absolutoria⁴.

2.2.1. Bien jurídico institucional versus bien jurídico pluriofensivo

Uno de los principales elementos diferenciadores entre una y otra tesis se halla en su distinta concepción sobre cuál es el bien jurídico protegido en estos supuestos de quebrantamiento de una prohibición de aproximación.

Los partidarios de la tesis de la punibilidad lo identifican con el interés del Estado en el cumplimiento de las resoluciones⁵. Por el contrario, los que abogan por la impunidad de la conducta hablan de un delito pluriofensivo en el que se tutelan dos bienes complementarios: uno de naturaleza institucional –centrado en el adecuado funcionamiento del sistema institucional de Justicia– y otro de carácter personal –ceñido a la tutela de la indemnidad de la persona o personas cuya seguridad vital se protege–⁶. A partir de ello destacan que, en estos casos, si bien la conducta del obligado se acomoda a las exigencias de la antijuricidad formal –al darse los tres elementos que definen el tipo del injusto–, no ocurre lo mismo respecto a la antijuricidad material, habida cuenta de que la indemnidad de la víctima no sufre perjuicio alguno. Sobre este punto resulta ilustrativa las SAP de Guipúzcoa núm. 312/2006, de 26 de septiembre, en que se establece expresamente que «[...] la tutela de la indemnidad de la víctima, mediante la implementación y mantenimiento de un marco institucional de protección urdido en torno a la prohibición de una interacción personal, no resulta menoscabada si la misma tiene lugar con su anuencia consciente y voluntaria».

³ Vid. STS núm. 39/2009, de 29 de enero, que subraya que las únicas excepciones a dicho principio son las expresamente previstas en la ley penal (en esencia, los delitos privados).

⁴ Vid., entre otras, SAP de Santander núm. 145/2009, de 26 de mayo.

⁵ A favor del bien jurídico tradicional, entre otros, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. «La tutela penal; entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer». *EPC*, vol. XXIX, 2009, pp. 440-441; SANTOS DÍAZ, Luis Javier. «El quebrantamiento de la condena de prohibición de aproximación: valor del consentimiento de la víctima». *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 21, 2009, p. 86; ACALÉ SÁNCHEZ, María. *Op. cit.*, p. 276.

⁶ Vid. VALEJJE ÁLVAREZ, Inmaculada. «Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el artículo 57.2 del CP». *EPC*, vol. XXVI, 2006, p. 345; CID MOLINÉ, Josep. «Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)». *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 12, 2004, p. 229.

A nuestro modo de ver, esta línea de argumentación no resulta, sin embargo, totalmente convincente, puesto que el acercamiento prohibido vulneraría, en todo caso, uno de los bienes jurídicos protegidos por el tipo (el principio de autoridad de las resoluciones judiciales) y determinarí, en consecuencia, la concurrencia de ambas vertientes de la antijuricidad. También nos parece criticable ese valor absoluto que los defensores de la tesis de la impunidad parecen otorgar al consentimiento de la víctima. Si bien es verdad que servirá, sin duda, como elemento indiciario a la hora de valorar lo innecesario del alejamiento decretado, es al órgano judicial al que corresponde valorar, caso por caso, la realidad que rodea a su emisión y a su otorgamiento. Por otro lado, para que el consentimiento surta efectos extintivos de la responsabilidad criminal, debe ser otorgado por el sujeto pasivo del delito que, en este caso, sería la Administración del Estado y no el sujeto protegido por la prohibición.

2.3. Teorías intermedias

En algunas ocasiones la doctrina y la jurisprudencia se han visto obligadas a adoptar posicionamientos intermedios, con la finalidad de evitar o, en todo caso, minorar, en la medida de lo posible, los efectos perniciosos de la imposición y mantenimiento del alejamiento en contra de la voluntad de los sujetos protegidos. Veámoslos a continuación.

2.3.1. Distinción entre quebrantamiento de medida cautelar y de pena

Para un sector doctrinal⁷ y jurisprudencial, bien representado por la STS de 28 de septiembre de 2007, la clave del problema estriba en distinguir el incumplimiento de una medida cautelar –cuyo cese podría acordarse a petición de parte y que tiene por objeto una finalidad meramente preventiva– y el quebrantamiento de una pena accesoria de prohibición de aproximación «[...] cuyo cumplimiento no es disponible por nadie, ni aún tan siquiera por la propia víctima [...]». Esta distinción, que carece de apoyo legal, se fundamenta tanto en consideraciones preventivo-generales como en el principio de la indisponibilidad de las penas⁸. Siguiendo esta línea de razonamiento, la naturaleza de las medidas cautelares conllevaría que éstas no deben mantenerse «por siempre desde el momento en que son adoptadas», sino que, una vez superadas las circunstancias tomadas en consideración para su imposición, «debe procederse a su levantamiento»⁹. Por esta razón, si la propia víctima entiende que el peligro o riesgo no exis-

⁷ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido por la víctima». En CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique y MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivos del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, p. 2016; JIMÉNEZ DÍAZ, María José. «Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido». En JIMÉNEZ DÍAZ, María José (coord.). *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Madrid: Ed. Dykinson, 2009, p. 413; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *Op. cit.*, pp. 346-347.

⁸ Vid. GUARDIOLA GARCÍA, Javier: «El quebrantamiento de condena y la protección de las víctimas», en CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y ORTS BERENGUER, Enrique / MAQUEDA ABREU, María Luisa (coords.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivos del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, p. 936.

⁹ Vid. SAP de Girona núm. 699/2008, de 15 de diciembre de 2008.

te, el quebrantamiento no puede considerarse antijurídico, ni lesivo para bien jurídico alguno, no yendo más allá de «un mero quebrantamiento formal»¹⁰.

2.3.2. El criterio de la iniciativa del acercamiento

El art. 48.2 CP impone la obligación de no aproximarse, es decir, de no tener una conducta positiva de acercamiento a la persona protegida. Con arreglo a ello, puede defenderse la idea de que en los supuestos en que es aquélla quien se acerca o inicia el contacto, no existe la conducta típica del art. 468.2 CP¹¹.

En estos términos se pronuncia la SAP de Tarragona núm. 65/2009, de 2 de marzo, al señalar que el delito de quebrantamiento «es un delito de resultado que reclama una acción que en términos normativos no puede equipararse a no evitar el acercamiento unilateral de la persona favorecida con la medida [...]». A mayor abundamiento, la SAP de Madrid, de 6 de mayo de 2014, apunta que «la prohibición judicial de aproximación y comunicación con una persona impide al sometido a tal prohibición, según el art. 48 del Código Penal, que se acerque a dicha persona y que establezca comunicación con ella, pero no le obliga a huir en caso de que la persona para cuya protección se dictó la prohibición de aproximación y comunicación decida por su propia iniciativa acercarse y comunicarse en tal acercamiento con el sometido a la prohibición». No cabe imputar, por ello, la comisión de un delito de quebrantamiento –destacan– en los casos en que fue la víctima la que se dirigió al lugar en el que se encontraba el sujeto para contactar y entablar conversación con él¹².

2.3.3. La reanudación (o no) de la convivencia entre las partes

En otras sentencias observamos como la validez del consentimiento de la víctima viene supeditado al hecho de que se haya producido una efectiva reanudación de la convivencia¹³, que convirtiese en «normal» una conducta, de otro modo, desautorizada por una resolución

¹⁰ Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. «Penas accesorias...», cit., pp. 346-347. Este punto de vista puede verse, también, en el voto particular formulado por Bacigalupo Zapater y Maza Martín a la STS de 29 de enero de 2009 y en la STS núm. 1065/2010, de 26 de noviembre.

¹¹ Vid. GUARDIOLA GARCÍA, Javier. *Op. cit.*, pp. 936-937; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. «Quebrantamiento de la pena de alejamiento y prohibición de acercamiento o comunicación en delitos relacionados con la violencia de género con el consentimiento expreso de la víctima. Un problema sometido a cuestión de constitucionalidad». En FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar y CRUZ BLANCA, María José (coords.). *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Jaén: Ed. Universidad de Jaén, 2007, p. 188; ACALE SÁNCHEZ, María. «Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor». En CERVILLA GARZÓN, María Dolores y FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca (coords.). *Mujer, violencia y derecho*, Cádiz: Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2006, p. III. En contra de esta interpretación se pronuncia FARALDO CABANA, Patricia. «Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento». En PUENTE ABA, Luz María (dir.). *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada: Ed. Comares, 2009, pp. 197-198, para quien es irrelevante «quién haya tomado la iniciativa, si no se aleja del lugar o interrumpe la comunicación a mi juicio comete delito de quebrantamiento de condena, sin que pueda excusarse en el comportamiento de la otra persona, a la cual, hay que recordarlo, no se ha impuesto ninguna prohibición».

¹² En sentido contrario vid. la SAP de Ciudad Real núm. 128/2008, de 4 de diciembre.

¹³ En esta línea vid. SAP de Alicante núm. 47/2009, de 23 de enero.

judicial¹⁴. Curiosamente, este mismo argumento, ha servido también para sostener –en otros casos– la tesis contraria, al considerarse que si existe esa reanudación efectiva –y no meramente puntual u ocasional– es porque el sujeto activo ha desarrollado una actitud positiva hacia el acercamiento y, por lo tanto, existe un dolo específico de quebrantar la condena¹⁵.

2.3.4. La incidencia del consentimiento de la víctima en la formación de la voluntad del sujeto

La punibilidad del delito de quebrantamiento viene supeditada, como es bien sabido, a la concurrencia de tres elementos: uno normativo –la existencia de una prohibición acordada judicialmente–; uno objetivo –la acción de incumplir, infringir, desobedecer o desatender la precitada medida cautelar o pena–; y, finalmente, uno subjetivo, consistente en el conocimiento de la vigencia de dicha prohibición y en la conciencia de su vulneración. Pues bien, se trae a colación, a este respecto, la posible incidencia del consentimiento de la víctima en la formación del dolo del autor. La tesis que se propugna es, en concreto, la de que en el quebrantamiento consentido no está presente el elemento subjetivo del delito, pudiendo recurrirse a la figura del error de tipo o de prohibición para excluir o, en su caso, atenuar la responsabilidad penal del sujeto.

2.3.4.1. La concurrencia de un error de tipo

Presupuesto para la aparición del error invencible de tipo es, a tenor de la STS núm. 69/2006, de 20 de enero, un consentimiento «firme y relevante» por parte de la víctima a la situación de quebrantamiento¹⁶. De ser vencible, y al no estar tipificado el quebrantamiento imprudente, conllevaría, igualmente, la impunidad del obligado.

2.3.4.2. La concurrencia de un error de prohibición

El error de prohibición se ha convertido en uno de los principales expedientes a los que acude la jurisprudencia para absolver al obligado, especialmente tras la aprobación del Acuerdo del TS de 25 de Noviembre de 2008, que consagró el criterio de la punibilidad de los quebrantamientos, con carácter absoluto, al margen de la actitud adoptada por la mujer.

A este respecto se comenta en la SAP de León núm. 189/2009, de 6 de noviembre, como «parece razonable entender que el acuerdo, ante el consentimiento libre y voluntario de la persona tutelada por la prohibición, actuara con pleno convencimiento de la licitud de su conducta» a lo que se suma que, siendo una pena orientada a la protección de la víctima puede «presuponerse condicionado a que los tutelados por la prohibición consientan o no el encuentro personal y la comunicación con el penado consciente y libremente». A mayor abundamiento se concluye en la SAP de Madrid núm. 869/2005, de 19 de septiembre, que «cuando el sentido común y la literalidad de un precepto legal parecen correr por caminos distintos,

¹⁴ Vid. SAP de Girona núm. 926/2004, de 15 de junio.

¹⁵ Vid. SAP de Girona núm. 132/2008, de 5 de marzo.

¹⁶ Vid. SAP de Córdoba núm. 177/2007, de 21 de septiembre.

parece plenamente disculpable que una persona carente de conocimientos jurídicos haya optado por un entendimiento del alcance de la pena que no parecería insensato incluso a una persona versada en Derecho»¹⁷. En otras ocasiones, ha sido el silencio del propio órgano judicial ante la petición de la víctima del levantamiento del alejamiento lo que ha llevado a los sujetos a incurrir en un error, por entender (ambos) que la petición había sido atendida¹⁸. También se ha apreciado, finalmente, cuando las especiales circunstancias del obligado imposibilitan el conocimiento de la real vigencia de la medida¹⁹.

Para prevenir la concurrencia de estos supuestos, algunas Fiscalías, como la de Soria, aconsejan que se deje constancia, en la resolución que impone el alejamiento, de la irrelevancia de la voluntad manifestada por la víctima con relación a su cumplimiento²⁰. Otras opiniones inciden en la labor de instrucción que deben realizar los operadores jurídicos informando correctamente a las partes sobre las partes de las posibles consecuencias jurídicas de sus actos²¹.

2.3.5. La eximente de estado de necesidad

Ocasionalmente, los órganos judiciales han evitado la condena por delito de quebrantamiento apreciando la existencia de la eximente de estado de necesidad (art. 20.5º CP). Es el caso de la SAP de Cádiz núm. 305/2006, de 26 de septiembre, relativa a un sujeto «requerido por sus hermanos para que fuese a cuidar a su padre, con la advertencia de que ninguno de ellos iba a hacerlo» y que sabía «que su madre (la destinataria de la protección) no podía hacerlo sola».

2.3.6. La atenuante analógica

La aplicación de la atenuante analógica contemplada en el art. 21.7ª CP está presente en un buen número de resoluciones. Eliminada la circunstancia atenuante de provocación por la reforma operada por la LO 8/1983, los órganos judiciales optan por la aplicación de la citada atenuante poniendo en conexión la provocación al incumplimiento del alejamiento por parte de la víctima con las eximentes incompletas de legítima defensa y de estado de necesidad²².

2.3.7. Imposición de la pena mínima

La última de las fórmulas de las que debemos dejar constancia es la de optar por la imposición de la pena en su extensión mínima, en atención a la concurrencia del consentimiento

¹⁷ Cfr. SAP de Madrid núm. 869/2005, de 19 de septiembre.

¹⁸ A este respecto, vid. SAP de Toledo núm. 151/2008, de 2 de diciembre.

¹⁹ Un ejemplo se observa en la SAP de Ourense núm. 328/2008, de 3 de octubre.

²⁰ Vid. Memoria del FGE, Madrid, 2005, pp. 440-441. Esta previsión puede observarse ya en algunas resoluciones judiciales, como el fallo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Córdoba de 10 de diciembre de 2007, que se reproduce en la SAP de Córdoba núm. 224/2008, de 14 de abril. Acogiendo esta propuesta, en el Informe del Grupo de Expertos y Expertas en violencia doméstica y de género del CGPG, 2011, p. 19, se recomendaba la adición de un nuevo párrafo al artículo 468.2 CP en que se hiciese constar que «el consentimiento expreso o tácito del ofendido no eximirá de responsabilidad criminal a quien quebrantare una pena o medida de alejamiento o prohibición de comunicación, ni atenuará aquella».

²¹ Vid. JIMÉNEZ DÍAZ, María José. *Op. cit.*, p. 420.

²² Cfr. SAP de Madrid núm. 327/2009, de 30 de marzo.

de la persona protegida. Se trata, sin duda, de una de las que cuenta con mayor respaldo en la jurisprudencia²³.

III. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL COMPORTAMIENTO DE LA VÍCTIMA QUE CONSIENTE EL QUEBRANTAMIENTO

De forma prácticamente unánime, la doctrina conceptúa el delito de quebrantamiento como un delito especial propio²⁴. Conforme a esta configuración, sólo podría castigarse como autores a los condenados por sentencia firme al cumplimiento de alguna de las penas privativas de derechos reguladas art. 48 CP o a los procesados o imputados contra quienes se haya dictado una orden de alejamiento. La discusión se circunscribe, pues, en este caso, al ámbito de la cooperación necesaria o de la inducción²⁵.

Por la respuesta afirmativa opta un sector verdaderamente minoritario tanto de la doctrina²⁶ como de la jurisprudencia²⁷. Esta última, en concreto, ha llegado a castigar puntualmente a la víctima como inductora o cooperadora necesaria²⁸, mientras que en otros casos (asimismo pocos) se ha limitado a admitir esa posibilidad en el plano teórico²⁹ o a solicitar la deducción de testimonio con vistas a dirimir las posibles responsabilidades penales en que hubiera podido incurrirse³⁰. La tesis mayoritaria es, en cambio, la de la impunidad de la intervención de la víctima, trayéndose a colación al respecto dos argumentos principales: a) el de que a la víctima no se le puede castigar por la realización de una actuación que no tiene prohibida; y, b) el de que las formas de participación en el quebrantamiento de condena se limitan a las tipificadas en el art. 470 CP, de imposible aplicación a los supuestos que estamos considerando³¹. De ella participan los propios Fiscales Delegados de Violencia sobre la Mujer, tal y como acreditan las conclusiones

²³ Vid., entre otras, SAP de Murcia núm. 178/2010, de 7 de julio; SAP de Logroño núm. 188/2010, de 5 de julio; SAP de Madrid núm. 1196/2010, de 19 de julio; SAP de Ciudad Real núm. 59/2010, de 15 de junio; SAP de Alicante núm. 432/2010, de 10 de junio; SAP de Valencia núm. 280/2010, de 4 de mayo; SAP de Cartagena núm. 90/2010, de 30 de marzo.

²⁴ Vid, monográficamente, SUÁREZ LÓPEZ, José María. *El delito de autoquebrantamiento de condena en el código penal español*. Granada: Ed. Comares, 2000, p. 365.

²⁵ La única posición divergente a este respecto es la sostenida por MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. «El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica». *Indret: Revista para el análisis del derecho*, 2007, pp. 13-14, para quien la víctima puede llegar a ser castigada en calidad de coautora, sobre la base de la conceptualización del delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP como un delito de posición especial.

²⁶ En este sentido, entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Op. cit.*, pp. 2024-2025; JIMÉNEZ DÍAZ, María José. *Op. cit.*, p. 420; ACALE SÁNCHEZ, María. *Op. cit.*, p. III.

²⁷ Bien es verdad que en la mayoría de las sentencias dictadas sobre supuestos de quebrantamiento consentido no existe pronunciamiento alguno sobre este extremo.

²⁸ Vid., entre otras, SAP de Barcelona núm. 3/2010, de 23 de noviembre; SAP de Barcelona núm. 1271/2010, de 15 de octubre; SAP de Barcelona núm. 170/2009, de 4 de febrero; SAP de Murcia núm. 178/2010, de 7 de julio; SAP de Alicante núm. 359/2009, de 7 de mayo.

²⁹ Ello puede observarse en la STS núm. 1156/2005, de 26 de septiembre; SAP de Barcelona núm. 317/2010, de 8 de marzo; SAP de Girona núm. 39/2010, de 20 de enero; SAP de Lleida núm. 313/2009, de 16 de julio; SAP de Valladolid núm. 252/2009, de 23 de junio.

³⁰ Vid. SAP de Alicante núm. 359/2009, de 7 de mayo; SAP de Lugo núm. 68/2009, de 3 de abril; SAP de Vitoria-Gasteiz núm. 59/2009, de 27 de febrero.

³¹ Vid. entre otros, BENITEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *Op. cit.*, p. 188; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *Op. cit.*, pp. 350-352; TORRES ROSELL, Nuria. «Las sanciones penales en la lucha contra la violencia de género». En

de los seminarios celebrado en Madrid (2005), Oviedo (2006) y Valencia (2007). Pese a ello, el MF no ha dejado de recurrir algunas resoluciones, solicitando que se condenase a la víctima como inductora³².

La inseguridad jurídica que se cierne sobre la víctima en cuanto a las consecuencias penales que se pueden derivar de su acercamiento al agresor, las lleva a no hacer constar tal extremo en su declaración testifical –con el notable perjuicio que de ello se deriva para el condenado en cuanto a la posible aplicación de las fórmulas absolutorias a que hemos hecho referencia–³³. Es a la luz de esta realidad en la que cabe valorar positivamente la propuesta del Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y violencia de género del CGPJ de añadir un nuevo párrafo al art. 468.2 CP del siguiente tenor: «en estos supuestos, el consentimiento expreso o tácito del ofendido en la comisión del tipo penal no entrañará su responsabilidad penal».

3.1. *Soluciones que salvaguardan la impunidad de la víctima*

3.1.1. Tesis del consentimiento viciado de la víctima

Un primer grupo de soluciones reivindica que se examine, caso por caso, la validez del consentimiento otorgado por la víctima, por entender que, frente a los supuestos en que la víctima presta un consentimiento firme, libre y voluntario, existen otros muchos en los que dicho consentimiento se encuentra viciado por distintas razones. En este sentido se pronuncia LAURENZO COPELLO, a cuyo juicio es siempre necesario ponderar la situación de riesgo en que está incurso la víctima y la libertad con que ha expresado su voluntad de que no se imponga la pena de prohibición de aproximación. Así, según la citada autora, «al menos en los casos graves de violencia habitual» está demostrado «que la fuerte dependencia emocional del agresor, sus presiones y amenazas o la ausencia de medios de vida propios –por citar sólo algunos factores relevantes– pueden llevar a muchas mujeres a aceptar una reconciliación sin que existan motivos fundados para esperar un cambio de actitud del maltratador»³⁴. Una corriente jurisprudencial ha recogido esta línea de argumentación, insistiendo en la necesidad de comprobar que no concurren presiones externas sobre la víctima³⁵, ni que ésta presente algún tipo de alteración psicopatológica³⁶.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.). *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2008, p. 247; FARALDO CABANA, Patricia. *Op. cit.*, p. 194; la misma. *Op. cit.*, p. 163.

³² Vid. AJVP de Tenerife, de 9 de marzo; SAP de Barcelona núm. 612/2007, de 2 de julio.

³³ Vid. SAP de Madrid núm. 452/2008, de 7 de octubre.

³⁴ Cfr. LAURENZO COPELLO, Patricia. «Violencia de género, ley penal y discriminación. Un balance provisional de los primeros veinte años de legislación penal sobre violencia contra las mujeres». En LAURENZO COPELLO, Patricia (coord.). *La violencia de género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Madrid: Ed. Dykinson, 2010, p. 33.

³⁵ Así, la STS núm. 10/2007, de 19 de enero, dispone que «el acceso a la casa el día 29 de octubre se produjo con la aquiescencia de la mujer, a cuyo argumento no se acoge el recurrente, porque es consciente de que el consentimiento de la ofendida en este caso no podría eliminar la antijuridicidad del hecho. Primero, porque el consentimiento estaba condicionado o viciado por «presiones de la familia», según rezan los hechos probados [...]».

³⁶ La SAP de Barcelona núm. 170/2009, de 4 de febrero, por su parte, castiga a título de cooperadora necesaria a la víctima «puesto que aportó una conducta a la acción sin la cual el delito de quebrantamiento no se hubiera producido y sin que conste ningún elemento que nos permitiera concluir que Ana actuó con su voluntad

3.1.2. La incursión de la víctima en un error de tipo o en un error de prohibición Un segundo grupo de opiniones recurre al expediente del error. La idea sería la de que la víctima consideraría que su voluntad es suficiente para la extinción del alejamiento, creyendo, de esta forma, que su comportamiento (y el del autor) no son antijurídicos³⁷. Ello sin olvidar los frecuentes incumplimientos del régimen de comunicaciones de la sentencia recaída en el proceso penal previsto, entre otros, en los arts. 7.1.b) Ley 4/2015 y 789.4, 792.5, 973.2 y 976.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) que la llevan a desconocer la propia vigencia de un alejamiento a su favor.

IV. SOLUCIONES DE *LEGE LATA* Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

4.1. *Solución de lege lata*

El legislador ha optado por configurar la prohibición de aproximarse a la víctima como una pena privativa de derechos (art. 39.g CP), siendo indisponible, por tanto, hasta su total ejecución. De *lege lata*, en nuestra opinión, la única solución viable es la que aboga por que se informe favorablemente o se promueva de oficio la solicitud de indulto parcial, solicitándose, simultáneamente, la suspensión de su ejecución, en tanto el Gobierno no se pronuncie sobre la concesión o denegación de aquél³⁸. Esta propuesta, incluida en la Circular FGE 2/2004 «con el fin de evitar la a todas luces anómala situación que podría derivarse de una separación forzosa imperativa y contraria a la voluntad de los aparentes beneficiarios de la medida de protección»³⁹, se da de bruces, sin embargo, con una realidad en que ningún indulto ha sido concedido a este respecto⁴⁰.

4.2. *Propuestas de lege ferenda*

El poco margen de actuación que la actual regulación de la pena de prohibición de aproximación deja a los órganos judiciales aconseja la formulación de propuestas de *lege ferenda* dirigidas, por un lado, a flexibilizar su régimen de ejecución en atención a las circunstancias concurrentes en cada momento y, que por otro, den entrada a la víctima tanto en la determinación de su imposición como en su ejecución⁴¹.

alterada, dado que según el informe médico forense no padece alteración psicopatológica alguna, ni enfermedad alienante, ni trastorno de la personalidad, ni el mal llamado *síndrome de la mujer maltratada*».

³⁷ Vid. JIMÉNEZ DÍAZ, María José. *Op. cit.*, p. 420; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Op. cit.*, pp. 20-21. La SAP de Pontevedra núm. 145/2011, de 10 de mayo, establece, por su parte, en su FJ 2º, que «en cualquier caso si se aceptara, lo que se dice como mera hipótesis, la posibilidad de su participación como cooperadora necesaria, concurriría el error invencible de tipo del artículo 14.1 CP. En la medida en que Victoria no era la destinataria de la prohibición por tanto la obligada a su cumplimiento sino la protegida con tal medida, en que no se le ordenó ni requirió para que no permitiera que el obligado se le acercara o para no acercarse ella a él ni fue advertida de consecuencias penales para ella si consentía el acercamiento o lo buscaba ella misma, no podía conocer que con su conducta incurriría en la comisión de delito».

³⁸ Vid. SAP de Barcelona núm. 252/2007, de 9 marzo.

³⁹ Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Op. cit.*, pp. 14-15; SANTOS DÍAZ, Luis Javier. *Op. cit.*, pp. 104-105.

⁴⁰ Una excepción a esta realidad la representa la SAP de Palencia núm. 2/2007, de 17 de diciembre, en cuyo FJ 4º se recoge cómo «los miembros del Tribunal del Jurado, por ocho votos a favor y uno en contra, votaron a favor de la petición de indulto para el acusado [...]».

⁴¹ Así es requerido, expresamente, en la SAP de Barcelona núm. 950/2007, de 22 de noviembre.

4.2.1. La flexibilización del régimen de imposición y de ejecución de la prohibición de aproximarse a la víctima

A lo largo de los últimos años la doctrina ha centrado su atención en la actual redacción del art. 57.2 CP, demandando, de forma prácticamente unánime, la derogación del régimen de imposición preceptiva de la pena accesoria de la prohibición de aproximación adoptado por la LO 15/2003. En su lugar, se apuesta por un régimen facultativo, en virtud del cual el órgano judicial determinaría discrecionalmente su imposición, previa petición de parte, en atención a la gravedad de los hechos o al peligro que represente el delincuente⁴².

Algún autor se muestra, no obstante, reticente a dejar al mero arbitrio judicial la decisión sobre la adopción o no de la imposición de esta pena. Lo que fundamenta esas dudas y reservas es el hecho de que, en ocasiones, el órgano judicial tiene que pronunciarse con celeridad, lo que le impide ponderar, adecuadamente, la totalidad de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto⁴³. En este trabajo se comparte esa preocupación y se defiende, a este respecto, la creación de Unidades de Valoración Integral que puedan asistir al órgano judicial en la constatación de la existencia o inexistencia de riesgo para la víctima⁴⁴.

La supresión del régimen de imposición preceptiva no serviría, con todo, para dar respuesta al principal problema que suscita el texto del art. 57 CP: la carencia de un mecanismo jurídico de revisión de esta pena durante la fase de ejecución.

Para afrontarlo, un sector de opinión aboga por dotar de eficacia extintiva al perdón de la víctima⁴⁵. Se trata, a nuestro modo de ver, de una solución parcial, en la medida en que, al requerirse que el perdón con anterioridad a que se dicte sentencia, deja fuera los supuestos en que las parte se reconcilien en el marco del proceso de ejecución.

Desde otro sector doctrinal se propugna la articulación de una previsión legal que permita la suspensión de su ejecución, previa petición de la persona protegida⁴⁶. La idea sería la de condicionar esa suspensión al cumplimiento de ciertas reglas de conducta, a imagen y semejanza de lo previsto en el art. 83.1 CP, como el seguimiento de un programa de rehabilitación. Esta propuesta sólo sería de aplicación, sin embargo, a aquellos casos en que, entre el momento en que se dictase sentencia y el del inicio de su ejecución, la víctima solicitase la revocación⁴⁷. Quedarían sin respuesta, nuevamente, los supuestos de conciliación una vez iniciada su ejecución.

Más satisfactorias son, en nuestra opinión, aquellas propuestas que inciden en la naturaleza jurídica de la prohibición de aproximación. Una primera posibilidad sería su configuración

⁴² En este sentido se pronuncian, entre otros, LAURENZO COPELLO, Patricia. *Op. cit.*, p. 626; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Op. cit.*, p. 2030; FARALDO CABANA, Patricia. *Op. cit.*, p. 220; TORRES ROSELL, Nuria. «Las sanciones...», cit., p. 248; VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *Op. cit.*, p. 344; ACALE SÁNCHEZ, María. *Op. cit.*, pp. 315 y 334.

⁴³ Vid. Memoria del FGE, Madrid, 2010, pp. 1011-1013.

⁴⁴ Vid. Memoria del FGE, Madrid, 2008, pp. 1011-1012 y 2007, p. 386.

⁴⁵ En este sentido ACALE SÁNCHEZ, María. *Op. cit.*, nota 5, p. 335; SANTOS DÍAZ, Luis Javier. *Op. cit.*, p. 105. Esto iría, no obstante, en contra de la tendencia actual de reducción los ámbitos de eficacia extintiva del perdón del ofendido.

⁴⁶ A favor de esta posibilidad se manifiestan TORRES ROSELL, Nuria. *Op. cit.*, p. 248; FARALDO CABANA, Patricia. *Op. cit.*, p. 83; Memoria del FGE, 2008, p. 1013.

⁴⁷ Vid. CID MOLINÉ, Josep. *Op. cit.*, pp. 228-229.

como una pena híbrida entre la pena y la medida de seguridad, siguiendo el modelo regulador de la medida de libertad vigilada previsto en el art. 49 bis del Anteproyecto de CP de 2008.

Ahora bien, la propuesta que defendemos en esta tesis es la de convertir la pena de prohibición de aproximarse a la víctima –así como la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos (art. 48.1CP) y la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez (art. 48.3 CP)– en una medida de seguridad. Piénsese que tras la reforma operada por la LO 5/2010 se ha creado una nueva categoría de estado peligroso, la de los imputables peligrosos, con relación a los que se admite la imposición de una nueva medida de seguridad no privativa de libertad denominada libertad vigilada⁴⁸. Medida esta que, por otro lado, está conformada, entre otras, por las prohibiciones aquí mencionadas –art. 106.1.letras e), f), g) y h) CP–. No se aprecia ya, por tanto, mayor impedimento para articular la pena accesoria de prohibición de aproximación como medida de seguridad no privativa de libertad aplicable a sujetos imputables, si bien el legislador se ha mostrado, por el momento, reacio a acometer dicha reforma tanto en la LO 5/2010 como la LO 1/2015.

Desde diversos sectores doctrinales se aboga por eliminar el alejamiento como medida autónoma, para subsumirla en la medida de libertad vigilada⁴⁹. Esta posibilidad presenta, sin embargo, dos objeciones que deben ser previamente solventadas: por un lado, la ampliación del ámbito objetivo de aplicación de la medida de libertad vigilada y, por otro lado, la previsión de su imposición en supuestos diferente al de la imposición de la pena de prisión al condenado.

4.2.2. El rol de la víctima en la determinación y ejecución de la prohibición de aproximarse a la víctima

El segundo punto sobre el que debe pivotar la reforma de la pena de prohibición de aproximarse es el rol que debe otorgársele a la víctima tanto en la oportunidad de su imposición como en el proceso de ejecución. Los incumplimientos sistemáticos del alejamiento en casos de reconciliación o el creciente recurso al derecho a no declarar acreditan los efectos negativos de un sistema basado en un régimen de imposición obligatorio. Diversos autores han venido exigiendo por ello, con razón, la introducción de un trámite preceptivo de audiencia con anterioridad a su adopción, similar al existente en el procedimiento de imposición de las órdenes de protección⁵⁰ o de la medida de libertad vigilada, a efectos de valorar la peligrosidad que el

⁴⁸ Esta categoría se limitó inicialmente, por la LO 5/2010, a los delincuentes sexuales (arts. 178 a 190 CP) y terroristas (arts. 572 a 580 CP), ampliándose, posteriormente, por la LO 1/2015, a los autores de los delitos de homicidio y otras formas (arts. 138 a 143 CP), los delitos de lesiones –únicamente cuando la víctima sea alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP, es decir, en los casos de violencia de género y violencia doméstica– (arts. 147 a 156 ter CP), el delito de maltrato habitual (art. 173.2 CP) y los delitos contra la libertad o indemnidad sexual (arts. 178 a 194 CP).

⁴⁹ Uno de los principales defensores de este posicionamiento es SANZ MORÁN, Ángel José. *Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: artículos 106 y 468 CP*. En ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS (dirs.). *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010, p. 142, siguiendo, en este punto, la Propuesta de modificaciones al Proyecto de reforma del CP de la Plataforma «Otro derecho penal es posible».

⁵⁰ A este respecto se pronuncian expresamente TORRES ROSELL, Nuria. *Op. cit.*, p. 248; ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL. *Op. cit.*, p. 2030; FARALDO CABANA, PATRICIA. *Op. cit.*, p. 64 y pp. 220-221; ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *Op. cit.*, p. 308; CID MOLINE, JOSEP. *Op. cit.*, p. 227.

victimario representa para la víctima. Con relación a ésta última, la decisión sobre su imposición o no imposición, al igual que la relativa a la determinación de las concretas obligaciones y prohibiciones que la integran, habrá de adoptarse, en cualquier caso, previa audiencia del penado y del MF. Las víctimas podrán participar en este procedimiento contradictorio, teniendo en cuenta que el art. 98.3 CP les otorga este derecho, tanto a las que se hayan personado previamente en el proceso penal, como a aquellas que, sin estar personadas, lo hubiesen solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto⁵¹.

Esta intervención de la víctima debería preverse, igualmente, durante su ejecución a efectos de poder dar su opinión en cuanto a las incidencias relativas a su mantenimiento, suspensión o cese⁵², y dar así respuesta a la modificación que las circunstancias que dieron lugar a su imposición puedan experimentar. Y es que, en tanto medida de seguridad, su mantenimiento en el tiempo dependerá exclusivamente de la peligrosidad del sujeto, en los términos anteriormente expuestos. Trayendo a colación, nuevamente, el régimen de la medida de libertad vigilada, a efectos de acreditar la subsistencia de la peligrosidad del sujeto, el JVP está obligado a elevar, al menos anualmente, al juez o tribunal sentenciador, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión. Para formularla, el JVP, conforme al art. 98.1 CP, deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sujeto. Abierto el procedimiento, el juez o tribunal sentenciador deberá dar audiencia, además de al penado y al MF, tanto a las víctimas previamente personadas en el proceso a la acusación particular así como a aquellas que lo hubieran solicitado al inicio o en cualquier momento de la ejecución de la sentencia y permanezcan localizables a tal efecto (art. 98.3 CP). Recibida la propuesta, el juez o tribunal sentenciador deberá, mediante auto motivado, decidir sobre los siguientes extremos (art. 106.3 CP): a) mantener la medida; b) modificar las obligaciones y prohibiciones impuestas; c) reducir la duración de la libertad vigilada; y d) decretar su fin en atención al pronóstico positivo de reinserción.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María. «Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor». En CERVILLA GARZÓN, María Dolores y FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca (coords.). *Mujer, violencia y derecho*, Cádiz: Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2006, pp. 93-122.
- . *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Madrid: Ed. Reus, 2006.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. «Quebrantamiento de la pena de alejamiento y prohibición de acercamiento o comunicación en delitos relacionados con la violencia de género con el consentimiento expreso de la víctima. Un problema sometido a cuestión de constitucionalidad». En FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar y CRUZ BLANCA, María José (coords.). *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Jaén: Ed. Universidad de Jaén, 2007, pp. 169-194.

⁵¹ Una previsión del mismo tenor se contiene en el artículo 95.6 de la Ley, de 17 de mayo de 2006, relativa al estatuto jurídico externo del detenido y a los derechos reconocidos a la víctima en el marco de las modalidades de la ejecución de la pena, existente en Bélgica.

⁵² Vid. FARALDO CABANA, Patricia. *Op. cit.*, pp. 220-221; CID MOLINE, Josep. *Op. cit.*, p. 227.

- CID MOLINÉ, Josep. «Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003 (especial mención a: trabajo en beneficio de la comunidad y prohibición de acercamiento)». *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 12, 2004, pp. 215-234.
- FARALDO CABANA, Patricia. «El quebrantamiento de la prohibición de aproximación impuesta como medida cautelar y como pena accesoria por delitos relacionados con la violencia de género: razones para un tratamiento distinto». En CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.). *Violencia de género y justicia*, Santiago de Compostela: Ed. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, 2013, pp. 509-548.
- . «Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento». En PUENTE ABA, Luz María (dir.). *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada: Ed. Comares, 2010, pp. 153 - 212.
- . *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2008.
- GUARDIOLA GARCÍA, Javier. «El quebrantamiento de condena y la protección de las víctimas». En CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique y MAQUEDA ABREU, María Luisa (coords.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivos del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, pp. 923-944.
- JIMÉNEZ DÍAZ, María José. «Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido». En JIMÉNEZ DÍAZ, María José (coord.). *La ley integral: un estudio multidisciplinar*, Madrid: Ed. Dykinson, 2009, pp. 395-420.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. «Violencia de género, ley penal y discriminación. Un balance provisional de los primeros veinte años de legislación penal sobre violencia contra las mujeres». En LAURENZO COPELLO, Patricia (coord.). *La violencia de género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Madrid: Ed. Dykinson, 2010, pp. 15-36.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. «1989-2009: Veinte años de desencuentros entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja». En PUENTE ABA, Luz María (dir.). *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada: Ed. Comares, 2010, pp. 25-35.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. «El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica». *Indret: Revista para el análisis del derecho*, n.º 4, 2007, pp. 1-26.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. «La tutela penal; entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer». *EPC*, Vol. XXIX, 2009, pp. 421-446.
- SANTOS DÍAZ, Luis Javier. «El quebrantamiento de la condena de prohibición de aproximación: valor del consentimiento de la víctima». *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 21, 2009, pp. 81-108.
- SANZ MORÁN, Ángel José. «Libertad vigilada y quebrantamiento de condena: artículos 106 y 468 CP». En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dirs.). *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- SUÁREZ LÓPEZ, José María. *El delito de autoquebrantamiento de condena en el código penal español*, Granada: Ed. Comares, 2000.

- TORRES ROSELL, Nuria. «Las sanciones penales en la lucha contra la violencia de género». En VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.). *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2008, pp. 217-271.
- VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. «Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el artículo 57.2 del CP». *EPC*, vol. XXVI, 2006, pp. 321-354.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «El quebrantamiento de las prohibiciones de aproximación y comunicación consentido por la víctima». En CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENQUER, Enrique y MAQUEDA ABREU, María Luisa. *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivos del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2009, pp. 2007-2034.

PARTE III

EL MODERNO DISCURSO POLÍTICO CRIMINAL

Incidencia de la regulación penal en la investigación con células embrionarias humanas

JUAN MANUEL MARTÍN GUERRERO (España)
*Investigador Práctico, Universidad de Málaga, España*¹

RESUMEN: El estudio se ocupa de analizar dos artículos –160.2 y 160.3– que podrían oponerse a la normativa administrativa que regula actualmente la investigación con «células madre» en nuestro país. Se intenta realizar una interpretación lo más coherente posible de la mencionada regulación a fin de concluir si existe o no contradicción entre la legislación penal y la administrativa en dicho ámbito. Así como, determinar la procedencia o improcedencia de castigar penalmente las conductas que se recogen.

Palabras clave: clonación terapéutica, embriones, fecundación, células madre, seres humanos.

ABSTRACT: The paper analyses two articles –160.2 and 160.3– that could oppose the administrative rules which regulates the research with stem cell in our country. It is intended to carry out a consistent legal interpretation of the aforementioned regulation to conclude whether there is contradiction between the criminal and administrative law in this area. And determine the appropriateness or inappropriateness of punishing criminal behavior that collect.

Key words: therapy cloning, embryos, fertilisation, stem cells, human beings.

SUMARIO: I. Introducción y problemática. II. El resultado de la clonación terapéutica como objeto de sanción del artículo 160.3 del código penal. III. La técnica de la clonación terapéutica como objeto de sanción penal del artículo 160.2 del código penal. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN Y PROBLEMÁTICA

El artículo 160 del CP tipifica en sus apartados segundo y tercero las siguientes conductas:

¹ Abogado y doctorando en Derecho Penal y Constitucional de la Universidad de Málaga.

«2. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana. 3. Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza».

Con un precepto de diferente ubicación al estudiado –art. 161.1 CP–, pues el artículo 160 del CP fue objeto de reforma a través de la promulgación de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, el Código Penal de 1995 elevó por primera vez (no se halla referencia alguna en el CP de 1973) a la categoría de hecho delictivo *la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación* (Art. 160.2. CP). Con esta decisión, el legislador optaba por castigar penalmente una conducta que hasta la fecha no había sido más que calificada de infracción administrativa. Efectivamente, la primera Ley de reproducción asistida de 1988 (art. 3) establecía la prohibición de la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, con la consiguiente infracción administrativa de creación de preembriones con fines de investigación o experimentación [art. 20.B). a)]. No obstante, la promulgación del CP de 1995 vino a derogar, entre otras, aquella infracción calificada como muy grave, de tal manera que desde aquel momento y hasta la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, había desaparecido cualquier referencia a la mencionada infracción administrativa, calificándose únicamente como infracción muy grave, entre otras y a los efectos que interesan, «la práctica de técnicas de transferencia nuclear con fines reproductivos».

Al igual que ocurrió con el apartado segundo del artículo 160 del CP, su apartado tercero fue introducido por la reforma de 1995, convirtiendo del mismo modo en precepto penal lo que hasta entonces solo constituían infracciones administrativas. Como digo, el pretérito artículo 161.2 del CP, que tras la reforma de 2003 pasaría a ocupar el actual 160.3 del mismo texto, fue la respuesta ofrecida por el legislador penal para castigar con mayor gravedad las conductas que por entonces se encontraban recogidas en las letras k) y l) del artículo 20 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Sin duda, con esta decisión el legislador penal mostró su sensibilidad a los hipotéticos peligros que con los avances de la ciencia biomédica y, en particular, con las técnicas de clonación en animales se venían produciendo. Resultado de dicha preocupación fue un precepto cuya dicción literal castiga *la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza*.

La situación descrita, a priori y dejando al margen de momento la discusión sobre un excesivo adelantamiento de la barrera penal o incluso sobre la existencia de verdaderos bienes jurídicos, no presentaría problemas para ser admitida. Es decir, no existen obstáculos realmente que impidan que el legislador, ante una hipotética necesidad de política criminal, refuerce la protección del que estima un bien jurídico afectado por una conducta que se represente como especialmente dañosa. Hasta aquí, sin perjuicio de las reflexiones que se harán a posteriori, nada que objetar. Sin embargo, en esta cuestión el problema fundamental surge cuando se pone en relación dicho precepto con la legislación administrativa nacional que regula las intervenciones sobre preembriones y embriones humanos.

Y ello es así porque si, en la Ley 14/2007, de 3 de julio, de *Investigación Biomédica*, en adelante LIB, se permite la creación de embriones o preembriones humanos a través de la denominada técnica de activación de ovocitos mediante transferencia nuclear, también llamada *clonación*

*terapéutica*², cabe la posibilidad de que dicha normativa sea contraria a las prohibiciones establecidas en nuestro Código Penal referentes a la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación –160.2.– o a la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la de la raza –160.3.–.

En este sentido, la LIB, en su artículo 33, señala que: «1. Se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación. 2. Se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales con fines terapéuticos o de investigación que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, *incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear*».

Así, la controversia surge en un doble sentido: en primer lugar, porque si estimamos que a través de la técnica descrita se estarían fecundando óvulos humanos para fines distintos a la procreación, ésta sería contraria a la legislación penal que regula este tipo de actividades. En particular, toparía con la conducta descrita en el art. 160.2. del CP. Y en segundo lugar, porque si el resultado de dicha técnica es un embrión humano, de la consideración que tengamos de éste, podríamos entenderla igualmente opuesta a la prohibición penal contenida en el apartado tercero del referido artículo. Ello, a su vez, tiene unas implicaciones jurídicas que trascienden al objetivo de este trabajo ya que, de ser así, es decir, de crearse un embrión humano con la mencionada técnica, el referido artículo, a su vez, infringiría la prohibición contenida en el art. 18.2 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad ser humano con respecto a la aplicación de la medicina y la biología, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España el 23 de julio de 1999, por cuyo tenor: «Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de investigación». Sin embargo, y para lo que es objeto de este trabajo, me centraré en la posible contradicción con la legislación penal so base a las cuestiones planteadas.

Para ello, se presenta como imprescindible realizar un análisis de los preceptos en juego. A este fin, voy a comenzar por examinar el apartado tercero del artículo 160 del CP. Con ello pretendo obtener, entre otras conclusiones, cuál o cuáles son las conductas recogidas por esta norma. En primer lugar, porque se plantea la disyuntiva de si nos encontramos ante un delito con una estructura comisiva alternativa o, por el contrario, este tipo contiene dos conductas delictivas diferenciadas. Esto, y sobre todo, la determinación de cuál sea el bien o bienes jurídicos protegidos por este precepto, servirá de ayuda para fundamentar cualquier respuesta ofrecida en uno u otro sentido.

II. EL RESULTADO DE LA CLONACIÓN TERAPÉUTICA COMO OBJETO DE SANCIÓN DEL ARTÍCULO 160.3 DEL CÓDIGO PENAL

Si bien sobre la estructura típica o comisiva de este artículo ha existido división de criterios, es unánime la opinión en cuanto a la confusa y poco acertada redacción que ofrece. De

² Actualmente, para la obtención de células embrionarias humanas -*células madre*-, se utilizan básicamente dos vías: por un lado, los embriones sobrantes de las técnicas de fecundación in vitro, y por otro, la creación de embriones para investigación. No obstante, las mayores esperanzas de depositan en el cultivo de las células embrionarias obtenidas por la técnica de *clonación terapéutica*, es decir, aquella que consiste en la obtención de un embrión por fusión de un núcleo de una célula adulta y un óvulo enucleado con fines terapéuticos.

su tenor literal, básicamente, han sido dos las interpretaciones que han preponderado. Para la primera de ellas nos encontraríamos ante un único delito en el que se estaría prohibiendo, por un lado, la creación de seres humanos idénticos por clonación (en cualquiera de sus formas); y por otro, la creación de seres humanos idénticos por otros procedimientos, siempre que éstos tuvieran como finalidad la selección de la raza³. Si bien, frente a esta postura minoritaria, ha sido generalmente aceptada la de aquellos autores que consideran la existencia de dos delitos diferenciados: por un lado, se castigaría la creación de seres humanos idénticos por clonación; y como segundo delito, estarían sancionados cualesquiera otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza⁴. No obstante, hay quien incluso ha ofrecido, junto con las anteriores, dos posibilidades interpretativas añadidas⁵. En cualquier caso, este amplio abanico de opiniones, más o menos fundadas en algunos casos, que el precepto ha suscitado, no hace más que ponernos de manifiesto ya en principio el incumplimiento del *mandato de determinación* de la ley penal⁶.

Por mi parte, y a la vista de las interpretaciones referidas, comparto la opinión de aquellos autores que sostienen que la disposición penal contenida en el art. 160.3 CP, prevé, dos tipos diferentes: de un lado, la clonación de seres humanos –primer inciso– y, de otro, la utilización de cualquier otro procedimiento dirigido a seleccionar la raza –segundo inciso–. Ciertamente, si se atiende al criterio histórico-legislativo seguido por esta corriente puede comprobarse cómo el precepto referido se encuentra materialmente relacionado con la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. En efecto, la disposición final tercera del Código Penal de 1995 realiza una derogación de las letras a), k) l) y v) del apartado 2.B del artículo 20. Encontrando, se ha dicho, esta disposición su razón de ser en que las conductas recogidas en dichos artículos pasen a convertirse desde ese momento en infracciones penales⁷. En particular, las letras k) y l) establecían respectivamente como infracciones muy graves: crear seres humanos

³ Véase CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (directores). *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 164; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. *Comentarios al Código Penal: reforma 5/2010*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 378.

⁴ Entre otros, ROMEO CASABONA, Carlos. *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004, pp. 289-308; VALLE MUÑOZ, José Manuel y TAMARIT SUMALLA, Josep María. «Delitos de manipulación genética» en AA.VV. *Comentarios al Código Penal* al cuidado de Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Navarra, 2004, pp. 147-153; ARROYO ZAPATERO, L. *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Iustel, Madrid, 2007, p. 393; URRUELA MORA, Asier. «La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España», *Revista Penal*, núm. 28, enero, 2008, p. 179.

⁵ ROMEO MALANDA, Sergio. *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano y Ed. Comares, Granada-Bilbao, 2006, pp. 365-380. Así, junto con las dos principales interpretaciones que se han realizado incluye dos nuevas posibilidades. Dice el autor: (...) *En primer lugar, puede pensarse que se trata de un único delito en el que se estaría prohibiendo la creación de seres humanos idénticos por cualquier procedimiento (por clonación u otros procedimientos), siempre que tal actuación tenga una finalidad de selección racial (...)*. La segunda, defendida por el mismo, guarda semejanza con aquella que sostiene la existencia de un delito bajo dos modalidades comisivas, aunque presenta una sustancial diferencia. Así afirma (...) *es posible entender que el delito analizado recoge dos tipos penales diferentes, los cuales se corresponderían con las dos conductas que en la letra anterior hemos considerado como alternativas de un mismo tipo penal: por un lado la creación de seres humanos idénticos por clonación (en cualquiera de sus formas); y por otro lado, la creación de seres humanos idénticos por otros procedimientos, siempre que éstos tuvieran una finalidad de selección de la raza. La principal diferencia es que, al considerar que nos encontramos ante dos tipos penales diferentes, no habría inconveniente para apreciar en tales conductas bienes jurídicos diversos, al no exigirse una identidad de (des)valor*.

⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, Reppertor, 2011, p. 107.

⁷ ROMEO MALANDA (2006), p. 366.

idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza; y la creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos. De la lectura sistemática de ambos preceptos parece desprenderse que la primera infracción prohibía la creación de seres humanos idénticos por clonación o por otros procedimientos con el fin de seleccionar la raza, mientras que la segunda la creación de seres idénticos por clonación con cualquier otra finalidad. De lo contrario no tendría sentido la reiteración del término «clonación» en ambas infracciones. Además, lógicamente, la creación de seres idénticos por clonación no supone necesariamente que se tenga que perseguir siempre como objetivo la selección de la raza sino más bien otros fines meramente reproductivos. Resulta por tanto sencillo coincidir con algún autor que, acertadamente, pone de manifiesto que «la supresión de esta segunda infracción administrativa [letra l)] sugiere que no toda clonación ha de ir dirigida a la selección de la raza, asumiendo para ello que dicha supresión se justifica porque el comportamiento queda ya integrado en este tipo penal», de lo contrario, afirma, «se hubiera mantenido como infracción administrativa en la ley indicada». En definitiva, ello respondería a la voluntad del legislador de salvar el principio *ne bis in idem*, evitando la dualidad sancionatoria penal y administrativa sobre supuestos de hecho idénticos⁸.

Sin embargo, a pesar de admitir dicha propuesta interpretativa, forzada como puede observarse por una defectuosa técnica legislativa, y aun compartiendo la posibilidad de que el art. 160.3 CP haya ampliado por la gravedad de las conductas el ámbito objetivo de las mismas. Por mi parte, en cambio, no estimo acertada la configuración de este segundo tipo penal. Ciertamente la previsión del inciso segundo del art. 160.3 CP parece ir dirigida a la creación de individuos con una composición genética de naturaleza perfecta o de mejora, o su contrario, pero en cualquier caso, realizada fuera de los cauces de la selección que marca la naturaleza. Estas acciones, que sin duda rozan la ciencia ficción, sólo podrían ser realizadas hoy día mediante la clonación de seres humanos o la manipulación genética de éstos, supuestos ya prohibidos penalmente. Luego nos encontramos en definitiva con un delito totalmente inaplicable y que por tanto, debería ser eliminado de nuestro Código Penal.

Dicho lo anterior, y con el propósito de acotar el particular que nos interesa, ya que la posible contradicción con la técnica de clonación terapéutica, en todo caso de producirse, afectaría únicamente al primer inciso del art. 160.3 CP, las siguientes líneas de este análisis las dedicaré exclusivamente a la interpretación de este tipo y a la determinación del bien jurídico que protege.

A diferencia de lo que ocurre con su estructura comisiva, la doctrina es prácticamente pacífica en reconocer que el bien jurídico protegido por el primer inciso del art.160.3 CP no es otro que la *identidad e irrepetibilidad del ser humano*⁹. En realidad, lo que se está salvaguardando es la necesidad de que cada individuo tenga un genotipo propio, en el sentido que sea un genotipo

⁸ *Ibidem*, pp. 290-295.

⁹ En este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luís; «Los delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código Penal», *Revista Derecho y Genética*, núm. 5, 2006, pp. 67-68; RUIZ VADILLO, *Comentarios al Código Penal*, 1997, p. 1949; SUÁREZ GONZÁLEZ, 1997, p. 457; BENÍTEZ ORTÚZAR, «Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética», en AA.VV. *Estudios jurídico penales sobre genética y biomedicina*, Dykinson S.L., Madrid, 2005, p. 477 («se enmarca en el natural desarrollo evolutivo de los individuos que forman o van a formar la comunidad constituida por la especie humana»); ROMEO CASABONA, «Límites a las manipulaciones genéticas», p. 206; VALLE MUÑIZ, sin embargo, parece identificar la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano con «el derecho a la propia identidad del ser humano», *Comentarios*

único y no predeterminado, pues de lo contrario se vería afectada su identidad genética. No obstante, de este delito se ha señalado que presenta otros ulteriores intereses personales como objeto de protección, tales como la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa¹⁰ o incluso la dignidad, si bien, estas dimensiones no aparecen directamente protegidas¹¹. En cualquier caso, se trata de un bien jurídico de carácter individual.

A priori, parece desprenderse que los bienes jurídicos protegidos por este delito se proyectan sobre el individuo nacido. Sin embargo, la expresión del tipo objetivo de «creación de seres humanos idénticos por clonación» ha planteado diversas dudas interpretativas, siendo la fundamental, la cuestión de cuál sea el alcance de la expresión *seres humanos*. Ello en cuanto a si pudiera o no incluir también en su *ratio legis* a los embriones o preembriones creados in vitro.

Para empezar, y siendo coherente con la definición de ser humano que definiendo¹², el delito se consumará cuando se transfiera a la mujer un embrión clónico viable y éste consiga anidar con éxito en el útero materno¹³. Ello tendrá lugar en los siguientes casos: a) cuando se cree un embrión por transferencia nuclear, siempre que el embrión clónico posea un genoma nuclear idéntico a un individuo –u individuos– ya nacido, vivo o muerto, o que un embrión o feto *in*

al Código Penal 2004; GARCÍA ARÁN, 2004; CRUZ BLANCA 2005; ROMEO MALANDA, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal* 2006; URRUELA MORA, 2008, GÓMEZ RIVERO, 2010.

¹⁰ Véase a este respecto, ROMEO MALANDA (2008), p. 145, «En efecto, hay que tener presente que el hecho de tratarse de un clon, supone que esa persona posee el mismo material genético que otra, con lo cual su composición genética será conocida ya, lo quiera o no, por terceras personas, tanto por aquél de quien es réplica, como por todos aquéllos a quién este último autorice al acceso. Se ve claramente, pues, cómo el individuo nacido mediante tales técnicas no tiene ningún control sobre dicha información. Se le priva voluntaria y conscientemente, desde su concepción, del derecho a su intimidad genética y del derecho al control sobre dicha información (autodeterminación informativa), pues ésta siempre podrá ser conseguida (o conocida) por otros medios (a través de su copia adulta).

¹¹ ROMEO CASABONA (2004), p. 297.

¹² En este sentido, me adhiero a la denominada corriente «epigenetista». Un embrión, mantienen sus defensores, sería un ser vivo en proceso de constitución, es indudablemente algo vivo, pero de lo que se trata es de ver si es un ser humano ya constituido, pues tiene la posibilidad de serlo, pero aún no lo es. Efectivamente, según dicha corriente falta el tiempo para alcanzar la «suficiencia constitucional», es decir, la *independencia* del medio (útero materno) y control específico sobre él, lo que se ha venido en llamar también la «potencia para llegar a «término»», o lo que en definitiva, podemos definir como la capacidad intrínseca para lograr su plena diferenciación y desarrollo que le conduzca a su nacimiento y en consecuencia, a la constitución de una nueva persona. Sin embargo, sabemos que dichas condiciones indispensables no son alcanzadas por el embrión humano hasta la anidación, momento en el que se producen los dos requisitos esenciales para que el mismo pueda llevarse de la gestación al nacimiento: a) la unicidad y la unidad, véase, «individualidad» y b) las condiciones ambientales imprescindibles para ello. Y ese es el momento, en el cual, puede decirse que los valores que se le reconocen al individuo nacido son equiparables al embrión, de tal manera que lo que era un ente biológico portador de vida humana se convierte en un ser humano digno de la protección otorgada a los mismos. Entre otros, GARCÍA GUILLEN, Diego. «El estatuto de las células embrionarias» en AA.VV. *Las células embrionarias y la clonación no reproductiva*, al cuidado de Alberto OMAR y Gabriel BELLO. Vicerrectorado de Extensión Universitaria, La Laguna (Tenerife), 2003, p. 22.

¹³ En idéntico sentido ROMEO MALANDA (2006) pp. 376-377; Así también, para LAURENZO COPELLO, Patricia. la línea separadora «entre el surgimiento de una nueva vida humana y el comienzo de un nuevo ser humano se encuentra en la anidación, momento a partir del cual cabe apreciar ya cierta individualidad». *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 80.

utero; b) en los casos de embriones creados por *gemelación artificial*¹⁴, cuando no se transfieran conjuntamente con sus gemelos, y exista de nuevo un individuo ya nacido, vivo o muerto o un embrión o feto con la misma constitución genética que aquellos; c) a una conclusión semejante puede llegarse respecto de la denominada *paraclonación*¹⁵.

Otros autores, sin embargo, han restringido el alcance de la exigencia típica del término seres humanos al nacimiento. Así, hay quien rechaza que en el derecho español, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones extranjeras, el término seres humanos alcance a los embriones *in vitro*, y ello por varias razones: en primer lugar, se dice, que lo más lógico de ser así hubiera sido mencionarlo expresamente cuando se estimara oportuno. Y en segundo lugar, porque el contexto de la Ley 35/1988, donde trae causa el delito, abunda en la exclusión del embrión, tanto por las referencias expresas diferenciadas al mismo o al ser humano, cuanto por el sentido de las infracciones administrativas derogadas al incorporarse al Código Penal como delito¹⁶. Esta interpretación parte de la libertad otorgada por el Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y Biomedicina, que ha dejado abierta la cuestión interpretativa de cuál sea el significado del término seres humanos, con el fin de que los Estados partes en el mismo tengan mayor libertad, en atención a las previsiones de su derecho interno. Compartiendo dicha opinión, otros mantienen que el «preembrión y embrión no constituyen seres humanos, sino substratos vitales anteriores a la adquisición de dicha condición que se produce por el nacimiento»¹⁷. Mas, en una línea interpretativa diferente, hay quien estima que el Protocolo del Consejo de Europa sobre Clonación utiliza la expresión «ser humano» y no «persona» siendo posible, entonces, incluir en el ámbito del precepto al «ser humano en formación»¹⁸. Por último, por supuesto está también la opinión de aquellos autores que, por el contrario, amplían el sentido del término seres humanos a *todo organismo humano desde que comienza la vida hasta que muere*¹⁹, extendiendo de esta manera la protección al embrión preimplantatorio.

En cualquier caso, como vemos, es una cuestión que depende en gran medida de la concepción que se tenga de cuál sea el estatuto del embrión humano. Por ello, dicho todo lo anterior, y de acuerdo con la teoría sostenida sobre el estatuto embrionario²⁰, el tipo del artículo 160.3 CP no abarca en todo caso a la clonación terapéutica por las siguientes razones: en primer lugar, porque entiendo que el embrión o preembrión *in vitro* no tiene la consideración de ser humano sino hasta el momento de la anidación; y en segundo lugar, pero no menos importante, porque los fines de dicha clonación son totalmente distintos a los de la clonación reproductiva, ya que la anidación necesaria para que efectivamente pudiera darse el tipo, nunca llega a producirse en esta modalidad, pues cuando se obtienen los embriones clónicos a través de la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear, en ningún caso son transferidos al útero materno, sino

¹⁴ La *gemelación artificial* consiste en la partición de preembriones de forma que los individuos serán idénticos entre sí pero distintos a sus progenitores.

¹⁵ La *paraclonación* consiste en la transferencia de núcleos procedentes de blastómeros embrionarios o de células fetales en cultivo a óvulos no fecundados enucleados y a veces, a cigotos enucleados. El «progenitor» de los clones es el embrión o feto.

¹⁶ ROMEO CASABONA (2004), p. 299.

¹⁷ URRUELA MORA (2008), p. 182.

¹⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR (2005), p. 64.

¹⁹ LACADENA, «Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE...», op. cit. p. 163.

²⁰ Ver Supra; cit. II.

que son utilizados para otros fines como son los terapéuticos o de investigación, pero nunca los reproductivos. Por otra parte, también quedarían fuera del tipo, obviamente, otras conductas como la obtención de una célula indiferenciada del embrión preimplantatorio in vitro, destinada a la realización de un análisis genético o las técnicas de transferencia de núcleos o de citoplasma con sus mitocondrias aplicadas al óvulo con su posterior fecundación por un gameto masculino, pues en este caso ya no se trata de clonación, sino de una reproducción sexual (en el sentido de doble dotación genética, si bien aquí hay genes -mitocondriales- de un tercero).

III. LA TÉCNICA DE LA CLONACIÓN TERAPÉUTICA COMO OBJETO DE SANCIÓN PENAL DEL ARTÍCULO 160.2 DEL CÓDIGO PENAL

Como ocurre con el precepto anterior, son varios los problemas interpretativos que en torno al art. 160.2 CP siembran dudas sobre la prohibición o licitud de la técnica analizada, y por ende, respecto a su contradicción o coherencia con la legislación administrativa. El primero de ellos, y que sirve de premisa, se refiere al sujeto pasivo de este delito, y ello porque si el mismo lo constituye efectivamente el embrión humano, no podríamos hacer una distinción entre los obtenidos por la unión de los gametos masculino y femenino de aquellos otros creados por la activación del ovocito, puesto que ambos deben ser, a todos los efectos, jurídicamente iguales²¹. Sin embargo, admitido lo anterior, la siguiente cuestión giraría en torno a la identificación del bien jurídico protegido por el tipo. Y no obstante aún, para zanjar definitivamente el particular tendríamos que resolver un tercer problema referido a la conducta típica, en concreto, a la significación que nuestro Código Penal haya otorgado al término *fecundación*. En este sentido, se discute si con dicha expresión nuestro texto penal se refiere únicamente a los embriones obtenidos por fusión gamética o, por el contrario, se extiende también a aquellos otros obtenidos por clonación. Ya adelanté la importancia de dicha cuestión, pues de admitirse la segunda posibilidad interpretativa, la legislación administrativa que permite la clonación terapéutica chocaría frontalmente con este precepto.

Respecto al bien jurídico protegido por el art. 160.2 CP de nuevo se han perfilado distintas posturas que defienden la tutela de bienes diferentes o incluso la inexistencia de interés social digno de protección alguna. Dicho esto, hay quien ha considerado la *vida humana prenatal* en sí misma contemplada como bien jurídico a proteger, pues su creación, se ha dicho, conlleva en sí misma su destrucción²². Para otros, en cambio, la conducta tipificada supone un atentado directo contra la *dignidad humana* puesto que se realiza una instrumentalización de una vida que debería estar llamada a ser plenamente humana y a la que se le niega por principio toda

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de octubre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por Bundesgerichtshof-Alemania)-Oliver Brüstle/Greenpeace (Asunto C34/10). Ver, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:362:0005:0006:ES:PDF>. En este sentido, tanto el abogado general, Ives Bot, en su Dictamen, como la Gran Sala del Tribunal de Justicia, coinciden en determinar que «constituye un embrión humano todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, *todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura* y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse mediante partenogénesis»

²² En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., considera que los delitos relativos a la manipulación genética protegen en general «la vida humana prenatal» si bien concreta en cada uno de los tipos un bien jurídico específico que, en el caso del delito que estamos analizando, sitúa en la identidad o irrepitibilidad del ser humano, en AA.VV., *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I, Valencia, 1996, p. 831.

dignidad²³. Un amplio sector, por su parte, lo asocian a *la intangibilidad e inalterabilidad del patrimonio genético humano*²⁴ o, en otros términos, a heredar su material genético intacto en sus distintas expresiones: unicidad, irrepitibilidad, invariabilidad genética, etc. Desde otra perspectiva distinta, sin embargo, consideran el bien jurídico protegido en el *interés del Estado en el control y limitación del uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida a las finalidades de reproducción humana*, situando su fundamento en la necesidad del Estado por controlar los riesgos que para una pluralidad de bienes jurídicos y derechos colectivos e individuales se pudieran derivar de la utilización de tales técnicas²⁵. En última instancia, siendo la finalidad de este delito evitar la creación de embriones sin otro objetivo que su destrucción, el *embrión en sí mismo* sería, según algunos autores, el bien jurídico protegido, pues debido a que los fines distintos de la procreación no pueden ser el favorecimiento del nacimiento de nuevos seres humanos futuros a los que se quisiera proteger, pues éstos no van a nacer, lo que se procura evitar es la creación de embriones que no van a ser destinados a la reproducción, y que por ello puedan ser utilizados con cualquier otro fin²⁶. A este propósito, el citado autor entiende que tal «consideración no sería contradictoria con el hecho de que la ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida permita la posibilidad de que se creen embriones con fines reproductivos, pero por cualquier causa sobrevenida no pueda ser ya la reproducción su destino y se abra la posibilidad a otros». Este argumento, sin embargo no es admitido por todos. Así, para poder compartir la referida postura, hay quien ha sostenido que precisaríamos de un sistema (en aquel momento de «indicaciones») similar al previsto para el aborto no punible, de tal manera que se partiera de un principio incriminador de toda conducta que tuviera por objeto la destrucción o manipulación del embrión y se estableciera unas «indicaciones» justificadoras de tales comportamientos²⁷.

Parece que, en cualquier caso, para identificar el bien jurídico protegido por este delito, no hay que perder de vista el alcance de la conducta típica. Luego, en primer lugar, si el art. 160.2 CP sólo castiga la acción de fecundar óvulos humanos con fines distintos a la procreación, no tiene sentido tutelar intereses cuya afección sólo podría producirse a partir de esta última. Así por ejemplo, no podemos admitir como bien jurídico la intangibilidad e inalterabilidad del patrimonio genético humano. Ello no guarda relación directa con el delito analizado, ya que no

²³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, no obstante, prefiere remitir el inicio de la intervención penal a los comportamientos posteriores a la implantación o anidación y considera suficiente en este punto la tutela a través del Derecho Administrativo, *op. cit. Revista Derecho y Genética*, núm. 5/2006, pp. 67-68.

²⁴ RUIZ VADILLO, *Comentarios al Código Penal* (1997), p. 1949; SUÁREZ GONZÁLEZ (1997), p. 456; PERIS RIERA, «Delitos Relativos a la Manipulación Genética», en AA.VV. *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, al cuidado de Carlos María ROMEO CASABONA, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Comares, Bilbao-Granada, 2011, Tomo II, p. 1068, considera que el derecho a la vida y el derecho a la dignidad humana incluyen el de heredar material genético intacto, por lo que sería éste y no aquéllos el bien jurídico objeto de tutela penal a través de estas conductas, al que habría que añadir el *interés del Estado en controlar la reproducción artificial de seres humanos*. Intereses, continúa, protegidos por el Derecho penal que han de entenderse tanto en su vertiente individual como colectiva, si bien el sujeto pasivo del delito será la comunidad.

²⁵ GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal*, p. 685.

²⁶ ROMEO CASABONA, en *Los delitos relativos...*, *op. cit.*, pp. 309-310; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., en AA.VV. *Comentarios al Código Penal*, al cuidado de Mirentxu CORCOY BIDASOLO y Santiago MIR PUIG, Valencia, 2011, p. 377.

²⁷ CRUZ BLANCA, M.^a José, «Delitos conexos a las técnicas de reproducción asistida: fecundación con fines no reproductivos, creación de seres humanos por clonación y otros procedimientos a la selección de la raza», en AA.VV. *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina* al cuidado de BENÍTEZ ORTÚZAR, MORILLAS CUEVAS y PERIS RIERA, Dykinson, Madrid, 2005, p. 208.

tiene porque producirse ninguna manipulación del patrimonio genético que pueda alterarlo y mucho menos una influencia sobre el futuro individuo –que no va a nacer– y por ende sobre la evolución de la especie humana. Tampoco, el interés del Estado en el control y limitación del uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida a las finalidades de la reproducción humana. Se trata de un bien jurídico extremadamente difuso ya que proponer que el bien jurídico tutelado es el interés del Estado no aporta especificidad alguna para identificar el valor realmente comprometido. Lógicamente, el Estado en el ejercicio del *ius puniendi* siempre tiene un interés de salvaguarda de todos los bienes jurídicos en relación con determinadas actividades que comprometan su indemnidad.

Sin embargo, y con mayor solidez que las anteriores, más complejidad presentan aquellas posturas que se pronuncian sobre la admisión o negación de bienes jurídicos protegidos por este precepto tales como la vida prenatal, la dignidad personal y el embrión²⁸. Y ello, porque la cuestión entronca directamente con la consideración de cuál sea el valor y estatuto otorgado al embrión preimplantatorio. Así, las mencionadas posturas asocian valores fundamentales como la vida, la dignidad, etc., como intereses dignos de protección penal encarnados por el producto de la fecundación de un óvulo. Incluso, consideran al embrión como bien en sí mismo merecedor de tutela penal. Valores que sin duda se sitúan en los momentos previos a la anidación, pues lo contrario, ya he adelantado, no tendría sentido en el delito analizado. Dicho esto, no deslegitimizo a priori estas tesis, ya que el intento de buscar reflejo constitucional de los intereses jurídicos que justifican el merecimiento de pena es adecuado. Mas si el derecho penal quiere limitar el ejercicio de derechos fundamentales, en este caso, el de creación científica [art. 20.1b) CE], resulta evidente que para respetar el principio de proporcionalidad, el amparo constitucional de los intereses a tutelar se presente como imprescindible²⁹. Sin embargo, lo que ocurre es que, el embrión preimplantatorio, o lo que es lo mismo, el preembrión u ovulo fecundado, no reúne las condiciones necesarias para gozar de la tutela de derecho fundamental alguno, ni en consecuencia, para ser titular de bien jurídico que lo represente³⁰. Derivándose de lo anterior, tal como ha sido puesto de manifiesto por algún autor, una consecuencia evidente: «si el embrión preimplantatorio no puede ser titular de bienes jurídicos, ello significa que tampoco lo podremos considerar como sujeto pasivo de delito alguno, en tanto que el sujeto pasivo de un delito es el portador del bien jurídico lesionado, puesto en peligro o agredido»³¹.

Por otra parte, respecto a la condición del embrión obtenido mediante clonación terapéutica, como ya he adelantado, no existen, jurídicamente hablando, diferencias entre los embriones gaméticos, es decir, los obtenidos de la unión del espermatozoide masculino y el óvulo femenino, de los embriones somáticos procedentes de la activación de ovocitos mediante transferencia

²⁸ VALLE MUÑOZ y TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al nuevo Código penal*, 2004, p. 814.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Así, si bien comparto la tesis de la gradual protección del embrión desde la fecundación (SSTS, 53/1985; 212/1996; 116/1999), ello no quiere decir que la protección otorgada al embrión preimplantatorio tenga que venir impuesta desde la Constitución por ser titular de ciertos intereses que encuentren en aquella su fundamento. Es más, esto último sería acorde con otras manifestaciones del Tribunal Constitucional en las que admite la constitucionalidad de ciertos preceptos que de facto suponen una desprotección absoluta del embrión in vitro viable, en tanto que justifican su destrucción. Así sucede claramente con la declaración de conformidad constitucional del art. 12.1 LTRA, donde se admitió, desde entonces, y hasta la actualidad, la posibilidad de que ciertos embriones in vitro viables sean desechados y no utilizados para la procreación (F.J. 12 STS 116/1999).

³¹ ROMEO MALANDA (2006), p. 135.

nuclear, puesto que ambos podrían, reunidas las condiciones tanto intrínsecas (biológicas) como externas (ambientales) desarrollarse hasta llegar a ser una persona. Por este motivo, definiendo la misma protección para ambos organismos. Esto lógicamente no es compartido por todos, y precisamente por ello, existen posturas que tratan sin más de salvar los obstáculos interpretativos del precepto analizado sobre la idea de considerar que el embrión clónico, por no ser el producto de la unión de los gametos masculino y femenino no es un embrión propiamente dicho y no merece por tanto, la misma consideración que el embrión obtenido por fecundación³². Esta vía de interpretación ha sido, sin embargo, cercenada por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de octubre de 2011, según la cual: «constituye un embrión humano todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, *todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura* y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse mediante partenogénesis»³³.

Por lo dicho, en última instancia, la clave está en solucionar la cuestión de cuál es el alcance que al término fecundación se le otorga por nuestra norma penal, pues de la respuesta que se ofrezca se podrá finalmente concluir si el art. 160.2 CP sanciona o no la clonación terapéutica.

No obstante, esta controversia, no es tan fácil de resolver como a priori puede parecer, ya que en ella subyace, a su vez, una cuestión directamente relacionada con la tipicidad de la conducta, a saber, si efectivamente existen diferencias entre lo que tradicionalmente hemos entendido por fecundación –unión de gameto masculino y femenino– y la técnica utilizada para la obtención de embriones clonados o, trasladando esta incógnita del terreno meramente lingüístico al plano exegético, si el término fecundación utilizado en el tipo objetivo del art. 160.2 CP puede ser interpretado literalmente sin que de ello se desprenda un reduccionismo extremo, o por el contrario, resulte más correcto una interpretación extensiva, según la cual, por «fecundar» entendamos «toda agregación de carga genética nuclear a un óvulo a partir de la cual pueda multiplicarse y desarrollarse un embrión»³⁴. Conforme a esta última tesis, «esta consideración coincidiría con el ámbito de prohibición de la norma implícita en aquel precepto, que prohíbe, más allá de la imperfección de su literalidad, que los embriones humanos puedan ser creados con fines distintos a su utilización reproductiva»³⁵. Es de esta hipótesis de donde se desprende la opinión de aquellos autores que entienden que la creación de embriones por clonación aunque no provengan de una fecundación, está incluida en el marco del precepto

³² ABELLAN-GARCÍA SÁNCHEZ, Fernando, «El estatuto jurídico del embrión en España: de la ley de reproducción de 1998 a la clonación terapéutica de nuestros días», *Revista Derecho y Genética*, núm. 28, 2008, pp. 59-82; LACADENA, Juan Ramón, «La Ley 14/2007 de investigación biomédica: algunos comentarios sobre aspectos éticos y jurídicos», *Revista Derecho y Genética*, núm. 27/2007, pp. 22-24; GÓMEZ-SALVAGO, Cecilia, «El marco europeo de la protección jurídica de los resultados de la investigación biomédica sobre clonación terapéutica: implicaciones para los investigadores andaluces», en AA.VV. *Régimen jurídico de la investigación biomédica en Andalucía en el marco de la legislación nacional e internacional* al cuidado de Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, Laborum, Sevilla, 2009, pp. 95-127; ABELLÁN GARCÍA SÁNCHEZ, Fernando, *op. cit.* «El estatuto jurídico del embrión en España: de la ley de reproducción de 1988...», *Revista Derecho y Genética*, núm. 28, 2008; GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, «Principales retos del legislador andaluz en los próximos años en materia de investigación biomédica», en *Bioderecho en Andalucía*, Consejería de la Presidencia-Junta de Andalucía, Sevilla, 2009, pp. 133-146.

³³ Ver supra.

³⁴ ROMEO CASABONA, *Los delitos relativos...*, *op. cit.*, pp. 313-314.

³⁵ *Ibidem*.

referido³⁶. Ahora bien, seguir la tesis apuntada llevaría a aquellos que sostienen la prohibición de la clonación terapéutica en nuestra legislación administrativa a determinar la existencia de una coincidencia de prohibiciones entre esta última, art. 33 de la LIB y la legislación penal art. 160.2³⁷. Y por el contrario, los que creen que nuestra legislación permite la realización de la referida técnica, de compartir la tesis propuesta, tendrían que concluir la presencia de una clara disfuncionalidad en relación con el principio de unidad y de no contradicción valorativa del ordenamiento jurídico, pues se estaría elevando a la categoría de injusto penal lo que es lícito en el Derecho administrativo.

Pero existe una segunda interpretación que está en armonía con el espíritu de nuestra legislación. Y es que, efectivamente, aunque quede demostrado que la clonación terapéutica implica la creación de un embrión humano propiamente dicho, hay que reconocer, del mismo modo, que no ha sido ésta la concepción inspiradora del legislador español en la elaboración de la normativa que regula este tipo de actividades. Así, se entiende del tenor literal del precepto –art. 33 LIB–, que por el mismo se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear, con fines terapéuticos o de investigación, siempre que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, es decir, con un fin exclusivamente investigador o experimental. En este sentido, el legislador, por pura necesidad formal absoluta, ha negado que el producto de la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear sea un embrión humano, pues de lo contrario, la legalidad de la LIB hubiese topado de bruces con lo establecido en el citado Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, en donde se proclama la prohibición de constituir embriones humanos con fines de experimentación, y previsiblemente también con lo establecido en nuestro Código Penal a propósito de la creación de embriones sin finalidad reproductiva.

Por este motivo, respecto a la prohibición penal del art. 160.2 CP, sostengo una solución distinta por las siguientes razones: a) en primer lugar, porque forzar el sentido del verbo «fecundar» hasta el punto de entenderlo como «toda agregación de carga genética nuclear a un óvulo a partir de la cual pueda multiplicarse y desarrollarse un embrión» supondría una interpretación que más que extensiva, se situaría en el campo de la analogía in mala partem³⁸ al resultar poco compatible con el sentido literal y técnico del término³⁹, de ahí que me incline por defender el uso habitual del lenguaje en este caso; b) lo anterior, parece encajar además con el

³⁶ SOUTULLO, Daniel. «Clonación no reproductiva: utilización de embriones para la obtención de células madre», *Revista Derecho y Genética*, núm. 12/2000, p. 221. Así lo entiende, según este autor, el Comité de expertos sobre bioética y clonación. Por su parte, ha apuntado además, que en esta prohibición la legislación española es más restrictiva que el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa puesto que en el mismo sólo se establece la prohibición de «constituir embriones humanos con fines de experimentación».

³⁷ FERNÁNDEZ BAUTISTA (2011), p. 377. «Cabe destacar en este ámbito que la LIB (art. 33 y 34) recoge también la prohibición establecida en el CP, cuando permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear».

³⁸ En este sentido, LAURENZO COPELLO (2003), p. 115-116.

³⁹ Si consultamos la definición dada por el Diccionario de la Real Academia Española y la ofrecida por el Informe sobre clonación, se puede comprobar como la «fecundación» es la «unión de los gametos masculino y femenino haploides para dar lugar al cigoto diploide» vid. p. 299 del citado Informe.

criterio seguido a nivel europeo. Así, la Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2011, al definir el «embrión humano» lo considera como «todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis». Efectivamente, se observa como en dicha Sentencia se distinguen entre las expresiones «fecundación», «implantación» y «estimulación» aunque finalmente se concluya que el resultado sea un embrión. No obstante, si la técnica analizada se realiza a través de una «no fecundación» difícilmente podemos sostener que el art. 160.2 CP recoja esta conducta, pues en el mismo se exige la acción «fecundar un óvulo» y no otras conductas que supongan su fertilización; c) por último, y esto ya lo he manifestado, porque el sistema jurídico español se ampara en una concepción biológica y jurídicamente errónea, de cuál es el estatuto del embrión o preembrión clónico, por la cual, éste no tiene la misma naturaleza biológica y consideración jurídica que el embrión gamético y por ende no le otorga la misma protección.

IV. CONCLUSIONES

En definitiva, por las razones expuestas, y para contestar a la pregunta que hacía al comienzo de esta exposición de si la clonación terapéutica podría estar castigada por nuestro Código Penal, he de concluir que no, y que por tanto, no existe en este sentido un problema de contradicción con la legislación administrativa nacional que autoriza este tipo de técnicas.

Problema distinto es la pertinencia de este tipo penal en nuestro ordenamiento. Ya dije que la idea de buscar reflejo constitucional de los intereses jurídicos que legitimen el merecimiento de pena me parece correcto, puesto que si lo que se pretende es limitar una actividad, la investigación científica, que goza de reconocimiento constitucional con rango de derecho fundamental, lógicamente, el respeto al principio de proporcionalidad, es decir, la adecuada ponderación entre el derecho fundamental y el bien jurídico que acota su ejercicio, es ineludible. Así, un amplio sector de la doctrina alemana e italiana fundamenta la intervención penal en la fase embrionaria en la existencia de bienes jurídicos de valor fundamental como la dignidad humana, la vida o la integridad corporal⁴⁰. Sin embargo, creo que nuestra constitución no otorga al embrión preimplantatorio la titularidad de derecho fundamental alguno. Y es que los bienes jurídicos tienen su razón de ser en la protección de las condiciones necesarias para que las personas puedan desarrollar su personalidad libremente. Así, los bienes jurídicos hacen referencia a las personas y en determinados supuestos, a los seres humanos no nacidos, cuando en ellos se reúnen las condiciones tanto biológicas como ambientales que les permitan desarrollarse hasta convertirse en personas, lo que, según he defendido en este trabajo, sólo puede tener lugar a partir de la total anidación en el útero materno, lo cual no sucede lógicamente con el óvulo fecundado. Sin duda, ello no obsta para que, por la propia naturaleza de los embriones humanos, se exija una regulación que los proteja de intervenciones discriminadas sobre los mismos y que controle los supuestos en los que éstos puedan ser creados. En este sentido, no podemos negarles un estatuto especial que les dote de una adecuada protección jurídica, pero sin embargo no por ello encontramos justificada la existencia de delitos que sancionen penalmente las intervenciones sobre preembriones in vitro, y menos aún, su mera creación, con independencia de su

⁴⁰ Véase la discusión al comienzo de este capítulo sobre el bien jurídico protegido en estos preceptos.

finalidad⁴¹. Así, algún autor ha dicho que «la criminalización sin mayor discriminación de toda fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, representa un avance desmesurado de la barrera de protección penal» (...) De manera que «la mera fecundación artificial no muestra un grado de ofensividad mínimo respecto a los bienes jurídicos presumiblemente objeto de tutela (intangibilidad del patrimonio genético) para merecer reproche penal, lo cual contrasta, por otra parte, con la atipicidad de supuestos de experimentación e investigación más peligrosos para el bien jurídico»⁴². De ser así, carecerían de respuesta punitiva comportamientos más graves como la transferencia al útero materno de un preembrión que haya sido objeto de investigación o experimentación no autorizada o incluso la experimentación o investigación no autorizada realizada sobre preembriones en el útero (antes por tanto de su completa anidación) o en las trompas de Falopio. Más aun existe un argumento que me parece contundente. Y es que reconocer, tal como hace nuestra legislación administrativa, la licitud de utilizar los embriones sobrantes de las técnicas de reproducción para cualquier fin incluido su destrucción, y por el contrario amenazar con pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana, es además de contradictorio, profundamente desproporcionado.

Estas razones quizás expliquen por qué el proyecto de reforma del Código Penal de 2007, contempló la supresión del contenido del art. 160.2, tipificando en su lugar la clonación con fines reproductivos. Ocurrió, sin embargo, que el proyecto recibió duras críticas desde diversos sectores, siendo la vertida en el Informe del CGPJ al Anteproyecto (de 26 de octubre) la más destacada. En ella los miembros del Consejo advertían que la decisión de dejar sin respuesta penal la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana abría la puerta a la autorización de la fecundación con fines experimentales, con infracción de las exigencias del art. 15 CE. Según el Informe, la doctrina del TC exige que «se dispense la debida protección jurídica a los embriones, de modo que aunque no sea estrictamente exigible el uso de la vía de la tutela penal, tampoco es de recibo la total falta de protección»⁴³. Aunque no compartamos dichos argumentos en su totalidad. Es cierto que la situación legal existente en el momento de la emisión del Dictamen tal vez fuera insuficiente en lo que a la protección de las intervenciones sobre el embrión se refiere. Pues como dijimos, tras la derogación por el Código Penal de 1995 de algunas infracciones de la Ley de reproducción asistida de 1988, no se halla referencia alguna sobre la ilicitud de aquellas conductas que tuvieran como fin la creación de embriones o preembriones con fines distintos a la procreación. Sin embargo, como es sabido, la situación descrita dio un giro cuando la LIB, al prohibir la creación de preembriones o embriones humanos con la finalidad distinta a la procreación, sancionó como infracción muy grave el incumplimiento de aquella prohibición. Luego la legislación, ya dispone de otros mecanismos eficaces para evitar y, en su caso, sancionar tales comportamientos. Por todo ello cabe lamentar que aún hoy día no se haya emprendido la necesaria modificación del artículo 160 del CP para sustituirlo por un tipo más depurado que verdaderamente recoja aquellas conductas que realmente puedan poner en peligro intereses fundamentales. Mas por desgracia, esta situación no va a cambiar a corto plazo ya que, coincidiendo con estas líneas, se acaba de publicar en el BOE

⁴¹ Véase ROMEO MALANDA (2006), p. 385.

⁴² VALLE MUÑOZ, *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2004, p. 814.

⁴³ Véase TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al Código Penal*, 2011, pp. 1001-1002.

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, sin que se introduzca modificación alguna en los preceptos analizados. Luego salta a la vista, en definitiva, que el pulir las numerosas imperfecciones que presentan algunos de estos delitos no se encuentra entre las preocupaciones del legislador actual.

BIBLIOGRAFÍA

- CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (directores). *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- CRUZ BLANCA, M.^a José. «Delitos conexos a las técnicas de reproducción asistida: fecundación con fines no reproductivos, creación de seres humanos por clonación y otros procedimientos a la selección de la raza», en AA.VV. *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*, al cuidado de BENÍTEZ ORTÚZAR, MORILLAS CUEVAS y PERIS RIERA, Dykinson, Madrid, 2005, p. 208.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., en AA.VV. *Comentarios al Código Penal*, al cuidado de Mirentxu CORCOY BIDASOLO y Santiago MIR PUIG, Valencia, 2011.
- GARCÍA GUILLEN, Diego. «El estatuto de las células embrionarias» en AA.VV. *Las células embrionarias y la clonación no reproductiva*, al cuidado de Alberto OMAR y Gabriel BELLO, Vicerrectorado de Extensión Universitaria, La Laguna (Tenerife), 2003, p. 22.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996.
- LACADENA, Juan Ramón. «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las patentes de células troncales embrionarias. A propósito de un informe jurídico sobre patentes: el concepto y dignidad del ser humano», *Derecho y Genética*, núm. 35/2011, p.160.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. «Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo» en AA.VV. *Jornadas: las células embrionarias y la clonación no reproductiva: un enfoque multidisciplinar*, al cuidado de Alberto OMAR y Gabriel BELLO, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2003, p. 112.
- . *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona, 1990.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, Reppertor, Barcelona, 2011.
- PERIS RIERA, «Delitos Relativos a la Manipulación Genética», en AA.VV. *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, al cuidado de Carlos María ROMEO CASABONA, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Comares, Bilbao-Granada, 2011, Tomo II, p. 1068.
- ROMEO CASABONA, Carlos. «La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica. Consideraciones de política legislativa», *Revista Derecho y Genética*, núm. 24/2006, pp. 90-91.
- . *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004.
- ROMEO MALANDA, Sergio. *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano y Ed. Comares, Granada-Bilbao, 2006.
- . *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y derecho penal*, Comares, 2006.
- URRUELA MORA, Asier. «La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España», *Revista Penal*, núm. 28, enero, 2008, p. 179.

VALLE MUÑIZ, José Manuel y TAMARIT SUMALLA, Josep María. «Delitos de manipulación genética» en AA.VV. *Comentarios al Código Penal* al cuidado de Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Navarra, 2004, pp. 147-153.

Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo: ¿por fin una tutela para la persona «no nacional» en el ordenamiento jurídico penal español?^{1 2}

PATRICIA TAPIA BALLESTEROS (España)
*Doctora Junior, Universidad de Valladolid, España*³

RESUMEN: Las diferencias sociales y económicas existentes entre las personas en función del país en el que han nacido o en el que viven han potenciado los movimientos migratorios de aquellos sujetos que se encuentran en las zonas menos favorecidas hacia las que, en principio, ofertan mayores oportunidades.

En respuesta a este fenómeno, los países receptores de inmigrantes han elaborado de forma progresiva una normativa dirigida a proteger su orden socio-económico, la cual, sorprendentemente, se esconde dentro de la destinada a tutelar a los inmigrantes como colectivo susceptible de verse vulnerado. Y, como tendremos ocasión de señalar, España no es una excepción.

Palabras clave: inmigración clandestina, tráfico de personas, trata de personas, colectivo vulnerable, Ley Orgánica 1/2015.

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación «El estatuto de la víctima. Propuestas para la incorporación de la normativa de la Unión Europea» (DER2012-31549/JURI) del que es Investigadora Principal Montserrat de Hoyos Sancho.

² Nota de la autora: #NoNosVamosNosEchan. La situación económico-social en la que se encuentra España ha obligado a que jóvenes, y no tan jóvenes, tengan que marcharse en busca de un futuro, quién sabe si mejor. España ha sido tradicionalmente un país de emigrantes si bien, especialmente a partir de los años 90, se convirtió en receptor. Esta conversión, no obstante, vino acompañada de políticas restrictivas de la inmigración, promovidas en parte desde instancias europeas que le consideraban la puerta al continente de inmigrantes principalmente norteafricanos y latinoamericanos. A día de hoy, la situación está de nuevo invirtiéndose, además a una velocidad vertiginosa: los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística relativos al padrón de 2014 señalan que, sólo a lo largo del año 2014, el número de españoles residentes en el extranjero aumentó un seis coma uno por ciento, estando registrados en la actualidad 2.183.043 españoles como no residentes, lo que supone 608.920 más que en el año 2010. Sin embargo, a pesar de que de nuevo es país de emigrantes se plantea paradoja de que se ordena el establecimiento o restablecimiento de las denominadas concertinas en la valla de Melilla, se legalizan las «devoluciones en caliente» y se ignora a los refugiados sirios, por ejemplo, mientras se confía en que a sus «aventureros» ciudadanos se les ofrezca un trato digno allá donde vayan.

³ Ayudante Doctora, Área de Derecho Penal.

ABSTRACT: The social and economic differences between people depending on the country where you were born or where you live have enhanced migration of those subjects who are in disadvantaged areas to which, in principle, offer greater opportunities.

In response to this phenomenon, the immigration countries have gradually developed a policy aimed at protecting the social and economic order, which, surprisingly, is hidden within the designed to protect immigrants as a group capable of being violated. And Spain is not an exception.

Key words: illegal immigration, smuggling of migrants, trafficking in persons, vulnerable group, Organic Law 1/2015.

Sumario: I. Introducción y algunas precisiones terminológicas. II. La protección jurídico-penal de los «no nacionales» antes de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. 1. Introducción. 2. La aparente tutela de los «no nacionales». 3. La tutela de los «no nacionales». III. La protección jurídico-penal de «los no nacionales» con la ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo. IV. Conclusiones: ¿por fin una tutela de los «no nacionales» en el Código Penal español?

I. INTRODUCCIÓN Y ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

El objetivo fundamental de este trabajo es llevar a cabo un análisis del modo en que la legislación penal española tutela a los sujetos «no nacionales»⁴ frente a conductas llevadas a cabo, precisamente, por contar con esta característica, las cuales vulneran bienes jurídicos de los que son titulares. En concreto, nos ocuparemos de aquellos supuestos en los que el «no nacional» se identifica con un colectivo vulnerable por la situación en la que se encuentra en su país. Situación de la que se aprovechan determinadas personas para obtener un rendimiento.

Esta investigación se justifica en las antagónicas respuestas que los Estados, incluida España, otorgan al fenómeno migratorio derivado de las crecientes diferencias sociales, tecnológicas y económicas entre los Estados, propiciadas, entre otros factores, por la globalización mundial. Esto ha supuesto una distribución de la riqueza y la pobreza, *grosso modo*, entre Norte y Sur, identificándose el Norte con los países considerados desarrollados, avanzados económica y socialmente, y el Sur con los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, caracterizados por los conflictos internos y un reparto nada equitativo ni solidario de los bienes que genera el país. Son estas desiguales distribuciones de la riqueza y de las oportunidades de prosperar, las que han incitado a los ciudadanos de los países del Sur a buscar una salida a su situación huyendo hacia el Norte⁵, obteniendo como respuesta el blindaje de las fronteras y la exigencia de una serie de

⁴ Hablamos de «no nacionales» en vez de «extranjeros» o «inmigrantes», términos más habituales tanto en el ámbito jurídico como a nivel coloquial, para incluir a todos los extranjeros y no sólo a los extracomunitarios, como suele ocurrir desde la creación de la categoría de ciudadanía de la Unión, con la que se equiparó con un mismo *status* jurídico a los ciudadanos comunitarios.

⁵ Por todos, *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Navarra: Aranzadi, 2011: 85-94; MARAVER GÓMEZ, Mario. *La trata de seres humanos*. En DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (director). *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 313; GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea; SUSAJ, Gentiana y REQUENA ESPADA, Laura. «La dimensión laboral de la trata de personas en España». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, abril 2009: 5-7.

requisitos para poder traspasarlas de forma regular. No obstante, lejos de desmotivar a los habitantes del Sur, los obstáculos impuestos han desatado un movimiento migratorio clandestino al tiempo que se han creado mafias que se aprovechan de la situación en la que se encuentran millones de personas en sus países de origen.

Teniendo en cuenta lo anterior, decimos que España, así como los demás países del Norte, otorga respuestas antagónicas porque ha desarrollado una normativa jurídico-penal que busca, por un lado, proteger su sistema socio-económico y, por otro, proteger los derechos fundamentales que se ven afectados por estas prácticas y que se ha comprometido a respetar y a garantizar en Convenios y Tratados Internacionales, así como en la propia Constitución.

Definido el objeto de estudio y justificado el mismo, antes de comenzar su análisis, entendemos pertinente aclarar algunos conceptos relacionados con la protección jurídico-penal del colectivo de «no nacionales» versus el control de la seguridad socio-económica del Estado.

De este modo, habrá que distinguir entre inmigración clandestina, tráfico de personas y trata de seres humanos. Y es que son términos que se confunden porque todos ellos tienen en común a un sujeto, un «no nacional», que se encuentra en una situación precaria en su país y que, de alguna manera, llega a España, o utiliza a España como país de tránsito. Sin embargo, las condiciones en las que esto ocurre y la finalidad concreta del sujeto que lo lleva a cabo, hacen que no debamos intercambiar un concepto por otro. Siguiendo a DAUNIS RODRÍGUEZ, la inmigración clandestina (él habla de ilegal, irregular o clandestina) se caracteriza por la inexistencia de participación de bandas organizadas que obtengan un beneficio con el traslado del sujeto de un país a otro, de manera que el «no nacional» actúa por su propia cuenta o ayudado por familiares y amigos para lograr acceder al país deseado y permanecer en él⁶. Siendo esto así, su principal diferencia con el tráfico ilegal de personas es que, en éste, sí que participan en el acceso irregular a un país organizaciones criminales a cambio de un precio⁷. Sin embargo, no podemos equivocar esto con la trata de personas cuya principal característica es la falta de consentimiento o el engaño de la víctima en el traslado y la finalidad de explotación de ésta, por quien la capta, transporta, traslada, acoge o recibe⁸. Siendo esto así, tanto la inmigración clandestina como el tráfico de personas serán tipos delictivos que se prevén para controlar el acceso al país. Es decir, el bien jurídico protegido no es de ninguna manera un bien individual relacionado con la dignidad del sujeto «no nacional» sino que está relacionado con los intereses generales del Estado; mientras que, en el caso de la trata de personas, sí se protege un bien jurídico individual

⁶ Conforme al Acuerdo de Sala del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2005, sobre «Alcance del Art. 313.1º del C.P. (entrada clandestina e ilegal)».

⁷ En contra, TERRADILLOS BASOCO, Juan. «Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera», en LAURENZO COPELLO, Patricia (coordinadora). *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 385, entiende que «De hecho, puede ser típico el tráfico realizado a través de agencias de colocación sin ánimo de lucro».

⁸ DAUNIS, *El Derecho Penal*, cit. 3, pp 42-44; en un sentido similar, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. «Trata de seres humanos y explotación laboral. Reflexiones sobre la realidad práctica», *La Ley Penal*, n.º 109, julio-agosto 2014: 4; por su parte, MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. «Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de las personas». *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011: 327-331, considera que en el tráfico ilícito «también se protegen derechos fundamentales de los extranjeros que pudieran verse afectados como consecuencia de ciertas conductas relacionadas con el fenómeno migratorio» y, en relación con la trata de personas señala que «no es necesario el desplazamiento de un país a otro».

del sujeto que está siendo engañado o forzado para ir a un determinado país en el que se le va a explotar para obtener un rendimiento económico de él.

Hechas las precisiones oportunas, corresponde analizar la legislación vigente española. Teniendo en cuenta que la última reforma del Código Penal que afecta a esta materia se ha aprobado por Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, con entrada en vigor el 1 de julio del mismo año, parece oportuno analizar cuál ha sido la evolución del tratamiento penal de los «no nacionales», en los términos antes señalados, desde la aprobación del Código Penal de 1995 hasta ahora.

II. LA PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DE LOS «NO NACIONALES» ANTES DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO

I. *Introducción*

Partiendo de las aclaraciones terminológicas realizadas, antes de la Ley Orgánica 1/2015, distinguimos dos períodos dentro de la legislación penal española, los cuales están divididos por la aprobación de otra reforma del Código Penal, la llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Hasta la aprobación de dicha Ley existía una maraña de tipos penales en los que se entremezclaban indistintamente aquellos que iban dirigidos a proteger los derechos fundamentales de los inmigrantes con aquellos cuyo bien jurídico era el orden socio-económico del Estado. Sin embargo, con la Reforma de 2010 se incorporó un nuevo Título al Libro II del Código Penal, el Título VII bis: «De la trata de seres humanos», integrado por un único artículo, el 177 bis, en el que se tutela un bien jurídico individual. En concreto se protegerán la dignidad de la persona y su libertad⁹. Con este nuevo precepto, el legislador busca separar la regulación de la trata de seres humanos respecto de la inmigración clandestina, cuya regulación conjunta, afirma en la Exposición de Motivos de la citada Ley, resultaba inadecuada. No obstante, dicha reforma, como tendremos ocasión de ver, aunque incorpora algunos elementos positivos para esclarecer la tutela de los «no nacionales», mantendrá otros que propician la confusión entre la protección del orden socio-económico del Estado y la protección de los bienes jurídicos individuales de los «no nacionales».

Es por ello que, a continuación, hablamos de «aparente tutela» y de «tutela» de los «no nacionales», para explicar la legislación que ha estado en vigor hasta el 1 de julio de 2015 y que, salvo en lo que iremos advirtiendo, se mantiene.

⁹ Punto XII de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio; en este sentido también CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (directores), *Comentarios al Código Penal. Reforma Ley Orgánica 5/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch: 420; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. «Artículo 312 bis». En GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 702; MARAVER, La trata, cit. 2, p. 317; no obstante, VILLACAMPA, *El delito*, cit. 2, p. 407 entiende que «puesto que en este delito se niega la mayor, esto es, el reconocimiento de libertad de la voluntad general de la persona, integrado en la dignidad, el singular atentado a su libertad de obrar no gana autonomía en punto a la identificación del bien jurídico protegido».

2. La aparente tutela de los «no nacionales»

Como se ha advertido, tradicionalmente no se ha distinguido de una forma clara aquellas medidas penales dirigidas a la protección de los derechos fundamentales de los «no nacionales» de aquellas otras cuyo objeto es la regulación de la entrada y permanencia de personas en un país concreto. En la Reforma operada en el Código Penal a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el legislador penal reconoció por fin la inadecuación de la regulación conjunta en un mismo artículo de la inmigración ilegal y de la trata de personas que la doctrina venía manifestando¹⁰, y por esto se introdujo el artículo 177 bis, al tiempo que se reformaron el artículo 313 en los términos que analizaremos en el siguiente apartado, y el artículo 318 bis del Código Penal del que corresponde ocuparnos ahora.

Este precepto se incorporó al Código Penal con la Ley Orgánica 4/2000, mediante la cual se creó un nuevo Título en el Libro II, el Título XV bis «De los delitos contra los ciudadanos extranjeros». Con esta previsión, el legislador pretendía cubrir una laguna legal que doctrina y jurisprudencia habían advertido respecto a los supuestos de tráfico de personas que no fueran trabajadoras, como puede ser el caso de niños, personas con discapacidad o alguna enfermedad. Sin embargo, supuso una clara muestra de la confusión existente respecto a los bienes jurídicos que se protegen en los tipos penales de inmigración clandestina, tráfico de personas y trata de seres humanos ya que el nuevo precepto pretendía incorporar estos tipos estableciendo, incluso, una relación de tipo básico-tipo agravado, entre la inmigración ilegal y la explotación sexual, con el tráfico y la trata de personas, respectivamente. A esto hay que añadir la propia rúbrica del Título, haciendo referencia a los «derechos de los ciudadanos extranjeros», lo que conduce a pensar, en primer lugar, que el bien jurídico protegido será, precisamente, los derechos de los ciudadanos extranjeros y, en segundo lugar, que el sujeto pasivo de todos los tipos en él recogidos podrá serlo sólo un individuo extranjero que residiera legalmente en España, ya que el concepto de «ciudadano» se asocia a la idea de persona con derechos y obligaciones frente a un determinado Estado.

Sin embargo, nada más lejos de la realidad. Ambas conclusiones son incompatibles con los delitos que se prevenían, y que después de la Reforma de junio de 2010 se mantuvieron, en el artículo 318 bis¹¹ ya que se precisa que el sujeto pasivo acceda o vaya a acceder irregularmente a un país, de manera que no contará con el *status* de ciudadano. Pero, además, no era tan evidente que el bien jurídico que se protegía fuera un bien individual relacionado con los derechos de los extranjeros. En este sentido, la doctrina se dividía entre los que defendían que, efectivamente, se protegían los derechos de los extranjeros¹² frente a aquellos que creían que el objeto a tutelar

¹⁰ Punto XII de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹¹ En este sentido, PORTILLA CONTRERAS, G. «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (director), *Derecho Penal Español. Parte Especial II*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 938; por su parte, POMARES/PÉREZ. «Artículo 318 bis». cit. 17, p. 872, proponen cambiar la rúbrica del Título XV bis del Código Penal por la siguiente: «*Delitos contra el control de flujo migratorio*»

¹² DE VICENTE, Artículo 312 bis., cit. 5, p. 1238; NAVARRO CARDOSO, F. «Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Revista Penal*, n.º 10, agosto 2002: 45 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. «Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros». En VIVES ANTÓN, T. S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p.

era el interés estatal de mantener el orden socioeconómico, a través del control de los flujos migratorios¹³.

Atendiendo a la literalidad del artículo 318 bis, existía sólo un tipo penal que, a lo largo del desarrollo del precepto, variaba en su penalidad conforme a las circunstancias concretas en que se llevase a cabo. De este modo, podemos decir que el tipo básico era el tráfico ilegal o la inmigración clandestina, delitos que el legislador penal equiparaba y siguió equiparando tras la reforma del año 2010. No obstante, en realidad se penaba la inmigración clandestina, ya que, atendiendo a la literalidad del tipo, se consideraba punible el acceso a un país en el que el «no nacional» lo hace por sus propios medios o ayudado por amigos y/o familiares.

La doctrina coincide en que la descripción resultaba excesivamente amplia¹⁴, ya que comprendía cualquier acción que se llevase a cabo al principio, durante o al final del proceso emigratorio, sin que existiera ánimo de lucro ni intereses particulares por parte de los sujetos activos¹⁵. Así configurado, se trataba de un delito de mera actividad, en el que no existía sujeto pasivo, es decir, no había víctima, puesto que en el fondo no es más que un acto de libre disposición¹⁶ que decide llevar a cabo un sujeto, quien, curiosamente, es el único de los que participan en el proceso migratorio que no puede ser sujeto activo. De este modo, se penalizaba la colaboración mientras que la conducta del sujeto que protagoniza el proceso incumplía sólo una infracción administrativa. Estas características del delito son muestra inequívoca de que el bien jurídico protegido no estaba relacionado con la tutela de los «no nacionales» sino con el control del acceso de éstos a otro país.

Pero las dudas surgían principalmente porque, antes de la Reforma de 2010 en el apartado segundo, donde se tipificaba de nuevo la inmigración clandestina o el «tráfico ilegal», tal y como se recogía en el precepto, pero con una finalidad de explotación sexual. Esta alusión al tráfico de personas y la explotación sexual, conducía a pensar que estábamos ante un delito de

543; PÉREZ, 2006: 44; SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón. «Los delitos contra los derechos de los de los ciudadanos extranjeros». En LAURENZO COPELLO, Patricia (coordinadora), *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 330.

¹³ Vid. PORTILLA, «Delitos...», cit. 7, p. 942, en vez de orden socio-económico habla de «control de flujos migratorios»; LAURENZO COPELLO, Patricia. «El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos». En CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis; ORTS BERENGUER, Enrique (directores) y CUERDA ARNAU, María Luisa (coordinadores). *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1164-1165; DAUNIS, *El Derecho Penal*, cit. 3, pp. 69-74

¹⁴ «El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina».

¹⁵ Véase, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y BARJA DE QUIROGA, Jacobo. «Artículo 318 bis del Código Penal». En CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido (director). *Comentarios al Código Penal. Vol. II*, Barcelona: Bosch, 2007, p. 2439; SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando. «Guanarteme, el nuevo delito de tráfico ilegal de personas». En LAURENZO COPELLO, Patricia (coordinadora). *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 290.

¹⁶ Al respecto, PORTILLA, Delitos cit. 7, p. 942; CORCOY/MIR, *Comentarios*, cit. 5, p. 420; DE VICENTE, Artículo 312 bis., cit. 5, p. 711; SERRANO-PIEDCASAS, «Los delitos...» cit. 7, p. 336; en contra MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, «Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en COBO DEL ROSAL, M (dir.), *Comentarios al Código Penal. Tomo X (Vol. I) Libro II, Títulos XIV, XV y XV bis, de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social y contra los derechos de los trabajadores y extranjeros: artículos del 305 al 310 y del 311 al 318bis*, Madrid: CESEJ, 2006, 543.

trata de personas, sin embargo, entendemos que esto no era así. Y es que «explotación sexual» implica la anulación de la voluntad del sujeto pasivo tanto para llevar a cabo la inmigración como la explotación sexual, lo que no puede atribuirse a la previsión del antiguo apartado segundo porque en el siguiente se preveía una circunstancia agravante relativa a la anulación de la voluntad. De este modo, se debe interpretar que en el tipo del apartado segundo se penaba, igual que en el primero, a quien «directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite» la inmigración ilegal de alguien que va a ejercer la prostitución voluntariamente, por lo que el bien jurídico protegido era, de nuevo, el orden socio-económico del Estado¹⁷. Esta idea se ratifica al comparar la pena prevista en el artículo 188.1 del Código Penal con la del anterior 318 bis 2, ya que se sancionaba con mayor severidad la conducta de promover, favorecer o facilitar la inmigración ilegal con ánimo de explotación sexual¹⁸, es decir, una conducta previa a la lesión efectiva del bien jurídico de la libertad sexual, que el enriquecimiento de un sujeto derivado de dicha explotación sexual de otro.

La relatada confusión, fue asumida por el legislador y por ello se trató de corregir derogando el apartado segundo mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. De este modo, el apartado tercero original pasó a ser el segundo, donde se presentaban una serie de circunstancias agravatorias del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina¹⁹. Sin embargo, en realidad se crea un nuevo tipo penal ya que la inmigración ilegal, cuando es promovida, facilitada o favorecida por un sujeto con ánimo de lucro se convierte en un supuesto de tráfico de personas. Es por esto que consideramos que el artículo 318 bis recogía, de facto, dos tipos penales y no uno con circunstancias agravantes: la inmigración clandestina y el tráfico de personas²⁰.

Para terminar con la exposición del artículo 318 bis, se antoja especialmente significativa la previsión del último apartado, donde se otorgaba, y se sigue otorgando, potestad al juzgador para imponer la pena inferior en grado, atendiendo a las circunstancias y condiciones del culpable, así como a su finalidad. La doctrina coincide en que esta cláusula implica el reconocimiento del legislador de la elevada penalidad del precepto, sobre todo en lo referido al apartado primero. Pensemos que el artículo 318 bis contenía penas que oscilaban desde los cuatro años de prisión hasta los quince, en aquellos supuestos en los que el jefe, administrador o encargado de una organización criminal llevase a cabo el tipo de inmigración clandestina con fines de explotación sexual; pero es que, en el supuesto de inmigración clandestina, sin más, se preveía todavía después de la reforma de 2010 una pena de cuatro a ocho años de prisión.

¹⁷ En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, Juan. «Reflexiones y propuestas sobre inmigración. En torno al Proyecto de Reforma del Código Penal de 2009». *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2010: 20.

¹⁸ Entiende DAUNIS, *El Derecho Penal*, cit. 3, pp. 154 y 155, que existe una «conexión normativa: mientras que, el art. 188.1 CP estaría destinado a responder al abuso laboral o aprovechamiento abusivo de la prostitución ajena, el párrafo 2º del artículo 318 bis CP constituirá una protección adelantada de tales conductas».

¹⁹ «ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas».

²⁰ En relación a ambos tipos, serán agravantes la realización por funcionario público, autoridad o agente, o por persona que pertenezca a una organización criminal, constituyendo un tipo agravado si el que realiza la acción es jefe, administrador o encargado de la misma (anterior apartado quinto, ahora apartado cuarto).

3. *La tutela de los «no nacionales»*

Vista la aparente tutela existente en el artículo 318 bis, tanto antes como después de la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010, corresponde analizar el amplio artículo 177 bis, incorporado con la citada Ley para proteger de un modo efectivo a los «no nacionales». Se trata de un amplio precepto que describía exhaustivamente el tipo básico, «la trata de personas», pudiéndose colmar con la realización de cualquiera de las siguientes conductas: capturar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar a una persona desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera con el fin de explotarla laboralmente («imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad»), sexualmente o de extraerla los órganos. Junto a este tipo básico, en el siguiente punto se describía, también, la trata de personas que se lleva a cabo sin violencia, intimidación o engaño, o sin abuso de superioridad o de la particular vulnerabilidad de la víctima, en los supuestos en los que ésta sea un menor de edad. En cualquier caso, la descripción de la acción típica buscaba comprender todas las conductas posibles que en el proceso de la trata de personas se pueden realizar de la mano de diferentes individuos, independientemente de que tengan la infraestructura suficiente para identificarlos con una organización criminal. Se trata de un delito de simple actividad donde la concurrencia o no del resultado que mueve la acción resulta irrelevante para que se colme el tipo, de manera que, si llegase a producirse efectivamente alguno de los resultados buscados, se valoraría como un delito autónomo, produciéndose un concurso real de delitos, tal y como el propio legislador establece en el apartado noveno del precepto²¹. No obstante, no ocurrirá lo mismo con los delitos que eventualmente pudiera llegar a realizar el sujeto pasivo durante el tiempo de la trata, ya que a través del apartado undécimo del artículo 177 bis se le exime de responsabilidad penal, siempre y cuando su participación en los mismos sea como resultado de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso en la que se encontraba.

En cuanto a los sujetos implicados, se trata de un delito común por lo que el sujeto activo podrá ser cualquier persona, incluso las personas jurídicas, para las que el legislador penal reserva unas penas específicas. Respecto al sujeto pasivo, podrá ser, también, cualquier persona, aunque lo habitual será que la explotación se ejerza sobre «no nacionales que se encuentran en una situación de pobreza en su país»²². El legislador preveía, en relación al mismo, dos circunstancias agravatorias en atención a la minoría de edad y a la vulnerabilidad de la víctima por estar enferma, tener algún tipo de discapacidad o por la propia situación en la que se encuentre²³. A su vez, se entendía que era circunstancia agravatoria también su puesta en grave peligro. Para concluir concisamente con los sujetos que pueden intervenir en torno al delito de trata de personas, queda señalar que es punible la provocación, la conspiración y la proposición, poniéndose de manifiesto que el legislador penal no quería dejar ninguna conducta fuera de su alcance²⁴. Sin

²¹ Sin embargo, VILLACAMPA, *El delito*, cit. 2, p. 482 y 483 entiende que «se nos antoja complejo evitar la admisión del concurso de delitos –normalmente ideal–, entre el delito de trata de personas del art. 177 bis CP y el delito de tráfico de personas del art. 318 bis CP.»

²² En este sentido, CORCOY/MIR, *Comentarios*, cit. 5, p. 420.

²³ Apartado 4 que, con la Ley Orgánica 1/2015 ha sido modificado.

²⁴ *Vid.* VILLACAMPA, *El delito*, cit. 2, p. 410, quien dirá que se hace evidente «una clara voluntad político-criminal, consistente en el adelantamiento de las barreras de protección penal».

embargo, consideramos que supone un adelantamiento de las barreras desmesurado ya que el tipo es lo suficientemente amplio como para que sea necesaria la punibilidad de más situaciones previas a la efectiva vulneración del bien jurídico.

Junto con el artículo 177 bis, consideramos que la cláusula final del apartado dos del artículo 312 protege de alguna manera un bien individual de los «no nacionales», al considerar delito el empleo de «súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual»²⁵. No obstante, esta cláusula es una muestra del mantenimiento de la falta de atención del legislador en la delimitación de los tipos conforme al bien jurídico que protegen ya que, el artículo 312 del Código Penal tipifica, en primer lugar, el tráfico ilegal de mano de obra en el que el bien jurídico es el orden socio-económico y la persona «no nacional» (objeto del tráfico ilícito) no puede ser sujeto pasivo porque no es titular del bien jurídico²⁶ y, en segundo lugar, los supuestos de explotación laboral, donde el bien jurídico que se vulnera es uno individual y la persona objeto del proceso de inmigración, sí es el sujeto pasivo. Sorprendentemente, este precepto no fue revisado en la reforma de 2010 ni lo ha sido en la reciente Ley Orgánica 1/2015.

También se protege a los «no nacionales» en el artículo 313 del Código Penal²⁷, ya que con la supresión del apartado primero mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio²⁸, será delito la determinación o favorecimiento de la emigración de una persona «simulando contrato o colocación, o usando engaño semejante», de manera que se persigue el engaño relativo a las expectativas de un puesto de trabajo en otro país que mueva a un sujeto a emigrar del propio. Evidentemente, el bien jurídico protegido de este tipo penal no estará relacionado con los intereses generales del Estado porque el proceso migratorio se realiza de forma legal (el tipo habla de emigración sin más mientras que, cuando se quiere hacer referencia a un proceso migratorio ilegal se alude a la clandestinidad de la acción o a su ilegalidad), por lo que el bien jurídico protegido son los derechos de los trabajadores nacionales y «no nacionales». No obstante, entendemos correcta esta tipificación dentro de los delitos contra los derechos de los trabajadores, porque se trata de un tipo en el que el sujeto pasivo, efectivamente, sólo puede ser aquel que tenga la condición de trabajador y su nacionalidad no es especialmente relevante, si bien es cierto que las víctimas suelen tener la condición de «no nacionales».

²⁵ DE VICENTE, «Artículo 312 bis», cit. 5, p. 1220, dirá que el bien jurídico protegido es «el derecho del trabajador a ejercer su prestación laboral de acuerdo con las condiciones establecidas legalmente.»

²⁶ Vid. BAYLOS Y GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal del Trabajo*, Valladolid: Trotta, p. 84.

²⁷ Antes de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el artículo 313 entendemos que se tipificaban en el primer apartado la inmigración clandestina de trabajadores, lo que implica la promoción o el favorecimiento del acceso de trabajadores «no nacionales» a España sin que el sujeto que lo promueve o favorece vulnere ninguno de sus bienes jurídicos individuales del sujeto objeto de la acción, de manera que, lo que se protegía, era el mercado de trabajo español; mientras que, en el segundo supuesto, se tutelaba al sujeto que abandona su hogar movido por falsas promesas. En contra, RODRÍGUEZ MESA, María José. «Artículo 313». En ARROYO ZAPATERO, Luis; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón y TERRADILLOS BASOCO, Juan (directores). *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Iustel, 2007, p. 704; MARTÍNEZ-BUJÁN, Delitos, cit. 8, p. 523.

²⁸ Su no aplicación se había reconocido previamente en el Fundamento de Derecho Primero 3. de la Sentencia del Tribunal Supremo 380/2007, de 10 de mayo.

III. LA PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DE «LOS NO NACIONALES» CON LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO

En lo que a la materia que estamos estudiando se refiere, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, pretende, según su propia Exposición de Motivos, «una completa trasposición de la normativa europea», especialmente la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

La modificación más importante se produce en los apartados uno y cuatro del artículo 177 bis. En lo que al ámbito sustantivo se refiere, la reforma se reduce, básicamente, a la incorporación al tipo de las conductas de entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a la víctima, así como la incorporación de dos finalidades nuevas de explotación de la persona: la comisión de actos delictivos para los explotadores y la celebración de matrimonios forzados²⁹. Destaca también la delimitación del concepto de «vulnerabilidad» que se vincula con la víctima identificándola con aquellos casos en los que «la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso»³⁰.

Al margen de esta ampliación del tipo de la trata de personas, la modificación propuesta más relevante en el Proyecto de Ley, para lo que a nosotros nos interesa en este momento, es en relación al artículo 318 bis sobre el cual se produce una revisión profunda, con el objeto de adecuarlo realmente a los criterios de las normativas europeas³¹. Lo que se pretende es que queden definidas las conductas constitutivas de inmigración ilegal diferenciándolas claramente de la trata de seres humanos y se reserven las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante, excluyéndose la sanción penal en los casos de actuaciones humanitarias.

Entendemos que se trata de una revisión profunda del precepto porque se elimina la referencia a los términos «tráfico ilegal» e «inmigración clandestina», describiendo simplemente las conductas punibles. No obstante, se mantiene la sanción penal a aquellos sujetos que ayudan a otros a entrar o transitar por el territorio español vulnerando las normas vigentes al respecto, aunque se disminuye sensiblemente la pena, pasando de una pena que oscila entre los cuatro a ocho años de prisión, a que la sanción sea una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año; y además, se excluye del tipo la conducta realizada con un propósito humanitario, si bien no se establece qué se entiende por tal. ¿Basta con que el sujeto ayudado sea

²⁹ Esta última finalidad ha sido incorporada en el proceso legislativo.

³⁰ Véase, IGLESIAS SKULJ, Agustina. «De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP». En GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (director); MATA LLÍN EVANGELIO, Ángela y GÓRRIZ ROYO, Elena. *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 593-601; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. «El delito de trata de seres humanos». En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra: Aranzadi, 2015, pp. 399-419; ACALE SÁNCHEZ, María; BOZA MARTÍNEZ, Diego; COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel y GARCÍA SEDANO, Tania. Artículo 177 bis. En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 613-616, 617-626 y 627-638, respectivamente.

³¹ Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, y Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

un parado de larga duración en su lugar de origen? ¿Es necesario que huya de algún conflicto? ³² A esto hay que añadir que son conductas altruistas, sin ninguna clase de lesividad para el sujeto inmigrante, tal y como se viene exigiendo por la Jurisprudencia para aplicar el artículo 318 bis vigente, y entiende LAURENZO COPELLO que ni siquiera lo sería para el bien jurídico supraindividual³³.

De este modo, debería bastar con tipificar la conducta de aquel que ayuda en la entrada o tránsito con ánimo de lucro, lo que supondría, además, diferenciar sustancialmente la descripción de la infracción administrativa frente a la del delito³⁴, relegándose la inmigración clandestina al ámbito administrativo y el tráfico de personas al penal.

Pero el legislador penal, lejos de hacer caso a estas propuestas y centrarse en la persecución del tráfico ilegal, especialmente en los casos de grupos organizados, ha incorporado con la Ley Orgánica 1/2015 un nuevo precepto mediante el que: «Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de 12 a 30 meses, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quien: a) de forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo, o b) emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo»³⁵. En él se tipifica la simple contratación de personas sin permiso de trabajo, con independencia de las condiciones en las que ésta se produzca. De facto se dirige precisamente a sancionar a aquel sujeto que emplea a personas sin permiso de trabajo en condiciones que respeten los derechos que, como trabajadores, tienen reconocidos, lo que se puede llegar a sancionar con una pena de prisión de hasta dieciocho meses. En ningún caso supone la protección de bienes jurídicos individuales³⁶ ya que, de vulnerarse los derechos de los trabajadores se aplicaría el artículo 311 del Código Penal.

IV. CONCLUSIONES: ¿POR FIN UNA TUTELA DE LOS «NO NACIONALES» EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL?

Visto lo anterior, no podemos contestar «sí» con rotundidad a la pregunta planteada «¿por fin una tutela para la persona «no nacional» en el ordenamiento jurídico español?»

³² Sobre la interpretación de esta nueva cláusula, vid. POMARES CINTAS, Esther. «La colaboración de terceros en la inmigración ilegal a partir de la reforma de 2015 (artículo 318 bis CP): ¿una cuestión penal?». En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra: Aranzadi, 2015, p. 628

³³ Véase LAURENZO COPELLO, Patricia. «Artículo 318 bis». En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (director). *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 869.

³⁴ Así lo entienden LAURENZO. «Artículo 318 bis», cit. 16, p. 869; POMARES CINTA, Esther y PÉREZ ALONSO, Esteban. «Artículo 318 bis». En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (director). *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 879; y RODRÍGUEZ MESA, María José. Artículo 318 bis. En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (director). *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 889

³⁵ Artículo 311 bis.

³⁶ POMARES CINTAS, Esther. «La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015». En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra: Aranzadi, 2015, p. 636, entiende que el objeto de tutela de este nuevo delito presenta una doble dimensión: «como herramienta de combate contra la economía sumergida, protege la competencia empresarial; como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal, salvaguarda la política de control del flujo migratorio».

ya que la principal preocupación del legislador sigue siendo el control de los flujos migratorios mediante la respuesta más severa y contundente con la que cuenta: el Derecho Penal.

Prueba irrefutable de ello es la incorporación de un nuevo tipo penal, el artículo 311 bis, donde se penaliza el simple hecho de emplear o dar ocupación a alguien sin permiso de trabajo. Y es que, dicha acción se lleva a cabo sin vulnerar los derechos fundamentales y bienes jurídicos de los que el sujeto que se encuentra en situación irregular en España es titular. De lo contrario, se colmaría el artículo 311 el Código Penal. A esto debemos añadir que se mantiene la persecución penal de la inmigración clandestina dentro de un Título en el que, por su rúbrica, se deberían proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros y no tutelar el orden socio-económico del país, como de facto se hace. Finalmente, a pesar de preverse el delito de trata de personas conforme a los requerimientos de la normativa europea, su sanción resulta desproporcionada en relación con los delitos en los que se puede concretar, lo que nos lleva a la conclusión de que se sanciona más el hecho de la propia trata, por lo que a nivel socio-económico conlleva que por la protección de los derechos de los sujetos que la padecen³⁷.

Para concluir, y a modo de reflexión, consideramos que la tutela efectiva de los sujetos «no nacionales», identificados como colectivo vulnerable por la situación en la que se encuentran en su país de origen, requiere, como no puede ser de otra manera, de respuestas extrapenales que acaben con su vulnerabilidad. Pero, mientras esto llega y se obtienen resultados, es necesario despenalizar la inmigración clandestina, reservándola al ámbito administrativo sancionador, ya que su punibilidad sólo incentiva la creación de organizaciones criminales que se benefician del tráfico de personas, propiciando el establecimiento de redes de trata de personas.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María y BOZA MARTÍNEZ, D. «Artículo 177 bis». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- BAYLOS Y GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho Penal del Trabajo*, Valladolid: Trotta, 1997.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel. «Artículo 177 bis». En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y BARJA DE QUIROGA, Jacobo. «Artículo 318 bis del Código Penal». En CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. *Comentarios al Código Penal. Vol. II*, Barcelona: Bosch, 2007.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago. *Comentarios al Código Penal. Reforma Ley Orgánica 5/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto. *El Derecho Penal como herramienta de la política migratoria*, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Granada: Comares, 2009.

³⁷ Aunque con otros fundamentos, a la misma conclusión llega DE LA CUESTA AGUADO, Paz. «Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos y mercancías», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Ep, n.º 9, enero 2013: 102.

- DE LA CUESTA AGUADO, Paz. «Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos y mercancías», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Ep, n.º 9, enero 2013: 53-110.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. «Artículo 312 bis». En GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2011.
- GARCÍA SEDANO, Tania. «Artículo 177 bis». En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea; SUSAJ, Gentiana y REQUENA ESPADA, Laura. «La dimensión laboral de la trata de personas en España». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, abril 2009: 25
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. «El delito de tráfico de personas para su explotación sexual». En LAURENZO COPELLO, Patricia. *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- IGLESIAS SKULJ, Agustina. «De la trata de seres humanos: artículo 177 bis CP». En GONZÁLEZ CUSAC, José Luis (director); MATALLÍN EVANGELIO, Ángela y GÓRRIZ ROYO, Elena. *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. «Artículo 318 bis». En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- . «El modelo de protección penal de los inmigrantes: de víctimas a excluidos». En CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSAC, José Luis y ORTS BERENGUER, Enrique. *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- MARAVÉR GÓMEZ, Mario. «La trata de seres humanos». En DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Navarra: Thomson Reuters, 2011.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. «Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros». En VIVES ANTÓN, T. S.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSAC, José Luis y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- . «Delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en COBO DEL ROSAL, M. *Comentarios al Código Penal. Tomo X (Vol. I) Libro II, Títulos XIV, XV y XV bis, de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social y contra los derechos de los trabajadores y extranjeros: artículos del 305 al 310 y del 311 al 318bis*, Madrid: CESEJ, 2006.
- MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. «Nueva regulación de la trata, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de las personas». *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011: 325-390.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando. «Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Revista Penal*, n.º 10, agosto 2002: 41-54.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. «A vueltas con la “inmigración ilegal” y el nuevo delito de trata de personas», en FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo; GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta y VILLA SIEIRO, Sonia Victoria. *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo: Constitutio Criminalis Carolina, 2013.
- PÉREZ FERRER, Fátima. *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Madrid: Dykinson, 2006.

- POMARES CINTAS, Esther. «La revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015». En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra: Aranzadi, 2015.
- . «La colaboración de terceros en la inmigración ilegal a partir de la reforma de 2015 (artículo 318 bis CP): ¿una cuestión penal?». En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra: Aranzadi, 2015
- POMARES CINTA, Esther y PÉREZ ALONSO, Esteban. «Artículo 318 bis». En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- PORTILLA CONTRERAS, G. «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Derecho Penal Español. Parte Especial II*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- RODRÍGUEZ MESA, María José «Artículo 318 bis». En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- . «Artículo 313». En ARROYO ZAPATERO, Luis; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón y TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Iustel, 2007.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. «Trata de seres humanos y explotación laboral. Reflexiones sobre la realidad práctica», *La Ley Penal*, n.º 109, julio-agosto 2014: 21.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando. «Guanarteme, el nuevo delito de tráfico ilegal de personas». En LAURENZO COPELLO, Patricia. *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón. «Los delitos contra los derechos de los de los ciudadanos extranjeros». En LAURENZO COPELLO, Patricia. *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan. «Reflexiones y propuestas sobre inmigración. En torno al Proyecto de Reforma del Código Penal de 2009». *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2010: 25.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan. «Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera», en LAURENZO COPELLO, Patricia. *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. «El delito de trata de seres humanos». En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director). *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra: Aranzadi, 2015.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *El delito de trata de seres humanos. Una incriminación dictada desde el Derecho Internacional*, Navarra: Aranzadi, 2011.

La narrativa del pedófilo como *doppelgänger* social

DAVID CASTRO LIÑARES (España)

Investigador Doctorando, Universidad da Coruña, España

RESUMEN: El objetivo de este trabajo reside en esbozar una serie de reflexiones acerca de la construcción social del pedófilo, y más en concreto del agresor/abusador sexual de menores, como chivo expiatorio social. Esta aproximación se realiza desde una perspectiva que intenta conjugar análisis propios de la antropología y la filosofía jurídica. Para ello el texto se posa sobre la propia configuración del pedófilo como chivo expiatorio, el proceso de construcción de su figura como una total alteridad respecto del conjunto de la sociedad y el análisis coyuntural que rodea a estas situaciones en el momento en que se desarrollan escenarios de *pánico moral*. Una vez tratados estos puntos se incorpora a título conclusivo una sucinta reflexión acerca del papel que el Derecho Penal ha de desempeñar a la hora de encontrar una solución óptima a estos conflictos.

Palabras clave: derecho penal sexual, pedófilo, chivo expiatorio, alteridad, pánico moral.

ABSTRACT: The aim of this paper is to outline some reflections about the social construction of pedophile, and more specifically the child offender, as social scapegoat. This approach is made from a perspective that tries to combine analysis which come from the anthropology and the philosophy of law. This analysis includes the configuration of the pedophile as a scapegoat, the study of the process of othering that the image of pedophile suffer socially and a conjunctural analysis about the scenarios where moral panics can be developed. Once these points were treated the text incorporates a brief reflection about the role that the criminal law has to play in finding an optimal solution to these conflicts

Key words: sexual criminal law, pedophile, scapegoat, othering, moral panic.

SUMARIO: I. El pedófilo como chivo expiatorio. II. El otro, el animal, el monstruo. III. El pánico moral cómo generador de escenarios mitológicos. IV. El papel del derecho penal.

«*La pedofilia es el nuevo imperio del mal en la imaginación cotidiana: ahora que el comunismo ha sido debilitado, parece ocupar un similar estatus metafísico como el mal de todos los males*»

Laura Kipnis¹.

«*El pederasta es el enemigo público número uno*»

Cristina Cifuentes².

I. EL PEDÓFILO COMO CHIVO EXPIATORIO

En la tradición hebrea, el chivo expiatorio jugaba un papel protagonista dentro de un rito más amplio en virtud del cual el pueblo en conjunto expiaba sus pecados a través de su traspaso a la figura del chivo expiatorio³. De este modo, a través de la figura del chivo expiatorio, el pueblo de Israel era capaz de transferir sus pecados, en este caso, al macho cabrío y poder continuar su vida en comunión con Dios.

Si bien se comienza por la explicación del chivo expiatorio en la tradición hebrea, por un motivo puramente etimológico, esta figura no resulta exclusiva de la tradición hebrea, sino que ha existido en diversas culturas y tiempos históricos como una realidad propia y necesaria para el mantenimiento de la paz social. Los sacrificios, como medios de purificación y estabilización social, han sido registrados en múltiples culturas, y en multitud de casos sin vínculos próximos o aparentes⁴. Lo que pone de manifiesto la universalidad, temporal y geográfica, que estos ritos sacrificiales poseen, así como la necesidad, casi perenne, que las distintas culturas poseen de crear chivos expiatorios como medio de purgación social.

A la vista de esta singladura histórica, las preguntas que surgen en este momento son múltiples: ¿Necesita la sociedad actual chivos expiatorios, o simplemente son vestigios de culturas «*primitivas*»? ¿Es posible mantener la paz y cohesión social a través de otros métodos? Tomando como cierta la hipótesis de la existencia de chivos expiatorios, ¿Qué miedos azotan de tal modo a la sociedad actual, cómo para que tengan que valerse de chivos expiatorios para purgarse?

La profusión y profundidad de las preguntas superan a todas luces el desarrollo que aquí se va a realizar. No obstante, antes de entrar en esta labor, resulta procedente realizar una definición más precisa de lo que se ha de entender por chivo expiatorio, en aras de ir clarificar el análisis.

¹ Cfr. KIPNIS, L. *Bound and gagged: pornography and the politics of fantasy in America*, New York: Grove Press, 1996, p. 5.

² Frase extraída de una rueda de prensa realizada el 25 de agosto de 2014.

³ Más en concreto, el rito consistía en que anualmente, durante el Día de la Expiación, se escogían dos machos cabríos y, tras un sorteo al azar, uno se sacrificaría consagrándose al Señor, y otro sería entregado a Azazel recayendo sobre él todos los pecados del pueblo de Israel. El destino de este segundo chivo era vagar desterrado por el desierto o ser arrojado al vacío desde un risco. Vid. COHN-SHERBOK, D. *Breve Enciclopedia del Judaísmo*, Madrid: Ediciones Itsmo, 2003, p. 56; GRAVES, R. y PATAI, R. *Los mitos hebreos*, Madrid: Alianza Editorial, 2004, pp. 122-129.

⁴ A título de ejemplo, se podrían destacar los realizados por los indios Ojibwa en el norte de los Grandes Lagos, los Tikopia en el Océano Pacífico, los Olmecas en la gran pirámide de Cholula en México o incluso los sacrificios de tradición védica recogidos en los bráhamanas, vid. BERLAIN, J. *El sujeto transgresor (y transgredido)*, Barcelona: Anthropos editorial, 2011, p. 60; GIRARD, R. *El Sacrificio*, Madrid: Ediciones Encuentro, 2012, pp. 45 y ss.

Siguiendo muy de cerca la teoría expuesta por BERIAIN⁵, las crisis sacrificiales han de ser definidas como crisis de diferencias, ya que a través de estas los individuos van sumando los elementos precisos que necesitan para conformar su identidad. El «yo» se ha de entender en relación al «tú», y de la diferencia que surge en ese espacio intermedio se constituye la identidad de ambos.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el momento en que se produzca un evento que tienda a la disolución/cambio de la estructura de roles social, es decir, se produzca una *desdiferenciación* entre los individuos de una comunidad, necesariamente se ha de originar rivalidad y en muchas ocasiones, derivada de esta, violencia. Para evitar la agresividad recíproca del «todos contra todos», la comunidad ha de tejer lazos de unión a costa de una víctima no sólo inerte, sino totalmente incapaz de suscitar venganza, para que de este modo su muerte no pueda provocar nuevas agitaciones. Este «sentimiento colectivo» ayuda en el proceso de superación de la crisis, que en este momento ya consigue aglutinar a toda la comunidad contra un enemigo común. Por tanto, del «todos contra todos», en donde dos o más individuos pugnan por un mismo objeto del que quieren apropiarse, se da paso a través del rito sacrificial al «todos contra uno». Como bien destaca BERIAIN: «*El paroxismo de la lucha fratricida da paso a la reconciliación de la comunidad a través del sacrificio de la víctima expiatoria en torno a la que se coaligan miméticamente todos*⁶».

Sobre este tema resultan de enorme interés las tesis de GIRARD⁷. Este autor ancla su análisis en sociedades que denomina como primitivas, en las que la fuerza antagónica del deseo mimético⁸ conduce a una situación de conflicto cuya única salida es a través de la *violencia sagrada*. Una violencia de carácter ritual ejercida sobre un chivo expiatorio que sirve por un lado para mitigar las tensiones internas y por otro para purificar la violencia de la sociedad entera. En esta línea el propio GIRARD sostiene: «*allí donde dos, tres, mil acusaciones simétricas e invertidas se cruzaban predomina una sola de ellas, y en torno a ella todo el resto calla. El antagonismo de cada cual contra cada cual es sustituido por la unión de todos contra uno*⁹».

Una vez que esta *unión* se tuvo realizado, resulta interesante destacar cómo la construcción de una figura como la del chivo expiatorio no se realiza de manera omnicompreensiva para con todas las actividades delictivas, sino que este argumentario, así como su desarrollo práctico, se reserva para conductas ilícitas que «*lesionan los fundamentos mismos del orden cultural, las diferencias familiares y jerárquicas sin las cuales no habría orden social*¹⁰». De este modo, el ser al que se le arrojan las culpas de toda la comunidad le confiere a la sociedad la referencia perdida¹¹, ya que «*todos los rencores dispersos en mil individuos diferentes, todos los odios divergentes, convergen a partir de ahora en un individuo único: la víctima propiciatoria*¹²».

⁵ Vid. BERIAIN, J. *El sujeto*, cit., pp. 60 y ss.

⁶ Vid. BERIAIN, J. *El sujeto*, cit., p. 61.

⁷ Vid. GIRARD, R. *La violencia y lo sagrado*, Barcelona: Anagrama, 1998, p. 87.

⁸ Se ha de entender el deseo mimético como la fuerza del conjunto de deseos humanos que vienen referidos a los deseos de los demás.

⁹ Cfr. GIRARD, R. *La violencia*, cit., p. 87.

¹⁰ Cfr. GIRARD, R. *Chivo expiatorio*, Barcelona: Anagrama, 2002, p. 25.

¹¹ Vid. LLANO, A. *Deseo, violencia, sacrificio*, Pamplona: EUNSA, 2004, p. 65.

¹² Cfr. GIRARD, R. *La violencia*, cit., p. 88.

La potencialidad discursiva del concepto del chivo expiatorio supera ampliamente lo expuesto hasta este momento en el texto, y como prueba de ello se hace una leve mención a la teorización que de este concepto realizó DURKHEIM¹³. Para este autor el hecho de punir responde a las necesidades sociales de castigar actos socialmente deleznable, aun cuando su función primigenia no se encuentra en la minimización total del crimen. Para DURKHEIM este hecho se antoja imposible e incluso desaconsejable, al considerar que el crimen es consustancial a las sociedades e incluso necesario en determinados ámbitos¹⁴. La función del castigo para DURKHEIM reside en el afianzamiento de las solidaridades grupales, gracias a la labor de amalgama que desempeña el castigo. Una pieza clave en su desarrollo teórico lo juegan los ritos de castigo. Para él, éstos son modos de canalizar reacciones colectivas que sirven para reforzar lazos de solidaridad entre pares que persiguen fines comunes, y por tanto afinidades, en la búsqueda de la restauración de los órdenes morales que de uno u otro modo se han visto vulnerados¹⁵. Bajo este modo de pensar, la víctima ocupa un lugar central en todo el proceso, pues se le acompaña en el dolor, lo que unido al deseo de venganza, mueve originalmente a la comunidad en busca de castigo. De este modo, el ritual de castigo se convierte en un ejercicio autoreferencial en virtud del cual se refuerzan los lazos intracomunitarios a través de la lucha del «todos contra uno». En este proceso no sólo aparecen como implicados directos la víctima y el verdugo. A través de estas redes de solidaridad se hace partícipe como víctima a toda la sociedad que, dada la ofensa sufrida y su capacidad de contestación, articula una respuesta que pueda, no solo restaurar el daño ocasionado a la víctima original sino que indirectamente también lo haga a todo el conjunto de la sociedad, que a través de esta acción, refuerza sus lazos de solidaridad interna. De este modo, el infractor se convierte en la víctima propiciatoria sobre la que recaen no sólo las consecuencias de sus propios actos, sino que también sobre su figura se reconstruye el nuevo orden social, reforzado por unos lazos de solidaridad rejuvenecidos durante el ritual de castigo¹⁶.

A la vista de estas definiciones, y dados los modos de actuar contemporáneos, se considera que la figura del chivo expiatorio sigue estando sumamente vigente ya que, *nuestros monstruos actuales* cumplen exactamente la misma función que han asumido en sociedades anteriores: ayudar a comunidades humanas en crisis sirviendo de fuente externa a la que atribuir un problema interno¹⁷.

¹³ En este caso seguiremos el trabajo que realizó David Garland en su artículo «Punishment and Social Solidarity» en el que trabaja de un forma brillante sobre la obra de Durkheim en estos aspectos. Vid. GARLAND, D. «Punishment and social solidarity» en SPARKS, R. y SIMON J. (eds.). *The Sage handbook of Punishment and Society*, London: Sage Publications, 2013, pp. 23-40. Las referencias originales que sobre Durkheim se trabajan en el artículo de Garland son las siguientes: DURKHEIM, E. *De la division du travail social: étude sur l'organisation des sociétés supérieures*, Paris: Alcan, 1893; DURKHEIM, E. *Les Règles de la méthode sociologique*, Paris: Alcan, 1895; DURKHEIM, E. «Deux Lois de l'évolution pénale» en *Année sociologique* 4: Paris, 1901, pp. 65-95; DURKHEIM, E. *Les Formes élémentaires de la vie religieuse: le système totémique en Australie*, Paris: Alcan, 1912; DURKHEIM, E. *L'Éducation morale*, Paris: Alcan 1925; DURKHEIM, E. «Leçons de sociologie: physique des moeurs et du droit. Istanbul: L'Université d'Istanbul». En *Publications de l'Université Faculté de Droit*, 1950, n.º 3; Paris: Presses Universitaires de France.

¹⁴ Vid. GARLAND, D. «Punishment», cit., pp. 23-24.

¹⁵ *Ibid.*, cit., p. 25.

¹⁶ *Ibid.*, cit., p. 31.

¹⁷ Vid. KENNEDY, J. E. «Monstrous offenders and the search for solidarity through modern punishment, en *Hastings Law Journal*, 2000, 51, p. 882.

En caso específico que motiva el análisis de este texto. El castigo al pedófilo no es tanto una necesidad de cumplir «*el objetivo legal de regular una conducta desaprobada*¹⁸» cómo para también afirmar una determinada ortodoxia en el orden moral¹⁹.

A fin de intentar a compendiar un poco estas ideas. Se ha de concebir el castigo al que se somete a los pederastas como el modo de intentar mantener incólume una estructura de valores sociales y morales predeterminada, en la que los niños desempeñen el papel de querubines²⁰ candorosos y asexuados cuya inocencia y buena fe se considera como loable y, por supuesto, incuestionable²¹. En palabras de HACKING los niños se han convertido en «*símbolos de pureza, de origen, de identidad, de lo que preserva las fronteras contra las transgresiones*²²». Paralelamente a esto, y como si del reflejo de un espejo deformante se tratase, la afirmación de un tipo de concepción sobre la sexualidad infantil va a implicar a su vez la afirmación de un determinado orden para con el resto de aspectos de la sexualidad²³, ya que como afirma ADLER: «*no sólo afecta a los niños, sino también a adultos. Rige nuestro comportamiento con los niños y también afecta a nuestra relación con nosotros mismos. Freud puso de manifiesto que la sexualidad infantil guardaba la llave de las neurosis adultas. Desde esta perspectiva, cuando repensamos el significado de la sexualidad infantil. También podemos repensar nuestras propias historias y, por tanto nuestras "identidades"*²⁴».

II. EL OTRO, EL ANIMAL, EL MONSTRUO

Una idea esencial a la hora dibujar la figura de cualquier tipo de chivo expiatorio es la de ajenidad. El chivo expiatorio es un *otro*, y como todo *otro*, el hecho de delimitar su imagen implica de manera paralela la imagen de un *nosotros* contrapuesto²⁵.

Dado que los pederastas, por ceñirse a la materia de análisis, llevan a cabo conductas totalmente detestables para el resto de la población, no pueden compartir el mismo «estatus» que

¹⁸ Cfr. DOUARD, J. «Sexual offender as scapegoat» en *New York Law School Law Review*, 2009, 53, 39.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ En este texto se utiliza la palabra querubín como sinónimo de las representaciones angelicales de carácter infantil, en consonancia con la idea que en el imaginario colectivo se posee de los querubines, si bien se tiene conciencia de que los querubines no tienen necesariamente porqué representarse de un modo infantil de acuerdo con la tradición judeo-cristiana. Vid. COHN-SHERBOK, D. *Breve Enciclopedia*, cit., p. 186.

²¹ Vid. ADLER, A. «The perverse law of Child pornography» en *Columbia Law Review*, 2001, 101, pp. 229-253; DOUARD, J. «Sexual offender», cit., p. 44.

²² HACKING, I. «Risk and dirt» en ERICSON, R. y DOYLE, A. (eds.). *Risk and morality*, Toronto: Toronto University Press, 2003, p. 40.

²³ Debido a la complejidad del tema así como a la imposibilidad de tratarlo con la hondura que merece, en este texto solamente se dejará apuntada la referencia al trabajo que a la sazón realizó Foucault en su obra *La Historia de la Sexualidad*. Vid. FOUCAULT, M. *La historia de la sexualidad. I. La Voluntad de saber*, Madrid: Siglo XXI, 1987.

²⁴ Cfr. ADLER, A. «The perverse law», cit., p. 270. Nota al pie 340.

²⁵ Vid. RAMOS VÁZQUEZ, J. A. «Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2012, 8, pp. 195-227. En esta misma línea, aunque en relación a los migrantes como los *otros*, se pronuncia Brandariz García trabajando el concepto de ajenidad y de exterior constituyente. Vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A. *Sistema penal y control de los migrantes: gramática del migrante como infractor penal*, Granada: Editorial Comares, 2011, pp. 47 y ss.

aquellas personas que los juzgan y apartan. Esto implica que desde el mismo momento en que los pederastas son denominados como tal, han de ser considerados como un *otro*, es decir, una persona que de uno u otro modo habita infiltrado entre la sociedad «normal» pero que desde luego nada comparte con ella.

El *otro* se convierte en un «*monstruo más allá de la comprensión, presocializado, diabólico y elusivo*»²⁶. Se establece por tanto una relación directamente proporcional entre la desfiguración que recibe el delincuente y la gravedad del caso que pretendemos condenar. A mayor gravedad del suceso, mayor será el interés por dejar patente que el delincuente es un monstruo, un sujeto ajeno a la moralidad general de la comunidad. En lo que a la construcción de la ajenidad se refiere, reviste gran importancia la utilización del lenguaje que se realiza cuando se tratan este tipo de temas. En relación a esto se ha de destacar que la referencia al uso que los *mass-media* realizan de la información que reciben y transmiten resulta determinante en el proceso de construcción de alteridades²⁷. En palabras de DEMLEITNER: «*el proceso de moldear y conformar los temas (de política criminal) está conducido por aquellos actores que han conseguido acceso al poder político y a los medios de comunicación*»²⁸. Y más específicamente respecto de la construcción de alteridades en casos de agresores sexuales a menores exponía: «*publicitando repulsivos actos sexuales contra los niños, los medios han creado la demanda y la aparente necesidad de incrementar el control frente a los delincuentes sexuales*»²⁹.

Esta tendencia puede ser refrendada empíricamente a través de un sencillo análisis cuantitativo³⁰. Durante la década de los años 80 no hubo ni una sola noticia en los medios de comunicación que incluyese la palabra *sexual predator*, en el año 1995 hubo 453, en el año 1999 la cifra ascendió a 2227 hasta situarse en un total de 5006 en el año 2006³¹. Esto sucede al tiempo que las cifras oficiales nos muestran como el número de delitos sexuales contra menores para el mismo período sufre un comportamiento inverso, pasando de una ratio de 2.3 abusos por cada 1000 niños en 1991 a una de 1.2 en 2003³². A pesar de que el mecanismo que produce la interrelación entre medios de comunicación y opinión social resulta una cuestión controvertida³³, el 81% de los encuestados en Estados Unidos afirmaron que su percepción del delito como problema social se construía con base en las informaciones recibidas por parte de los medios de comunicación³⁴. A pesar de que estar analizando esta situación para el contexto estadounidense se ha

²⁶ Cfr. MARGULIES, J. «Deviance, risk and law» en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2011, 101, pp. 752 y ss.

²⁷ Vid. MEYER, A. *The child at risk: paedophiles, media responses and public opinion*, Manchester: Manchester university press, 2007, pp. 69-106.

²⁸ Cfr. DEMLEITNER, N. V. «First peoples, first principles: the sentencing comission's obligation to reject false images of criminal offenders» en *Iowa Law Review*, 2002, 87, p. 569.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Este análisis toma sus datos de las experiencias y realidades estadounidenses.

³¹ Cit. ROBERTS, J.V.; STALANS, L. J.; ÍNDERMAUR, D. y HOUGH, M. *Penal populism and public opinion*, Oxford: Oxford University press, 2003, p. 132.

³² Vid. HOROWITZ, E. «Growing media and legal attention to sex offenders: more safety or more injustice?» en *Journal of the institute of justice an international studies*, 2007, 7, p. 146.

³³ Acerca de esta polémica vid por todos. THOMPSON, A. C. «From sound bites to sound policy: reclaiming the high ground in criminal justice policy-making» en *Fordham urban law journal*, 2011, 38, pp. 789 y ss.

³⁴ BEALE, S. S. «The news media's influence on Criminal Justice policy: how market-driven news promotes punitiveness?», en *William and Mary Law Review*, 2006, 48, p. 441.

de destacar que esta es una tendencia de carácter global que en el contexto español se reproduce de un modo similar³⁵.

Esta sobreexposición a noticias sobre delincuencia supone a su vez una sobredimensión del peligro, y del miedo, en la ciudadanía³⁶. Estas percepciones sociales se ven, en gran medida, acrecentadas, como se ha destacado *supra*, debido al tratamiento que de la figura de estos individuos se realice desde los medios de comunicación. El proceso de construcción de alteridades va a implicar posicionar al *otro* como un ser malvado³⁷, patológicamente perverso³⁸ y con una capacidad extraordinaria para el trazado de meticulosos planes, fruto de su artera naturaleza volcada íntegramente en la realización del mal³⁹. Análogamente al tratamiento mediático que se hace en relación a su descripción, también se produce el mismo tipo de discurso respecto de sus modos de actuación y comportamiento⁴⁰. La concepción respecto a estos actos es tan sumamente reprochable que en un primer momento se *animalizan* como modo de distanciamiento respecto de la ortodoxia ética. Tanto es así que resulta frecuente que se utilicen verbos propios de conductas animales, como depredar o abalanzarse, para describir acciones realizadas por este tipo de delincuente⁴¹. No obstante, si esta medida se estimase como insuficiente, se avanzaría en la escala de la alteridad hacia un discurso más excluyente marcado por la tendencia a la *monstruización*.

Todo este operativo discursivo tiene como estrategia percutir desde múltiples flancos a fin de conseguir un fin compartido, el posicionamiento del infractor como *otro* no sólo con respecto a la comunidad, sino incluso respecto del resto de la humanidad.

En esta misma línea de creación de alteridades se sitúa GARLAND cuando desarrolla su teoría de la «*Criminología del otro*» como contraposición a la «*Criminología del sí mismo*»⁴². La Criminología del otro presenta un carácter estigmatizante y deshumanizador, ya que a través del populismo punitivo se pretende hacer caer todo el peso del Estado sobre los sujetos que se consideren dentro de esta categoría, determinando su inclusión en ella el tipo de delito cometido. Bajo su amparo, se justifica el trato desigual con respecto al resto de la sociedad⁴³. Por tanto, tal y como dice su propia denominación, estas medidas serán de aplicación para «*el desafiado atemorizante, el extraño amenazante, el resentido y excluido*»⁴⁴. A través de este tipo de actuaciones se pretende tejer redes de unión entre la ciudadanía a fin de luchar contra aquellos individuos a los que se considera y trata conscientemente como a extraños. La reacción que una sociedad debe de articular contra los delincuentes que son «*simplemente malvados*»⁴⁵ es la

³⁵ Vid por todos. Díez RIPOLLÉS, J. L. y GARCÍA ESPAÑA, E. (dirs.). *Encuesta a víctimas en España*, Málaga: Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, 2009; GARCÍA ARÁN, M. y BOTELLA CORRAL, J. *Malas noticias: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

³⁶ Vid. ESCHHOLZ, S. «The media and fear of crime: a survey of the research», *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, 1997, 9, pp. 37 y ss.

³⁷ Vid. MEYER, A. *The child at risk*, p. 69.

³⁸ *Ibid.*, p. 74.

³⁹ *Ibid.*, p. 84.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 81.

⁴¹ *Ibid.*, p. 72.

⁴² Vid. GARLAND, D. *La Cultura del Control*, Barcelona: Gedisa, 2005, pp. 231 y ss.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Cfr. GARLAND, D. *La Cultura*, cit., p. 231.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 300.

defensa social, es decir, protegernos de sus acciones y reaccionar contra ellos sin mostrar empatía o preocupación. Por todo ello, la Criminología del otro se imbuje de una serie de valores morales que se toman como absolutos frente a los que sólo cabe la opción del acatamiento; cualquier otra postura implica un posicionamiento explícito o implícito en contra. Los medios de los que se sirve el Estado para articular la puesta en práctica de la Criminología del otro adquieren un carácter de «combate», ya que se asume una postura en virtud de la que las instituciones están enfrentando una ofensa realizada por un individuo ajeno a ellas.

El proceso de construcción de alteridades siempre va acompañado de una necesidad de mitificación del *otro* en tanto que ensalzamiento de sus cualidades y atributos. De ese modo se construye la figura de un rival a la altura de la sociedad que lo combate y del castigo que le espera. La construcción del *otro* no deja de ser una definición de un *nosotros* realizada por diferenciación, de ahí que cuanto más relevante sea el enemigo, más elevada será nuestra propia sociedad. Es decir, aunque este individuo/grupo se asuma como un otro, tuvo que desarrollarse en medio de nuestro entorno, por lo que se puede deducir que esa elevación fue conseguida de la interacción con *nosotros*, independientemente de que luego su camino se alejase del propuesto por la sociedad. Por todo ello, en ese ejercicio de construcción del *otro* como enemigo a batir, se va a intentar resaltar su capacidad para ocasionar el mal, valiéndose de todo tipo de estrategias y planes que sirvan para llegar al fin delictivo perseguido. Otro motivo para realizar una demonización tan profunda, parte de que cuanto más malvado y diferente a *nosotros* sea la persona que se va a juzgar, más sencillo va a resultar romper vínculos de empatía para con él durante el proceso de castigo simplificando el proceso y favoreciendo la consecución de los fines sociales propuestos.

III. EL PÁNICO MORAL COMO GENERADOR DE ESCENARIOS MITOLÓGICOS

La construcción del monstruo como chivo expiatorio viene precedida, en la mayor parte de las ocasiones, por la realización de un acontecimiento que sobresalta a la comunidad en la que se produce. Este suceso genera un estado de agitación en la comunidad que ha sido denominado por parte de la doctrina como pánico moral⁴⁶.

El pánico moral se ha de entender como el sentimiento compartido por un grupo de miembros de una sociedad, los cuales consideran que el comportamiento y actitudes de una serie de individuos, considerados como enemigos, ponen en riesgo la sociedad y el orden moral imperante, siendo obligatorio articular una respuesta acorde, en aras de desactivar estos peligros⁴⁷. A la vista de lo anterior, se puede apreciar cómo el pánico moral es un sentimiento colectivo que emerge a raíz de un momento y una ocasión muy determinados y que demanda soluciones rápidas y severas conforme a la gravedad de los hechos acaecidos⁴⁸. La reacción se plantea como un *contraataque* que aspira a paliar los excesos producidos por el acontecimiento inicial, ya que

⁴⁶ El primer autor que comenzó a utilizar esta denominación en sus trabajos fue Stanley Cohen. Vid. GOODE, E. y BEN-YEHUDA, N. *Moral Panics. The social construction of deviance*, Oxford: Blackwell Publishers, 1994, cit., p. 23. La referencia original al trabajo de Cohen, vid. COHEN, S. *Folks Devils and Moral Panics: The creation of the Mods and Rockers*, London: MacGibbon & Kee, 1972.

⁴⁷ Vid. GOODE, E. y BEN-YEHUDA, N. *Moral Panics*, cit., p. 31.

⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 31-32.

mientras aquella no se haya producido la comunidad en general, y su orden moral en particular, se encuentran amenazados y/o están a la espera de una reacción de venganza.

Los indicadores válidos para detectar la existencia de una situación de pánico moral responden a una estructura de carácter secuencial⁴⁹. En primera instancia se genera un sentimiento de preocupación respecto de lo acontecido. Estos recelos irán aumentando tanto en términos de preocupación como en el alcance de los individuos a los que afecte, hasta el punto de crear una situación de consternación respecto de lo acaecido. De este modo se forma un consenso social respecto a la existencia de un daño, su gravedad, la localización de los causantes y el ánimo/necesidad de restitución a la situación anterior, que se toma como ideal o, cuanto menos, más deseable que la actual. A partir de este momento comienzan a suscitarse las primeras voces que claman por respuestas hostiles hacia el grupo/individuo causante de la situación. Estas *demandas populares* serán tanto más intensas en función del tiempo y la intensidad que medie entre su materialización pública y el momento de ofrecer una respuesta. Otra característica inmanente a estos procesos reside en que el grupo humano que recibe el daño es siempre mucho mayor, tanto en tamaño como en poder, al causante. Por lo tanto la proporcionalidad entre ambas acciones ni va a ser ponderada, ni pretende serlo. El objetivo buscado con esta reacción ha de ser el de paliar el daño sufrido, pero al mismo tiempo su función también pretende ser ejemplarizante, a fin de evitar situaciones miméticas posteriores. Esta desproporción se asume como una circunstancia natural y obligada por las circunstancias, de ahí que en cierto modo la sociedad se comporte como un sujeto «inocente» que actúa en legítima defensa para repeler un ataque sufrido.

Finalmente, GOODE y BEN-YEHUDA identifican una última característica propia del pánico moral, la volatilidad⁵⁰. Su aparición se puede producir de manera *espontánea y disruptiva* como consecuencia de unos hechos también imprevistos. El devenir del pánico moral puede desaparecer de la escena pública de un modo igual de efímero que el hecho que marcó su nacimiento. No obstante, y aún asumiendo esta volatilidad como algo consustancial al pánico moral, el proceso de extender los efectos del pánico moral a largo plazo conforma un panorama harto complejo. Se compara esta situación con la que tienen que afrontar proyectos políticos en los que la figura de su líder resulta hegemónica, hasta el punto de que esta se funde indisolublemente con la ventura del proyecto, como por ejemplo sucedería el caso de personas como Hugo Chávez, Malcolm X o Martin Luther King. En estos casos, las medidas a tomar para que, una vez que el líder desaparece de escena, la potencia y el interés social del movimiento no sólo no decaigan, sino que puedan incrementarse revisten gran complejidad⁵¹.

En lo que al pánico moral respecta, esta inestabilidad se puede neutralizar a través de normas que incorporen medidas que mantengan vivo este espíritu, a pesar de que el suceso que lo creó haya desaparecido. Las normas, dada su vocación de estabilidad y permanencia, son un modo efectivo de sensibilización, en virtud del cual se puede alcanzar la institucionalización de este estado *catártico*, para incorporarlo no sólo a la agenda político-institucional sino también a la vida cotidiana. No obstante, la incorporación del pánico moral al inconsciente colectivo se puede realizar también a través de métodos no institucionales. Una vez que el pánico moral aparece en una sociedad, este fenómeno agita de tal modo la sociedad que aunque la causa que

⁴⁹ Vid. GOODE, E. y BEN-YEHUDA, N. *Moral Panics*, cit., pp. 33-41.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 38-41.

⁵¹ *Ibid.*, p. 224.

lo propició así como su reacción desapareciesen, se generaría un poso ideológico imborrable. Por todo ello, los episodios de pánico moral pueden ser más o menos potentes y dilatados en el tiempo, lo que no implica que una vez que desaparezcan de la primera línea de preocupación su influencia se borre por completo. De este modo, las causas que provocan un determinado escenario de pánico moral pueden desaparecer de la escena pública durante un tiempo determinado y permanecer aletargadas, pero si se dan los condicionantes originales, el pánico moral vuelve a aparecer con la misma fuerza que en su estallido original. Por todo esto, se puede concluir que el estallido de pánicos morales puede llegar a conseguir cambios sociales de entidad, dada la fuerza transformadora de la que gozan, y su capacidad de inserción en el imaginario colectivo⁵².

IV. EL PAPEL DEL DERECHO PENAL

Una vez destacado todo lo anterior podría surgir la siguiente pregunta: ¿Es precisa la intervención del Derecho Penal? Y en caso de serlo, ¿Por qué? ¿Qué función desarrolla? Actualmente ya se da por supuesta la intervención del Derecho Penal y de todo el catálogo de instituciones derivadas en cualquier tipo de proceso. No obstante, el Derecho Penal no es una realidad consustancial a la naturaleza social, sino más bien un constructo posterior a ésta que en la actualidad se tiene por asumido sin prerrogativas.

La función que en un primer momento y de manera más intuitiva aparece al pensar en Derecho Penal, consiste en el castigo de conductas consideradas como desviadas respecto del patrón de comportamiento marcado como óptimo para la comunidad. No obstante, si la función única y exclusiva del Derecho Penal en general, y de la pena en particular, reside en el castigo de conductas indeseables, el fin del Derecho Penal sería puramente retributivo⁵³. En contraposición a esto cierta línea doctrinal considera que tanto el delito en general, como ciertos tipos en particular, son consustanciales a la realidad social que en algunos supuestos pueden incluso llegar a resultar hasta positivos⁵⁴.

Por tanto, si la eliminación total del delito no es el fin único y último del Derecho Penal, ¿Qué otros objetivos puede llegar a perseguir? Para la realización de este punto se han de seguir los desarrollos de FERRAJOLI, que considera que los fines del Derecho Penal son varios. Por un lado, y coincidiendo con lo expuesto hasta el momento, proteger a la sociedad de la conducta de los desviados pero, por otro lado, también ha de proteger a los desviados de las reacciones desproporcionadas que sobre ellos puedan recaer⁵⁵. Esta idea puede resumirse de modo que, el Derecho Penal es visto como «*la ley del más débil*»⁵⁶. A través de esta denominación se engloban ambas realidades, ya que existe una desigualdad en la fuerza de las partes tanto en la realización de un delito como en el pretendido ejercicio de venganza por parte de la sociedad. En ambos casos, el ejercicio de la violencia se realiza asumiendo las prerrogativas que la parte ejecutora estima

⁵² Vid. GOODE, E. y BEN-YEHUDA, N. *Moral Panics*, cit., pp. 226 y ss.

⁵³ Sobre este punto son de gran interés las reflexiones que Luigi Ferrajoli a la sazón expone. Vid. FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Trotta, 1995, p. 332

⁵⁴ En esta línea se puede citar los desarrollos de Durkheim, el cual consideraba que ciertas tasas de delincuencia son consustanciales a la convivencia social. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 716 y ss.

⁵⁵ Vid. FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*, cit., pp. 332 y ss.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 335.

unilateralmente como válidas, lo que implica un ejercicio violento y desproporcionado en el que prevalece en todo caso la razón de la fuerza sobre todo lo demás. Por todo ello, y para evitar esta situación de desequilibrio el derecho penal tiene que pretender alcanzar: «*El máximo bienestar posible de los no desviados así como también el mínimo malestar necesario de los desviados*⁵⁷».

Para ello, históricamente el Derecho Penal hubo de erigirse como la institución que expropia la violencia privada/venganza como método de gestión de conflictos. De este modo, el Derecho Penal es capaz de introducir una serie de figuras entre el delincuente y el ofendido con el fin de canalizar las pulsiones de venganza y castigo de un modo más racional y proporcionado. El juez⁵⁸ como interviniente indirecto en el proceso no va a estar influenciado por la pasión derivada de los hechos, ni por sentimientos vinculados a la conducta lesiva, por lo que sus actuaciones están auspiciadas por la fuerza de la razón en lugar de por la razón de la fuerza.

La procedencia de este grupo de figuras e instituciones posee cierta raíz hobbesiana en tanto que llevan a cabo la expropiación de la «guerra del todos contra todos» a fin de canalizar de un modo más «civilizado» los posibles conflictos que pudiesen surgir como fruto de la interacción social. Por ello, en este punto se podrían plantear de nuevo las preguntas con las que se abrió este apartado. ¿Es precisa la intervención del Derecho Penal? Y en caso de serla ¿Por qué? ¿Qué función desarrolla? A juicio de FERRAJOLI la existencia del Derecho Penal se podría considerar como un «*mal menor*», necesario para orquestar una convivencia social más pacífica y ordenada, puesto que de otro modo, mientras los valores ético-morales imperantes en la sociedad se mantengan como válidos, la razón del más fuerte se impondrá siempre, independientemente de su procedencia ética o racional.

BIBLIOGRAFÍA

- ADLER, A. «The perverse law of Child pornography» en *Columbia Law Review*, 2001, 101, pp. 209 y ss.
- BEALE, S. S. «The news media's influence on Criminal Justice policy: how market-driven news promotes punitiveness?» en *William and Mary Law Review*, 2006, 48, pp. 397 y ss.
- BERIAIN, J. *El sujeto transgresor (y transgredido)*, Barcelona: Anthropos editorial, 2011.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A. *Sistema penal y control de los migrantes: gramática del migrante como infractor penal*, Granada: Editorial Comares, 2011.
- COHEN, S. *Folks Devils and Moral Panics: The creation of the Mods and Rockers*, London: MacGibbon & Kee, 1972.
- COHN-SHERBOK, D. *Breve Enciclopedia del Judaísmo*, Madrid: Ediciones Itsmo, 2003.
- DEMLEITNER, N. V. «First peoples, first principles: the sentencing commission's obligation to reject false images of criminal offenders» en *Iowa Law Review*, 2002, 87, pp. 563 y ss.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y GARCÍA ESPAÑA, E. (dirs.). *Encuesta a víctimas en España*, Málaga, Instituto andaluz interuniversitario de Criminología, 2009.
- DOUARD, J. «Sexual offender as scapegoat» en *New York Law School Law Review*, 2009, 53, pp. 31 y ss.

⁵⁷ Cfr. FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*, cit., p. 332.

⁵⁸ Por motivos de concreción se utiliza la palabra Juez como representante de todas las figuras e instituciones que forman parte del sistema judicial y que al igual que éste cumplen funciones jurisdiccionales.

- DURKHEIM, E. *De la division du travail social: étude sur l'organisation des sociétés supérieures*, Paris: Alcan, 1893.
- . *Les Règles de la méthode sociologique*, Paris: Alcan, 1895.
 - . «Deux Lois de l'évolution pénale.» en *Année sociologique* 4: Paris, 1901, pp. 65-95.
 - . *Les Formes élémentaires de la vie religieuse: le système totémique en Australie*, Paris: Alcan, 1912.
 - . *L'Éducation morale*, Paris: Alcan, 1925.
 - . «Leçons de sociologie: physique des moeurs et du droit en Istanbul: L'Université d'Istanbul» en *Publications de l'Université Faculté de Droit* 1950, 3 Paris: Presses Universitaires de France.
- ESCHHOLZ, S. «The media and fear of crime: a survey of the research», en *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, 1997, 9, pp. 37 y ss.
- FOUCAULT, M. *La historia de la sexualidad. I. La Voluntad de saber*, Madrid: Siglo XXI, 1987.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid: Trotta, 1995.
- GARCÍA ARÁN, M. y BOTELLA CORRAL, J. *Malas noticias: medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Tratado de Criminología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- GARLAND, D. *La Cultura del Control*, Barcelona: Gedisa, 2005.
- . «Punishment and social solidarity» en SPARKS, R./SIMON J. (eds.). *The Sage handbook of Punishment and Society*, London: Sage Publications, 2013.
- GIRARD, R. *La violencia y lo sagrado*, Barcelona: Anagrama, 1998.
- . *Chivo expiatorio*, Barcelona: Anagrama, 2002.
 - . *El Sacrificio*, Madrid: Ediciones Encuentro, 2012.
- GOODE, E. y BEN-YEHUDA, N. *Moral Panics. The social construction of deviance*, Oxford: Blackwell Publishers, 1994.
- GRAVES, R. y PATAI, R. *Los mitos hebreos*, Madrid: Alianza Editorial, 2004.
- HACKING, I. «Risk and dirt» en ERICSON, R. y DOYLE, A. (eds.). *Risk and morality*, Toronto: Toronto University Press, 2003.
- HOROWITZ, E. «Growing media and legal attention to sex offenders: more safety or more injustice?» en *Journal of the institute of justice an international studies*, 2007, 7, pp. 143 y ss.
- KENNEDY, J. E. «Monstrous offenders and the search for solidarity through modern punishment, en *Hastings Law Journal*, 2000, 51, pp. 829 y ss.
- KIPNIS, L. *Bound and gagged: pornography and the politics of fantasy in America*, New York: Grove Press, 1996.
- LLANO, A. *Deseo, violencia, sacrificio*, Pamplona: EUNSA, 2004.
- MARGULIES, J. «Deviance, risk and law» en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2011, 101, pp. 752 y ss.
- MEYER, A. *The child at risk: paedophiles, media responses and public opinion*, Manchester: Manchester university press, 2007.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A. «Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2012, 8, pp. 195-227.
- ROBERTS, J. V.; STALANS, L.J.; INDERMAUR, D. y HOUGH, M. *Penal populism and public opinion*, Oxford: Oxford University press, 2003.
- THOMPSON, A. C. «From sound bites to sound policy: reclaiming the high ground in criminal justice policy-making» en *Fordham urban law journal*, 2011, 38, pp. 789 y ss.

La Justicia Restaurativa en el delito de hurto: reflexiones político-criminales para un modelo brasileño

ÍLISON DIAS DOS SANTOS (Brasil)

Investigador Máster, Universidad de Salamanca, España

RESUMEN: Este artículo presenta a la Justicia Restaurativa como un modelo de justicia penal idóneo y adecuado al tratamiento del delito del hurto dentro de la realidad jurídico-penal brasileña. Con base en las características criminológicas de este delito, íntimamente relacionadas con el contexto social del país, se plantea el modelo restaurativo como un nuevo paradigma alternativo dentro del Derecho Penal de garantías. También se reflexiona acerca del Proyecto de Ley sobre Justicia Restaurativa y acerca del papel de la Universidad en la discusión e implementación de este modelo que permitiría minimizar las consecuencias sociales adversas que hoy genera el tratamiento penal del hurto en Brasil.

Palabras clave: Justicia restaurativa; Derecho penal; Hurto; Universidad; Brasil.

ABSTRACT: This paper introduces Restorative Justice as an appropriate model of criminal justice in order to deal with theft in Brazilian criminal law. Based on the criminological features of this criminal offence, so closely related to the Country's social context, this model is set out as a new and alternative paradigm within the framework of criminal law guarantees. It is also included a brief review on the Restorative Justice Draft Law and the role of the University both in the debate and implementation of Restorative Justice in Brazil.

Key words: Restorative justice; penal law; Theft; University; Brazil.

SUMARIO: I. Introducción. II. La justicia restaurativa como un nuevo paradigma jurídico-penal. III. El derecho penal brasileño y el delito de hurto: fundamento para una justicia restaurativa. IV. El Proyecto de Ley 7006 de 2006: la justicia restaurativa a escala nacional. V. La universidad brasileña y la formación en justicia restaurativa. VI. Epílogo.

I. INTRODUCCIÓN

Existe prácticamente consenso entre los estudiosos de la ciencia jurídico-penal que el modelo de justicia penal tradicional experimenta, de manera cada vez más acuciada, una crisis de legitimidad. Ésta se materializa en el creciente déficit de confianza de la comunidad hacia el Estado, sus instituciones y el ordenamiento jurídico.

Una muestra palmaria de la actual crisis del Derecho Penal y de su modelo tradicional de justicia es el fracaso del sistema penitenciario contemporáneo que, contrariamente a lo que debería, supone más bien la pérdida de la posibilidad de una recuperación social para del condenado. En este mismo sentido lo expresa OCCHETTA¹, quien sostiene que «la situación en que se encuentra nuestro sistema carcelario es la consecuencia más evidente de un modelo de justicia en crisis».

Entendiendo que las justificaciones de la pena pueden ser comprendidas conceptualmente –con base en la nomenclatura de FERRAJOLI²– bien como fines (en un plano normativo) o bien como funciones (en un plano descriptivo), estas justificaciones son en realidad bastante cuestionables desde una perspectiva práctico-social. La razón es que ellas son construcciones dogmáticas que poco ayudan a acercarnos a un horizonte ideal y lejano, y no pasan de ser un *mito* cuando se refieren a la resocialización; como nos enseña MUÑOZ CONDE³.

Sin embargo, como dijera LISZT, el Derecho Penal sigue siendo un mal necesario en una sociedad de seres imperfectos. Por eso, aunque no nos es dado prescindir de él en su sentido de control social formal, sí es necesario buscar alternativas que puedan ser más adecuadas a la realidad actual y a la realización de los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho. Es decir, buscar una suerte de concreción en normas de un Derecho Penal orientado a los fines de la realidad social. Tal es el objetivo que se trazan las tesis defendidas por el profesor ROXIN⁴.

II. LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO-PENAL

En este escenario crítico y reflexivo surge la Justicia Restaurativa, ella puede ser vista como un *nuevo paradigma* de justicia penal en la medida en que conforma una suerte de racionalizaciones que modifican el punto de vista desde el que se abordan los problemas jurídico-penales. La filosofía restaurativa se distingue de aquella que alienta al modelo actual primordialmente porque para ella el crimen es, antes que todo, una actitud contra las personas y contra las relaciones entre ellas⁵. Es por esto que propone todo un plan para rescatar la importancia perdida de la

¹ OCCHETTA, Francesco. «*La giustizia riparativa. Verso una nuova idea della pena*», en *La Civiltà Cattolica*, 2010, p. 213.

² FERRAJOLI, Luigi. «*El Derecho Penal mínimo*», *Revista Política Criminal*, n.º 0, 1986, pp. 25-47.

³ MUÑOZ CONDE, Francisco. «*La reparación del delincuente. Análisis y crítica de un mito*», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 7, 1979, p. 72.

⁴ «La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado Social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica». ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal* (traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde), Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 41.

⁵ CARIO, Robert. «*Les perspectives de la justice restaurative*», en *Problemes Politiques et Sociaux*, 2007, n.º 943: 113-116, p. 114.

víctima en el tratamiento de la cuestión penal. Pero este rescate no puede caer en el mero ánimo vindicativo; es decir, que no puede convertirse en una venganza sin limitaciones y sin garantías, como ocurría en el viejo «derecho penal de lágrimas y sangre» del que nos habla MUÑOZ CONDE⁶. Más bien ha de basarse en el ánimo de brindar la oportunidad de restablecer –al menos– la dignidad perdida a través de, por ejemplo, un proceso de mediación autor-víctima-comunidad.

Es necesario precisar que la Justicia Restaurativa nada tiene que ver con el *modus operandi* de aquellas épocas en que el Derecho era eminentemente privado y la respuesta a los hechos delictivos llegaba a través de medidas de fuerza. Medidas autoritarias y vengativas, típicas de la tradición romana y heredada de concepciones arcaicas como la hebrea *Ley del Talión*. Tampoco se busca con esta propuesta de Justicia Restaurativa abrazar los postulados de garantías consagrados en la Revolución Francesa y que son el hito de las construcciones conceptuales del Estado moderno, tales como el principio limitador del *ius puniendi* estatal, el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad y sus incontables e imprescindibles derivaciones de garantías. Esta reflexión intelectual sobre la Justicia Restaurativa se sitúa más bien dentro del espectro del *derecho penal de garantías*, a fin de generar un tratamiento socio-jurídico adecuado de un delito con implicaciones socio-económicas tan significativas como lo es el hurto.

Por esa razón, desde aquí abogo por una Justicia Restaurativa que sea facultativa para las partes, y que esté acompañada muy de cerca por el juez investido constitucionalmente. Éste, por su parte, debe limitar los ámbitos de actuación de la víctima y el ofensor, guiar los procesos y los acuerdos alcanzados, y aplicar al caso concreto soluciones que nos acerquen poco a poco a la restauración social de situaciones en las que se ha roto el imperativo de la Justicia.

Por eso es que el modelo restaurativo puede comprenderse como un «nuevo paradigma», pues es una propuesta elaborada desde el ámbito teórico que se proyecta hacia el campo práctico para la fijación de unos parámetros claros que lo conviertan en una alternativa adecuada para el tratamiento de ciertos fenómenos delictivos. En palabras de ZEHR⁷, este modelo «incluye la participación de la víctima, del ofensor y de la comunidad en busca de soluciones que promuevan reparar y reconciliar».

De lo anterior se puede colegir la estrecha relación existente entre la Justicia Restaurativa y las ciencias criminológicas, especialmente la Victimología. Y es que al reivindicar el papel de la víctima en el Derecho Penal, tanto en el nivel procedimental formal como en el sustantivo material, esta disciplina ha ejercido una honda influencia en la reconstrucción histórica del fenómeno de la restauración. No menos importante ha sido la Criminología crítica, al aportar el necesario examen crítico del sistema penal y su relación con los sujetos que intervienen en él⁸.

Desde la perspectiva restaurativa se abre la posibilidad real de reparar el daño causado a la víctima por medio de un esfuerzo que debe emprender el ofensor. Según ROXIN⁹, esta

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Prólogo en Viejo y Nuevo Derecho Penal: Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy*. Ignacio Berdugo G. Editor, Madrid, Iustel, 2012, p. II.

⁷ ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale PA: 3ª ed, 2005, p.175.

⁸ GORDILLO SANTANA, Luis. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: Iustel, 2007. Es Santana quien, de manera detenida, aborda la influencia de la victimología en la Justicia Restaurativa, pp. 45-56.

⁹ ROXIN, Claus. «Pena y reparación» en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 52, 1999, pp. 5-16.

perspectiva puede influenciar la actitud social del infractor. El punto es que mediante un proceso restaurativo, que es absolutamente voluntario, él podrá comprender la dimensión del daño que ha generado a la víctima y a la paz social.

A esto ha de sumarse la participación –siempre que ello sea posible– de la comunidad en el proceso restaurativo. Ella contribuye a que el ofensor sea nuevamente aceptado como miembro del colectivo, en la medida en que este mismo colectivo hace parte activa del proceso de pacificación social. De tal modo, aumentan las posibilidades de comprender un poco más a fondo las causas que llevan al infractor a transgredir los límites de la ley penal. Adicionalmente, esta implicación de la comunidad puede significar que eventualmente –y dentro del marco legal– se le exima de las consecuencias discriminatorias que vienen aparejadas con la prisión.

III. EL DERECHO PENAL BRASILEÑO Y EL DELITO DE HURTO: FUNDAMENTO PARA UNA JUSTICIA RESTAURATIVA

Uno de los factores de la actual crisis de legitimidad de la justicia penal es que ésta se presenta ante los ciudadanos de manera selectiva, es decir, en función de factores socio-económicos propios de los sujetos afectados. En este sentido, la Justicia Restaurativa, en el delito de hurto, puede contribuir a –por lo menos– disminuir tal selectividad basada en las características criminológicas de este ilícito.

Considero, entonces, que el delito de hurto es un tipo penal adecuado para articular esta propuesta de Justicia Restaurativa para el caso brasileño, ya que este pertenece al grupo de delitos contra el patrimonio, lo que permite que sea más claro el análisis de los diferentes aspectos de una restauración de índole patrimonial.

Ahora bien, el fenómeno del direccionamiento de la norma penal de modo selectivo de acuerdo a la clase social –o «etiquetamiento» en palabras de BARATTA¹⁰– se ofrece todavía más gravoso en el hurto. Y es que estamos frente a un delito que protege bienes jurídicos de índole patrimonial en una sociedad con profundas inequidades en la distribución de los recursos socio-económicos. La escandalosa desigualdad en la distribución de la riqueza en Brasil tiene un correlato directo en el ámbito cultural y racial en una sociedad históricamente marcada por una intensa segregación basada en estos factores.

De acuerdo con los datos estadísticos del Departamento Penitenciario Nacional (DEPEN)¹¹ las personas que incurrían en este tipo de ilícito penal comparten características muy particulares. Vistos desde el punto de vista criminológico, y especialmente desde los planteamientos críticos (comprendiendo como crítica toda la Criminología que cuestiona la centralidad del sujeto en la explicación de la desviación de la conducta, desplazándola al sistema penal), estos datos nos muestran algunas dimensiones de la importancia de este fenómeno y la necesidad de buscar alternativas para su tratamiento político-criminal.

¹⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia critica e critica del diritto penale: introduzione alla sociologia giuridico-penale*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1982, p. 87.

¹¹ Disponible en la siguiente página web: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B622166%D2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7B2627128E-D69E45C68198CAE-6815E88D>>. Acceso en 16 de marzo de 2015.

Según el DEPEN, el hurto representa el 14% de la población carcelaria (levantamiento del año 2011), porcentaje que le ubica en el cuarto lugar entre los delitos que más castiga la justicia brasileña con penas de prisión, incluso más que aquellos delitos que envuelven violencia y grave amenaza a la integridad física, como es el caso del homicidio que representa el 12% de los encarcelados.

Estos datos deben ser valorados dentro del contexto de la realidad carcelaria de Brasil que, en términos generales, es también extremadamente selectiva de su clientela. Así por ejemplo, el 60% de los presos son pertenecientes a la etnia negra, históricamente marginada en la vida socio-cultural del país, y con la contribución del sistema penal esta marginalización no ha hecho más que crecer. También el grado de escolaridad también revela el momento del sistema carcelario brasileño: 18% de los que ingresan en las prisiones son analfabetos, 59% cuenta tan solo con la enseñanza básica, el 18% con el bachillerato, y solamente 1% ha alcanzado el nivel superior de estudios.

Estos datos estatales representan la dimensión cuantitativa de una realidad sociológica latente. Desde el punto de vista de la micro o macro sociología es evidente que estos factores empíricos son determinantes de propiedades sociales relevantes. Detrás de las cifras, estadísticas y porcentajes el profesional con formación humanista y sociológica puede descubrir la realidad: el alto grado de selectividad y mantenimiento del *status quo* que presenta el sistema penal brasileño en la práctica, y especialmente en lo que tiene que ver con los delitos de hurto.

Esto hace de este delito un campo fecundo para la práctica de los fundamentos de la Justicia Restaurativa como un intento por contribuir al cambio del tratamiento de los fenómenos delictivos. Desde la óptica del modelo de la restauración se pueden dar respuestas más adecuadas a las funciones que debe cumplir el Derecho Penal. Aún hoy siguen siendo tristemente actuales y oportunas las palabras de BARATTA¹² cuando dijera que el Derecho Penal tiende a privilegiar los intereses de las clases dominantes y a inmunizar del proceso de criminalización comportamientos socialmente dañosos típicos de los individuos pertenecientes a ellas.

Por todas esas razones, esta propuesta de Justicia Restaurativa para los delitos de hurto en el ordenamiento brasileño presenta un gran interés de cara a ofrecer una alternativa a la concepción tradicional del Derecho Penal, contribuyendo a que el ejercicio del *ius puniendi* sea cada vez más mínimo, pero sin desatender por ello las garantías del Estado Democrático de Derecho consagradas en el art. 1 de nuestra festejada Constitución Política de 1988.

IV. EL PROYECTO DE LEY 7006 DE 2006: LA JUSTICIA RESTAURATIVA A ESCALA NACIONAL

Este proyecto de ley de iniciativa legislativa reviste considerable importancia en el campo de la Justicia Restaurativa en Brasil. Se trató de la primera y única iniciativa de este género que ha tramitado la Cámara de los Diputados. Ella debería llegar al Senado en algún momento, pero aún no se ha dado la voluntad política para que se convierta en Ley del Estado Federal.

¹² BARATTA, Alessandro. *Op. cit.*, 1982, p. 165.

Aunque es claro que esta iniciativa representa un avance importante en la materia, considero que es importante hacer ciertas observaciones críticas al texto, pues estoy convencido de que ellas son importantes para una adecuada implantación del modelo a través de una norma de aplicación nacional.

Para empezar, no creo que la Justicia Restaurativa deba ser aplicada en todos los tipos penales. Existen algunas características que nos indican si un delito es o no adecuado para las prácticas restaurativas. Esas características –a las que llamo *criminológicas*– dependen de una amplia gama de circunstancias sólo identificables desde un estudio interdisciplinario de las realidades sociológicas, culturales, económicas y políticas de nuestro país. No se puede predicar sin más un carácter general a estas medidas, pues ello requiere investigación seria sobre las características propias de cada ilícito en relación con el contexto social en el que se inserta.

En ese orden de ideas, considero que la práctica restaurativa debe ser desarrollada en *numerus clausus*, ya que algunos delitos –considerados en la realidad brasileña– no serían susceptibles de recibirla por mera incompatibilidad tanto con sus elementos dogmático-penales y como con los elementos que se desprenden de nuestra configuración socio-política.

Por eso, creo que esta iniciativa legislativa no acierta al dejar abierta una espita a infinitud de posibilidades de aplicación¹³. La Justicia Restaurativa más bien tendría que ser la indicación en la ley de delitos específicos, elegidos con base en estudios que al menos se pronuncien acerca de la adecuación de este *modus* de resolución de conflictos jurídico-penales en detrimento de otros usados tradicionalmente.

La opción del proyecto de dejar a discreción de Jueces y Fiscales la elección de los casos que van a los Centros de Justicia Restaurativa no me parece adecuada, especialmente porque estos profesionales no cuentan con la formación interdisciplinaria necesaria para decidir si el caso delictivo es susceptible de ser encausado con el tratamiento restaurativo¹⁴.

A mi parecer, esta elección no se debe basar únicamente en el criterio de profesionales de la justicia –por más sensatos que sean algunos de ellos– sino más bien en un estudio criminológico y dogmático serio, atento a la realidad de cada delito dentro del sistema jurídico y el contexto social brasileños. En un estudio de tal envergadura tendría voz la totalidad de la ciencia del Derecho Penal, destacándose la criminología, especialmente en sus vertientes de la *Criminología crítica* y de la *Victimología de la acción*¹⁵.

¹³ Proyecto de Ley 7006 de 2006: Art. 1 - Esta ley regula el uso opcional y complementario de procedimientos de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal para los delitos y faltas.

¹⁴ Proyecto de Ley sobre 7006 de 2006:

Art. 4 - Cuando presente los requisitos del procedimiento restaurativo, el juez, con la anuencia de la Fiscalía, podrá enviar piezas de información, términos detallados, investigaciones policiales o informaciones de acción penal a los centros de Justicia Restaurativa.

Art. 14 - Se añade al artículo 24 del Decreto Legislativo N.º. 3689, de 3 de octubre de 1941 (Código Penal Brasileño), los párrafos tercero y cuarto, con la siguiente redacción:

3 - El juez podrá, con el consentimiento de la fiscalía, encaminar investigaciones policiales a los centros de justicia restaurativa, cuando víctima y delincuente expresen voluntariamente, la intención de someterse al procedimiento restaurativo.

4 - La fiscalía puede dejar de proponer la acción penal mientras el procedimiento restaurativo está en curso.

¹⁵ QUERALT, Joan. «Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto alternativo de reparación», en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, pp. 145-171.

Este proyecto ha generado gran discusión pues se constituye en un camino de política criminal diferente de aquellos que generalmente han sido promocionados desde el Estado, y puede contribuir a reducir ostensiblemente los costes generales y presupuestos utilizados en la punición de los delitos. Y es que en vez de fomentar una política criminal del castigo, del endurecimiento de penas, de la higienización social y de los elegidos en cada momento como enemigos sociales, la Justicia Restaurativa fomenta un Derecho Penal legítimamente entendido como *ultima ratio*. Éste tiene que ser respetuoso con las garantías de los ciudadanos, pero sin desatender las relaciones que se tejen entre todos los involucrados en los conflictos penales: no solo el trasgresor de la ley penal, sino también la víctima y la comunidad.

Sin embargo, como nos recuerda DONNINI¹⁶, las relaciones políticas poseen su método propio, y en cuanto al tema de la represión de los delitos subsiste la imagen general de un derecho penal exageradamente simbólico y de actuación máxima. Esta imagen, aunque se muestra atractiva desde el punto de vista del debate político-democrático, está cada vez más alejada de una fundamentación científica razonable.

V. LA UNIVERSIDAD BRASILEÑA Y LA FORMACIÓN EN JUSTICIA RESTAURATIVA

La Universidad es una institución plural cuya marca más profunda es, o al menos debería ser, el compromiso social. Su actuación tanto teórica como práctica debe estar siempre orientada a fines que puedan contribuir al buen desarrollo de la sociedad de manera equitativa en pro de la justicia material.

En la sociedad actual, motejada «del conocimiento», los avances científicos, técnicos y tecnológicos, no son más que desarrollos prácticos del conocimiento generado en estas instituciones. Coincido plenamente con las palabras de ALMEIDA-FILHO¹⁷, quien mantenía que la Universidad debe ser una fábrica de cambios sociales basada en la responsabilidad sociopolítica.

Estoy convencido entonces de que, independientemente de la voluntad política que exista, no se puede llevar a cabo un proyecto para la implantación de la Justicia Restaurativa en Brasil sin contar con el concurso de la Universidad, pues es precisamente ésta la institución que más puede contribuir a su desarrollo. Sin embargo, para que ello ocurra, la propia Universidad debe repensar la manera en la que está formando a los profesionales del Derecho, y en este caso del Derecho Penal, ya que los principales centros de estudios jurídico-penales del país son presa de una hegemonía científica y forma de pensar desuetas que no se compadecen con las circunstancias sociales.

Me parece imperioso que esta institución se ocupe, en primer término, de la configuración curricular adaptada a los tiempos que corren. Hoy se siguen implementando modelos lineales de enseñanza iuspenalista alejados de la realidad contemporánea que es, antes que nada, plural y compleja. Esta complejidad y pluralidad hacen necesaria una enseñanza

¹⁶ DONINI, Massimo. «*La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico*» (traducción de Cristina Méndez Rodríguez), en ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán. *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 69-97.

¹⁷ ALMEIDA FILHO, Naomar. *Universidade Nova: textos críticos e esperançosos*. Brasília, DF: Universidade de Brasília, Editora UnB; Salvador, BA: Universidade Federal da Bahia, Editora UFBA, 2007, p. 102.

transdisciplinaria¹⁸, donde los conocimientos no sean simplemente transmitidos en una comunicación unidireccional, sino que sean aprendidos/aprehendidos a través de la interrelación para generar nuevos saberes y nuevas prácticas tanto pedagógicas como de acción social.

La introducción de estudios de criminología y de política criminal en la formación jurídico-penal brasileña se hace cada vez más acuciante. Nuestro sistema penal sigue apesado en la cotidianidad casuística del finalismo, no ha podido desprenderse del casuismo séptico y el legalismo desmedido, basados en la mera repetición y reproducción del conocimiento jurídico-positivo. Con el perdón de mis colegas juristas, esta visión es el producto de una enseñanza universitaria que se circunscribe al meticuloso estudio de los 361 artículos de nuestro Código Penal.

Además de en el diseño curricular y en la metodología pedagógica, donde mayormente reside la necesidad de cambio es en la generación de un compromiso con la investigación. La incipiente producción científica en el campo del Derecho Penal brasileño es una muestra ineludible de que la actual combinación de factores adolece de serias taras. Los estudios universitarios de extensión se presentan de manera tímida, puntual, sin transcendencia ni teórica ni práctica. Es, entonces, en la investigación donde reside la esencia de la Universidad, sin ella la enseñanza es mera reproducción estática de datos sin posibilidad alguna de evolución. Es dentro de la cultura de la investigación que se desvela lo nuevo y se cambia lo ya puesto (o positivado), es a través de ella como se puede salir de los lugares comunes y ofrecer respuestas sociales distintas de las actuales, que han demostrado suficientemente haber perdido su vigencia.

Si se me permite, me aventuraré a decir que, con mucha probabilidad es esa la razón por la cual el ejercicio de la Política Criminal es –las más de las veces– autoritario y apegado a una dogmática que fue importante en su momento, pero que se quedó rezagada ya hace tiempo, y al margen de planteamientos tan fundamentales para la realidad práctico-funcional como los de ROXIN¹⁹, HASSEMER²⁰ o SCHÜNEMANN²¹.

Cambiar ese escenario se nos impone como una tarea urgente a las nuevas generaciones de académicos brasileños. De nosotros depende que sea posible modificar los paradigmas de pensamiento penal y transformar la Universidad en un centro de formación en Justicia Restaurativa. Esta tarea se enmarca dentro del derrotero de integración Universidad/sociedad que

¹⁸ La transdisciplinarietà es un paso más adelante de lo inter y pluridisciplinar en la investigación científica, pues su marca esencial es la «confluencia» de saberes que, por supuesto, no se limita a la recepción de contribuciones de otros campos, otras disciplinas. Va justamente en el sentido de mirar el problema científico con una óptica nueva, construida a partir de esta interacción generada siempre en un proceso de integración entre la investigación y su utilidad social. En este sentido: «Como principio de formas integradoras de investigación, la transdisciplinarietà comprende una familia de métodos para relacionar el conocimiento científico, la experiencia extra-científica y la práctica de la resolución de problemas. Pone énfasis en los procesos del diálogo de saberes, la actitud ética ante el otro como parte esencial de su propio proceso y la inclusión del investigador como uno más de esos *otros*; es decir, basado en la interacción objeto-sujeto de estudio (*investigación acción participativa*)». VVAA. «Barrio, identidad y convivencia», en *Contexto: Revista de la Facultad de Arquitectura Universidad Autónoma de Nuevo León*, n.º. 7, 2013, p. 55.

¹⁹ ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal* (traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde), Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

²⁰ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal* (traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita). Valencia: Tirant lo Blanch.

²¹ SCHÜNEMANN, Bernard. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991.

es fundamento axiológico de esta institución. Sin embargo, esto solo podrá hacerse realidad articulando la investigación en Justicia Restaurativa con las prácticas de pedagógicas y la enseñanza de extensión. Esta articulación es la llave para que la Universidad trascienda los muros de la academia y llegue a la comunidad.

VI. EPÍLOGO

Lo que aquí se propone es que la Justicia Restaurativa es una alternativa adecuada al tratamiento del delito de hurto en la realidad jurídico-social brasileña, bien sea por su concepción integral del fenómeno delictivo (teniendo en cuenta el hecho delictivo, la víctima, el infractor y la comunidad en su dimensión reparadora), o bien porque atiende a los postulados –con frecuencia olvidados en la práctica jurídica brasileña– de un Derecho Penal orientado a fines sociales. Esta es una alternativa funcional, moderada por postulados dogmático-constitucionales y que se muestra atenta a la realidad a la hora de ofrecer respuestas político-criminales.

El Proyecto de Ley 7006/2006 sobre la implantación de la Justicia Restaurativa en escala nacional en Brasil representa un gran avance por abrir el tema para la discusión e incluirlo en la agenda política. Sin embargo, necesita modificaciones y cambios metodológicos, especialmente en lo referido a la delimitación de su aplicabilidad. A mi juicio, la Justicia Restaurativa no puede aplicarse indiscriminadamente a todos los tipos penales, pues tras la tipología penal se deciden aspectos sociales y humanos muy complejos que requieren en estudio individualizado de los delitos dentro del contexto criminológico en el que se desarrollan. Solamente algunos delitos muy específicos poseen las características criminológicas para ser exitosamente resueltos en el campo de la restauración.

Es evidente que, tras casi diez años de tramitación, el proyecto 7006 está en una situación de bloqueo político, pues aún no ha salido de la Cámara de los Diputados, nuestra casa promotora originaria de leyes. Hace falta, entonces, un clima parlamentario favorable en el que se dejen de lado los intereses electoralistas. Y es que la ecuación de obtener votos a cambio de agradar inmediatamente al electorado con la aprobación de leyes populares no es una ecuación apropiada desde el punto de vista dogmático, que es el punto de vista técnico-jurídico que le concede cierto grado de efectividad y legitimidad a la labor del Legislador penal. Sin que se superen tales escollos, el proyecto no se convertirá en Ley a nivel nacional, y si lo consigue, no llegará a cumplir su misión político-criminal.

La reflexión que subyace a toda mi investigación, centrada en el tratamiento del delito de hurto, es que el ordenamiento jurídico-penal brasileño se ha alejado progresivamente de sus fines sociales y desatiende las características especiales que presenta este ilícito en nuestro país. Sin embargo, mi análisis no se concreta en propuestas políticas, sino en propuestas de tipo formativo en el área penal por parte de la Universidad. Y es que la institución universitaria brasileña, por su parte, poco contribuye a la conformación de una ciencia penal orientada por estos fines.

Mi estudio de las características criminológicas del delito hurto arroja como resultado que el modelo de la Justicia Restaurativa sería el adecuado para su tratamiento dentro nuestro marco social. Teniendo en cuenta los fines sociales a los que se debe orientar el ámbito formativo universitario, estoy convencido de que es aquí desde donde mejor se puede contribuir para la implantación de un programa de Justicia Restaurativa en el país. La Universidad es el escenario natural de la transdisciplinariedad, y un programa de estas características sólo puede ser estudiado

y estructurado de manera transdisciplinaria, ya que en él, además del aspecto meramente jurídico, intervienen otros aspectos muy diversos que exigen un análisis transversal de varias disciplinas sociales.

Esta es la manera más próxima que tenemos los estudiosos del Derecho de preparar técnico-jurídicamente el terreno político para un cambio de paradigma de la justicia penal. La presente pretende ser mi pequeña contribución para que la máxima de integración Universidad/sociedad pueda cumplir su papel emancipador en el Brasil de hoy.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA FILHO, Naomar. *Universidade Nova: textos críticos e esperançosos*. Brasília, DF: Universidade de Brasília, Editora UnB; Salvador, BA: Universidade Federal da Bahia, Editora UFBA, 2007.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia critica e critica del diritto penale: introduzione alla sociologia giuridico-penale*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1982.
- CARIO, Robert. «*Les perspectives de la justice restaurative*», en *Problemes Politiques et Sociaux*, 2007, n.º 943: 113-116.
- DONINI, Massimo. «*La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico*» (traducción de Cristina Méndez Rodríguez), en ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán. *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 69-97
- FERRAJOLI, Luigi. «*El Derecho Penal mínimo*», *Revista Política Criminal*, 1986, pp. 25-47.
- GORDILLO SANTANA, Luis. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: Iustel, 2007.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal (traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. «*La reparación del delincuente. Análisis y crítica de un mito*», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 7, 1979, pp. 72 y ss.
- . *Prólogo en Viejo y Nuevo Derecho Penal: Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy*. Ignacio Berdugo G. Editor, Madrid, Iustel, 2012.
- OCCHETTA, Francesco. «*La giustizia riparativa. Verso una nuova idea della pena*», en *La Civiltà Cattolica*, 2010.
- QUERALT, Joan. «*Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto alternativo de reparación*», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.
- ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal* (traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde), Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- . «*Pena y reparación*» en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 52, 1999, pp. 5-16.
- SCHUNEMANN, Bernard. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991.
- VVAA. «*Barrio, identidad y convivencia*», en *Contexto: Revista de la Facultad de Arquitectura Universidad Autónoma de Nuevo León*, n.º 7, 2013, p. 55.
- ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale PA 3ª ed, 2005.

Aproximación al delito de enriquecimiento ilícito (a propósito de la propuesta de incorporación al C. P. español)

MARIANO JORGE CARTOLANO (Argentina)
*Doctor Senior, Universidad de Salamanca, España*¹

RESUMEN: El delito de «enriquecimiento ilícito» fue incorporado al C.P. argentino en 1964. Asimismo, se halla previsto en otros ordenamientos latinoamericanos y en las Convenciones contra la Corrupción de la O.E.A. y la O.N.U. En España, actualmente se discute la conveniencia o no de su incriminación. En concreto, el problema central de esta figura radica en que *prima facie* vulnera garantías fundamentales. En Argentina, esta cuestión ha tenido un importante desarrollo doctrinal y jurisprudencial. Fundamentalmente, a partir del fallo «Alsogaray» (Cámara Federal de Casación Penal, 2005) se ha consolidado un criterio jurisprudencial favorable a su constitucionalidad. Por otra parte, desde la perspectiva político-criminal, se observan similitudes con la formulación del «blanqueo de capitales» impulsada desde organismos internacionales.

Palabras clave: Enriquecimiento, funcionario, corrupción, inconstitucionalidad, blanqueo.

ABSTRACT: The offence of «illicit enrichment» was incorporated to the Argentine's Criminal Code in 1964. In the same way, it is inserted in many Latin-American's codes and in the O.E.A.'s and O.N.U.'s Conventions against Corruption. At present, in Spain it is being discussed the convenience or not of this incrimination. In short, the central problem of this offence is that it damages fundamental guarantees. In Argentina, this question has had an important development by doctrine and jurisprudence. Fundamentally, from the leading case «Alsogaray» (Federal Court of Penal Cassation, 2005), a jurisprudential position favorable to his constitutionality has been consolidated. On the other hand, from the politician-criminal's perspective, it observes similarities with the formulation of «money laundering» promoted by international organizations.

Key words: Enrichment, civil servant, corruption, unconstitutionality, laundering.

¹ Investigador Principal, Oficina Anticorrupción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (Argentina).

SUMARIO: I. Introducción. II. Problemas de constitucionalidad. III. Postura jurisprudencial a favor de la constitucionalidad de la figura. IV. Bien jurídico protegido. V. Estructura típica. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. 3. Condición objetiva de punibilidad. VI. Reflexiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

El delito de enriquecimiento ilícito fue incorporado al C. p. argentino en 1964 (por la Ley 16.648), aunque desde 1936 en adelante existían ya múltiples iniciativas legislativas que propiciaban la incriminación de esta conducta². Posteriormente, fue modificado por la Ley 25.188 (Ley de Ética de la Función Pública), sancionada el 25-09-1999, que le dio a esa norma su actual redacción.

Como antecedentes de la figura cabe mencionar la Ley sobre Probidad Administrativa de Guatemala (1931), que obligaba a presentar declaración de bienes y deudas a los funcionarios que administraran fondos públicos o percibieran un salario superior a determinada suma. Así como la Constitución del Perú de 1933 (art. 22), que disponía que todo funcionario civil o militar que tuviera bienes o rentas independientes de sus haberes debía declararlos expresamente en la forma establecida por la ley³.

Este delito se encuentra tipificado –con distintos matices– en otros países latinoamericanos (Paraguay, Venezuela, Colombia, Perú Ecuador, Costa Rica, Honduras, El Salvador, Panamá, Cuba y México)⁴ y se halla previsto tanto en la Convención Interamericana contra la Corrupción (art. IX), firmada el 29-03-1996 en la Tercera Sesión Plenaria de la O.E.A., como en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (art. 20), suscrita en diciembre de 2003⁵. No obstante, algunos Estados Parte de la Convención Interamericana, como EE.UU. y Canadá, han formulado reservas, por entender que este delito resulta incompatible con sus Normas Fundamentales (EE.UU. manifestó que impone la carga de la prueba al imputado y Canadá observó que resulta contrario a la presunción de inocencia).

Recientemente, en España ha surgido una corriente de opinión favorable a la incriminación del enriquecimiento ilícito, sostenida por importantes referentes políticos (como el ex presidente del Gobierno Felipe González), representantes de organismos oficiales anticorrupción (Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada; Oficina Antifraude de

² Vid. LASCANO, C. «El Capítulo IX bis, Título XI, Libro II del Código Penal incorporado por la Ley 16.648». *Cuadernos del Instituto de Derecho Penal*, 1970, vol. 107: pp. 10 y ss.; NÚÑEZ, R. C. *Derecho Penal argentino*. 1ª. ed. Bs. As.: Bibliográfica Omeba, 1974, T. VII, p. 141. La fuente mediata de la norma fue el Proyecto de C.P. de 1960 (art. 346, inc. d), en cuya fórmula se inspiró Ricardo C. Núñez para elaborar la propuesta que se convirtió en ley.

³ Cfr. MOLINARIO, A. J. *Los delitos*. 1ª. ed. (texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio). Bs. As.: TEA, 1999, T. III, p. 377. Estos antecedentes fueron referenciados en la Exposición de Motivos del Proyecto de C.P. de 1941, elaborado por José Peco, que contemplaba el enriquecimiento ilícito en los artículos 323 y 324.

⁴ Cfr. COLOMBO, M. L. y IPOHORSKI, J. M. «Evolución legislativa reciente y análisis de la figura penal en el derecho comparado». En BRUZZONE, G. A. (coord.). *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito del funcionario público*. Bs. As.: Ad-Hoc, 2005, pp. III-II7; VILLADA, J. L. *Delitos contra la Administración Pública*. 1ª. ed. Córdoba: Advocatus, 2005, pp. 418-420.

⁵ Este último tratado entró en vigor el 14-12-2005 y ya ha sido adoptado por 175 Estados; entre ellos, los países del MERCOSUR y de la región, y los Estados de la U.E. (Cfr. <http://treaties.un.org>). España lo ratificó mediante instrumento de 9-06-2006 (BOE N° 171, de 19-07-2006, pp. 27132 a 27153).

Cataluña) y organizaciones civiles (Transparencia Internacional España). La cual, básicamente, alude a la necesidad de adoptar una solución más eficaz frente a la corrupción política y administrativa, ante la lentitud y complejidad que caracteriza a los procesos judiciales.

Como es dable advertir desde el inicio, el problema central que plantea este delito gira en torno a su validez constitucional, en relación a principios fundamentales del ordenamiento jurídico, tales como el principio de inocencia, la garantía contra la autoincriminación y el principio de legalidad.

En el presente trabajo se expondrá el análisis de esta última cuestión, así como el examen dogmático de la figura, para luego formular algunas reflexiones en torno a las similitudes respecto del lavado de activos y a los problemas que plantea su aplicación.

II. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD

El enriquecimiento ilícito se halla contemplado en el artículo 268 (2) del C.P. argentino, en los siguientes términos:

«Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho».

Esta figura ha recibido abundantes críticas desde un importante sector de la doctrina, que sostiene su inconstitucionalidad. Por el contrario, los órganos judiciales, a excepción de algún precedente aislado⁶, se han pronunciado en favor de su validez constitucional⁷.

En concreto, quienes propugnan la inconstitucionalidad de la norma sostienen que violenta los siguientes principios y garantías receptados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (conforme el art. 75, inc. 22, C.N.):

⁶ C.Apel. de Concepción del Uruguay, Sala Penal, «Torres, S. Y. y otro», rta. el 10-07-01, en *La Ley Litoral*, 10-07-2001. *Vid.* tb. el voto en disidencia del Dr. Edgardo A. DONNA en C.Nac.Apel.Crim.Corr. de la Capital Federal, Sala I, «Vallone, José A.», rta. el 11-06-1998, en *La Ley*, 1999-B, p. 336, y «Llanos, Sergio C.», rta. el 31-07-2000, en *La Ley*, 2000-F, p. 946.

⁷ C.Nac.Apel.Crim.Corr. de la Capital Federal, Sala IV, «Guglielminetti, Raúl», rta. el 10-04-1994, en *La Ley*, 2000-D, p. 781; C.Nac.Apel.Crim.Corr.Fed., Sala I, «Gentile, O.», rta. el 14-10-1994, en *JPBA*, t. 91, f. 482, p. 286; C.Fed.Apel. de La Plata, Sala II, «Nicora, J. L.», rta. el 7-05-1997; C.Nac.Apel.Crim.Corr. de la Capital Federal, Sala A, «Pico, José Manuel», rta. el 15-01-1998, en *La Ley*, 1998-F, p. 733; C.Crim. 7ª Nominación de Córdoba, «Angeloz, C. y otros», rta. el 20-10-1998, en *La Ley*, 2000-A, p. 251. *Vid.* especialmente C.Fed.Cas. Pen., Sala IV, «Alsogaray, M. J.», rta. el 9-06-2005, en *La Ley*, 2005-F, p. 140, y C.Fed.Cas.Pen., Sala I, «Pico, José Manuel», rta. el 8-05-2000, en *La Ley*, 2001-D, p. 252.

- El principio de inocencia y su vertiente, la regla *in dubio pro reo* (arts. 18 y 33, C.N.; art. 8.2, CADH; art. 14.2, PIDCP).
- La garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo (art. 18, C.N.; art. 8.2, g, CADH; art. 14.3, g, PIDCP).
- El principio de legalidad (art. 18 C.N.; art. 9, CADH y PIDCP). Puntualmente, se alude al mandato de máxima taxatividad derivado de esa regla, según el cual, las normas penales deben describir con suficiente precisión la conducta punible.
- El principio de culpabilidad por el hecho (exigencia del Derecho Penal de acto, por oposición al derecho penal de autor), que implica que sólo pueden castigarse conductas, no así formas de ser o personalidades.
- La garantía del *ne bis in idem* (art. 8.4, CADH; art. 14.7, PIDCP).

Con relación al quebrantamiento del principio de inocencia, se argumentó que el tipo bajo análisis encierra la presunción (*iuris tantum*) de que el funcionario se ha enriquecido mediante un obrar delictivo vinculado al ejercicio de funciones públicas, y que atento las dificultades probatorias que presenta esa clase de delitos, impone al propio agente la obligación de desvirtuar tal sospecha, relevando a los órganos del Estado de la carga de acreditar la culpabilidad del acusado⁸. Al respecto, es dable mencionar que la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad parcial de este delito (art. 26, inc. a, c, y e, Ley N.º 6872 sobre enriquecimiento ilícito de los servidores públicos), por considerar que vulneraba el principio de inocencia, al disponer la inversión de la carga de la prueba en contra del imputado (inversión del *onus probandi*)⁹. Sin embargo, debe puntualizarse que la redacción de la norma invalidada impedía realizar una interpretación armónica con los derechos fundamentales del imputado, puesto que castigaba la omisión de acreditar el origen lícito de los bienes adquiridos o de cualquier aumento patrimonial del agente.

En estrecha vinculación con el punto anterior, se ha cuestionado que la figura de enriquecimiento ilícito coloca al sujeto en la disyuntiva de tener que explicar el origen del incremento patrimonial o ser pasible de sanción por este delito, de modo tal que podría verse obligado a revelar otros hechos incriminantes¹⁰, violentándose así la garantía contra la autoincriminación¹¹.

⁸ En este sentido, SANCINETTI, M. A. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público -art. 268 (2), C.P.-*. 2ª. ed. (inalterada). Bs. As.: Ad-Hoc, 2000, pp. 41 y ss.; DONNA, E. A. *Delitos contra la Administración Pública*. 2ª ed. Bs. As.: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 388-389; CHIAPPINI, J. El delito de no justificación de enriquecimiento (artículo 268-2 del Código Penal). *La Ley*, vol. 1986-C: pp. 851 y ss.; CONTI, M. F. y SAUMELL, N. J. *Las figuras del enriquecimiento ilícito*. 1ª. ed. Rosario: Nova Tesis, 2007, pp. 65-66.

⁹ C.S.J. de Costa Rica, Sala Constitucional, Acción de Inconstitucionalidad N.º 842-P-90, rta. el 28-03-1995, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1998, vol. 8-C: pp. 969-977.

¹⁰ P. c., comportamientos encuadrables en los delitos de cohecho pasivo, aceptación de dádivas, tráfico de influencias, peculado, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, uso de información o datos de carácter reservado, y defraudaciones contra la Administración Pública. Asimismo, no puede descartarse la posibilidad de que el incremento patrimonial provenga de conductas típicas ajenas a la función pública.

¹¹ Crítica formulada por el dip. Emilio JOFRÉ durante el debate parlamentario que precedió a la sanción de la Ley 16.648 (Cf.: SANCINETTI, op. cit., p. 50) y compartida por varios autores. *Vid.* SANCINETTI, op. cit., pp. 95-97 y «Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de 'enriquecimiento ilícito de funcionario público' (El adiós al Estado de Derecho)». *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1998, vol. 8-C: pp. 918-921;

Respecto de las dos críticas reseñadas hasta aquí, se advierte que las mismas tienen fundamento en tanto y en cuanto se entienda al enriquecimiento ilícito como delito de omisión, puesto que ambos cuestionamientos (vulneración del principio de inocencia y de la garantía contra la autoincriminación) se sustentan en el deber del agente de justificar su incremento patrimonial. Es por ello que, tal como se verá en el apartado siguiente, es posible superar tales objeciones si se adopta una interpretación del tipo que no reconozca la obligación del funcionario de justificar su patrimonio¹².

Por el contrario, las críticas referidas a la lesión de los principios de legalidad y culpabilidad, que desarrollaremos a continuación, sólo tienen sentido si se concibe al enriquecimiento ilícito como delito de acción. Esto se debe a que dichos señalamientos apuntan a la aparente falta de concreción de la conducta típica, observación que no tendría fundamento si se considera al delito como figura omisiva, puesto que en ese caso no habría dudas de que el comportamiento consiste en la omisión de justificar la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable, al ser debidamente requerido.

En lo que respecta al principio de legalidad, SANCINETTI ha objetado que el tipo bajo análisis no contempla una conducta determinada, dado que «enriquecerse» no sería un comportamiento, sino el resultado de comparar el estado patrimonial del agente en distintos momentos históricos. Por lo demás, este autor sostiene que se trata de un tipo penal residual o de recogida, previsto para aquellos casos en los que no pueda probarse la comisión de un delito concreto vinculado a la función pública¹³.

Asimismo, se ha dicho que el artículo 268 (2) del C, p. incumple el mandato de máxima taxatividad, argumentando que al reprimir el enriquecimiento ilícito sin especificar la causa o el origen de la ilegalidad proclamada, incurre en falta de determinación del hecho punible¹⁴.

En cuanto a la vulneración del principio de culpabilidad, este señalamiento está relacionado con el anterior y se basa en la aserción de que el enriquecimiento es un estado o circunstancia fáctica, que puede producirse sin intervención del titular del patrimonio, por lo que resultaría violentado el derecho penal de acto¹⁵. Ello así, puesto que el juicio de reproche no se sustentaría en una conducta determinada, sino en un estado o situación experimentada por el sujeto.

Por último, se ha señalado que la aplicación de este delito podría conducir eventualmente a violentar la garantía del *ne bis in idem*, contemplada expresamente en las convenciones de derechos humanos incorporadas al plexo constitucional y reconocida por la Corte Suprema

CONTI-SAUMELL, op. cit., p. 75; DE LA FUENTE, J. E. «El delito de enriquecimiento ilícito: la discusión sobre su inconstitucionalidad». *Revista de Derecho Penal*, 2004, vol. 1: p. 105; BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. R. (dires.). *Código Penal y normas complementarias*. 1ª. ed. Bs. As.: Hammurabi, 2011, T. 10, pp. 870-871. *Vid. tb. voto en disidencia del Dr. DONNA en los precedentes «Vallone» y «Llanos»*, nota 6.

¹² CARO CORIA, D. C. «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos en el Derecho Penal Peruano». *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, vol. 20/21: p. 306.

¹³ SANCINETTI, *El delito...*, op. cit., pp. 27-29; Sobre la inconstitucionalidad..., op. cit., p. 943. En el mismo sentido, MIKKELSEN-LÖTH, J. F. *Enriquecimiento ilícito. El desafío para la Ciencia Jurídico-Penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la Administración Pública*. 1ª. ed. Bs. As.: La Ley, 2001, p. 59; CONTI, N. J. y SAUMELL, op. cit., pp. 66-69.

¹⁴ DE LA FUENTE, op. cit., p. 99.

¹⁵ SANCINETTI, *El delito...*, op. cit., p. 79; DONNA, op. cit., p. 388.

de Justicia de la Nación como una vertiente del principio de inviolabilidad de la defensa¹⁶. En concreto, este cuestionamiento aduce que el proceso y la eventual condena por enriquecimiento ilícito, no eximirían al agente de tener que afrontar la persecución penal por las conductas delictivas de las que hubiera derivado el incremento patrimonial (concusión, cohecho pasivo, peculado, etc.). Y a la inversa, que el agente condenado por tales hechos podría ser sometido a proceso por este delito.

En conclusión, es claro que la figura en estudio se encuentra cuanto menos en una «zona fronteriza» en lo referente a su validez constitucional. No obstante, tratándose de derecho vigente, una elemental razón de prudencia aconseja examinar exhaustivamente las alternativas de interpretación y –en tanto sea posible– aplicar la exégesis que resulte compatible con los principios constitucionales.

III. POSTURA JURISPRUDENCIAL A FAVOR DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA FIGURA

A los fines de contrarrestar las críticas expuestas en el apartado anterior, entendemos que la postura más sólida en favor de la validez constitucional del enriquecimiento ilícito ha sido fijada por la Cámara Federal de Casación Penal en los fallos «Pico» y «Alsogaray»¹⁷, alcanzando su máximo desarrollo en el último de esos precedentes, el cual ha aportado valiosos lineamientos interpretativos para la aplicación de este delito. En síntesis, esas decisiones jurisprudenciales han establecido que la figura en estudio es un tipo comisivo, que se configura con la acción de enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de funciones públicas.

Según se desprende del fallo «Alsogaray», el carácter «injustificado» exigido por el tipo no alude a la negativa a justificar o a la deficiente justificación por parte del agente, sino a la incongruencia entre el incremento patrimonial y las posibilidades económicas provenientes de sus ingresos legítimos.

Por otra parte, el Tribunal sostuvo que la referencia al debido requerimiento y a la no justificación incluida en la norma penal, debe interpretarse como un requisito previsto en resguardo del derecho de defensa del encartado, dirigido a asegurar el conocimiento de la imputación y la posibilidad de acreditar el origen lícito del incremento patrimonial. En razón de ello, concluyó que los principios de legalidad y derecho penal de acto no se encontraban vulnerados, toda vez que el enriquecimiento ilícito era un tipo penal autónomo que sancionaba la conducta de enriquecerse en forma apreciable e injustificada, con posterioridad a la asunción de un cargo e empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

En orden al cuestionamiento referido al principio de inocencia, la Cámara de Casación expresó que el delito se castiga, no sobre la base de una presunción de culpabilidad, sino frente al

¹⁶ DE LA FUENTE, op. cit., pp. 106-107.

¹⁷ C.Fed.Cas.Pen.: Sala I, «Pico» y Sala IV, «Alsogaray», cit. nota 7. Esta tesis ha sido receptada en la doctrina por TODARELLO, G. A. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. 1ª. ed. Bs. As.: Eds. del Puerto, 2008, p. 328.

hecho objetivamente comprobado (mediante documentación, pericias contables, testimonios, etc.) de que el sujeto se enriqueció de modo apreciable y sin una fuente legítima.

Con respecto a la alegada inobservancia de la garantía contra la autoincriminación, el fallo «Alsogaray» respondió a esa crítica, al precisar que el agente no se hallaba en modo alguno conminado a contestar el requerimiento de justificación¹⁸ y que la negativa a justificar no podía ser considerada como prueba del delito. En el mismo sentido, postuló que las explicaciones o el silencio del agente constituían manifestaciones atinentes al ejercicio del derecho de defensa. En suma, este decisorio desvinculó la respuesta del agente de la condición objetiva de punibilidad prevista en el tipo, atribuyendo ese carácter al requerimiento de justificación en forma excluyente.

Asimismo, en punto a la aludida inversión del *onus probandi*, sostuvo que la norma no ponía en cabeza del sospechoso el deber de demostrar su inocencia, sino que la prueba del enriquecimiento, con los caracteres exigidos por el tipo, correspondía indefectiblemente al Ministerio Público Fiscal.

Finalmente, en orden al resguardo del *ne bis in idem*, el fallo dejó entrever que en caso de que al sujeto condenado por enriquecimiento ilícito se le imputara otro delito vinculado al origen del incremento patrimonial verificado (p. e.: administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública, peculado, etc.), sería factible aplicar la prohibición del doble juzgamiento (voto del Dr. Hornos).

Por último, cabe mencionar el pronunciamiento dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos «Rossi, Domingo Daniel», donde el Alto Tribunal desestimó un recurso de queja que cuestionaba la constitucionalidad de este delito en base a la vulneración de los principios de lesividad e inocencia¹⁹.

Una vez indicados los fundamentos que permiten sostener la validez constitucional del enriquecimiento ilícito, seguidamente nos ocuparemos del análisis dogmático de esta figura.

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Según su ubicación sistemática, el fin último del enriquecimiento ilícito sería la protección del normal, ordenado y legal funcionamiento de la Administración Pública, que es el bien jurídico protegido en el Título XI del C, p. argentino (Delitos contra la Administración Pública)²⁰,

¹⁸ En el mismo sentido, con relación a las facultades requirentes de la Contraloría General de la República en la Ley de Enriquecimiento Ilícito de Costa Rica, *vid.* MORA MORA, L. P. «El derecho de no autoincriminación y los procedimientos administrativos de investigación regulados en la ley contra el enriquecimiento ilícito». *Revista de Derecho Procesal Penal*, vol. 2011-1: p. 49.

¹⁹ No obstante, debemos señalar que la Corte se remitió a los fundamentos desarrollados por el Procurador Fiscal, quien solicitó el rechazo del remedio procesal por «cuestiones de forma», tales como la falta de una crítica concreta y razonada de la decisión impugnada (*Cfr.* CSJN, «Rossi, Domingo Daniel», 1-12-2009, en *La Ley*, 2010-B: p. 230).

²⁰ *Vid.* CONTI y SAUMELL, *op. cit.*, pp. 27 y ss. En los Estados democráticos, la tutela de la Administración resulta legítima en tanto y en cuanto se la conciba como un mecanismo prestacional dirigido a la satisfacción de los intereses generales de la ciudadanía. *Cfr.* MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. «Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal». En DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.^a R. y SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (coords.). *Hacia un Derecho Penal sin*

donde se encuentra incardinado. Ahora bien, como es sabido, cada uno de los títulos del catálogo represivo contempla la tutela genérica de un bien, mientras que los aspectos particulares de aquél constituyen el objeto jurídico de los delitos allí comprendidos. En torno a este punto, existen distintas posturas sobre el bien jurídico protegido en la figura comentada.

Algunos autores sostienen que el bien jurídico protegido por el enriquecimiento ilícito es la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la Administración y de quienes la encarnan²¹. El problema de esta postura es que, debido a su carácter subjetivo, presenta inconvenientes para operar como límite al *ius puniendi*, siendo preferible un objeto jurídico que pueda determinarse en base a criterios objetivos. Por otra parte, la afectación de la imagen, ya sea que se la tome como atributo de la Administración Pública o como reflejo psicológico de aquél en el ámbito social, no suele experimentarse frente a prácticas aisladas, sino ante la repetición de esos actos o a causa de la abierta impunidad de los mismos. De ahí que surjan dificultades para determinar en el caso concreto si la conducta típica ha afectado o no al bien, situación que podría enmarcarse en la tesis del «bien jurídico intermedio espiritualizado», la cual ha sido cuestionada por reducir la función limitadora del objeto jurídico²².

Otro sector de la doctrina ha cifrado el objeto jurídico del enriquecimiento ilícito en determinadas exigencias éticas impuestas por la ley a los agentes públicos, tales como la honestidad, probidad, rectitud y austeridad republicana, que resultan obligatorias para los funcionarios en virtud de la ley argentina de Ética Pública (Ley 25.188, art. 2, inc. b)²³. Ahora bien, conforme establece dicha norma, quienes no cumplan con tales pautas de conducta serán sancionados o removidos por los procedimientos establecidos en el régimen propio de su función (art. 3 de la ley citada). Esto es, el legislador remite al derecho disciplinario como herramienta apropiada para asegurar que sus agentes tengan un comportamiento ético, por lo que se infiere que la protección penal estaría reservada a otros valores (conforme los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*).

Por último, se ha dicho que la norma *in comento* protege el deber especial de pulcritud y claridad en la situación patrimonial, que deriva de la asunción de todo cargo público²⁴.

fronteras. Madrid: Colex, 2000, p. 54; VALEIJE ÁLVAREZ, I. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*. 1ª ed. Madrid: EDERSA, 1995, p. 28.

²¹ DE LUCA, J. A. y LÓPEZ CASARIEGO, J. E. «Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional». *La Ley*, vol. 2000-A: pp. 251-252; VIDAL ALBARRACÍN, H. G. y VIDAL ALBARRACÍN, G. (h.). «Crisis del delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos. Un fallo revitalizador». *La Ley*, vol. 2000-D: p. 785; INCHAUSTI, M. A. *Enriquecimiento ilícito de funcionarios: El art. 268.2 del Código Penal (Leyes 16.648 y 25.188)*. 1ª ed. Bs. As.: Ad-Hoc, 2001, p. 39.

²² Esta teoría erige en bien jurídico a las reglas básicas que regulan el sistema y su funcionamiento (*Vid.* RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. 1ª ed. Madrid: Universidad Complutense, 1994, pp. 301-303). La crítica reside en que convierte a los delitos de peligro abstracto en delitos formales, eliminando la posibilidad de una interpretación teleológica de los mismos que permita excluir del tipo a las conductas inocuas o de escasa gravedad (*Cfr.* CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supra-individuales*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 262).

²³ RIMONDI, J. L. *Calificación legal de los actos de corrupción en la Administración Pública*. 1ª ed. Bs. As.: Ad-Hoc, 2005, pp. 290-291; MAGARIÑOS, M. «El delito de enriquecimiento ilícito: La posibilidad de una interpretación orientada desde principios constitucionales». *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2004, vol. 4: pp. 720-722. En similar sentido, BUOMPADRE, J. E. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Bs. As.-Bogotá: Astrea, 2012, p. 703.

²⁴ SOLER, S. *Derecho Penal argentino*. 4ª ed. (reimp.). Bs. As.: TEA, 1978, T. V, p. 206.

Al respecto, aunque esta postura se relaciona con la concepción de la figura como delito de omisión²⁵, cabe observar que la protección de valores como la pulcritud y claridad en la situación patrimonial de quienes ejercen funciones públicas, no implica necesariamente la formulación de un tipo omisivo que incrimine el incumplimiento de un deber²⁶. En este sentido, desde la concepción opuesta (que concibe a este delito como figura comisiva), se ha sostenido que el bien jurídico tutelado en la norma es la transparencia de la situación patrimonial del funcionario²⁷. En suma, los mismos extremos pueden resguardarse tanto a través de mandatos como de prohibiciones, según la opción que el legislador considere apropiada.

Por lo demás, el interés social en proteger tales valores se corresponde plenamente con el sistema republicano de gobierno (receptado en el art. 1 de la C.N.) y atento la ubicación sistemática del delito en estudio, cabe postular que la mentada exigencia de claridad y regularidad en la situación patrimonial de los funcionarios integra el modelo de Administración Pública que el legislador ha querido resguardar en el Título XI del C, p. argentino.

Asimismo, si la tutela penal del cumplimiento del deber no se basa en la relación funcional con el Estado, sino que tal deber se selecciona teniendo en cuenta que resulta fundamental para la institución donde se inserta el funcionario y de la que depende la satisfacción de derechos esenciales de los ciudadanos en un Estado de Derecho, no existe riesgo alguno de incurrir en una visión totalitaria del Estado²⁸.

Finalmente, a diferencia de lo que ocurre con los otros bienes jurídicos postulados, es sencillo apreciar que la conducta del enriquecimiento ilícito, entendida como la acción de enriquecerse en forma apreciable e injustificada (esto es, con absoluta desproporción respecto de los ingresos registrados), afecta la claridad y regularidad en la situación patrimonial de los funcionarios o empleados públicos.

V. ESTRUCTURA TÍPICA

Desde la sanción de esta figura se han perfilado distintas posturas que lo conciben como delito de acción, de omisión o complejo.

²⁵ Para un importante sector de la doctrina el enriquecimiento ilícito es una figura omisiva. *Vid.* SOLER, op. cit., p. 206; NÚÑEZ, R. C. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. 2ª. ed. (actualizada por Víctor F. Reinaldi). Córdoba: Marcos Lerner, 1999, p. 456; CREUS, C. *Derecho Penal Parte Especial*. 6ª ed. Bs. As.: Astrea, 1999, T. II, p. 312; LASCANO, op. cit., p. 30; LAJE ANAYA, J. *Comentarios al Código Penal Parte Especial*. 1ª. ed. Bs. As.: Depalma, 1981, Vol. III, p. 160; DONNA, op. cit., pp. 451-452; CABALLERO, J. S. «El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994)». *La Ley*, vol. 1997-A: pp. 793-800; CHIAPPINI, J. «El delito de no justificación de enriquecimiento (artículo 268-2 del Código Penal)». *La Ley*, vol. 1986-C: pp. 851 y ss.; DE LUCA y LÓPEZ CASARIEGO, op. cit., pp. 249-257; BUOMPADRE, J. E. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Bs. As.-Bogotá: Astrea, 2012, pp. 704-705.

²⁶ En el mismo sentido, OTRANTO, G. S. «El delito de enriquecerse injustificadamente, el requerimiento de justificación patrimonial y el derecho de defensa en juicio». *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2004, vol. 1: p. 221.

²⁷ TODARELLO, op. cit., pp. 294 y 333.

²⁸ En este sentido, RAMOS TAPIA, M. I. *El delito de prevaricación judicial*. 1ª. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 97, cit. por CARO CORIA, op. cit., p. 349.

Para un importante sector de la doctrina, se trata de un tipo omisivo, que se configura cuando el sujeto no justifica la procedencia de un incremento patrimonial apreciable posterior a la asunción de un cargo o empleo público, frente a un requerimiento de la autoridad competente²⁹. Es la interpretación que mejor se condice con la redacción del tipo penal, aunque -tal como hemos visto- no permite superar el test de constitucionalidad. La postura omisiva había sido acogida en un principio por la jurisprudencia³⁰, hasta que la Cámara Federal de Casación Penal estableció el criterio contrario en el citado fallo «Pico».

Por su parte, la tesis mixta entiende que este delito se comete mediante la acción de enriquecerse patrimonialmente de forma apreciable, seguida de la omisión de justificar tal incremento al ser formalmente requerido. Esta postura cuenta con pocos seguidores en la doctrina y ha sido escasamente aplicada por los tribunales³¹.

Finalmente, la interpretación que lo concibe como un tipo comisivo (esbozada por FONTÁN BALESTRA y todavía minoritaria entre los autores)³², que evidencia un importante esfuerzo exegético por armonizar la figura con los postulados constitucionales, se ha convertido en el criterio rector para la jurisprudencia, a partir del fallo «Pico» de la Cámara Federal de Casación Penal (8-05-2000).

A continuación nos abocaremos al análisis del tipo penal del art. 268 (2) del C.P. argentino, desde la perspectiva del delito de acción.

I. Tipo objetivo

La acción típica consiste en enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada. Por «enriquecerse patrimonialmente» debe entenderse incrementar el patrimonio, ya sea mediante el aumento del activo o la disminución del pasivo. Asimismo, el enriquecimiento puede presentarse directamente en el patrimonio del autor o disimularse a través de una persona interpuesta (testaferro).

²⁹ Vid. nota 24.

³⁰ C.Nac.Apel.Crim.Corr.Fed., Sala I, «Gentile, O.», 14-10-1994; C.Fed.Apel. de La Plata, Sala II, «Nícora, J. L.», 7-05-1997; C.Nac.Apel.Crim.Corr. de la Capital Federal: Sala A, «Pico, José Manuel», 15-01-1998; Sala I, «Vallone, José A.», 11-06-1998; Sala IV, «Guglielminetti, Raúl A.», 4-10-1999; C.Crim. 7ª Nominación de Córdoba, «Angeloz, C. y otros», 20-10-1998.

³¹ NÚÑEZ, *Tratado...*, op. cit., p. 144 -aunque luego adoptó la tesis omisiva-; GAUNA KROEGER, Carlos A. «El enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos en el Código Penal». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IV, vol. 3 (abril 2014): p. 28. C.Nac.Apel.Crim.Corr.Fed., Sala I, «Gentile», rta. el 14-10-1994, voto del Dr. Irurzún; C. Acusac. de Córdoba, «Angeloz, Carlos M. y otros», rta. el 15-10-1996; C.Nac.Apel.Crim.Corr. de la Capital Federal, Sala I, «Argüello, Jorge M.», rta. el 4-11-2002.

³² FONTÁN BALESTRA, C. *Derecho Penal Parte Especial*. 15ª ed. (actualizada por Guillermo A. C. Ledesma). Bs. As.: Abeledo-Perrot, 1998, pp. 896-897. Tb. LEVENE, R. -h.- (dir.). *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. 1ª ed. Bs. As.: Víctor P. de Zavalía, 1976, p. 560; MOLINARIO, op. cit., pp. 384-385. Más recientemente, OTRANTO, op. cit., pp. 217-224; TODARELLO, G. A. «El derecho penal argentino frente al fenómeno de la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito». *El Derecho Penal*: 2005, vol. II: p. 20; TORADELLA, Guillermo. «El caso 'Alsogaray': Una nueva decisión jurisprudencial que interpreta la figura de enriquecimiento ilícito como delito de acción». *La Ley*, vol. 2005-F: pp. 137 y ss.; CONTI-SAUMELL, op. cit., p. 98; SIRCOVICH, J. Y. «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público en el derecho argentino». *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, vol. 2012-7: p. 1202.

La descripción legal no especifica los medios para cometer la acción típica, por lo que se trata de un tipo resultativo³³. De modo tal que quedan comprendidos todos los actos que signifiquen incrementar el patrimonio, como la adquisición de bienes muebles e inmuebles (y/o su mejora), la compra de títulos y acciones, y en general la realización de todo tipo de inversiones, la constitución de depósitos bancarios, la cancelación de deudas y la extinción de obligaciones.

Al margen de ello, es en las calificaciones de «apreciable» e «injustificado» donde reside el fundamento del injusto, toda vez que el enriquecimiento en sí mismo resulta inocuo, por carecer de aspectos disvaliosos que justifiquen su incriminación³⁴.

Con respecto al carácter «apreciable», se requiere que el crecimiento patrimonial sea significativo, de importancia o de abultada cuantía; y al mismo tiempo, que exista una absoluta desproporción entre tal incremento y las posibilidades económicas legítimas del agente. Lo cual implica, en definitiva, que los casos de escasa entidad están excluidos de la esfera penal³⁵. La ausencia de un límite a la punición en el proyecto de Núñez (1963) fue duramente criticada durante el tratamiento legislativo y motivó que se introdujera esta expresión³⁶.

Toda vez que la fórmula utilizada exige expresamente que el incremento patrimonial debe ser «apreciable», no será necesario recurrir al principio de insignificancia para excluir la tipicidad de los supuestos bagatelares fundados en la escasez del enriquecimiento. Sin embargo, tal principio deberá utilizarse en caso de existir un aumento patrimonial «apreciable» que sólo resulte «injustificado» en una porción mínima de su valor, ya que en ese supuesto la afectación del bien jurídico sería irrelevante.

En cuanto al carácter «injustificado», esta nota alude a la incongruencia o desproporción existente entre el incremento patrimonial y los ingresos totales del agente (*Cfr.*, en este sentido, el citado fallo «Alsogaray»).

A los fines de comprobar este último extremo será necesario verificar los posibles ingresos del sujeto investigado, que además de los haberes de la función, comprenden las remuneraciones procedentes de oficio o profesión, el producto de actividades económicas, el acrecentamiento natural de los bienes, las rentas, la percepción de herencia, legado o donación, y otras posibles fuentes de ingresos que surjan de la pesquisa (p. e.: premios obtenidos en juegos de azar).

En definitiva, la investigación de este delito requiere un análisis particular sobre la evolución patrimonial del agente, el cual normalmente habrá de abarcar también a los integrantes de su entorno familiar y a las personas sospechadas de actuar como testaferros.

Por último, el resultado típico es independiente de la conducta ilícita generadora de fondos ilegítimos (concusión, cohecho pasivo, peculado, etc.) y consecuencia directa de los actos que incrementan el patrimonio (compra de bienes y otras inversiones, constitución de depósitos, cancelación de deudas, etc.) en forma apreciable e injustificada.

³³ Es decir, para cometer este delito basta cualquier conducta que cause el resultado típico (*Cfr.* MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General*. 7ª ed. (reimp.). Barcelona: Reppertor, 2007, p. 229).

³⁴ En este sentido, D'ALESSIO, A. J. *Código Penal Comentado y Anotado*. 1ª ed. Bs. As.: La Ley, 2004, p. 869.

³⁵ INCHAUSTI, op. cit., pp. 53-55; MOLINARIO, op. cit., p. 387; CONTI y SAUMELL, op. cit., p. 100; RIMONDI, op. cit., pp. 294-295; D'ALESSIO, op. cit., pp. 869-870.

³⁶ *Cfr.* LASCANO, op. cit., p. 38.

El delito no exige para su perfeccionamiento que el agente sea el poseedor o titular formal de los bienes, ya que prevé expresamente que la conducta puede cometerse a través de una persona interpuesta. No obstante, en este último supuesto es preciso que el sujeto detente una relación de poder, control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio en forma encubierta³⁷.

Con respecto a la tentativa, entiendo que no es admisible, puesto que los caracteres típicos de la figura no permiten apreciar gradualidad o progresión en el comportamiento típico. También se ha sostenido que la imperfecta ejecución no resulta punible, puesto que un estadio previo al enriquecimiento apreciable e injustificado no habilita a formular el requerimiento de justificación previsto como condición objetiva de punibilidad³⁸.

2. *Tipo subjetivo*

La configuración del tipo es claramente dolosa. El dolo exigido consiste en el conocimiento y la voluntad de enriquecerse en forma apreciable, con ingresos que no provengan de fuentes legítimas (*Cfr.* el fallo «Alsogaray»).

Al respecto, se ha dicho que el elemento cognoscitivo abarca el conocimiento del origen ilícito del incremento patrimonial³⁹. Sin embargo, considero que dicho elemento se circunscribe al carácter «injustificado» del enriquecimiento, de modo tal que basta con conocer la incongruencia entre el incremento y las posibilidades legítimas de crecimiento patrimonial⁴⁰ (aunque, por razones lógicas, el autor tenga en la práctica conocimiento mayor). Esta interpretación se condice con el «criterio negativo» empleado en la formulación del tipo, que castiga al agente público que se enriquece apreciablemente en base a recursos que **no** tienen justificación en sus ingresos.

3. *Condición objetiva de punibilidad*

En el marco de la concepción de esta figura como tipo comisivo, el requerimiento de justificación patrimonial contemplado en el art. 268 (2) del C.P. argentino constituye una condición objetiva de punibilidad.

Cabe recordar que las condiciones objetivas de punibilidad no son elementos constitutivos del delito, sino circunstancias externas al hecho antijurídico que condicionan la aplicabilidad de la pena. No obstante ello, las citadas condiciones pertenecen al tipo, puesto que la objetiva relevancia penal del comportamiento queda supeditada a la concurrencia de aquéllas⁴¹.

Por ende, en el supuesto bajo examen, ante la imposibilidad de cumplir con el requerimiento de justificación en la persona del presunto autor (p. e.: debido a su fallecimiento), la persecución penal no podrá proseguir contra los sospechosos de haber actuado como partícipes.

³⁷ CARO CORIA, op. cit., p. 397.

³⁸ *Ibid.*, p. 398; TODARELLO, *Corrupción administrativa...*, op. cit., p. 319.

³⁹ FONTÁN BALESTRA, op. cit., p. 898.

⁴⁰ TODARELLO, op. cit., p. 318.

⁴¹ *Cfr.* MIR PUIG, op. cit., p. 176.

En concreto, en el contexto de la citada jurisprudencia que concibe al acto como «una posibilidad más de defensa» (conforme el citado fallo «Pico»), el requerimiento puede definirse como un aviso o advertencia que otorga al agente sospechado de enriquecimiento ilícito la oportunidad de efectuar un descargo ante la instancia requirente.

Desde la perspectiva del sujeto requerido, debe remarcarse que la contestación es facultativa, lo que significa que aquél puede optar por dar explicaciones o no hacerlo, sin que su silencio pueda ser valorado negativamente por el juzgador.

Con relación a los requisitos de la medida, la misma debe describir con la mayor especificidad y precisión posibles los actos en que se hubiere materializado la conducta típica, para posibilitar el adecuado ejercicio de esa instancia de defensa (en este sentido, *vid.* fallos «Coletti» y «Alsogaray»). Por ejemplo, con respecto a la compra de un inmueble de elevado valor, se deberá indicar los datos del bien, el porcentaje de propiedad, la fecha de la operación y el precio o valor estimado.

Asimismo, corresponde indicar el período bajo sospecha, que debe estar comprendido entre la fecha de ingreso a la función pública y los dos años posteriores al cese en su ejercicio.

Cabe destacar que el requerimiento de justificación puede abarcar no sólo el enriquecimiento directo del funcionario, sino también el de las personas interpuestas para disimularlo, esto es, el incremento que –según sospecha fundada– el agente pretendió ocultar detrás de un testaferro⁴². En este caso, es preciso que el acto syndique a los supuestos prestanombres e individualice cada una de las operaciones cuestionadas, con el mismo rigor exigido para el enriquecimiento directo.

En lo atinente a la oportunidad del acto, si bien se ha admitido su formulación durante el proceso (en la etapa de instrucción)⁴³, entiendo que el requerimiento debería efectuarse previamente, ya sea en el marco de actuaciones administrativas o de una investigación preliminar del Ministerio Público Fiscal, atento su carácter de condición objetiva de punibilidad.

Por último, debe otorgarse un plazo razonable y prudencial para que el sujeto requerido pueda –en caso de optar por hacerlo– contestar adecuadamente.

En cuanto a la autoridad competente para cursar el requerimiento, puede formularlo tanto un organismo administrativo especializado (Oficina Anticorrupción)⁴⁴, como la repartición a la que pertenece el agente (sea del Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial) o el Ministerio Público Fiscal. No obstante, cabe señalar que la jurisprudencia también ha avalado el requerimiento efectuado por el Juez de Instrucción y por el Agente Fiscal durante la etapa instructoria⁴⁵.

⁴² FONTÁN BALESTRA, *op. cit.*, p. 897.

⁴³ Se ha dicho que «el requerimiento de justificación previsto por el art. 268 (2) C, p. puede ser efectuado en el marco del proceso penal; pues la reacción penal no es consecuencia de la falta de justificación del incremento patrimonial luego de producido el requerimiento, pues éste último sólo funciona como requisito previo a la imposición de la sanción, dándole posibilidad al imputado de que acredite el origen del incremento evidenciado» (C.Nac.Apel.Crim.Corr.Fed., Sala II, «Baeza, G. H.», 4-05-2006).

⁴⁴ La Oficina Anticorrupción es la encargada de llevar el registro de las declaraciones juradas patrimoniales de los funcionarios en el ámbito de la Administración Pública Nacional, y es competente para evaluar y controlar el contenido de las mismas, así como las situaciones que puedan constituir enriquecimiento ilícito o incompatibilidad en el ejercicio de la función (conforme Decreto P.E.N. 102/99, art. 2, inc. g).

⁴⁵ Los fallos C.Fed.Apel. de La Plata, Sala II, «Nicora», 7-05-1997; C.Nac.Apel.Crim.Corr. de la Capital Federal: Sala A, «Pico», 15-01-1998; Sala IV, «Guglielminetti», 4-10-1999; y Sala I, «Llanos», 31-07-2000, reconocieron la potestad del Juez de Instrucción de formular el requerimiento de justificación patrimonial. Los

La formulación de este acto por el Juez o el Fiscal ha sido objetada en orden a la garantía de imparcialidad que alcanza al primero y al deber de objetividad que obliga al segundo⁴⁶. Ahora bien, dejando a salvo nuestra postura de que el requerimiento debe emitirse antes del proceso, lo que implica que los jueces quedan excluidos, no se advierte que haya mengua en la imparcialidad, puesto que la naturaleza de la intimación es equiparable en lo sustancial a la decisión del juez de llamar a indagatoria y formular la imputación al encausado. Y respecto del Ministerio Público, tampoco observamos afectación alguna de la objetividad, puesto que el acto es asimilable al temperamento de impulsar la acción penal mediante el requerimiento de instrucción, donde el Fiscal delimita el hecho a investigar y sindicca a los presuntos responsables.

Finalmente, cabe remarcar que el requerimiento de justificación debe ser el resultado de un control regular y serio de los órganos del Estado sobre la situación patrimonial de los servidores públicos, y en ningún caso el resultado de una actuación discrecional basada en meras contingencias políticas.

VI. REFLEXIONES FINALES

Desde la perspectiva político-criminal, la incriminación del enriquecimiento ilícito aparece como una herramienta útil para contrarrestar el afán de lucro de los funcionarios deshonestos, puesto que implica poner obstáculos al aprovechamiento de los beneficios económicos provenientes de la corrupción pública.

En una primera aproximación, la figura podría ser entendida como el diseño del legislador de castigar autónomamente un comportamiento que puede coincidir con la fase de agotamiento de otros delitos. Sin embargo, al profundizar el análisis, advertimos que actualmente el enriquecimiento ilícito se incardina en la misma tendencia que acusa el blanqueo de capitales en la formulación impulsada desde el seno de organismos internacionales⁴⁷.

precedentes C.Nac.Apel.Crim.Corr. de la Capital Federal, Sala I: «Argüello, Jorge M.», 4-11-2002, en La Ley Online, y «Bobbioni, Jorge H.», 19-08-2003, en La Ley, 2004-C, p. 423; C.Fed.Cas.Pen., Sala IV, «Alsogaray, M. J.», 9-06-2005; y C.Nac.Apel.Crim.Corr.Federal, Sala I, «Kaplan, Enrique», 14-11-2012, reg. n.º 1346, ratificaron la facultad del Ministerio Público Fiscal en tal sentido. En el fallo C.Nac.Apel.Crim.Corr.Federal, Sala I, «Jaime, R. R.», 14-11-2012, reg. n.º 1346, se reconoció tanto la facultad del Fiscal como del Juez de Instrucción (quien agregó algunas precisiones sobre los bienes con posterioridad al requerimiento formulado por el fiscal, en la imputación formulada al momento de la declaración indagatoria). Los fallos C.Fed.Cas.Pen., Sala I, «Gostanián, Armando s./recurso de casación», 20-04-2004, en La Ley Online; y CSJN, «Gostanián, Armando s./recurso extraordinario», 30-05-2006, en La Ley, 2006-F, p. 240, con nota de Augusto M. Morello, hicieron lo propio con la Oficina Anticorrupción. El precedente T.Cas.Pen. de la Peia. de Bs. As., Sala I, «R.H.R.», 29-04-2008, en La Ley Buenos Aires, 2008, pp. 1065-1073, con nota de Néstor J. CONTI, sostuvo que el requerimiento debía ser formulado por un órgano especializado del Poder Ejecutivo.

⁴⁶ GAUNA KROEGER, op. cit., p. 29.

⁴⁷ Los principales instrumentos sobre blanqueo de capitales comprenden la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988), en vigor desde el 11-11-1990 (ratificada por Argentina mediante la Ley 24.072); la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional (2001), en vigor desde el 29-09-2003 (ratificada por Ley 25.632); la Convención para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999), en vigor desde el 10-04-2002 (ratificada por Ley 26.024); la Convención contra la Corrupción de las Naciones Unidas (2003), en vigor desde el 14-12-2005 (ratificada por Ley 26.097); y las Recomendaciones emitidas por el GAFI –Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el blanqueo de capitales– (integrado por Argentina).

En este sentido, en el sistema de regulación internacional, el blanqueo de capitales y el comiso de las ganancias se conciben como instrumentos especialmente idóneos para evitar cualquier aprovechamiento o enriquecimiento derivado de actividades delictivas de carácter transnacional, así como para eliminar las fuentes de financiación de organizaciones criminales⁴⁸.

Sobre el particular, a partir de la última reforma del C, p. argentino en esta materia (Ley 26.683, B.O. 21-06-2011), el delito de lavado de activos ha sido separado de la figura del encubrimiento, habiéndose eliminado el requisito de la falta de participación del sujeto activo en el delito precedente⁴⁹. Asimismo, respecto de este último, al haber sustituido el término «delito» por el de «ilícito penal», la aplicación del lavado no requiere ya el efectivo juzgamiento del delito precedente⁵⁰. Al respecto, si bien la redacción de las normas es distinta, entiendo que la situación que plantea el art. 301 del C, p. español («blanqueo de capitales») resulta similar.

En definitiva, con la sanción del blanqueo de capitales se ponen barreras legales a fines de impedir que el producto o las ganancias provenientes de actividades ilícitas, en especial de aquellas identificadas con la criminalidad organizada (tráfico de drogas, armas o personas; evasión impositiva; corrupción de funcionarios públicos; etc.), puedan ser inyectadas en el mercado de capitales y bienes mediante maniobras con visos de legalidad (operaciones bancarias y financieras; inversiones inmobiliarias; etc.).

En la misma dirección, pero con un alcance acotado a los delitos de funcionarios públicos, con la incriminación del enriquecimiento ilícito se colocan barreras legales a los efectos de evitar que el producto de los ilícitos penales cometidos por funcionarios infieles (cohecho pasivo, peculado, administración fraudulenta en perjuicio del Estado, etc.) pueda ser directa o indirectamente incorporado a su patrimonio.

En conclusión, desde nuestro punto de vista, ambas figuras presentan importantes similitudes, en tanto se revelan como instrumentos de una política criminal que apunta a obstaculizar el aprovechamiento del producto de delitos graves y endémicos.

En otro orden de ideas, desde la perspectiva dogmática, cabe destacar que entre las distintas interpretaciones sobre la estructura típica, es la tesis comisiva la que permite compatibilizar este delito con el plexo de derechos y garantías fundamentales. En tal sentido, se ha propuesto de *lege ferenda* una redacción para el C, p. argentino que incorpore claramente ese criterio, el cual ha sido adoptado oportunamente por vía jurisprudencial⁵¹.

⁴⁸ ARIAS HOLGUÍN, D. P. «La respuesta político-criminal al ‘blanqueo de capitales’ como fenómeno delictivo económico. Entre la ambigüedad y la expansión». En PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.). *Temas Actuales de Investigación en Ciencias Penales*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2010, pp. 373-404, 387.

⁴⁹ La Ley 26.683 incorporó al C.P. el Título XIII: «Delitos contra el orden económico y financiero», que contempla el lavado de activos en el art. 303.

⁵⁰ ABOSO, Gustavo E. *Código Penal de la República Argentina comentado, concordado, con jurisprudencia*. Bs. As.: B de F, 2014, p. 1398.

⁵¹ En el marco de la labor desarrollada por la «Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación», creada por Decreto P.E.N. 678/2012, la Oficina Anticorrupción sugirió el texto siguiente: «Será reprimido con... el que por sí o por persona interpuesta se enriqueciere patrimonialmente en forma apreciable e injustificada en orden a sus ingresos legítimos, con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño...». No obstante, el Anteproyecto (art. 273) ha mantenido en lo sustancial el texto vigente, modificando sólo la pena y la denominación de la figura –«Incremento patrimonial no justificado»–.

Sin embargo, respecto de dicha concepción, no puede pasarse por alto que el injusto se sustenta en definitiva en un «criterio negativo», ya que castiga la acción de enriquecerse en forma «apreciable», sin que exista una fuente lícita que pueda explicarlo. Es decir, la nota del comportamiento que determina su significación penal es la ausencia de ingresos legítimos que puedan justificar el enriquecimiento del agente, no así las circunstancias concretas que atañen a la procedencia del incremento patrimonial.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que el grado de organización alcanzado por las sociedades actuales implica un alto nivel de regulación de la actividad económica y financiera. En ese contexto, donde todo está regulado y todo ha sido normativamente previsto, es razonable entender que un individuo no pueda acrecentar significativamente su patrimonio en forma legítima, sin que queden registros o cuanto menos, indicios del origen de tal incremento. En consecuencia, a pesar de la deficiente construcción dogmática, no resulta irrazonable considerar «ilícito» al enriquecimiento obtenido por fuera de los cauces legales. Ello, teniendo en cuenta además que el reproche por este delito requiere una minuciosa investigación sobre los ingresos y actividades económicas del funcionario, sumado a un análisis técnico contable sobre su evolución patrimonial.

Por último, en punto a la relación del art. 268 (2) con otras figuras delictivas, considero que la garantía del *ne bis in idem* impide perseguir penalmente a alguien por enriquecimiento ilícito, cuando se le hubiera impuesto condena por cohecho pasivo, peculado u otros delitos susceptibles de producir beneficios económicos; siempre que exista correlato entre el incremento patrimonial verificado y los beneficios obtenidos mediante dicha actuación delictiva (p. e.: en función de la cuantía del soborno o de los caudales sustraídos). Se arriba a esa conclusión, al ponderar que el incremento patrimonial vinculado a tales comportamientos será necesariamente «injustificado» en los términos del tipo penal y puesto que tales hechos ya fueron reprochados al agente. No obstante, en caso de que el producto de esos delitos no cubriera el total del acrecimiento detectado, no habría obstáculo para la aplicación de esta figura, a condición de que el remanente cumpla con la significación económica exigida⁵².

Para finalizar, en consonancia con las observaciones anteriores, entiendo que la pena asignada a este delito debería ser menor a la establecida (reclusión o prisión de 2 a 6 años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento, e inhabilitación absoluta perpetua). Al respecto, sería más coherente con la naturaleza del comportamiento típico prever sólo la sanción pecuniaria, junto a la pena de inhabilitación especial⁵³. Ello, sumado al decomiso de los bienes en que se hubiera materializado el incremento típico (art. 23 del C, p.

⁵² En sentido inverso, en un importante proceso judicial por peculado (T.OralCrim.Corr.Fed. N.º 4, causa N.º 1706, «G. O., R. E. s./inf. art. 261 del C. P.»), donde se investiga el pago de sobresueldos a funcionarios con Fondos Reservados, la defensa de uno de los imputados planteó la vulneración de esta garantía, alegando que la percepción de tales sumas por el encausado ya había sido evaluada en una causa por enriquecimiento ilícito en la que fue sobreseído. Si bien la cuestión no ha sido resuelta, cabe mencionar que la Oficina Anticorrupción (parte querellante) solicitó el rechazo de la petición, argumentando que la posibilidad de aplicar el *ne bis in idem* exigía que el auto de sobreseimiento hubiera valorado la percepción de Fondos Reservados con relación al incremento patrimonial objeto de la pesquisa. Puesto que, de otro modo, no habría identidad en el sustrato fáctico, ni en el objeto de ambos procesos.

⁵³ Sin embargo, soy consciente de que tal modificación es inviable en la coyuntura actual que atraviesa nuestra sociedad.

argentino). En este sentido, el recupero de activos debe ser uno de los principales objetivos de la incriminación de esta conducta.

Por último, cabe expresar que en un escenario futuro, donde se alcance un estándar ético superior en la función pública, acompañado de controles preventivos eficaces (que se traduzcan en una amplia fiscalización de las actividades económicas de los servidores públicos), podremos abogar entonces por la derogación de esta figura.

BIBLIOGRAFÍA

- ABOSO, Gustavo E. *Código Penal de la República Argentina comentado, concordado, con jurisprudencia*. Bs. As.: B de F, 2014.
- ARIAS HOLGUÍN, D. P. «La respuesta político-criminal al ‘blanqueo de capitales’ como fenómeno delictivo económico. Entre la ambigüedad y la expansión». En PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.). *Temas Actuales de Investigación en Ciencias Penales*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2010, pp. 373-404.
- BAIGÚN, D. y ZAFFARONI, E. R. (dirs.). *Código Penal y normas complementarias*. 1ª. ed. Bs. As.: Hammurabi, 2011, T. 10.
- BUOMPADRE, J. E. *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Bs. As.-Bogotá: Astrea, 2012.
- CABALLERO, J. S. «El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994)». *La Ley*, vol. 1997-A: pp. 793-800.
- CARO CORIA, D. C. «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos en el Derecho Penal Peruano». *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, vol. 20/21, pp. 271-398.
- CHIAPPINI, J. «El delito de no justificación de enriquecimiento (artículo 268-2 del Código Penal)». *La Ley*, vol. 1986-C: pp. 851 y ss.
- COLOMBO, M. L. y IPOHORSKI, J. M. «Evolución legislativa reciente y análisis de la figura penal en el derecho comparado». En BRUZZONE, G. A. (coord.). *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito del funcionario público*. Bs. As.: Ad-Hoc, 2005, pp. 111-117.
- CONTI, M. F. y SAUMELL, N. J. *Las figuras del enriquecimiento ilícito*. 1ª. ed. Rosario: Nova Tesis, 2007.
- CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supra-individuales*. 1ª. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- CREUS, C. *Derecho Penal Parte Especial*. 6ª. ed. Bs. As.: Astrea, 1999, T. II.
- DE LA FUENTE, J. E. «El delito de enriquecimiento ilícito: la discusión sobre su inconstitucionalidad». *Revista de Derecho Penal*, 2004, vol. 1, pp. 105 y ss.
- DE LUCA, J. A. y LÓPEZ CASARIEGO, J. E. «Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional». *La Ley*, vol. 2000-A: pp. 249-257.
- DONNA, E. A. *Delitos contra la Administración Pública*. 2ª. ed. Bs. As.: Rubinzal-Culzoni, 2008.
- FONTÁN BALESTRA, C. *Derecho Penal Parte Especial*. 15ª. ed. (actualizada por Guillermo A. C. Ledesma). Bs. As.: Abeledo-Perrot, 1998.
- GAUNA KROEGER, Carlos A. «El enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos en el Código Penal». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año IV, Vol. 3 (abril 2014): pp. 25-34.
- INCHAUSTI, M. A. *Enriquecimiento ilícito de funcionarios: El art. 268.2 del Código Penal (Leyes 16.648 y 25.188)*. 1ª. ed. Bs. As.: Ad-Hoc, 2001.
- LAJE ANAYA, J. *Comentarios al Código Penal Parte Especial*. 1ª. ed. Bs. As.: Depalma, 1981, Vol. III.

- LASCANO, C. «El Capítulo IX bis, Título XI, Libro II del Código Penal incorporado por la Ley 16.648». *Cuadernos del Instituto de Derecho Penal*, 1970, vol. 107: pp. 10 y ss.
- MAGARIÑOS, M. «El delito de enriquecimiento ilícito: La posibilidad de una interpretación orientada desde principios constitucionales». *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2004, vol. 4, pp. 716-726.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. «Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal». En DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.^a R. - SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (coords.). *Hacia un Derecho Penal sin fronteras*. Madrid: Colex, 2000.
- MIKKELSEN-LÖTH, J. F. «Enriquecimiento ilícito. El desafío para la Ciencia Jurídico-Penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la Administración Pública». 1^a ed. Bs. As.: *La Ley*, 2001.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General*. 7^a ed. (reimp.). Barcelona: Reppertor, 2007.
- MOLINARIO, A. J. *Los delitos*. 1^a ed. (texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio). Bs. As.: TEA, 1999, T. III.
- MORA MORA, L. P. «El derecho de no autoincriminación y los procedimientos administrativos de investigación regulados en la ley contra el enriquecimiento ilícito». *Revista de Derecho Procesal Penal*, vol. 2011-1, pp. 45-70.
- NÚÑEZ, R. C. *Derecho Penal argentino*. 1^a ed. Bs. As.: Bibliográfica Omeba, 1974, T. VII.
- OTRANTO, G. S. «El delito de enriquecerse injustificadamente, el requerimiento de justificación patrimonial y el derecho de defensa en juicio». *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2004, vol. 1, pp. 221 y ss.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. 1^a ed. Madrid: Universidad Complutense, 1994.
- SANCINETTI, M. A. «Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de 'enriquecimiento ilícito de funcionario público' (El adiós al Estado de Derecho)». *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1998, vol. 8-C: pp. 918-921.
- . *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público -art. 268 (2), C.P.-*. 2^a ed. (inalterada). Bs. As.: Ad-Hoc, 2000.
- SIRCOVICH, J. Y. «El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público en el derecho argentino». *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, vol. 2012-7: pp. 1197-1202.
- SOLER, S. *Derecho Penal argentino*. 4^a ed. (reimp.). Bs. As.: TEA, 1978, T. V.
- TODARELLO, G. A. *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*. 1^a ed. Bs. As.: Eds. del Puerto, 2008.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*. 1^a ed. Madrid: EDESA, 1995.
- VIDAL ALBARRACÍN, H. G. - VIDAL ALBARRACÍN, G. (h.). «Crisis del delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos. Un fallo revitalizador». *La Ley*, vol. 2000-D, pp. 785 y ss.
- VILLADA, J. L. *Delitos contra la Administración Pública*. 1^a ed. Córdoba: Advocatus, 2005.

El bien jurídico protegido en el art. 290 de Código Penal y su tutela

PAZ FRANCÉS LECUMBERRI (España)

Doctora Junior, Universidad Pública de Navarra, España

RESUMEN: En el trabajo se toma posición acerca de la compleja cuestión de la determinación del bien jurídico protegido en el art. 290 CP, dilema que, además, determina la acción típica contenida en el precepto. Se analizan por tanto los bienes jurídicos sugeridos por la doctrina para argumentar su inconveniencia y con ellos posicionarme en la consideración de que son dos los bienes jurídicos protegidos en el art. 290 CP uno individual «patrimonio» y uno colectivo «funcionalidad del documento».

Palabras clave: bien jurídico, funcionalidad del documento, patrimonio.

ABSTRACT: This article got to take a position about the complex matter to establish which legal asset is protected in the Spanish penal code, article 290. This dilemma also determines the content of the criminal conduct. Therefore the legal assets proposed from doctrine are analyzed for argued they are wrong, but there are instead two legal assets in article 290: «the patrimony» as an individual interest, and «the document functionality» as a common interest.

Key words: legal asset, document functionality, the patrimony.

SUMARIO: I. Introducción. II. Razones de la inconveniencia de la protección de algunos bienes jurídicos propuestos por la doctrina. III. Los bienes jurídicos protegidos por el art. 290 CP. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Es muy fuerte la discusión en torno al bien jurídico protegido en el delito contenido en el art. 290 CP. Son cinco los bienes jurídicos que se manejan por la doctrina como bienes protegidos, no siendo todos concurrentes, por supuesto, pero sí, a excepción de aquellas que mantienen que el único bien jurídico protegido es el patrimonio, entre estas cinco

propuestas se hacen multitud de combinaciones entre un bien jurídico individual y otro colectivo, uno individual y dos colectivos, etc.

Los bienes jurídicos que se han planteado por la doctrina como protegidos por el art. 290 CP, son: el «patrimonio de sociedad, socios o terceros» en exclusiva o no; la «veracidad e integridad de la información» con diferentes variantes, en el sentido de que a veces se utiliza esta expresión, pero en otras ocasiones se utiliza la expresión de «el derecho a una información veraz»¹, en otras «el derecho de los socios de que la empresa tenga una transparencia externa, una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad»², o la «confianza de que los documentos sociales sean verídicos»³, haciendo referencia sustancialmente a lo mismo: el orden económico⁴; la funcionalidad del documento⁵ y por último el correcto funcionamiento de las sociedades⁶.

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. *Los delitos societarios*, Madrid, Civitas, 1996, p. 55. Tanto RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 25, como DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio y POLO VEREDA, Javier. *Sobre el objeto material y la conducta típica en el delito societario de falsedad en documentos sociales*, en: LH-R. Mourullo, Madrid, Civitas, 2005, 1302, y vinculan el derecho a la información veraz a la protección de los intereses económicos de la sociedad.

² BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. «Los delitos societarios en el nuevo Código penal», en: *AAMN* 37 (1999), p. 27, considera que son dos los bienes jurídicos: la transparencia externa de la administración social y la veracidad de la información que reciben los socios; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Jesús María. *Delitos societarios*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 100, concreta ese interés a la veracidad de la información social en la sociedad, socios y terceros vinculados con la misma y además advierte que no se protege la veracidad de toda la información sino solo de aquella que viene obligada por la norma; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Delitos societarios en el Código penal de 1995*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998, p. 94. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. «Art. 290», en: RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.) y JORGE BARREIRO (Coord.). *Comentarios al Código penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 834, a su entender el bien jurídico tutelado «lo conforma el derecho de los socios y de terceros a que la información suministrada por la sociedad sea completa y veraz». En sentido parecido, PÉREZ VALERO, Ignacio. *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 128, 135; GONZÁLEZ RUS, Juan José. «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en: COBO DEL ROSAL (Coord.). *Derecho penal Español, Parte Especial*, 2ª, Madrid, Dykinson, 2005, p. 612; SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. *Delitos societarios y conductas afines: la responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, Madrid, La Ley, 2003, p. 67; CUGAT MAURI, Miriam. «Los delitos societarios», en: CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN (Dirs.). *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, I, Madrid, Marcial Pons, 2004, 1090. En contra expresamente de este bien jurídico, por ejemplo: MORALES PRATS, Fermín. «Los delitos societarios», en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Thomson Reuters, Cizur Mayor, 2011, p. 966.

³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*, 2ª, Madrid, Ramón Areces, 2010, p. 617. Además considera que se protege el patrimonio.

⁴ FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 57, como bien jurídico mediatamente protegido; CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (Coords.), en: *Comentarios*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2005, p. 624, el bien jurídico inmediatamente protegido es el patrimonio y mediatamente protegido tanto el orden económico como el adecuado funcionamiento de las sociedades y el papel económico que desempeñan.

⁵ Conjuntamente con el patrimonio como bien jurídico pluriofensivo, que es la tesis que se defiende en este trabajo pero sin la vinculación de bienes mediatamente protegidos, por lo ya considerado en relación a esta categoría de bienes, FARALDO CABANA, *Ob. cit.*, 1996, p. 370; La misma, en: *Falsedad en documentos sociales*, 2003, p. 41. También GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Falsedades documentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 154; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*, PE, Valencia, Tirant lo Blanch, 4ª, 2013, pp. 464 y ss.

⁶ MARTÍN PALLÍN, José Antonio. «Los delitos societarios», en: SERRANO BUTRAGUENO (Coord.). *Comentarios al Código penal de 1995*, Granada, Comares, 1999, p. 1394. Así también FARALDO CABANA, Patricia: *Ob.*

Mi propuesta, que a continuación defenderé, es la de considerar que en el art. 290 CP se protegen dos bienes jurídicos: uno individual «patrimonio» y uno colectivo «funcionalidad del documento», siendo que los dos están inmediatamente protegidos y entre ellos existe una especial conexión.

2. RAZONES DE LA INCONVENIENCIA DE LA PROTECCIÓN DE ALGUNOS BIENES JURÍDICOS PROPUESTOS POR LA DOCTRINA

2.1. *La veracidad e integridad de las cuentas*

Para argumentar por qué no parece oportuno que éste sea un bien jurídico protegido considero que la primera de las cuestiones que se debe plantear es la de determinar cuál es realmente su contenido y, en este sentido, las dificultades son muchas. Así, si bien la doctrina italiana, y especialmente con la redacción anterior a las últimas reformas de los arts. 2621 y 2622 CCI, ha mantenido sistemáticamente este bien jurídico como el protegido en el delito de falsedad en documentos de la sociedad, también es cierto que no ha hecho grandes esfuerzos por concretar qué es lo que esto significa.

Sí lo ha hecho la doctrina alemana, en parte, pero con un límite negativo, aunque el matiz, además, viene del hecho de que la mayor parte de la doctrina alemana plantea que el bien jurídico protegido por los preceptos homólogos al art. 290 CP no es la veracidad e integridad de las cuentas en sí y como algo absoluto, sino la confianza en esa veracidad e integridad de las cuentas. Así, consideran que hay una falta de verdad que puede vulnerar esa confianza en la información societaria cuando las declaraciones expuestas en los documentos societarios «son injustificables»⁷. Serán sin embargo correctas aquellas que hacen posible tener un panorama general y un cuadro total de la real situación económica de la sociedad⁸. Una representación incorrecta se apreciará sólo cuando el error sea evidente, cuando exista sin ningún género de duda⁹. Esto significa que para la doctrina alemana sólo se recogerán aquellas falsedades tal vez no groseras pero sí muy importantes, insostenibles, que hacen que no se pueda tener un conocimiento completo o real de la situación económica, de manera que se produce una desinformación o una información equivocada que termina por hacer quebrar la confianza de toda la sociedad en la fiabilidad de las cuentas.

Cit., 1996, p. 62, indirectamente. Este es para FARALDO «el interés subyacente que inspira la política criminal que radica en el correcto funcionamiento de las sociedades mercantiles»; CUGAT MAURI, *Ob. cit.*, 2004, p. 1091, también hacen referencia a cómo la norma ha de encontrar sentido en el ámbito de las necesidades de protección del sistema societario.

⁷ Ruß, «§§331-332», en: GLANEGGER, KIRNBERGER, KUSTERER, RUß, SELDER y STUHLFELNER (Aut.), *Handelsgesetzbuch*, 7ª, Heidelberg, Müller, 2007, 849; TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 850.

⁸ MERKT, Hanno. «§§331-332», en: HOPT y MERKT (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch, Beck'sche Kurz Kommentar*, München, Verlag C.H. Beck, 2008, p. 1200.

⁹ MORCK, Winfried. «§§331-332», en: KOLLER, ROTH y MORCK (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch Kommentar*, München, Verlag C.H. Beck, 2007, p. 914.

En la doctrina Española el bien jurídico de veracidad e integridad de las cuentas es defendido por una buena parte de ella¹⁰.

Se ha de advertir, además, que todos los autores vinculan (aunque no lo expresen directamente de ese modo) la veracidad e integridad con la imagen fiel de la sociedad¹¹. Por tanto, cuando se habla por estos autores de veracidad se está haciendo referencia en realidad a los parámetros que consideran como verdadero el concepto de imagen fiel de la empresa, es decir, la verdadera representación del estado de la sociedad, lo que, como expondré mas adelante, tiene una gran relevancia.

La crítica fundamental que se plantea por parte de la doctrina hacia el bien jurídico «veracidad e integridad de las cuentas» deviene justamente de la necesidad de dotar de un verdadero contenido material a los bienes jurídicos, mientras que al que ahora nos estamos refiriendo comportaría una formalización indeseable de éste¹². Pienso que son dos los argumentos que justifican el rechazo a este bien jurídico por suponer su formalización.

Por un lado, lo que la LGC, CCom y LSC exigen de las cuentas anuales y otros documentos que las acompañan es que reflejen la imagen fiel de estas; concepto que no es exactamente igual a la veracidad o «imagen verdadera», por tratarse de un concepto con un alto grado de discrecionalidad. Si mantenemos el concepto de veracidad que nos dice que ésta «constituye una cualidad intrínseca del documento que hace referencia a la fidelidad del contenido de la información a la realidad sobre lo que debe dar noticia»¹³ y por otro lado conocemos que la imagen fiel no es sólo el resultado de la correcta aplicación de un proceso o sistemática de normas

¹⁰ MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. «Los delitos societarios en el Código penal de 1995», en: *RdS* 1995-V, p. 172; GARCÍA DE ENTERRÍA. *Ob. Cit.*, 1996, p. 55; SÁNCHEZ ÁLVAREZ. *Ob. Cit.*, 1996, p. 100; JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. «De los delitos societarios y contra los consumidores», en: *BICAM I* (1996), p. 22; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. «Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal», en: *ADPCP* 1996, pp. 437 ss.; DEL ROSAL BLASCO, *Ob. Cit.*, 1998, p. 94; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. «Información societaria y protección penal del inversor», en: *LL* 2002-7, p. 1647; GALLEGO SOLER, José Ignacio. «Política criminal en materia de los delitos societarios», en: MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO (Dir.) y GÓMEZ MARTÍN (Coord.). *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código penal español de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 323; PÉREZ VALERO, *Ob. Cit.*, 2001, p. 135; FARALDO CABANA, Patricia. *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 38 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. «El nuevo Derecho mercantil contable y el Derecho penal», en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.), BACIGALUPO SAGGESE y GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.). *Gobierno Corporativo y derecho penal: mesas redondas, Derecho y economía*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008, p. 164. CARREÑO AGUADO, Julen. *El tratamiento jurídico-penal de la inveracidad en la información social*, Madrid, La Ley, 2013, p. 213.

¹¹ CARREÑO AGUADO, *Ob. Cit.*, 2013, p. 223.

¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa, PE*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 378. En la 4ª ed. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Ob. Cit.*, PE, 4ª, 2013, pp. 465 y ss. el autor enfoca la inconveniencia de defender este bien jurídico desde la perspectiva de que sostener éste como tal implica la asunción de la tesis de la infracción de deber que define al art. 290 CP, en concreto, p. 465 «Finalmente, el elenco de posiciones en torno a la naturaleza jurídica del art. 290 se completa con la tesis de aquellos autores que entienden que lo que fundamenta el injusto de este delito es el deber de información sobre la situación real de la empresa configurado extrapenalmente. De este modo, el criterio material para imputar el hecho al autor no sería el dominio sobre el riesgo, basado en la libre organización de la propia esfera, sino exclusivamente la infracción del deber extrapenal específico que incumbe a determinadas categorías de sujetos, basado en una vinculación de esferas de organización (administrador/sociedad, socios o Registro Mercantil).

¹³ FARALDO CABANA, *Ob. Cit.*, 1996, p. 384.

contables¹⁴, cuyo resultado no constituye una materia exacta, sino que es algo más (la fórmula es más subjetiva ya que, además de requerir por regla general la aplicación de las normas contables, este principio exige tener en cuenta el contexto de la sociedad para que pueda cumplirse) resultaría que la defensa de la información societaria como bien jurídico sería lo mismo que defender como objeto de tutela la correcta aplicación de los principios contables, lo que no parece un concepto aceptable por limitarse a la tutela de normas y no de bienes jurídicos¹⁵, lo cual ha sido rechazado en este trabajo; o peor aún, una veracidad que en realidad no es tal.

Pero además, por otro lado, hemos de tener en cuenta que el Derecho contable en España ha sufrido a lo largo de los años gran cantidad de reformas y modificaciones, tanto en lo relativo a sus principios rectores como en sus objetivos. Así, la contabilidad hasta hace no muchos años pretendía ofrecer una información económico financiera que buscaba representar la imagen fiel de la situación patrimonial de las empresas. Las normas internacionales de contabilidad, NIC/NIFF¹⁶, a las cuales progresivamente también España se ha debido adaptar, han provocado cambios sustanciales en la contabilidad que tienden o pretenden generar una información más relevante de la situación actual y futura de la empresa, especialmente en relación a su comportamiento estratégico para tomar decisiones¹⁷. Es decir, las cuentas anuales en la actualidad en su contenido van más allá de la mera representación fiel del «estado actual de la empresa» o «realidad económica presente de la empresa», aunque el CCom y la LSC sigan refiriéndose al concepto de imagen fiel. Las cuentas anuales serán por tanto y además un instrumento que pretende exponer la trayectoria futura que se espera de una empresa, lo cual, por un lado dota de más subjetividad al concepto y formaliza todavía más al eventual bien jurídico pero además su protección supondría en cada caso proteger un modelo concreto de veracidad o de «situación verdadera de la empresa».

Por todo lo expuesto hasta el momento no parece aceptable que se pueda admitir la veracidad e integridad de las cuentas como bien jurídico protegido.

2. *El orden económico*

Considero que las categorías de «orden económico» y de «orden socioeconómico» constituirán al máximo «una categoría de referencia que engloba un conjunto más o menos sistematizado de valores económicos»¹⁸. Y en tal sentido, la postura aquí asumida entiende que más que un bien jurídico –que no se ve cómo pueda llegarse a determinar de manera respetuosa

¹⁴ POLO VEREDA, Javier. «Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos», en: *LL* 1998-2, p. 2047 considera que sí es la correcta aplicación de las normas contables.

¹⁵ En palabras muy similares POLO VEREDA, *Ob. Cit.*, p. 2047.

¹⁶ Las normas contables NIC/NIFF se refieren al proceso de reforma contable iniciado hace unos años en la Unión Europea para conseguir que la información elaborada por las sociedades comunitarias se rija por un único cuerpo normativo. Para ellos los estándares internacionales de contabilidad e información financiera, traducidos como «normas», son un conjunto de guías para preparar y reportar información contable y financiera, compuestos por: Las «Normas» Internacionales de Contabilidad (NIC) y las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF).

¹⁷ En este sentido BERNAL GARCÍA, Juan Jesús y GARCÍA PÉREZ DE LEMA, Domingo. «Análisis económico-financiero a partir del nuevo PGC. Ratios financieros», en: *EF* 261 (2009), p. 28.

¹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico, Parte General*, 3ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 157 y ss.

con el principio de legalidad en su vertiente de la taxatividad o adecuada determinación de los tipos penales— el mantenimiento del orden económico es la *ratio legis* que subyace a éste y otros delitos, pues al protegerse el correcto funcionamiento de las sociedades no es que se tutele el orden económico, sino que se tutela un elemento fundamental de ese orden, como son las sociedades (o más bien que estas funcionen correctamente) que es lo que en última instancia motiva la protección penal de algunos bienes jurídicos concretos¹⁹, pues si no pueden concretarse, no puede aceptarse su naturaleza de bien jurídico-penalmente tutelable, al menos si se es medianamente respetuoso con el principio de ofensividad y de subsidiariedad.

Pero es que además «orden económico» es un concepto sin definir y dependiendo de cómo lo definamos podremos aceptarlo como bien jurídico o no. Es decir, en este trabajo, me he pronunciado sobre la necesidad de dotar de contenido material concreto a los bienes jurídicos colectivos. En este sentido, la falta de definición y por tanto lo ilimitado del concepto es una de las importantes críticas que se pueden hacer y que dan lugar a que éste no pueda ser considerado como bien jurídico posible y eventualmente protegido²⁰. Es cierto que algunos autores han querido dotar de contenido al orden económico atendiendo a lo estipulado en la llamada «constitución económica»; sin embargo, yo no soy partidaria de esta propuesta. En primer lugar porque no es en la Constitución donde se encuentran los bienes jurídicos que se van a proteger por el Derecho penal económico²¹ y, en segundo, porque en atención a ella el contenido seguiría siendo igualmente abstracto e inabarcable.

En definitiva, que rechazo este bien jurídico no sólo porque las definiciones que se han ofrecido de este concepto no las considero oportunas si no sobre todo porque justamente éste en un concepto tan general e indefinido que no permite construir una definición satisfactoria que este en consonancia con los criterios que exige el concepto de bien jurídico penal.

2.3. *El correcto funcionamiento de las sociedades*

Una parte de la doctrina de una u otra forma hace referencia a cómo el art. 290 CP «ha de encontrar sentido en el ámbito de las necesidades de protección del sistema societario»²², o cómo mediatamente, a través del precepto, se protege el adecuado funcionamiento de las sociedades mercantiles. Considero que son dos objeciones que se pueden hacer a la defensa de este bien jurídico. En primer lugar, las dificultades de dotar de contenido al bien jurídico correcto funcionamiento y, en segundo lugar, en caso de dotarlo de contenido, las dificultades para que pueda ejercer de límite al *ius puniendi* por una cuestión práctica de redacción del tipo.

¹⁹ DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO y POLO VEREDA, *Ob. Cit.*, 2002, p. 26, consideran que efectivamente la realización de conductas prohibidas por el orden socio-económico puede afectar negativamente a la actividad económica. Pero esto no significa que el orden económico sea el bien jurídico protegido.

²⁰ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: Bases político-criminales», en: *RDPCR II* (2003), p. 159.

²¹ Además está la cuestión de si el funcionamiento general del orden económico puede garantizarse a base de medios penales. En este sentido KAISER, Günter. «La lucha contra la criminalidad económica. Análisis de la situación en la República Federal de Alemania», en: BARBERO SANTOS (Coord.). *Los delitos socio-económicos*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1985, p. 176. También, PAREDES CASTAÑÓN, *Ob. Cit.*, p. 158.

²² CUGAT MAURI, *Ob. Cit.*, 2004, p. 1091.

Derivada de la primera objeción surge una primera pregunta: ¿qué es el correcto funcionamiento de las sociedades? Se ha de advertir que no existe en el CC, CCom, LSC o en la Constitución precepto alguno que otorgue una definición que determine qué es «correcto funcionamiento de las sociedades». Los problemas que surgen al respecto de considerar este concepto sin definir en bien jurídico protegido se encuadran básicamente en dos grupos.

El primero es de tipo general. Considero que *a priori* no resulta del todo conveniente que se recojan como bienes jurídicos instituciones en las que se incluya el «correcto funcionamiento» de algún sistema²³. En este sentido PAREDES CASTAÑÓN se ha pronunciado considerando que «desde el punto de vista de la función práctica que han de cumplir en la dogmática jurídico-penal las definiciones de los bienes jurídicos, resultará preferible una definición que contenga elementos con una referencia empírica clara a una que no los contenga (o los contenga en menor grado). Términos como «estabilidad» o «buen funcionamiento» (de un sistema, de la actividad económica) son, por ello, menos útiles como definiciones de los bienes jurídicos que otros dotados de mayor referencia empírica»²⁴. En este trabajo, en relación con el correcto o buen funcionamiento de las sociedades (un sistema de la actividad económica) me sitúo en la línea expuesta por este autor.

La segunda de las objeciones se trata de una cuestión que puede entenderse más bien de carácter práctico, por la forma en la que está redactado el tipo. Si, conforme a lo expuesto hasta el momento, es necesario que en los supuestos en los que estamos ante un delito pluriofensivo se compruebe que todos los bienes jurídicos recogidos en el tipo han sido lesionados, o en su caso puestos en peligro; es decir, la antijuridicidad material se deberá verificar con el análisis de los diferentes deberes del administrador. Es decir, de estos deberes se derivaría lo que el legislador entiende por un «correcto funcionamiento» de la sociedad, que se deberá comprobar si concurre o no en el supuesto y que se utilizará como criterio de valoración *ex ante* para determinar si existe o no idoneidad en la puesta en peligro del patrimonio.

La cuestión es, y por ello considero el rechazo de este concepto como bien jurídico, que existe una limitación de tipo práctico, ya que como el legislador ha elegido un modo de conducta que es especialmente peligrosa (falsedad) y además exige la lesión al patrimonio, estamos ante un tipo muy restrictivo, en el que cuando se afecte la funcionalidad del documento y al menos se ponga en peligro el patrimonio (según el art. 290.1 CP), estarán concurriendo los requisitos que he establecido para eventualmente dotar de contenido al correcto funcionamiento de las sociedades.

Siendo así, si en todos los casos en los que exista una falsedad que afecte a la funcionalidad del documento, y ésta ponga al menos en peligro el patrimonio, se estarán lesionando siempre y en todo caso las obligaciones de administración, es decir, las normas de gestión (única manera a través de la cual he considerado que se puede dotar de contenido al bien jurídico «correcto funcionamiento de la sociedad») nos encontraríamos ante la indeseable situación de que este bien jurídico se convertiría por vía de hecho en una especie de bien jurídico mediatamente protegido, categoría que he rechazado, porque justamente éste no actuaría de ninguna manera como límite al *ius puniendi*.

²³ Así también, PAREDES CASTAÑÓN, *Ob. Cit.*, p. 132.

²⁴ PAREDES CASTAÑÓN, *Ob. Cit.*, p. 132.

III. LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS POR EL ART. 290 CP

3.1. *Primer bien jurídico protegido. La funcionalidad del documento.*

Los autores que entienden que el bien jurídico protegido es la funcionalidad del documento consideran que «un tratamiento específico de las falsedades documentales en el ámbito de las sociedades mercantiles sólo se justifica cuando, además de lesionar la funcionalidad del documento, se ponen en peligro o lesionan bienes jurídico-penales de titularidad individual, esencialmente el patrimonio»²⁵. No consideran, por tanto, que la única razón de la creación de un delito societario de falsedad documental sea la lesión de la funcionalidad del documento sino que ésta se producirá siempre que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio económico a los sujetos pasivos mencionados por el tipo²⁶. En palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, «la simple acción de falsear no es suficiente para cumplir el tipo básico del injusto del art. 290 párrafo 1º, toda vez que el legislador ha incorporado al radio de peligro de la acción una idoneidad lesiva para el patrimonio de la sociedad, de alguno de los socios o de algún tercero, configurándolo como un tipo de aptitud para la producción de un daño»²⁷, «en concreto, cabe afirmar que el texto definitivo del tipo básico del art. 290 se caracteriza por añadir a la lesión del bien jurídico colectivo inmaterial de la funcionalidad del documento la exigencia de una aptitud lesiva para el patrimonio individual de alguno de los sujetos pasivos enumerados»²⁸.

La falsedad entonces no será un mero instrumento de la comisión del delito sino que con esta fórmula se entenderá protegida la funcionalidad del documento siempre que la falsedad sea idónea para poner en peligro o lesionar el patrimonio que será el segundo bien jurídico protegido, pero no de manera alternativa, sino en unión con el anterior.

Mantengo, por tanto, que es éste un delito pluriofensivo en el que se deberá materializar la lesión de la funcionalidad del documento y al menos el peligro al patrimonio (pues cuando se lesiona este último de manera efectiva se presenta un incremento en la pena), lo que evitará también indeseables supuestos de lagunas de punibilidad. Es claro cómo el legislador ha entendido que falsear es la «acción» especialmente idónea para poder afectar al patrimonio; es una forma especialmente lesiva de afectarlo, y que precisamente a través del falseamiento se puede

²⁵ FARALDO CABANA, *Ob. Cit.*, 1996, p. 369. En un sentido parecido CORCOY BISASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (Dir.). *Comentarios al Código penal*, 2011, p. 643. Por su parte PÉREZ VALERO, *Ob. Cit.*, 2001, p. 135, considera que son el patrimonio y el interés general de los potenciales interesados a ser informados de manera veraz y completa acerca de la situación jurídica y económica del ente, que entiende es un bien jurídico intermedio de nueva generación.

²⁶ FARALDO CABANA, *Ob. Cit.*, 1996, p. 39. También RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ob. Cit.*, 1996, p. 437, aun considerando que el nuevo artículo 290 CP no es una mera modalidad de falsedad en documento mercantil en el ámbito societario, sino que el objeto de protección específico de este delito es la transparencia y veracidad de la información social, apunta, en lo que ahora nos interesa, cómo no se castiga «cualquier falsedad material o ideológica en el ámbito societario, cualquier irregularidad o inexactitud, sino el falseamiento de la información societaria, que debe reflejar la situación jurídica y económica de la entidad, en la medida en que ello es relevante para la protección de los intereses económicos de la sociedad, los socios o terceros».

Consideran que no se puede criminalizar cualquier inexactitud o irregularidad, sino sólo aquellas que sean idóneas para causar perjuicio económico TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995, p. 85; MATA Y MARTÍN, *Ob. Cit.*, p. 172; DEL ROSAL BLASCO, *Ob. Cit.*, 1998, p. 99.

²⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Ob. Cit.*, 4ª, 2013, p. 472.

²⁸ *Ibidem*.

precisar esa especial relación del sujeto activo con el bien jurídico que justifica la exigencia de una calidad especial.

Pero con esta función de medio o instrumental no significa que no se proteja la funcionalidad del documento, entendida como valor específico de los documentos (en concreto las cuentas anuales y los demás documentos que deban reflejar la situación económica y jurídica de la sociedad) como medios de prueba (función probatoria), garantía (función de garante) y perpetuación²⁹: «Los documentos poseen un valor probatorio (función probatoria) específico frente a otros medios de prueba, en cuanto que el documento prueba mediante la declaración que contiene, atribuida siempre a una persona garante de ella, dependiendo además la fuerza probatoria del documento de la persona que emite la declaración –documentos públicos frente a documentos privados, falsedad de autoridades o funcionarios frente a las de particulares– (función de garantía), y en cuanto que la declaración se plasma en un soporte material que la perpetúa sin variaciones en el tiempo (función de perpetuación)»³⁰.

Las cuentas anuales, que son el objeto material del art. 290 CP, son el instrumento de información fundamental para todos los agentes relacionados con las sociedades: la misma sociedad (para la toma de decisiones), los socios y terceros, tengan una relación directa con la empresa (ej. acreedores, trabajadores) o no (la sociedad en su conjunto como interesada en que las sociedades funcionen).

Se trata por tanto y a mi entender, el del art. 290 CP, de un delito de falsedad documental³¹ en el que las conductas que encajen en la falsedad serán aquellas del art. 390 CP, todas, incluidas las falsedades ideológicas por la asimilación del administrador con los funcionarios públicos. Es claro que sólo existe el deber jurídico de veracidad para determinadas personas «que ocupan posiciones especiales»³² en la sociedad. Este será el caso de los administradores de hecho y de derecho de una sociedad por su posición, no sólo en relación a la propia sociedad sino también frente a terceros relacionados con la sociedad. En palabras de FARALDO CABANA «se reconoce un deber de veracidad de los administradores en cuanto a los actos propios de su cargo

²⁹ Así también FARALDO CABANA, *Ob. Cit.*, 2003, p. 38; GARCÍA CANTIZANO, *Ob. Cit.*, 1994, p. 134; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *La falsedad documental: análisis jurídico penal*, Cedesc, Barcelona, 1999, pp. 84 y ss. Mantiene la funcionalidad del documento como bien jurídico en las falsedades documentales DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. «Falsificación de documentos», en: LUZÓN PEÑA (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, Comares, 2002, p. 722.

³⁰ Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. «De las falsedades documentales. Introducción», en: COBO DEL ROSAL Y MORILLAS CUEVA (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 161

³¹ Esta es la postura de la doctrina mayoritaria. Por todos, FARALDO CABANA, *Ob. Cit.*, 2003, pp. 61 y ss.; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, sobre el alcance de la conducta falsaria en el delito societario del art. 290 del Código Penal; MATA Y MARTÍN, *Ob. Cit.*, 172; GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, 2001, pp. 190 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Ob. Cit.*, 1996, p. 437; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO Y POLO VEREDA, *Ob. Cit.*, 2005, p. 1317. La postura minoritaria que considera que no es éste un delito de falsedad, la sostienen: DEL ROSAL BLASCO, *Ob. Cit.*, 1998, p. 95; PÉREZ VALERO, *Ob. Cit.*, 2001, pp. 385 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *Ob. Cit.*, 1645; ECHANO BASALDUA, Juan. «La falsedad en documentos sociales del art. 290 CP: ¿delito de falsedad documental?», en: *RVP* 87-88 (2010), pp. 420 y ss.; CARREÑO AGUADO, *Ob. Cit.*, 2013, p. 222. La jurisprudencia también ha sido de lo más variada adoptando una y otra posición. Un análisis exhaustivo de las sentencias más relevantes al respecto se encuentra en: ECHANO BASALDUA, *Ob. Cit.*, pp. 389 y ss.

³² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Ob. Cit.*, 2002, p. 730.

y funciones»³³. El delito de falsedad en documentos sociales será por tanto un tipo específico de falsedad de documento mercantil³⁴, porque los documentos que se falsean constituyen una clase especial dentro de los mercantiles, en concreto de aquellos que deben reflejar la situación jurídica o económica de las sociedades³⁵.

Considero que no hay razón alguna para entender que, ante el verbo que utiliza el legislador al concretar la conducta típica en el art. 290 CP: «el que falseare», no se entienda que se trata de una conducta falsaria, y por tanto ésta deba remitirse a los supuestos del art. 390 CP, pero a todos, por la especial relevancia de las falsedades ideológicas tanto en el ámbito en el que nos encontramos, las sociedades complejas, como por la posición y concretos deberes de quien gestiona esa realidad societaria, los administradores de hecho y de derecho, que es lo que otorga singularidad al art. 290 CP respecto del art. 392 CP que recoge las falsedades en documento mercantil³⁶. A diferencia de aquellos autores que consideran que la acción falsaria no debe direccionarse a los supuestos del art. 390 CP, considero que debe ser así porque también los administradores societarios pueden cometer en estos específicos documentos societarios falsedades de tipo material. No siendo el fundamento del art. 290 CP cubrir lagunas de punibilidad que se presentan con las falsedades ideológicas sino, y sobre todo, proteger dos bienes jurídicos especialmente vulnerables a través de la acción falsaria: la funcionalidad de los documentos societarios y el patrimonio de sociedad, socios y terceros, no encuentro ningún problema, al contrario, para que se dé esta remisión que además otorga una mayor seguridad jurídica a la hora de determinar las conductas punibles y responde a las exigencias de intervención mínima del Derecho penal.

3.2. Segundo bien jurídico protegido: El patrimonio

Como ya se ha dicho, la funcionalidad del documento no es el único bien jurídico protegido en el art. 290 CP; el otro es el patrimonio. Si hay un elemento fundamental para que una sociedad, al menos de las que le interesan al legislador penal y de la forma en que le interesan, funcione correctamente, éste es el patrimonio. Y el patrimonio no sólo de las sociedades sino de todos aquellos (personas físicas pero muy especialmente otras sociedades) que tengan algún tipo de relación jurídico económica con ella. El patrimonio es el alma de una sociedad; sociedad además entendida en sentido amplio (una concepción que, por cierto, adopta el art. 290 CP). Además, también por las relaciones jurídicas y personales que se entablan a través de las sociedades, es primordial para su buen funcionamiento (y de ahí la protección penal) el patrimonio de los socios, quienes para la consecución de unos determinados fines deciden participar de una

³³ FARALDO CABANA, *Ob. Cit.*, 2003, p. 63.

³⁴ Así también Consulta 15/1997, de 16 de diciembre, sobre el alcance de la conducta falsaria en el delito societario del art. 290 del Código Penal; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. *La estafa de crédito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 431; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, Parte Especial*, 19ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 501. RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Ob. Cit.*, p. 437, considera que el art. 290 CP no es una mera modalidad de falsedad documental mercantil en el ámbito societario.

³⁵ FARALDO CABANA, *Ob. Cit.*, 1996, pp. 374 y ss.

³⁶ También son un régimen especial sobre las falsedades del art. 392 CP, las falsedades que contiene el art. 310 y 261 CP. En este sentido GALLEGO SOLER, José Ignacio. «Art. 310 CP», en: CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, 2011, pp. 689, 582. Igualmente TERRADILLOS BASOCO, Juan. «Delitos contra el orden socio-económico», en: TERRADILLOS BASOCO (Coord.), *Materiales y lecciones*, Madrid, Iustel, 2012, p. 125.

sociedad. También requiere una especial protección para el legislador penal el patrimonio de terceros, de todos aquellos que en la confianza de un correcto funcionamiento de las sociedades enablen con ellas relaciones jurídicas, económicas. Y de todo aquello que se podría proteger especialmente dentro de una sociedad (como por ejemplo derechos de los socios, y derechos de los acreedores) el art. 290 CP opta por proteger el patrimonio tanto de la sociedad, como de los socios y de los terceros.

Pero sobre la protección del patrimonio hay que diferenciar que una parte de la doctrina considera que el único bien jurídico protegido en el art. 290 es el patrimonio³⁷ y, por el contrario, otra parte mayoritaria, considera que si bien éste se protege, como se expone en este trabajo, se hace conjuntamente con la funcionalidad del documento, es decir, se trata de un bien jurídico pluriofensivo³⁸.

El concepto de patrimonio históricamente ha sido controvertido, y ni siquiera hoy parece que haya una unanimidad deseable de criterios al respecto³⁹, a pesar de la extensa bibliografía existente en torno a esta discusión. El desarrollo de las cuestiones que se suscitan excedería con mucho el objeto de este trabajo. Pero siendo uno de los bienes jurídico el patrimonio, lo que sí resulta fundamental es determinar qué concepto de patrimonio se sostiene aquí. Existen diferentes conceptos de patrimonio⁴⁰: concepto jurídico, concepto económico, concepto jurídico-económico⁴¹.

La concepción jurídica del patrimonio le ha sido doctrinalmente atribuida a Binding⁴². Según esta concepción la protección penal del patrimonio es independiente del valor económico del resultado dañoso, concretándose y entendiéndose que éste existe en el momento en que haya un perjuicio formal de lesión. Algunos autores han considerado que esta concepción resultaba demasiado restringida por negar la protección a bienes que, siendo de gran valor económico en el tráfico, no estén jurídicamente concretados, por lo que ese patrimonio no dispondría de protección penal⁴³. En cambio, la concepción económica del patrimonio, desde presupuestos absolutamente diferentes, incluso contrarios a la anterior, concreta el patrimonio en base al

³⁷ FERNÁNDEZ TERUELO Javier. *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid, Dykinson, 1998, pp. 164 y ss., sostiene que el bien jurídico protegido es exclusivamente el patrimonial; POLO VEREDA, *Ob. Cit.*, p. 2047; GALLEGU SOLER, *Ob. Cit.*, 2006, p. 279; QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho penal, Parte Especial*, Barcelona, Atelier, 6ª, 2010, pp. 585 y ss. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Estudios de Derecho penal económico*, 2009, p. 92 considera que el único bien jurídico protegido es el patrimonio.

³⁸ Así FARALDO CABANA, *Ob. Cit.*, 1996, p. 370; La misma *Ob. Cit.*, 2003, p. 41; GARCÍA CANTIZANO, *Ob. Cit.*, 1997, p. 154; SEQUEROS SAZATORNIL, *Ob. Cit.*, 2003, p. 63; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Ob. Cit.*, 4ª, 2013, p. 464. Otros autores, además, consideran que se trata de un delito pluriofensivo que protege el patrimonio y el derecho a obtener una información completa y veraz sobre la situación de la sociedad: SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Ob. Cit.*, 1996, p. 100; DEL ROSAL BLASCO, *Ob. Cit.*, 1998, p. 94; PÉREZ VALERO, *Ob. Cit.*, 2001, p. 135.

³⁹ FARALDO CABANA, *Ob. Cit.*, 1996, p. 65. La doctrina ha utilizado el concepto «patrimonio» en diferentes sentidos: Por todos HUERTA TOLCIDO, Susana. *Protección del patrimonio inmobiliario*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 29 y ss.

⁴⁰ V. entre otros GALLEGU SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 108 y ss.

⁴¹ No se debe olvidar, además, el concepto funcional de patrimonio. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación: (el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*, Barcelona, PPU, 1994, pp. 83 y ss.

⁴² Así, GALLEGU SOLER, *Ob. Cit.*, 2002, pp. III y ss.

⁴³ HUERTA TOLCIDO, *Ob. Cit.*, 1980, p. 30.

precio de mercado que en el tráfico jurídico quepa atribuir al concreto objeto o posición fáctica cuestionados⁴⁴.

La concepción llamada mixta o jurídico-económica de patrimonio que fue propuesta en la doctrina española por BAJO FERNÁNDEZ⁴⁵ pretendió «aunar coherentemente los presupuestos de ambas para evitar las indeseables consecuencias a que conducía cada una de ellas individualmente consideradas»⁴⁶. Por mi parte, mantendré justamente este concepto de patrimonio, un concepto económico-jurídico que no supone un ataque a todo el patrimonio en su totalidad sino sólo una lesión o puesta en peligro de alguno o algunos de los elementos que lo componen⁴⁷. Además, siguiendo a PAREDES CASTAÑÓN⁴⁸, se adoptará un concepto de patrimonio en sentido funcional. Es decir «no como pura realidad económica (bienes tenidos de hecho por el sujeto), pero tampoco en un sentido estrictamente «jurídico» (conjunto de bienes sujetos a derechos subjetivos de contenido patrimonial), sino más bien funcional (la detentación de bienes como relación social con funciones propias)»⁴⁹. Será preciso, entonces, para poder hablar de patrimonio, estar ante bienes reconocidos en el tráfico jurídico como propios del sujeto⁵⁰.

Es necesario para que la intervención penal resulte legítima, un ataque a la integridad de la composición del patrimonio y otro a su valor económico⁵¹.

También es necesario concretar el concepto de perjuicio patrimonial, en el sentido de que se precisa, para la consumación del tipo, la idoneidad de la acción típica para causar un perjuicio económico (en el primer inciso del art. 290 CP) o la lesión (en el segundo inciso del art. 290). En este sentido se entenderá por perjuicio económico: «cualquier menoscabo patrimonial verificado según el criterio del saldo total, esto es la comparación entre estado patrimonial anterior a la acción delictiva y el estado patrimonial posterior»⁵². Este es el criterio del saldo global⁵³. Es decir, «existirá perjuicio patrimonial siempre y desde el momento en el que se produzca una alteración del valor económico del patrimonio, en sentido depreciatorio, respecto del valor precedente, a raíz de una actuación del sujeto activo en cuestión»⁵⁴. Así, con GALLEGO SOLER⁵⁵, la puesta en peligro del patrimonio puede concebirse como un supuesto de perjuicio patrimonial que opera, generalmente, en el ámbito de los negocios jurídicos sinalagmáticos⁵⁶.

⁴⁴ GARCÍA MOSQUERA, Marta. *La estafa de seguro*, Madrid, La Ley, 2006, p. 175.

⁴⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, Civitas, 1978, p. 167.

⁴⁶ GARCÍA MOSQUERA, *Ob. Cit.*, 2006, p. 176.

⁴⁷ FARALDO CABANA, *Ob. Cit.*, 2003, pp. 40 y ss.

⁴⁸ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. «Lesión del bien jurídico y consumación en el delito de apropiación indebida», en: *PJ* 46 (1997), pp. 239 y ss.

⁴⁹ PAREDES CASTAÑÓN, *Ob. Cit.*, 1997, pp. 239 y ss.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 240.

⁵¹ *Ibid.*, p. 242.

⁵² FARALDO CABANA, *Ob. Cit.*, 1996, p. 68; DEL ROSAL BLASCO, *Ob. Cit.*, 1998, pp. 99 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Ob. Cit.*, 2013, p. 473 y ss.

⁵³ FARALDO CABANA, *Ob. Cit.*, 2003, p. 71 y ss.

⁵⁴ PAREDES CASTAÑÓN, *Ob. Cit.*, 1997, p. 251.

⁵⁵ GALLEGO SOLER, *Ob. Cit.*, 2006, p. 233.

⁵⁶ GALLEGO SOLER, *Ob. Cit.*, 2002, pp. 386 y ss.

IV. CONCLUSIONES

Es más ajustado a las exigencias de los principios del Derecho penal considerar que los bienes jurídicos protegidos en el art. 290 CP son el patrimonio y la funcionalidad del documento y no otros, que mantiene la doctrina, como el orden económico, la veracidad e integridad de las cuentas o el correcto funcionamiento de las sociedades. La indeterminación de estos conceptos que sustentan el objeto de protección, provocan un gran número de problemas que desde mi punto de vista darían lugar en los tres casos a la formalización del bien jurídico. Por esto, y por la especial importancia de los documentos objeto de protección del precepto, especialmente vulnerables frente a una falsedad que además debe ser idónea para afectar al patrimonio, elemento que se ha considerado fundamental dentro de las sociedades, son consideraciones suficientemente relevantes –conjuntamente con el respecto a los principios rectores del Derecho penal– para considerar la funcionalidad del documento y el patrimonio los bienes jurídicos protegidos.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. «La reforma de las falsedades documentales», en: *LL* 1996-I, 1668-1672.
- . «Los delitos societarios en el nuevo Código penal», en: *AAMN* 37 (1999), pp. 10-29.
- . «El nuevo Derecho mercantil contable y el Derecho penal (art. 290 CP)», en: BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.); BACIGALUPO SAGGESE, S. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coords.). *Gobierno corporativo y derecho penal: Mesas Redondas, Derecho y Economía, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces*, 2008, pp. 161-172.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, Civitas, 1978.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010.
- BERNAL GARCÍA, Juan Jesús y GARCÍA PÉREZ DE LEMA, Domingo. «Análisis económico-financiero a partir del nuevo PGC. Ratios financieros», en: *EF* 261 (2009), pp. 28-37.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, T. II, Barcelona, Ediciones Deusto, 2005.
- CARREÑO AGUADO, Julen. *El tratamiento jurídico-penal de la inveracidad en la información social*, Madrid, La Ley, 2013.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. «Información societaria y protección penal del inversor», en: *LL* 2002-7, pp. 1642-1654.
- CUGAT MAURI, Miriam. «Los delitos societarios», en: CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (Dirs.). *Comentarios al Código penal, Parte Especial*, T. I, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 1089-1133.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Los delitos societarios en el Código Penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación: (el dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*, PPU, Barcelona, 1994.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. «Falsificación de documentos», en: LUZÓN PEÑA, D. M. (Dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, Comares, 2002, pp. 721-745.
- . «De las falsedades documentales. Introducción», en: COBO DEL ROSAL, M. y MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Segunda Época, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 153-186.

- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio y POLO VEREDA, Javier. *Problemas generales de aplicación de los delitos societarios*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. «Sobre el objetivo material y la conducta típica en el delito societario de falsedad en documentos sociales», en: *LH- R*. Mourullo, Madrid, Civitas, 2005, pp. 1302-1334.
- ECHANO BASALDUA, Juan. «La falsedad en documentos sociales del art. 290 CP: ¿delito de falsedad documental?», en: *RVAP* 87-88 (2010), pp. 389-430.
- FARALDO CABANA, Patricia. *El delito societario de falsedad en documentos sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.
- FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. *Los delitos societarios en el Código penal español*, Madrid, Dykinson, 1998.
- GALLEGO SOLER, José Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- . «Política criminal en materia de delitos societarios», en: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (DIRS.) y GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.). *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2006, pp. 209-289.
- . «Art. 310 CP», en: CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (DIRS.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 689-692.
- GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Falsedades documentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier. *Los delitos societarios: Un enfoque mercantil*, Madrid, Civitas, 1996.
- GARCÍA MOSQUERA, Marta. *La estafa de seguro*, Madrid, La Ley, 2006.
- GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid, Cóllex, 2001.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José. «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en: COBO DEL ROSAL, M. (Coord.). *Derecho penal español. Parte Especial*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2005, pp. 609-628.
- HUERTA TOLCIDO, Susana. *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Madrid, Civitas, 1980.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. «De los delitos societarios y contra los consumidores», en: *BICAM I* (1996), pp. 9-31.
- KAISER, Günter. «La lucha contra la criminalidad económica. Análisis de la situación en la República Federal de Alemania», en: BARBERO SANTOS, M. (Coord.). *Los delitos socio-económicos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1985, pp. 169-220.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio. «Los delitos societarios», en: SERRANO BUTRAGUEÑO, I. (Coord.). *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, Comares, 1999, pp. 1388-1408.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la Empresa. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- . *Derecho penal económico, Parte General*, 3ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.
- . *Derecho penal económico y de la Empresa. Parte Especial*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel. «Los delitos societarios en el Código penal de 1995», en: *RdS* 1995-V, pp. 164-178.
- MERKT, Hanno. «§§ 331-332», en: HOPT, K. y MERKT, H. (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch, Beck'sche Kurz kommentar*, Band 9, München, Verlag C.H. Beck, 2008, pp. 1199-1201.

- MORALES PRATS, Fermín. «Los delitos societarios», en: QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Cizur Mayor, Thomson Reuters, 2011, pp. 954-1004.
- MORCK, Winfried. «§§ 331, 332», en: KOLLER, I.; ROTH, WH. y MORCK, W. (Hrsg.). *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 6. Auflage, München, C.H.Beck, 2007, pp. 913-915.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, Parte Especial*, 19ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. *La estafa de crédito*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. «Lesión del bien jurídico y consumación en el delito de apropiación indebida», en: *PJ* 46 (1997), pp. 217-258.
- . «Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: Bases político-criminales», en: *RDPCr* II (2003), pp. 95-164.
- PÉREZ VALERO, Ignacio. *El delito societario de falsedad en las cuentas anuales (art. 290 CP)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001.
- POLO VEREDA, Javier. «Delitos societarios: reflexiones para una selección de aspectos polémicos», en: *LL* 1998-2, pp. 2044-2056.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 6ª ed., Barcelona, Atelier, 2010.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: «Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal», en: *ADPCP* 1996, pp. 425-473.
- . *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Estudios de Derecho penal económico*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2009.
- RUB, Werner: «§§331-332», en: GLANEGGER, G.; KIRNBERGER, K.; KUSTERER, S.; RUß, W.; SELDER, S. y STUHLFELNER, S. (Aut.), *Handels-gesetzbuch, Handelsrecht-Bilanzrecht-Steuerrecht*, 7. ed., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg/Müncher/Landsberg/Berlin, C.F. Müller, 2007, pp. 848-851.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María. *Los delitos societarios*, Pamplona, Aranzadi, 1996.
- SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. *Delitos societarios y conductas afines: la responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*, Madrid, La Ley, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.
- . *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999.
- . «Las falsedades documentales» en: *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.), 2009, Barcelona, Atelier, pp. 293-308.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. «Art. 290», en: RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) y JORGE BARREIRO, A. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 834-837.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995.
- . «Delitos contra el orden socio-económico», en: TERRADILLOS BASOCO, J. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Madrid, Iustel, 2012, pp. 17-54.
- TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho penal económico. Parte General y especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *La falsedad documental: análisis jurídico penal*, Barcelona, Cedecs, 1999.

Sobre la regularización en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social como ejemplo político-criminal del nuevo «Derecho penal del amigo»

MIGUEL BUSTOS RUBIO (España)

*Doctor Junior, Universidad Complutense de Madrid, España*¹

RESUMEN: En los últimos tiempos ha aparecido entre la doctrina una nomenclatura novedosa, de nuevo cuño, cual es el concepto de *Derecho penal del amigo*. Sería este un Derecho penal de trato más benévolo con determinados sujetos, los «amigos», en atención a determinados comportamientos de éstos. A su vez, mucho se ha debatido sobre la cláusula de *regularización* en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, que permite al defraudador quedar libre de pena tras consumar su delito. ¿Puede ser ésta institución un ejemplo de ese *Derecho penal del amigo*? El presente trabajo analiza la naturaleza jurídica de la cláusula de regularización, así como su fundamento y finalidad, cuestiones que en los últimos meses, sobre todo tras la reforma operada por Ley Orgánica 7/2012, han hecho correr auténticos ríos de tinta en la doctrina científica.

Palabras clave: Derecho penal del amigo, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, regularización, comportamiento postdelictivo, reparación.

ABSTRACT: In recent times it has appeared in the literature a new nomenclature: the concept of *Criminal law of friend*. This would be a more lenient penal law dealing with certain subjects, «friends», in response to certain behaviors of these. Much has also discussed the adjustment clause in crimes against the Treasury and Social Security, which allows the fraudster be free from criminal sanction after consummating his crime. Can this institution be an example of criminal law of friend? This paper analyzes the legal nature of the institution of regularization, as well as their basis and purpose, issues in recent months, especially after the reform introduced by Organic Law 7/2012, have generated numerous pronouncements on scientific doctrine.

¹ Profesor Asociado de Derecho Penal, Universidad de Salamanca (España).

Key words: Friend's criminal law, crimes against the Treasury and Social Security, regularization, postcriminal behavior, repair.

SUMARIO: I. Introducción: la cláusula de regularización como ejemplo de derecho penal del amigo. II. Sobre la discutida naturaleza jurídica de la regularización. III. Sobre el discutido fundamento, finalidad y razón de ser de la regularización.

I. INTRODUCCIÓN: LA CLÁUSULA DE REGULARIZACIÓN COMO EJEMPLO DE DERECHO PENAL DEL AMIGO

Mucho se ha hablado hasta la fecha del denominado Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*), expresión acuñada e introducida por JAKOBS ya en el año 1999 en un Coloquio de Derecho Penal celebrado en la ciudad de Berlín. Se configura éste como un Derecho penal que contiene un conjunto de normas *sui generis* aplicables a un concreto tipo de sujetos, inicialmente restringido a determinados delitos económicos pero ya hoy también extendido a otros tipos penales como el tráfico de drogas, la violencia de género o el terrorismo, basando tal Derecho en su aplicación a individuos que no pueden considerarse «personas», y dando lugar a un Derecho penal de dos velocidades. Regiría, por un lado, un Derecho penal tradicional o clásico para aquellos sujetos considerados «ciudadanos» o «personas», configurándose por otro lado un Derecho penal agravado, más represivo, para los «no – personas» o también denominados «enemigos». Esta idea gira en torno a la peligrosidad del delincuente y su consiguiente afirmación de que no hace falta esperar a la producción de un hecho dañoso o al surgimiento de un peligro para intervenir penalmente². Por el contrario, poco se ha escrito hasta la fecha sobre una expresión de nuevo cuño que ha venido a denominarse *Derecho penal del amigo*, caracterizada –justamente al contrario de lo que ocurre con el Derecho penal del enemigo– por ser un Derecho penal de corte más benévolo que el tradicional. Esta regulación jurídica dirigida al *amigo* del Estado se basaría en poner a disposición del autor de un determinado delito ciertas facilidades o comodidades para beneficiarse, por ejemplo, de una extraordinaria atenuación de la pena, pudiendo incluso llegar a librarse de la misma, facilitando el retorno a la legalidad con posterioridad a la ejecución de un hecho delictivo –por motivos políticos de índole diversa– o estableciendo mecanismos *ad hoc* que redunden, en fin, en un mejor tratamiento del sujeto *amigo* que del sujeto que simplemente desempeña el rol de

² Este *Derecho penal del enemigo* se ve caracterizado por las siguientes notas: por un lado, un aumento de la gravedad de las penas, más allá de la idea de proporcionalidad, aplicándose incluso sanciones draconianas a los sujetos considerados como peligrosos; por otro lado, la abolición o reducción a un mínimo de las garantías procesales del imputado; y por último, una criminalización de acciones que realmente no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos concretos, adelantándose de este modo la intervención punitiva aún antes de que la conducta del sujeto llegue al estadio de ejecución del delito. Se trataría, en palabras de CANCIO MELIÁ, M. «¿Derecho penal del enemigo?» en Cancio Meliá, M. y Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, 2003, pp. 57 y ss., de una nueva perspectiva del Ordenamiento jurídico-penal, que lo sería de tipo prospectivo, pues tendría en mente el hecho futuro, y no retrospectivo (teniendo como referencia el hecho cometido). La punibilidad en este Derecho penal del enemigo alcanza su fundamento en la sola peligrosidad manifiesta del autor por la ejecución de una acción que estaría dirigida a la realización de un hecho futuro.

*ciudadano*³. Observando el Código Penal, pueden resultar discutibles muchos supuestos que resultarían encuadrables bajo la rúbrica de este *Derecho penal del amigo*. Empero, en este trabajo vamos a delimitar el objeto de estudio a un supuesto muy particular que en los últimos años –sobre todo a raíz de la reforma operada por LO. 7/2012 en este tipo de delitos⁴– ha reavivado intensamente el interés de la doctrina. Nos estamos refiriendo, como acabamos de adelantar, a la cláusula de regularización prevista para los delitos de defraudación contra la Hacienda Pública (art. 305 CP.) y la Seguridad Social (art. 307 CP.).

La institución de la regularización es una figura relativamente joven en nuestro Derecho penal. La redacción actual de esta figura es fruto de una última reforma operada en los delitos de defraudación contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social mediante la LO. 7/2012, enmarcada en el plan de lucha contra el fraude, el empleo irregular y el fraude frente a la Seguridad Social previsto para el bienio 2012-2013⁵. Con esta modificación, y a tenor del propio Preámbulo de la Ley, se pretenden aclarar las dudas sobre la naturaleza y efectos de la regularización. Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto de esta Ley, la finalidad confesada era la de configurar la regularización como un elemento negativo del tipo, retrasando la consumación a las causas de bloqueo (esto es, a los momentos que administrativa o judicialmente cierran toda posibilidad de regularización válida), tesis seguida por la Fiscalía en su Informe a dicho texto⁶, si bien finalmente las críticas del CGPJ.⁷ hicieron cambiar la que es hoy la redacción definitiva.

³ Para evitar cualquier indeseado equívoco, ya desde estas primeras líneas queremos dejar claro que si bien en este trabajo se analizará el supuesto de la *regularización* como ejemplo paradigmático de ese hipotético *Derecho penal del amigo*, ello no implica que asumamos subrepticamente ninguna defensa de este «tipo» –si se le puede llamar así– de Derecho penal, ni de su existencia, que conduzca al lector a interpretar que el autor de este trabajo defiende algo próximo a un Derecho penal de diferentes velocidades. Nada más lejos de la realidad: nos limitamos aquí a poner de manifiesto esta nueva terminología, ya asumida antes que nosotros por algún autor, analizando, desde una posición meramente funcional, el supuesto de los delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social como tipos penales acompañados de una cláusula –la regularización– que, siendo imposible de encontrar en otros ilícitos, contempla múltiples beneficios o ventajas para el sujeto que defraudó a la Administración. Que a esto se le llame *Derecho penal del amigo* implica, exclusivamente, una mera denominación para ese tipo de cláusulas e instituciones que, como hemos dicho, aparecen como más benévolas para el sujeto que comete un determinado delito y no otros.

⁴ LO. 7/2012, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

⁵ Sobre los cambios que ha supuesto esta reforma respecto de la regulación anterior, cfr.: DOPICO GÓMEZ y ALLER, J. «La reforma del Derecho penal tributario: nuevas oportunidades para el fraude fiscal», en *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*, n.º 181-182, diciembre de 2012, pp. 12 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «Los delitos contra la Seguridad Social tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social», en Demetrio Crespo, E. (dir.); Maroto Calatayud, M (coord.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Ed. B de F, Madrid, 2014, pp. 584 y ss.; ABASCAL JUNQUERA, A. «Los nuevos delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. La reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre», en *Práctica penal: cuaderno jurídico*, n.º 71, 2013, pp. 16 y ss.; y VILLAPLANA RUIZ, J.: «¿De qué hablamos cuando hablamos de regularizar? Reflexiones en torno al nuevo delito fiscal», en *Diario La Ley*, n.º 8025, Sección Tribuna de 18 de febrero de 2013, online: <http://diariolaley.laley.es>.

⁶ Cfr.: Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en materia de delitos contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad Social, contra los derechos de los trabajadores, falsificación de certificados y malversación).

⁷ En el Informe del CGPJ. de fecha de 28 de junio de 2012 podía leerse que la regularización «debe ser reconducida a la categoría de las denominadas excusas absolutorias, figura esta que impide la imposición de la pena, pero no excluye la antijuridicidad de la conducta ni la culpabilidad del autor», por lo que «se considera

Entre otras muchas modificaciones, el nuevo texto define el contenido de la *regularización* – hasta entonces discutido ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia– que ahora exige de forma expresa el reconocimiento y pago de la deuda defraudada para poder acceder al beneficio de la no imposición de pena.

II. SOBRE LA DISCUTIDA NATURALEZA JURÍDICA DE LA REGULARIZACIÓN

Una de las cuestiones más debatidas en los foros doctrinales de los últimos años – intensificada aún más tras la reforma de 2012– concierne a la naturaleza jurídica de esta institución⁸. Paso previo a la exposición y toma de postura sobre este aspecto consiste en establecer el bien jurídico protegido en estos delitos, lo que a su vez coadyuva a determinar el momento consumativo. Solo conocidos el interés objeto de tutela jurídica y el instante consumativo en estos injustos es posible defender una u otra tesis sobre la naturaleza jurídica de la cláusula de regularización que les acompaña.

Algunos autores han defendido que nos encontramos ante delitos meramente formales, carentes de significación jurídico-penal. Pensamos que la defraudación a la Hacienda Pública y la Seguridad Social no puede constituir un delito meramente formal, tras el cual no exista bien jurídico alguno, pues en nuestro sistema todo delito debe comportar por necesidad una ofensa o lesión a un interés jurídico (principio de ofensividad o lesividad, o exclusiva protección de bienes jurídicos)⁹. Por otro lado, en el estudio del bien jurídico debe evitarse la confusión del interés jurídicamente protegido con el medio comisivo, que llevaría a considerar este delito como una

adecuado seguir contemplando la regularización tributaria y, por ende, las restantes regularizaciones a que alude el Anteproyecto, como excusa absolutoria». En el análisis sobre la naturaleza jurídica de la institución entraremos de inmediato.

⁸ Ampliamente sobre la incidencia que hubiera de tener la reforma de 2012 en la naturaleza jurídica de la regularización, vid.: SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. y MERINO JARA, I. «Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho penal», en *Diario La Ley*, año XXXIV, semanal 31, 1 a 7 de abril, 2013, pp. 1 y ss.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: «Regularización fiscal y responsabilidad penal. La propuesta de modificación del delito fiscal», en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 12, 2012, pp. 222-223; La Misma: *Las excusas absolutorias en Derecho Español. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 138 y ss.; BACIGALUPO, E. «La reforma del delito fiscal por la LO. 7/2007 (1)», en *Diario La Ley*, año XXXIV, semanal 37, 13 a 19 de mayo, 2013, pp. 5 y ss.; VAN DEN EYNDE ADROER, A. «Reforma de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social operada por Ley Orgánica 7/2012», en *Revista Pensamiento Penal*, n.º 154, abril de 2013: <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/reforma-delitos-contra-hacienda-publica-seguridad-social-operada-ley-organica-7-2012>; APARICIO DÍAZ, L. «La nueva reforma del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social», en *Diario La Ley*, año XXXIV, semanal 38, 20 a 26 de mayo, 2012, pp. 16 y ss.; VIDALES RODRÍGUEZ, *Derecho penal del amigo... cit.*, pp. 274 y ss.; PAREDES RODRÍGUEZ, J. M. «La reforma del delito contra la Seguridad Social operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre», en *Avanzadi Social: revista doctrinal*, Vol. VI, n.º 4, julio de 2013, pp. 151 y ss.; SUÁREZ ROBLEDANO, J. M. «Transparencia en materia penal: comentario a la reciente reforma del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social», en *Revista Española de Control Externo*, n.º 42, Vol. XIV, septiembre de 2012, pp. 177 y ss.; VILLAPLANA RUIZ, *¿De qué hablamos cuando hablamos de regularizar?, cit.*; RILLO PERALTA, E. «La nueva redacción del delito contra la Seguridad Social (I)», en *Revista Técnico Laboral*, Vol. 34, n.º 135, 2013, pp. 48 y ss.; y CARRETERO SÁNCHEZ, A. «La nueva reforma de los delitos contra la hacienda pública: un paso en firme contra el fraude fiscal», en *Diario La Ley*, n.º 8027, Sección Tribuna de 20 de febrero de 2013, online: <http://diariolaley.laley.es>.

⁹ Vid. por todos: CHAZARRA QUINTO, *Delitos contra la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 162-163.

modalidad falsaria¹⁰. Por lo demás, por más que en algún caso se haya defendido que el delito de defraudación constituye un supuesto de infracción de deber¹¹, a tal línea de pensamiento se le debe objetar que con esta teoría, al menos desde una concepción puramente *jakobsiana*, el fundamento de la imputación reside en la infracción misma de un deber penal, y no en la lesión de un determinado interés, lo que acerca la concepción del Derecho penal a la necesidad de lograr una determinada actitud o lealtad del ciudadano con el Estado (escuela de Kiel), sancionándose al mismo no por la lesión de un determinado bien jurídico, sino por su actitud desleal, alejando a la norma del principio de lesividad u ofensividad. Por ello consideramos que, sea o no el fraude contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social un delito de infracción de deber, ello no obsta que se empiece a indagar cuál es el bien jurídico que se encuentra lesionado o puesto en peligro tras la ejecución de dicho comportamiento defraudatorio.

Actualmente puede afirmarse la existencia de dos tesis eminentemente mayoritarias en lo que se refiere al bien jurídico protegido por estos delitos; para no exceder del objeto directo del trabajo, nos limitamos a dejar expuestas dichas líneas de pensamiento. Por un lado, las tesis *funcionalistas*¹², que consideran que el bien jurídico es la función recaudatoria de la Hacienda Pública o de la Seguridad Social; por otro lado, las tesis *patrimonialistas*¹³, que identifican en el patrimonio de dichos entes el objeto directo de protección. Según entendemos, el delito de defraudación a la Hacienda Pública, así como a la Seguridad Social, protege, a modo de bien jurídico, la función recaudatoria de cada uno de estos entes. Nuestra postura parte de una concreta interpretación del contenido de estos tipos delictivos: el delito de defraudación no pivota sobre

¹⁰ *Ibidem.*, pp. 163 y ss.

¹¹ BACIGALUPO, E. «El delito fiscal en España», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 56, año 1979, pp. 79 y ss. Cfr. tb.: El Mismo, «El delito fiscal», en Del Rosal Blasco, B. (edit.), VV. AA. *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 293; y RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Presente y futuro del delito fiscal*, Ed. Civitas, Madrid, 1974, p. 33.

¹² Entre otros: DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código Penal de la democracia*, Ed. *Ibidem*, Madrid, 1996, pp. 31 y ss. y 55-57; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., en Serrano González de Murillo / Cortés Bechiarelli, *Delitos Contra la Hacienda Pública*, Ed. Edersa, Madrid, 2002, p. 144; PÉREZ MANZANO, M. y MERCADER UGUINA, J. R. «El delito de defraudación a la Seguridad Social», en Cobo del Rosal (dir.), Bajo Fernández (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, Ed. Edersa, Madrid, 1997, pp. 180 y ss.; MORENO MÁRQUEZ, A. M. «Delitos contra la Seguridad Social: el artículo 307 del nuevo Código Penal», en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 37, año 1995, pp. 40-41; BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Derecho penal del trabajo*, Ed. Trotta, Segunda Edición revisada, Madrid, 1997, pp. 172-173; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día, Valencia, 2013, pp. 981-982; y VALLE MUÑIZ, J. M. «La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVIII, Fascículo III, septiembre-diciembre de 1995, pp. 712-722.

¹³ Entre otros: MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C. *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 83; El Mismo, *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2013, p. 716; BOIX REIG, J. y MIRA BENAVENT, J. *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 30; BRANDARIZ GARCÍA, *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 347-376; ÁLVAREZ MORENO, A. «Los delitos contra la Seguridad Social», en *Revista Tribuna Social*, n.º 67, julio de 1996, p. 38; IGLESIAS RÍO, M. A. «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en Álvarez García (dir.), Dopico Gómez-Aller (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 820; MORALES PRATS, F. «De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en Quintero Olivares, G. (dir.), Morales Prats, F. (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, 9ª edición, Navarra, 2011, p. 1100; y CHAZARRA QUINTO, *Delitos contra la Seguridad Social, cit.*, pp. 178 y ss.

la causación de un perjuicio patrimonial, identificado en los 50.000 euros, pues la naturaleza jurídica de la cuantía no es la de resultado típico sino la de condición objetiva de punibilidad. *Defraudar*, como verbo rector del tipo, no se identifica con la idea de «dejar de pagar» sino con «ocultar» la información a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social, privándoles de la información precisa para el ejercicio de su función. De modo contrario se estaría aproximando peligrosamente este tipo penal a la otrora vigente prisión por deudas al Estado. La mera existencia de una deuda no puede ser la que fundamenta la intervención delictiva. La Hacienda Pública, al igual que la Seguridad Social, es una parte del Estado que sirve al objetivo de cumplir ciertas funciones asignadas al mismo; protegiéndose penalmente el correcto funcionamiento de la *función recaudatoria* de estos entes se logra el mantenimiento de un sistema tributario justo (en el caso de la Hacienda Pública) y de un régimen social-prestacional (en el caso de la Seguridad Social), ambos postulados constitucionales de nuestro Estado de Derecho. Esta postura no implica reconocer que estos delitos queden reducidos a meros apéndices instrumentales al servicio de la Administración, pues el tipo penal no protege en ningún caso la «recaudación» sino la «función recaudatoria». Por lo demás, consideramos que no puede afirmarse que lo tutelado en estos tipos penales sea el patrimonio del Estado, pues un mero vistazo al contenido de estos injustos permite afirmar que en los mismos no obtiene protección la función del gasto, sino tan solo la de ingreso. Es cierto que una sola defraudación no es susceptible de lesionar de modo efectivo la función asignada al Estado en materia de Hacienda Pública y Seguridad Social: estos delitos de defraudación deben leerse, por ello, a la luz de la moderna categoría dogmática de los delitos acumulativos (*kumulationsdelikte*), que tratan de prevenir la masiva imitación de estas conductas en la sociedad. La afcción al bien jurídico no puede afirmarse desde la óptica de un comportamiento individual, pero sí ante la generalización y reiteración de conductas defraudatorias que aisladamente resultarían inocuas.

Cuestión directamente imbricada con la regularización (sobre todo con su naturaleza jurídica) es la relativa al momento de consumación delictiva, lo que a su vez depende de la posición que se tenga respecto del bien jurídico tutelado. Desde nuestra concepción del delito como de mera actividad, en el que la cuantía supone, no el resultado típico, sino una condición objetiva de punibilidad, y en el que se protege la función recaudatoria de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social, pensamos que el momento consumativo nunca superará el del transcurso del plazo legalmente señalado para hacer efectiva la declaración de la deuda, pudiendo adelantarse, según los casos, al instante en que el sujeto presenta una declaración falseada, alterada o manipulada, por valor superior a 120.000 euros, en el caso del delito fiscal, o a 50.000 en el caso del fraude contra la Seguridad Social, pues no puede olvidarse que estos delitos pueden ser cometidos por acción y por omisión (sin que en ningún caso haya que esperar a la entrega efectiva de las cantidades en el patrimonio del defraudador, pues no estamos ante un delito de resultado en el que se exija un perjuicio de carácter patrimonial, como defendemos).

Tras la reforma del Código Penal por LO. 7/2012, por un sector doctrinal se ha mantenido que constituye un *elemento de la tipicidad formulado negativamente*, por lo que hasta que no se produzcan las causas de bloqueo (administrativas o judiciales) el delito no puede entenderse consumado¹⁴.

¹⁴ Verbigracia, DE VICENTE MARTÍNEZ, en Demetrio Crespo (dir.); Maroto Calatayud (coord.), *Los delitos contra la Seguridad Social tras la reforma... cit.*, p. 585; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día, Valencia, 2013, pp. 971-972; RODRÍGUEZ

Pensamos, sin embargo, que no puede mantenerse la naturaleza jurídica de causa de atipicidad de la cláusula de regularización. El delito ya se ha consumado en un instante anterior a la ejecución de la regularización, nunca más allá del transcurso del plazo legal para el cumplimiento ordinario de la obligación de tributar y cotizar, como expusimos. Ello convierte a la regularización en un comportamiento postdelictivo de carácter positivo, pues opera *ex post facto*, una vez se ha consumado el delito de defraudación. Además, la tesis de la atipicidad conduciría a dejar en manos de terceros ajenos al sujeto activo la consumación (en concreto, en manos del funcionario administrativo o de los órganos jurisdiccionales), haciéndose depender la existencia del delito del *descubrimiento*, más no de la lesión del bien jurídico protegido, lo cual no resulta dogmáticamente acertado. Establecer la consumación en las causas de bloqueo supone admitir que hasta ese instante no existía defraudación; pero la consumación no puede hacerse depender del descubrimiento del hecho: éste no añade nada ni objetiva ni subjetivamente a la defraudación. Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que los elementos negativos del tipo son circunstancias que concurren simultáneamente a los elementos positivos que constituyen el delito, siendo ese carácter simultáneo el que permite a los primeros compensar el desvalor de los segundos. Esto no ocurre en la regularización en relación con el delito de defraudación, pues aquella primera entra en juego siempre en un instante posterior al surgimiento de este último y esto es así tanto si se mantiene que el bien jurídico protegido es la función recaudatoria como el patrimonio de la Hacienda Pública o de la Seguridad Social. Situar la consumación en el surgimiento de las causas de bloqueo, tal y como propugna la tesis de la atipicidad, podría generar además una grave indeterminación, cuando no una nula operatividad por carencia de virtualidad alguna, en lo que se refiere al plazo de prescripción del delito, de manera tal que puedan acontecer tres situaciones: (a) si tras la defraudación el sujeto procede a regularizar su situación, el delito no se habrá consumado, por lo que carece de sentido plantearse la prescripción del mismo; (b) si el sujeto defrauda y no regulariza, no siendo descubierto, no existirá consumación y, por tanto, no podrá empezar a correr el plazo de prescripción; y (c) si el sujeto que defrauda no ha regularizado, pero es descubierto, se produce, de manera simultánea, la consumación y la interrupción del plazo de prescripción con las correspondientes actuaciones administrativas o judiciales¹⁵. Como consecuencia de ello, la prescripción no operaría nunca, manteniéndose siempre vivo el delito, con la consiguiente carga de inseguridad jurídica para el autor, y su correspondiente agravio comparativo respecto de otros delitos. La tesis de la atipicidad que estamos explicando, tampoco puede mantenerse al tener en cuenta que la función de las causas de bloqueo no es la de establecer el momento consumativo, sino cerrar el instante hasta el cual puede resultar eficaz el comportamiento postdelictivo regularizador del sujeto, delimitando con ello, además, el carácter *voluntario* o *espontáneo* de dicha regularización. Siendo este momento el límite máximo de la regularización, el límite mínimo viene identificado precisamente en la consumación que ya se ha producido, momento desde el cual el sujeto está facultado a regularizar su situación. El hecho de que tras la LO. 7/2012 la regularización haya quedado ubicada en la descripción del ilícito (art. 305,1 y 307,1 CP.) *in fine*, no implica que aquella sea un elemento de la tipicidad. Máxime al tener en cuenta

MOURULLO, G. «Algunas reflexiones sobre la reforma penal», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 47, enero-febrero de 2013, p. 44 (si bien críticamente); MANJÓN y CABEZA OLMEDA, *Regularización fiscal y responsabilidad penal...* cit., pp. 222-223, entendiendo, en relación al delito fiscal, que su tipificación «se ve alterada toda vez que se exige un elemento negativo: no haber regularizado»; y MUÑOZ CUESTA, J. «La reforma del delito fiscal operada por LO. 7/2012, de 27 de diciembre», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2013, en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, entre otros.

¹⁵ Vid.: SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO y MERINO JARA. *Pasado, presente y futuro de las regularizaciones...* cit., p. 7.

que el legislador modificó la inicial redacción de la norma en el Anteproyecto, optando finalmente por sancionar a quien defraudase *salvo* que hubiere regularizado su situación (lo que se hizo al albur de las críticas efectuadas en su informe por el CGPJ.). Este extremo normativo (será castigado [...] *salvo* que exista regularización) supedita la *pena*, más no la *tipicidad* del fraude, a la existencia o no de una regularización válida. Pero la defraudación continúa siendo típica y antijurídica¹⁶.

Por otro lado, algún sector de la doctrina ha interpretado que la regularización ostenta naturaleza jurídica de *causa de exclusión de la antijuridicidad sobrevenida*¹⁷. Según esta teoría, con la ejecución de este comportamiento desaparecería retroactivamente el carácter antijurídico de la defraudación ya consumada, aún sin poderse considerar a esta institución como causa de justificación. Esta pretendida nueva categoría dogmática quedaría integrada en el seno de la punibilidad. Esta teoría podría quedar avalada atendido el Preámbulo de la LO. 7/2012, última Ley modificadora de estos delitos, en que podía leerse que la regularización «pone fin a la lesión provisional del bien jurídico protegido por la defraudación consumada» o «se considera que la regularización hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento». Pese a todo, pensamos que el recurso a la terminología del Código Penal no puede ser una herramienta determinante y definitiva para conocer la verdadera naturaleza de una institución. La existencia de una cláusula capaz de desplazar retroactivamente la antijuridicidad en un delito ya consumado supone aquí una tesis heterodoxa en nuestro sistema de la teoría jurídica del delito, de tal modo que se quebraría la sistemática de la imputación por responsabilidad, no respondiéndose ya por el hecho sino por lo que sigue a ese hecho (en este caso, por la regularización). El juicio que determina cuándo una conducta es o no ajustada a Derecho (es decir, cuándo es antijurídica) viene referido al momento en que dicha conducta entra en contradicción con el Derecho, más no después. Por ello la regularización no puede ser concebida como una circunstancia que elimine retroactivamente la antijuridicidad del hecho, una vez el fraude ha sido consumado. Sólo las causas de justificación permiten desplazar el injusto, pues sólo las mismas generan un auténtico Derecho a actuar de una determinada manera, con el consiguiente deber de tolerar la actuación justificada por parte de la persona afectada, lo que en modo alguno puede hacerse predicable del supuesto de la regularización. Los defensores de esta tesis pretenden lograr con ella que los terceros partícipes en el fraude queden exentos de responsabilidad penal en supuestos de regularización, al eliminarse así el carácter injusto del hecho, y en virtud del principio de accesoriadad limitada de la participación¹⁸, pues de otro modo, si se

¹⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, *La reforma del Derecho penal tributario... cit.*, p. 16; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. y PUENTE ABA, L. M. (coord.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 295; y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO y MERINO JARA, *Pasado, presente y futuro de las regularizaciones... cit.*, p. 7.

¹⁷ Tradicionalmente sostiene esta postura: QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español, parte especial*. Ed. Atelier, libros jurídicos, 6ª edición, revisada y actualizada, Barcelona, 2010, pp. 812-814; El Mismo, «La regularización como comportamiento postdelictivo en el delito fiscal», en Bajo Fernández, M. (dir.); Bacigalupo Saggese, S. y Gómez-Jara Díez, C. (coords.), *Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, pp. 56-58; El Mismo: «El nuevo delito del fraude fiscal y a la Seguridad Social», en Romeo Casabona, C. M. (ed.), *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Ed. Comares. Universidad de La Laguna, Granada, 1997, p. 264; y El Mismo: «El comportamiento postdelictivo en los delitos contra las Haciendas Públicas y la Seguridad Social», en VV. AA., *Empresa y Derecho Penal (I)*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 226-230. Con posterioridad a la reforma operada por LO. 7/2012 mantiene esta opinión: ALONSO GALLO, J. «El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 34, 2013, pp. 15 y ss.

¹⁸ QUERALT JIMÉNEZ, en Bajo Fernández (dir.), Bacigalupo Saggese, Gómez-Jara Díez (coords.), *La regularización como comportamiento postdelictivo... cit.*, p. 58; El Mismo, *Derecho penal español, parte especial, cit.*, p. 813;

concibe a la cláusula como excusa absolutoria o causa de levantamiento de pena, habiéndose afirmado el carácter típico y antijurídico del hecho el partícipe se verá indefectiblemente abocado a la responsabilidad penal por la defraudación. A ello hay que oponer, finalmente, que esta fórmula no es *conditio sine qua non* para alcanzar tal objetivo, existiendo otras posibles vías interpretativas para alcanzarlo, impidiendo que el partícipe responda por el fraude en supuestos de regularización.

Un tercer sector de la doctrina tilda la regularización como *causa de extinción de la responsabilidad criminal*¹⁹, que se añadiría a las ya previstas en el catálogo del art. 130,1 CP., argumentando que el efecto que se anuda a la ejecución de este comportamiento es la desaparición de toda posibilidad de punición. Los autores que sostienen esta interpretación parten de la innecesariedad de una pretendida categoría a sumar al injusto y a la culpabilidad, esto es, la punibilidad, dado que las cláusulas que tradicionalmente se encuadran en la misma resultarían reconducibles a otras categorías del delito ya existentes²⁰. No obstante, pensamos que la regularización no puede ser considerada como causa de extinción de responsabilidad criminal a imagen y semejanza de las ya existentes en el art. 130,1 CP. Primero, porque el catálogo previsto en este precepto constituye un *numerus clausus* de supuestos extintivos de responsabilidad criminal que resultan aplicables a todos los delitos de la denominada «parte especial» del Código Penal. Ostentan, pues, un carácter general que no existe en la regularización, que es un supuesto especialmente configurado para los concretos delitos de defraudación. Y segundo, porque las causas de extinción de la responsabilidad criminal del art. 130,1 CP. se encuentran desvinculadas de la voluntad del autor, sin que pueda concebirse a las mismas como genuinos comportamientos postdelictivos, lo que sí ocurre con la regularización. Las circunstancias del art. 130,1 CP. dependen de sucesos, hechos o acontecimientos objetivos ajenos a la voluntad del autor del delito. Por el contrario, en los comportamientos postdelictivos como la regularización, la anulación de la pena depende de una decisión voluntaria del sujeto, lo que impide comparar a esta institución con las causas de extinción de la responsabilidad criminal del art. 130,1 CP.

Para un sector claramente mayoritario de la doctrina²¹ y jurisprudencia unánime²², la regularización posee naturaleza jurídica de excusa absolutoria (categoría derivada de la dogmática

El Mismo, en Romeo Casabona (ed.), *El nuevo delito... cit.*, p. 264; y ALONSO GALLO, *El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012, cit.*, p. 20.

¹⁹ GÓMEZ LANZ, J. «Delitos contra la Hacienda Pública: art. 305,4 CP.», en Álvarez García, F. J. (dir.), Dopico Gómez-Aller, J. (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 850.

²⁰ OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J. *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de la teoría del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, p. 185.

²¹ DOMÍNGUEZ PUNTAS, A. *Delito fiscal y blanqueo de capitales*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 209; MANJÓN y CABEZA OLMEDA, *Las excusas absolutorias en Derecho Español... cit.*, p. 149; AYALA GÓMEZ, I. «Delitos contra la Hacienda Pública», en Ortiz de Urbina, I. (coord.), VV. AA., *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa 2011-2012*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 697; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. y MERINO JARA, I. «La regularización tributaria en la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, Vol. XLV, n.º 236, Abril-Junio, año 1995, p. 306; MARTÍNEZ LUCAS, J. A. *El delito de defraudación a la Seguridad Social. Régimen legal, criterios jurisprudenciales*, Ed. Práctica de Derecho, Valencia, 2002, p. 182; y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. «Consideración penal de las cláusulas de regularización tributaria», en *La Ley*, n.º 7, 2000, p. 1475; entre otros muchos.

²² Sirvan de ejemplo las siguientes SSTS: la STS de 28 de octubre de 1997, Sala 2ª, FJ 41º (Westlaw Aranzadi, RJ 1997/7843), la STS de 29 de septiembre de 2000, Sala 2ª, FJ 2º (Iustel, §324314), la STS de 17 de noviembre de

francesa) o bien, en empleo de una terminología más depurada, de causa de anulación o levantamiento de la pena²³ (categoría derivada de la dogmática alemana), institución ubicada en la categoría de la punibilidad. A nuestro juicio, es esta última la naturaleza de la regularización. Constituye esta figura una causa de levantamiento de la pena. Se trata de una cláusula que, al contrario de lo que ocurre con las de exclusión de la pena (tradicionales excusas absolutorias), requiere de un comportamiento postdelictivo de signo positivo para que pueda operar el desplazamiento de la pena. Esta figura queda encuadrada en la *punibilidad*, en nuestra opinión elemento ajeno a la estructura del delito, que subsiste. El delito de defraudación se consuma cuando se constata que el comportamiento es típico, antijurídico y culpable, sin que ninguno de estos elementos del delito requiera o comprenda la regularización, que en consecuencia en nada afecta a la existencia de dicho delito: sólo anula o levanta la pena del mismo. Por ello entendemos que tras la reforma operada por LO 7/2012 «todo ha cambiado para que nada cambie», en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de esta figura, que actualmente sigue manteniendo su naturaleza anterior²⁴.

III. SOBRE EL DISCUTIDO FUNDAMENTO, FINALIDAD Y RAZÓN DE SER DE LA REGULARIZACIÓN

Una vez hemos identificado la naturaleza jurídica del instituto de la regularización, que sigue siendo una causa de levantamiento de la pena, es momento de entrar a debatir el fundamento y razón de ser que explica la existencia de esta cláusula en nuestro Ordenamiento Jurídico²⁵. Tradicionalmente la doctrina ha identificado dos grandes líneas de fundamentación

2000, Sala 2ª, FJ 2º (Westlaw Aranzadi, RJ 2000/8940), la STS de 30 de octubre de 2001, Sala 2ª, FJ 9º (Westlaw Aranzadi, RJ 2001/9089), y la STS de 26 de diciembre de 2001, Sala 2ª, FJ 4º (Iustel, §309385).

²³ GÓMEZ PAVÓN, P. «La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social», en Álvarez García, F. J.; Cobos Gómez de Linares, M. A.; Gómez Pavón, p. et. al (coords.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 575; BRANDARIZ GARCÍA, J. A. *La exención de responsabilidad penal por regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 13 y ss.; El Mismo, *El delito de defraudación a la Seguridad Social... cit.*, p. 661; El Mismo, «La regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 24, 2002-2003, p. 68; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO y MERINO JARA. *Pasado, presente y futuro de las regularizaciones... cit.*, p. 7; VILLAPLANA RUIZ. *¿De qué hablamos cuando hablamos de regularizar? Reflexiones en torno al nuevo delito fiscal*, *cit.*, <http://diariolaley.laley.es>; y MARTÍNEZ.BUJÁN PÉREZ y PUENTE ABA (coord.), *Derecho penal económico y de la empresa*, *cit.*, p. 310, entre otros muchos.

²⁴ FERRÉ OLIVÉ, J. C. «Una nueva trilogía en Derecho penal tributario: fraude, regularización y blanqueo de capitales», en *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 372, marzo de 2014, pp. 74-75.

²⁵ La doctrina no suele diferenciar entre *fundamento* y *finalidad* de la regularización. Pensamos que no debe confundirse el objetivo perseguido por el legislador mediante la aprobación de una determinada norma, con el fundamento que inspira y explica la misma. La finalidad de la regularización es clara: facilitar a la Hacienda Pública y la Seguridad Social la percepción de tributos y cuotas del sujeto defraudador, haciendo efectivo el cobro de estas cantidades, lo que supone un interés claramente recaudatorio. Aún constituyendo esta la *finalidad*, no creemos que pueda ser el *fundamento* de la norma. Las razones que movieron al legislador a establecer la figura de la regularización en el Código Penal pueden constituir la *finalidad* pretendida, pero no prejuzgan en ningún caso el *fundamento* de la institución, que debe establecerse de acuerdo con los principios propios del orden penal: en este caso, en el interés político-criminal en la reparación, y en la reducida necesidad de pena que, en atención a criterios preventivo –generales y preventivo– especiales, se ponen de manifiesto con este comportamiento, lo que acompañado del principio de mínima intervención penal explica cuál es el auténtico *fundamento* de la norma.

de la punibilidad: para una de estas tesis, se fundamenta en criterios político –criminales o, en general, político– jurídicos²⁶. Para otra, en la punibilidad entran en juego criterios de merecimiento y necesidad de pena, que explicarían la anulación de pena en determinados casos, en la consideración de que la pena no es merecida o resulta innecesaria su imposición, en atención, generalmente, a si se ha dado cumplimiento o no a los fines perseguidos por aquélla²⁷. En lo que concierne a la regularización, se pueden identificar esas dos grandes líneas aún con las características propias de esta institución:

Para un destacado sector doctrinal la regularización sólo se explica atendiendo a una fundamentación de carácter *político-fiscal*, en que la razón de ser de la figura se dirige al cumplimiento de objetivos propios de la Administración de la Seguridad Social, quedando subordinado el Derecho penal a los intereses recaudatorios del Estado²⁸. Este sector considera que la institución objeto de estudio es el resultado de un juicio de ponderación legislativa, en términos de optimización de costes, utilidad y eficacia, por el que se ha entendido que determinados intereses propios de la Administración (eminente recaudatorios) han de primar sobre la aplicación de la sanción penal²⁹. Entendemos que esta tesis puede llegar a significar una manipulación ilegítima del Derecho penal y una instrumentalización del mismo, cuya función queda reducida de este modo a la mera consecución de fines que corresponden a otras ramas del Ordenamiento Jurídico, constituyendo la regularización un mero vehículo dirigido a la consecución de objetivos de cobro que conciernen, originalmente, a la Administración de la Hacienda Pública o la Seguridad Social. Ello pone en entredicho el carácter coactivo de la norma penal, la obligatoriedad de perseguir el injusto, y la protección de la intangibilidad de los bienes jurídicos protegidos, principios inderogables en nuestro Derecho penal. A pesar de que resulte posible que el Derecho penal recoja finalidades o intereses de otros sectores del Ordenamiento, es necesario limitar

²⁶ Vid. por todos: MENDES DE CARVALHO, E. *Punibilidad y delito*, Ed. Reus, Madrid, 2007, pp. 193-198; y GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 46-49.

²⁷ Vid. por todos: MENDES DE CARVALHO. *Punibilidad y delito*, cit., pp. 198-203; y GARCÍA PÉREZ. *La punibilidad en el Derecho penal*, cit., pp. 49-57.

²⁸ Recogen el fundamento político-fiscal, entre otros muchos: GÓMEZ PAVÓN, p. «La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social en el artículo 307,3 del Código Penal español», en *Derecho penal mínimo: revista de análisis jurídico penal*, n.º 9, julio de 2012, pp. 134 y ss.; FERRÉ OLIVÉ, *Una nueva trilogía en Derecho penal tributario... cit.*, pp. 52-53; BRANDARIZ GARCÍA, *La exención de responsabilidad penal por regularización... cit.*, 22 y ss.; El Mismo: «Sobre el concepto de regularización en las causas de levantamiento de la pena de los arts. 305 y 307 CP.», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 2, año 1998, p. 191; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P.: *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 69 y ss.; VALLE MUÑOZ, *La criminalización del fraude a la Seguridad Social... cit.*, p. 722; IGLESIAS RÍO, M. A.: *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (un análisis de la «autodenuncia»*, art. 305,4 Cp.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 191; El Mismo: «Las cláusulas de regularización tributaria y relativas a las subvenciones de los arts. 305,4 y 308,4 del Código Penal», en Octavio de Toledo y Ubieto, E. (dir. y coord.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 286-293 (si bien críticamente); DE VICENTE MARTÍNEZ, *Los delitos contra la Seguridad Social en el Código Penal... cit.*, p. 120; La Misma: «Derecho penal de la Seguridad Social», en *Revista de Derecho Social*, n.º 3, 1998, p. 114; MERINO JARA, I. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *El delito fiscal*, Ed. Edersa, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 2004, pp. 145-146; BACIGALUPO, E. «El delito fiscal», en Bacigalupo, E. (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Ed. Marcial Pons, 2ª edición, Madrid, 2005, pp. 485-486; y BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO. *Derecho penal del trabajo*, cit., pp. 187 – 188;

²⁹ Vid.: CHAZARRA QUINTO. *El tratamiento del comportamiento postdelictivo en el Código Penal español... cit.*, p. 164.

dicha posibilidad con objeto de impedir que el Derecho penal acabe desarrollando funciones que, como por ejemplo el cobro de deudas, no le corresponden. Para que una finalidad como la recaudatoria pueda ser perseguida por el Derecho penal, la figura en cuestión debe superar el *filtro valorativo* del Derecho penal, respetando los principios basilares del mismo. Para que el Derecho penal en este punto no converja en un mero instrumento al servicio de fines propios de otros sectores es necesario que la figura de la regularización resulte fundamentada en criterios de carácter penal (por ejemplo, en un ideal de reparación, en el cumplimiento de los fines que tradicionalmente se asignan a la pena, o en una desaparición de la necesidad de pena). De no ser así, la norma debería ser expulsada del Código Penal. Por ello, pensamos, se hace necesario acudir al estudio de otras tesis de carácter eminentemente penal.

Por su parte, la teoría que explica la regularización mediante una fundamentación prioritariamente *penal* toma como punto de partida el estudio de dos clases de comportamientos postdelictivos previstos en la parte general de nuestro Código Penal: el desistimiento de la tentativa y la circunstancia atenuante de reparación del daño. Ambas operan anulando o atenuando la pena de un delito, supeditando tal efecto a la ejecución, por parte del sujeto, de un comportamiento postdelictivo determinado, tal y como acontece en el supuesto de la regularización. De las múltiples tesis sobre la fundamentación del desistimiento de la tentativa³⁰, consideramos que solo dos pueden ayudar a establecer el fundamento penal de la regularización: por un lado, la *teoría del interés de la víctima*, en la que la razón de la impunidad radica en la existencia de un interés político – criminal del Estado en satisfacer los intereses de la víctima en un concreto delito. Esta tesis se identifica en nuestro Por otro lado, también es apta para fundamentar la regularización la *teoría de los fines de la pena y la menor necesidad de pena* que se pondría de manifiesto mediante la regularización.

El primer pilar sustentáculo de la regularización, por tanto, se identifica con la idea de una *especial reparación*: el sujeto procede a reparar el daño causado, el entorpecimiento de la correcta función recaudatoria de la Hacienda Pública y la Seguridad Social, compensando sus efectos y resarciendo el agravio inicialmente producido. A nuestro juicio, la reparación en estos ilícitos se identifica, exclusivamente, con la ejecución del requisito del *reconocimiento*: el injusto en el delito de defraudación consiste en ocultar la información debida a la Administración, no en dejar de pagar, pues con ello ya se lesiona el interés protegido jurídicamente, que, como defendimos al inicio de este trabajo, es la función recaudatoria. Si el daño se causa con el engaño, opacidad u ocultación, entonces a *sensu contrario* la reparación debe identificarse con la comunicación veraz de los datos de cotización a la Hacienda Pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social, esto es, con el reconocimiento. En esto último consiste la reparación en la regularización. Por ende, la exigencia del pago que de *lege data* se establece en los artículos 305,4 y 307,3 CP., no forma parte de, ni queda fundamentado en, el ideal de reparación. La doctrina se ha pronunciado

³⁰ La exposición al detalle de todas estas teorías excedería con creces del objeto de este trabajo, por lo que nos remitimos a las monografías científicas más destacadas para su contraste; vid.: MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994; MUÑOZ CONDE, F. *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 1972; NUÑEZ PAZ, M. A. *El delito intentado*, Ed. Colex, Madrid, 2003; FARRÉ TREPAT, E. *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Edisofer, 2ª edición corregida y revisada, Buenos Aires, 2011; y PÉREZ FERRER, F. *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, Ed. Dykinson, 2008.

al hilo del art. 21,5º CP. (atenuante de reparación del daño) con objeto de conocer cuál es el fundamento de la reparación en nuestro sistema penal. Por un lado, se ha explicado el ideal reparador en una disminución o compensación del carácter antijurídico o culpable del hecho³¹; esta tesis no nos parece acertada dada la imposibilidad de que un comportamiento postdelictivo positivo, como lo es la regularización (o cualquier otro instrumento reparador), pueda influir retroactivamente sobre categorías del delito que ya quedaron afirmadas. Por otro lado, se ha defendido un fundamento de carácter utilitario, mediante el cual la reparación se explicaría desde razones de economía procesal, apoyadas en un análisis económico del Derecho³², por lo que con una figura de reparación, como la regularización, la pretensión sería conseguir la no intervención jurisdiccional. Según nuestro parecer, tampoco esta puede ser la razón que justifique la reparación ni la cláusula de regularización, pues de ser así la reparación se haría posible en cualquier caso, sin límites, siempre que ello supusiera un ahorro de costes a la Administración. Más allá de lo anterior, creemos que existen argumentos más sólidos que permiten averiguar la razón de ser de la regularización. En relación con el art. 21,5º CP., como genérica atenuante de reparación en nuestro Ordenamiento jurídico –penal, existen dos líneas de fundamentación que resultan acertadas y permiten extrapolarse al supuesto de la regularización. Por un lado, la que identifica la razón de ser de la cláusula en la existencia de un interés político– criminal en conseguir la reparación de las víctimas; por otro, la que se apoya en la falta de necesidad de pena en supuestos de reparación.

La reparación en Derecho Penal responde a la existencia de un interés político-criminal en fomentar la satisfacción (en mayor o menor grado) de las víctimas, pues al Estado le interesa promover este tipo de actitudes. Se enfatiza así un rasgo de la moderna política criminal, cual es la reparación a la víctima, en lo que podríamos conectar con ese *Derecho penal del amigo* (en este caso, del reparador) del que hablábamos al comienzo de este trabajo³³. Esto conecta a su vez con aquél interés político-fiscal en la recaudación, que es el que, en definitiva, vendría a salvaguardarse con la regularización como supuesto de especial reparación. No obstante, el argumento no lo es de carácter fiscal, sino más bien político-criminal: por medio de esta institución el Estado quiere conseguir la reparación de la víctima, Hacienda Pública / Seguridad Social,

³¹ CEREXO MIR, J. *Curso de Derecho penal español, parte general, III. Teoría jurídica del delito / 2*, Ed. Tecnos, 5ª reimpression, Madrid, 2005, p. 155; BACIGALUPO, E. «Principio de culpabilidad e individualización de la pena», en Cerezo Mir, J.; Suárez Montes, R.; Beristain Ipiña, A. y Romeo Casabona, C. (edits.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 42; OBREGÓN GARCÍA, A. *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998, p. 218.

³² POZUELO PÉREZ, L. *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 381; y GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art. 21,5 del Código penal)*, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005, p. 253.

³³ Vid. sobre ello: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. «Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21,5ª Código Penal)», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 61, año 1997, p. 253; FARALDO CABANA, p. «La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995)», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 1, año 1997, p. 249; POZUELO PÉREZ, L. *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., pp. 382-383; La Misma: «Las atenuantes 21,4ª y 21,5ª del actual Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 65, año 1998, pp. 407; y ALCÁZER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», en *Revista del Poder Judicial*, tercera época, n.º 63, tercer trimestre de 2001, pp. 80 y ss.

dando satisfacción a sus intereses, que lo son de tipo fiscal o recaudatorio; con independencia del concreto interés que pretenda satisfacerse, lo relevante es que el Estado quiere conseguir la reparación de la víctima, lo que constituye un interés político-criminal, no meramente fiscal, que permite explicar la regularización penalmente. Se supera así el *filtro valorativo* del Derecho penal, pues la cláusula de regularización queda fundamentada en este extremo jurídico-penalmente, y no sólo en atención a intereses extrapenales (pues la política criminal forma parte del Derecho penal y no puede ser en modo alguno ajena a éste). Esta reparación es tan sólo una de las razones que fundamentan la cláusula de regularización, pero no puede ser la única: no podemos olvidar que el Derecho penal no puede perseguir, en exclusiva, un interés privativo o particular de la víctima, pues ello es tarea propia del Derecho civil³⁴. Por eso, además de un ideal reparador, la regularización debe fundamentarse en criterios de necesidad o innecesidad de pena, en atención a si se han cumplidos o no los fines preventivos de aquélla. La reparación sólo es apta para fundamentar la regularización si deviene como una vía para el cumplimiento de los fines clásicos del Derecho penal.

Además del interés político-criminal en la reparación, son razones de falta de necesidad de pena (que no de merecimiento), vinculadas a los fines preventivos de aquélla, las que explican el instituto de la regularización (*strafzwecktheorie*). En primer lugar, con la regularización espontánea del sujeto se genera un efecto positivo para la colectividad, reafirmandose la vigencia de la norma y el respeto por el Ordenamiento jurídico, salvaguardándose de este modo las finalidades preventivo generales-positivas que pretenden alcanzar la pena mediante el voluntario retorno al círculo de la legalidad por parte del sujeto. En segundo lugar, también se respeta la finalidad preventivo general-negativa, pues mediante la regularización se refuerza la vigencia intimidatoria de la norma cara a otros potenciales defraudadores que observan que quien no regulariza se ve inexorablemente abocado a la sanción penal. Por último, mediante la regularización también se consiguen salvaguardar los fines preventivo-especiales perseguidos por la pena, poniéndose de manifiesto una autorresocialización del sujeto, que demuestra, con la ejecución de este comportamiento antes del surgimiento de las denominadas «causas de bloqueo», una voluntad restauradora del Ordenamiento, un retorno voluntario a la legalidad, y una limitada peligrosidad criminal³⁵. Si mediante la regularización, como supuesto de especial reparación, es posible alcanzar los fines que se persiguen con la pena, entonces ésta ya no resultará de necesaria imposición, por lo que se posibilita su levantamiento o anulación combinando esta exégesis con el principio de mínima intervención, en virtud del cual se cede el paso al derecho administrativo sancionador.

³⁴ ALCÁZER GUIRAO. *La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP... cit.*, pp. 92-93.

³⁵ Sobre las razones preventivo generales y especiales apuntadas, cfr. ampliamente: BRANDÁRIZ GARCÍA, *La exención de responsabilidad penal por regularización... cit.*, pp. 32-33; El Mismo, *La regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, cit.*, pp. 73-74; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, cit.*, p. 126; IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria... cit.*, pp. 251 y ss.; El Mismo, en Octavio de Toledo y Ubieto (dir. y coord.), *Las cláusulas de regularización tributaria... cit.*, pp. 292-293; El Mismo, *Aproximación crítica a la cláusula legal de exención de la pena por regularización... cit.*, p. 76; GÓMEZ PAVÓN, en Álvarez García / Cobos Gómez de Linares / Gómez Pavón, et. al (coords.), *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social, cit.*, pp. 580-581; FENELLÓS PUIGSERVER, V. «El concepto de regularización tributaria a efectos de la exclusión de la pena por el delito del artículo 305 del Código Penal», en *Crónica Tributaria*, n.º 84, 1997, p. 54; y CHOCLÁN MONTALVO, «La excusa absolutoria de regularización tributaria», en *Actualidad y Derecho*, n.º 38, 1995, p. 10.

Como expusimos más arriba, de *lege data* tras la reforma operada en 2012 el Código Penal prevé que la regularización solo sea efectiva dando cumplimiento a dos requisitos: *reconocimiento* y *pago* de la deuda. Las consideraciones que hemos efectuado anteriormente sobre el fundamento de la regularización explican perfectamente la razón de ser de aquélla en lo relativo al *reconocimiento* de la deuda, más no al *pago*. Pensamos que de *lege ferenda* se hace aconsejable la eliminación del requisito del pago en los artículos 305,4 y 307,3 CP.: mientras que el elemento del *reconocimiento* exigido en este precepto sí responde a un ideal de reparación penal del daño, pues con el mismo se compensa la ocultación inicialmente provocada a la Hacienda Pública y la Seguridad Social, que causó el entorpecimiento de sus funciones recaudatorias, la exigencia de pago va más allá de la reparación, y genera una asimetría con la defraudación, entendida por nosotros como «ocultar», no como «dejar de pagar». Si el injusto en el fraude no consiste en dejar de pagar, el pago no debería constituir un requisito de la regularización, a cuyo cumplimiento supeditar la anulación de pena. Condicionar el levantamiento de la pena al pago de la deuda ya no entra dentro del ideal reparador, suponiendo una auténtica perversión e instrumentalización ilegítima del Derecho penal. Si con el completo y veraz reconocimiento de la deuda ya se repara el daño, poniéndose con ello de manifiesto una reducida necesidad de pena que aconseja su anulación combinando este criterio con el de intervención mínima penal, no se entiende, al menos desde razonamientos penales, que el legislador haya querido ir más allá supeditando el levantamiento de pena al pago efectivo de las cantidades defraudadas. La exigencia de pago sólo resulta explicable en atención a criterios puramente fiscales o recaudatorios, criterios que no corresponde hacer efectivos al Derecho penal, que no puede ostentar una función de recaudación o de cobranza. No resulta legítimo el empleo del instrumento punitivo para lograr un interés puramente fiscal. Por ello, no hay razón que aconseje mantener dentro del Código Penal la exigencia de pago en la regularización: cuando el sujeto ha reconocido su deuda la Administración cuenta ya con sus propios medios (mejores que con los que cuenta el Derecho penal, pues ha sido expresamente diseñada y constituida para ello) para hacer efectivo el cobro de lo adeudado.

BIBLIOGRAFÍA

- ABASCAL JUNQUERA, A. «Los nuevos delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. La reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre», en *Práctica penal: cuaderno jurídico*, n.º 71, 2013, pp. 16-24.
- ALCÁCER GUIRAO, R. «La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23,5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», en *Revista del Poder Judicial*, tercera época, n.º 63, tercer trimestre de 2001, pp. 71-119.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. «Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21,5ª Código Penal)», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 61, año 1999.
- ÁLVAREZ MORENO, A. «Los delitos contra la Seguridad Social», en *Revista Tribuna Social*, n.º 67, julio de 1996, pp. 38-48.
- ALONSO GALLO, J. «El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 34, 2013, pp. 15-38.
- APARICIO DÍAZ, L. «La nueva reforma del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social», en *Diario La Ley*, año XXXIV, semanal 38, 20 a 26 de mayo, 2012, pp. 16-22.

- AYALA GÓMEZ, I. «Delitos contra la Hacienda Pública», en Ortiz de Urbina, I. (coord.), VV. AA., *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa 2011-2012*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011.
- . «El delito fiscal», en Del Rosal Blasco, B. (edit.), VV. AA. *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- . «El delito fiscal», en Bacigalupo, E. (dir.), *Curso de Derecho penal económico*, Ed. Marcial Pons, 2ª edición, Madrid, 2005.
- . «El delito fiscal en España», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 56, año 1979, pp. 79-98.
- . «La reforma del delito fiscal por la LO. 7/2007 (1)», en *Diario La Ley*, año XXXIV, semanal 37, 13 a 19 de mayo, 2013, pp. 5-8.
- . «Principio de culpabilidad e individualización de la pena», en Cerezo Mir, J., Suárez Montes, R., Beristain Ipiña, A., Romeo Casabona, C. (edits.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- BACIGALUPO SAGGESE, S. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Política fiscal y delitos contra la Hacienda Pública*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007.
- BAYLOS GRAU, A., TERRADILLOS BASOCO, J. M. *Derecho penal del trabajo*, Ed. Trotta, Segunda Edición revisada, Madrid, 1997.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A. *El delito de defraudación a la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- . *La exención de responsabilidad penal por regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Ed. Comares, Granada, 2005.
- . «La regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 24, 2002-2003, pp. 60-126.
- . «Sobre el concepto de regularización en las causas de levantamiento de la pena de los arts. 305 y 307 CP.», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º. 2, año 1998, pp. 189-202.
- BOIX REIG, J. y MIRA BENAVENT, J. *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- CANCIO MELIÁ, M. «¿Derecho penal del enemigo?» en Cancio Meliá, M. y Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003.
- CARRTERO SÁNCHEZ, A. «La nueva reforma de los delitos contra la hacienda pública: un paso en firme contra el fraude fiscal», en *Diario La Ley*, n.º 8027, Sección Tribuna de 20 de febrero de 2013, online: <http://diariolaley.laley.es>.
- CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español, parte general*, III. *Teoría jurídica del delito / 2*, Ed. Tecnos, 5ª reimpresión, Madrid, 2005.
- CHAZARRA QUINTO, A. *Delitos contra la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. «La excusa absolutoria de regularización tributaria», en *Actualidad y Derecho*, n.º 38, 1995, pp. 1-12.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. «Derecho penal de la Seguridad Social», en *Revista de Derecho Social*, n.º 3, pp. 101-116.
- . «Los delitos contra la Seguridad Social tras la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social», en Demetrio Crespo, E. (dir.).
- . *El comportamiento postdelictivo*, Ed. Universidad de León, León, 1985.

- DOMÍNGUEZ PUNTAS, A. *Delito fiscal y blanqueo de capitales*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2011.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. «La reforma del Derecho penal tributario: nuevas oportunidades para el fraude fiscal», en *Iuris: actualidad y práctica del Derecho*, n.º 181-182, diciembre de 2012, pp. 12-16.
- FARALDO CABANA, p. «La aplicación analógica de las atenuantes de comportamiento postdelictivo positivo (los núms. 4º y 5º en relación con el núm. 6º del artículo 21 del Código Penal de 1995)», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 1, año 1997.
- FARALDO CABANA, p. *Las causas de levantamiento de la pena*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- FARRÉ TREPAT, E. *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Edisofer, 2ª edición corregida y revisada, Buenos Aires, 2011.
- FENELLÓS PUIGSERVER, V. «El concepto de regularización tributaria a efectos de la exclusión de la pena por el delito del artículo 305 del Código Penal», en *Crónica Tributaria*, n.º 84, 1997, pp. 51-68.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C. «Una nueva trilogía en Derecho penal tributario: fraude, regularización y blanqueo de capitales», en *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 372, marzo de 2014, pp. 41-82.
- GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el Derecho penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GARRO CARRERA, E. *Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (art. 21,5 del Código penal)*, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2005.
- GÓMEZ LANZ, J. «Delitos contra la Hacienda Pública: art. 305,4 CP.», en Álvarez García, F. J. (dir.), Dopico Gómez-Aller, J. (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GÓMEZ PAVÓN, P. «La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social», en Álvarez García, F. J.; Cobos Gómez de Linares, M. A. y Gómez Pavón, p. et. al (coords.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- . «La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social en el artículo 307,3 del Código Penal español», en *Derecho penal mínimo: revista de análisis jurídico penal*, n.º 9, julio de 2012, pp. 123-160.
- IGLESIAS RÍO, M. A. «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en Álvarez García (dir.), Dopico Gómez-Aller (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- . *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (un análisis de la «autodenuncia»*, art. 305,4 Cp.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- . «Las cláusulas de regularización tributaria y relativas a las subvenciones de los arts. 305,4 y 308,4 del Código Penal», en Octavio de Toledo y Ubieto, E. (dir. y coord.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- LOMBARDERO EXPÓSITO, L. M. *Delitos contra la Hacienda Pública*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *Las excusas absolutorias en Derecho Español. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- . «Regularización fiscal y responsabilidad penal. La propuesta de modificación del delito fiscal», en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 12, 2012, pp. 211-229.
- MAROTO CALATAYUD, M. (coord.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Ed. B de F, Madrid, 2014.
- MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2013.
- . *Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. y PUENTE ABA, L. M. (coord.), *Derecho penal económico y de la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *El desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.
- MARTÍNEZ LUCAS, J. A. *El delito de defraudación a la Seguridad Social. Régimen legal, criterios jurisprudenciales*, Ed. Práctica de Derecho, Valencia, 2002.
- MENDES DE CARVALHO, E. *Punibilidad y delito*, Ed. Reus, Madrid, 2007.
- MORALES PRATS, F. «De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en Quintero Olivares, G. (dir.), Morales Prats, F. (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, 9ª edición, Navarra, 2011.
- MORENO MÁRQUEZ, A. M. «Delitos contra la Seguridad Social: el artículo 307 del nuevo Código Penal», en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 37, año 1995, pp. 31-56.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día, Valencia, 2013.
- . *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 1972.
- MUÑOZ CUESTA, J. «La reforma del delito fiscal operada por LO. 7/2012, de 27 de diciembre», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2013, en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es>.
- NARVÁEZ BERMEJO, M. A. *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- NUÑEZ PAZ, M. A. *El delito intentado*, Ed. Colex, Madrid, 2003.
- OBREGÓN GARCÍA, A. *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*, Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.
- OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J. *Derecho penal. Parte general: elementos básicos de la teoría del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. «Consideración penal de las cláusulas de regularización tributaria», en *La Ley*, n.º 7, 2000, 1472-1478.
- PAREDES RODRÍGUEZ, J. M. «La reforma del delito contra la Seguridad Social operada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre», en *Aranzadi Social: revista doctrinal*, Vol. VI, n.º 4, julio de 2013, pp. 151-162.
- PÉREZ FERRER, F. *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español*, Ed. Dykinson, 2008.
- PÉREZ MANZANO, M. y MERCADER UGUINA, J. R. «El delito de defraudación a la Seguridad Social», en Cobo del Rosal (dir.), Bajo Fernández (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, Ed. Edersa, Madrid, 1997.
- POZUELO PÉREZ, L. *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- . «Las atenuantes 21,4ª y 21,5ª del actual Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 65, año 1998, pp. 403-434.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español, parte especial*. Ed. Atelier, libros jurídicos, 6ª edición, revisada y actualizada, Barcelona, 2010.
- . «El comportamiento postdelictivo en los delitos contra las Haciendas Públicas y la Seguridad Social», en VV. AA., *Empresa y Derecho Penal (I)*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

- «El nuevo delito del fraude fiscal y a la Seguridad Social», en Romeo Casabona, C. M. (ed.), *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Ed. Comares. Universidad de La Laguna, Granada, 1997.
 - «La regularización como comportamiento postdelictivo en el delito fiscal», en Bajo Fernández, M. (dir.).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. «Algunas reflexiones sobre la reforma penal», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 47, enero-febrero de 2013, pp. 42-46.
- *Presente y futuro del delito fiscal*, Ed. Civitas, Madrid, 1974.
- RILLO PERALTA, E. «La nueva redacción del delito contra la Seguridad Social (I)», en *Revista Técnico Laboral*, Vol. 34, n.º 135, 2013, pp. 48-58.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., en Serrano González de Murillo / Cortés Bechiarelli, *Delitos Contra la Hacienda Pública*, Ed. Edersa, Madrid, 2002.
- MERINO JARA, I. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. *El delito fiscal*, Ed. Edersa, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 2004.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. y MERINO JARA, I. «La regularización tributaria en la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, Vol. XLV, n.º 236, Abril-Junio, año 1995.
- «Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho penal», en *Diario La Ley*, año XXXIV, semanal 31, 1 a 7 de abril, 2013, pp. 1-10.
- SUÁREZ ROBLEDANO, J. M. «Transparencia en materia penal: comentario a la reciente reforma del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social», en *Revista Española de Control Externo*, n.º 42, Vol. XIV, septiembre de 2012, pp. 177-197.
- TIRADO ESTRADA, J. «El concepto de regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal en el delito fiscal», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 248, 1996, pp. 1-5.
- VALLE MUÑIZ, J. M. «La criminalización del fraude a la Seguridad Social. Estudio de las conductas punibles previstas en el art. 307 del nuevo Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVIII, Fascículo III, septiembre-diciembre de 1995, pp. 709-782.
- VAN DEN EYNDE ADROER, A. «Reforma de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social operada por Ley Orgánica 7/2012», en *Revista Pensamiento Penal*, n.º 154, abril de 2013: <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/reforma-delitos-contra-hacienda-publica-seguridad-social-operada-ley-organica-72012>.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C. «Derecho penal del amigo (reflexiones críticas acerca de la reciente modificación de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social)», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 32, septiembre-diciembre de 2013, pp. 269-295.
- VILLAPLANA RUIZ, J. «¿De qué hablamos cuando hablamos de regularizar? Reflexiones en torno al nuevo delito fiscal», en *Diario La Ley*, n.º 8025, Sección Tribuna de 18 de febrero de 2013, online: <http://diariolaley.laley.es>.

¿Dónde acaban las nuevas tecnologías obsoletas?

MIRIAM RUIZ ARIAS (España)¹

Investigadora Doctoranda, Universidad de Salamanca, España²

RESUMEN: Este artículo versa sobre el delito de tráfico ilegal de residuos *e-waste* que se produce desde los países desarrollados hacia los países en vías de desarrollo. En primer lugar, se hace referencia a la descripción del fenómeno delictivo, posteriormente se analizan las principales normas jurídicas internacionales y europeas. A continuación, se analiza la adaptación del Código Penal a dicha normativa y se finaliza con unas propuestas de *lege ferenda* y comentarios.

Palabras clave: *E-waste*, traslado residuos, normativa europea, medio ambiente y delito medio ambiental.

ABSTRACT: The main objective of this paper is to analyse the illegal traffic of *e-waste* from developed countries to developing countries. Firstly, the criminal trend is analysed, then the main international and European law is reviewed. After that, an analysis about the EU Directives transposition in the Criminal Code is done. Finally, *lege ferenda* suggestions and conclusions are noted.

Key words: *E-waste*, waste shipment, European law, environment, environmental crimes.

SUMARIO: I. Introducción. II. Descripción del fenómeno delictivo. 1. Rutas del tráfico ilegal de residuos. 2. *Modus operandi*. 3. *Causa Criminali*. 4. Sujetos Responsables. 5. Efectos del Tráfico. III. Normativa Internacional y Europea. IV. Adaptación del Código Penal Español a dicha normativa. V. Conclusiones.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de la beca predoctoral concedida por la Universidad de Salamanca, cofinanciada por el Banco Santander, en el año 2013.

² Personal Investigador en Formación, becada de la Universidad de Salamanca (España).

I. INTRODUCCIÓN

El traslado de residuos³ es un fenómeno criminal reciente⁴, cuya relevancia ha comenzado a destacar en los años 80, efectuándose en el capitalismo monetario global donde se financian industrias destructivas con fondos ajenos y en un sistema económico donde se fomentan nuevos pozos de petróleo, el acceso a tierras de agricultura, bosques y espacios para minas, acabando con el medio ambiente existente y con el desarrollo ecológico. En otras palabras, el traslado de residuos tiene lugar en una economía donde se crean bienes más beneficiosos económicamente, pero más perjudiciales para el medio ambiente y la salud de los seres vivos además de en donde se da un circuito de residuos peligrosos que se trasladan de los países del norte al sur.

Junto a ello, este fenómeno se produce en un contexto de traslado de las empresas y los modelos de producción pertenecientes a las empresas multinacionales hacia países del sur.

Sin embargo, estos residuos que sometidos a un tratamiento y traslado ilegales y peligrosos pueden producir efectos nocivos para la salud del ser humano y la naturaleza, ayudan a reducir el uso de materias primas aumentando la energía si se efectúa un adecuado proceso de reciclaje y de extracción⁵.

De modo que, en este artículo se analizará en primer lugar las características de este fenómeno delictivo⁶, así como, el modo de efectuarlo, los sujetos intervinientes y sus posibles consecuencias.

Después, se efectuará un breve análisis de la principal normativa internacional y europea existentes referidas al tratamiento, traslado y transporte de residuos, al igual, que la adaptación que realiza el Código Penal español (en adelante CP) a dicha normativa.

Concluyendo con un breve análisis, así como, una serie de propuestas de *lege ferenda*.

³ El término *e-waste* comprende ordenadores portátiles, móviles, televisiones, impresoras, aparatos de aire acondicionado y frigoríficos, entre otros vid en Environmental Investigation Agency, «Illicit Trade in electrical and electronic waste (e-waste) from the world to the region», en *Transnational Organized Crimes in East Asia and the Pacific. A Threat Assessment*, UNODC, 2013 April, p. 103 y definen los residuos electrónicos como *equipos electrónicos rotos, irreparables u obsoletos, como televisores, móviles, ordenadores, ordenadores portátiles, monitores, impresoras, aparatos de reproducción de DVD, estéreos, video consolas* vid en nota a pie de página n.º 2 en Interpol, *Electronic Waste and Organized Crime. Assessing the links. Phase II Report for the Interpol Pollution Crime Working Group*, Lyon, 2009, p. 7.

Para los efectos penales, conforme al artículo 3 de la Ley de Residuos, un residuo es cualquier sustancia u objeto que su poseedor desee o tenga la intención o la obligación de desechar vid en QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal Ambiental*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 186, nota a pie de página 104.

⁴ Un ejemplo de lo que ocurre en España lo encontramos aquí: http://politica.elpais.com/politica/2015/04/10/actualidad/1428685551_216233.html y http://elpais.com/elpais/2015/04/10/media/1428697464_741370.html.

⁵ European Environment Agency, *Waste without borders in the EU? Transboundary shipments of waste?*, 1ª ed., Copenhagen, Office for Official Publications of the European Communities, 2009, p. 6.

⁶ El traslado ilegal de residuos analizado comprende el transporte de residuos *e-waste* o residuos electrónicos o eléctricos, por lo tanto, cuando se mencionen los residuos, salvo especificidad expresamente indicada durante el desarrollo del escrito –pudiendo hacer referencia a otros residuos, como los peligrosos, tóxicos, no peligrosos, entre otros– se entenderán referidos los residuos electrónicos.

II. DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO DELICTIVO

1. *Rutas del tráfico ilegal de residuos*

El movimiento de residuos se produce desde los países capitalistas del norte hacia los del sur, es decir, desde Estados Unidos (en adelante EE.UU.) hacia México u otros países pertenecientes a Centroamérica o Sudamérica; desde Japón o desde la Unión Europea (en adelante UE) hacia países pertenecientes a África (Nigeria o Ghana)⁷ o hacia Asia (China, India, Tailandia, Indonesia y Vietnam), así como, dentro de los propios Estados miembros de la UE⁸.

Repárese en fin, en que numerosos países del oeste y norte europeo son origen de los residuos (urbanos, industriales, electrónicos, eléctricos); siendo los países del este europeo de tránsito y de destino; por último, los residuos electrónicos y los procedentes de piezas automovilísticas se trasladan desde los Estados miembros a países pertenecientes a África (Oeste de África) y Asia (India, República Popular China y Vietnam)⁹.

2. *Modus operandi*

El *modus operandi* del tráfico ilegal de residuos incluye dentro de sus conductas un origen que comprende a aquellos individuos o empresas que producen los residuos hasta los transportistas; seguido del transporte, la disposición y participación de los intermediarios que engloban conductas como la venta de residuos urbanos, industriales, así como, los eléctricos y electrónicos. Finalmente, el destino, donde se incluye la disposición final, el reciclaje y el tratamiento de los residuos¹⁰.

De la misma manera, dentro de los métodos más empleados para efectuar este tráfico, se encuentra la falsificación de documentos o la ocultación de los materiales, depositando en el mismo contenedor residuos que son reciclables y los que no ya que son fáciles de mezclar sin que ello se detecte en una primera inspección ocular¹¹. En fin, se suele modificar habitualmente

⁷ DECISION 1/15 – Decision on the Prevention of Hazardous e - Waste and Near End-of-Life EEE Importation and Dumping in Africa, CI - DEC. 15, 26 Junio 2013, Convención de Bamako.

⁸ Además, la crisis ha incrementado esta tendencia debido a una mayor competitividad entre las propias empresas europeas y a una menor capacidad para hacer frente a los gastos vid en FABER, D., «Capitalising on Environmental Crime: a Case Study of the U.S.A. Polluter-industrial Complex in the Age of Globalization», en KANGASPUNTA, Kristina y HAEN MARSHALL, Ineke. *Eco-crime and justice. Essays on environmental crime*, Turin, UNICRI, 2009, p. 98; *Threat Assessment 2013, Environmental Crime in the EU*, Europol, November 2013, p. 6; Environmental Investigation Agency, «Illicit Trade in electrical and electronic waste (e-waste) from the world to the region», op. cit., p. 105; ILLES, A.; NEWMAN, S.; WATKINS, E.; FARMER, A.; PORSCH, L.; RITA GERMANI, A. y LUCCIFORA, A., *Understanding the damages of environmental crime. Review of the availability of data*, EFFACE (European Union Action to fight environmental crime), Ecologic Institute, 2014, p. 14 y Interpol, *Electronic Waste and Organized Crime. Assessing the links. Phase II Report for the Interpol Pollution Crime Working Group*, op. cit., p. 6.

⁹ *Threat Assessment 2013, Environmental Crime in the EU*, op. cit., p. 9.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 6 y 9.

¹¹ Environmental Investigation Agency, «Illicit Trade in electrical and electronic waste (e-waste) from the world to the region», op. cit., p. 107 y VAN DAELE, S.; VANDER BEKEN, T. y DORN, N. «Waste Management and Crime. Regulatory, Business and Product Vulnerability», *Environmental Policy and Law*, 2007, vol. 37, n.º 1, p. 35.

la calificación de los productos indicándose que se emplean para reciclaje, por lo que, dejan de considerarse peligrosos bien modificándose el nombre de los materiales, pasando de ser residuos a materiales originarios o productos comerciales¹².

Estas conductas suponen una manera de cometer el delito, pero, a su vez, como más adelante se expondrá, la facilidad con la que se pueden efectuar supone uno de los motivos para efectuar este tráfico ilícito de residuos¹³.

Al realizarse el traslado de residuos, como consecuencia, se producen dos tipos de mercado¹⁴: en primer lugar, un mercado donde los residuos tras su reparación, se reutilizan siendo el principal destino el continente africano ya que en el mismo debido al alto coste de este tipo de tecnologías tiene un menor precio el reciclaje; en segundo lugar, se hace referencia a los mercados que se efectúan en países pertenecientes al continente asiático donde se está generando una fase de industrialización, donde se producen numerosos recursos electrónicos y eléctricos, por tanto, existiendo una alta demanda del tipo de productos puros que se obtienen de los residuos de la UE.

Desde esta perspectiva, comprar el material que se obtiene de los residuos (níquel, cobre, plomo, entre otros) sin manipular tiene un mayor coste que comprar los residuos electrónicos y eléctricos provenientes de EE.UU. y la UE que contienen estos materiales en pureza, logrando su obtención tras un proceso informal de reciclaje en Asia¹⁵.

Al realizar la disposición final de este tipo de residuos, se vierten al mar, se esconden bajo tierra o se queman, violando tanto legislación nacional como internacional, produciéndose efectos perjudiciales para el medio ambiente y la salud de las personas, como posteriormente se indicará¹⁶.

3. *Causa Criminali*

Existen diversos motivos que explican este fenómeno delictivo que ha aumentado durante los años 80 y 90, entre los cuales, primeramente, se encuentra el hecho de que en los países que

¹² BRACK, D. y HAYMAN, G. *International Environmental Crime: The Nature and Control of Environmental Black Markets, Background Paper for RIA Workshop*: The Royal Institute of International Affairs, 27-28 Mayo 2002, p. 17 (disponible en https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/public/Research/Energy,%20Environment%20and%20Development/environmental_crime_background_paper.pdf; fecha de consulta: 21.10.2014) y LIDDICK, D. «The traffic in garbage and hazardous wastes: an overview», en *Trends in Organized Crime*, 2009, vol. 13 (nº 3-4): p. 136.

¹³ GEERAERTS, K.; ILLES, A. y SCHWEIZER, J.-P., *Illegal shipment of e-waste from the EU: A case study on illegal e-waste export from the EU to China. Case study compiled as part of the EFFACE project*, 1ª ed., Londres, IEEP (Institute for European Environmental Policy), 2015, p. 36.

¹⁴ En ambos casos, con este tráfico lo que se pretende es obtener materiales como el oro, cobre y otros metales como el mercurio vid. en LUNA, M. y VEENING, N., *European Union Action to fight environmental crime. Policy Brief 2: Organised Environmental Crime: The need for combating environmental crime as a serious and organized category of offence*, EFFACE, UE F7 Framework Programme, Noviembre 2014, p. 4 y BALAMONTE, V. y VERMEERSCH, E. «Environmental crime and instability: the role of criminal networks in the trafficking and illegal dumping of hazardous waste», en *Freedom from fear*, 2014, n.º 9, pp. 30-34.

¹⁵ Interpol, *Interpol environmental crime programme, Information management strategic analysis report on illegal export of electronic waste to non-OECD countries*, Lyon, 2011 (disponible en <http://www.interpol.int/es/Crime-areas/Environmental-crime/Resources>; fecha de consulta: 06.03.2015), p. 4.

¹⁶ BALAMONTE, V. y VERMEERSCH, E. «Environmental crime and instability: the role of criminal networks in the trafficking and illegal dumping of hazardous waste», op. cit., pp. 30-34.

conforman bien el continente africano bien el continente asiático se encuentran leyes más flexibles¹⁷, gobiernos más débiles y una necesidad de trabajo y de capital financiero que posibilitan que el traslado ilegal de residuos no sea detectado o no sea penado¹⁸.

La globalización y la mejora de las infraestructuras, junto con la falsificación de documentos, ha facilitado que los residuos se trasladen a algunos países del sur o en vías de desarrollo donde el reciclaje de residuos sirve como sustento económico, aunque en la misma actividad resulte perjudicada la salud de los trabajadores al trabajar con materiales como el níquel, cobre y otros metales peligrosos sin la protección adecuada¹⁹.

Dicho esto, existen otros motivos para efectuar este tráfico ilícito como los marcos fijados por la múltiple normativa europea y por la normativa de EE. UU. para la eliminación o reciclaje de residuos, tanto procesos generales como específicos, ya que estos fijan un mercado legal económicamente más costoso con mayores tasas si se quiere efectuar una gestión más segura y menos perjudicial para el medio ambiente²⁰; además, es un proceso más fiscalizado en cuanto que hay un endurecimiento en los requisitos de licencias, un mayor número de procesos de vigilancia, entre otros²¹.

Bien se puede afirmar que los residuos urbanos e industriales se trafican entre los diferentes Estados miembros para evitar el pago de tasas o los altos costes legales de un adecuado tratamiento además de porque tienen un control respecto de la gestión de residuos más laxo²².

¹⁷ En todo caso, es necesario señalar que respecto de los residuos, en la República Popular China, existe una ley desde el año 2000 que prohíbe recibir residuos de otros países vid en Environmental Investigation Agency, «Illicit Trade in electrical and electronic waste (e – waste) from the world to the region», op. cit., p. 105.

¹⁸ FABER, D., «Capitalising on Environmental Crime: a Case Study of the U.S.A. Polluter-industrial Complex in the Age of Globalization», op. cit., p. 98 y Interpol, *Interpol environmental crime programme, Information management strategic analysis report on illegal export of electronic waste to non-OECD countries*, op. cit., pp. 2 y 4.

¹⁹ *Threat Assessment 2013, Environmental Crime in the EU*, op. cit., p. 7 y LIDDICK, D., «The traffic in garbage and hazardous wastes: an overview», op. cit., pp. 134-135.

²⁰ LUNA, M. y VEENING, N. *European Union Action to fight environmental crime. Policy Brief 2: Organised Environmental Crime: The need for combating environmental crime as a serious and organized category of offence*, op. cit., p. 3 y *Strategic Project on Environmental Crime*, Report, November 2014, Eurojust, The Hague, The Netherlands, p. 16.

²¹ Como la legislación es cada vez más severa, los gastos de mantenimiento son cada vez más altos, la capacidad de disposición es cada vez menor, por tanto, la disposición transnacional de estos residuos resulta mucho más atractiva, siendo por ejemplo, en los años 90 el coste de disposición de los residuos en Estados Unidos de entre 100 y 200 dólares y en África de entre dos dólares y 50 vid en BRACK, D. y HAYMAN, G. *International Environmental Crime: The Nature and Control of Environmental Black Markets, Background Paper for RIA Workshop*, op. cit., p. 17; *Threat Assessment 2013, Environmental Crime in the EU*, op. cit., p. 6; Environmental Investigation Agency, «Illicit Trade in electrical and electronic waste (e-waste) from the world to the region», op. cit., p. 105 y BENSEBAA, F. y BOUDIER, F. «Hazardous Waste Management and Corporate Social Responsibility: Illegal Trade of Electrical and Electronic Waste», en *Business and Society Review*, 2011, vol. 116, n.º 1, p. 42.

²² Existen diferentes categorizaciones de los residuos en la UE, pese a la existencia de Reglamentos y Directivas que pretenden la armonización y esto se produce en el plano administrativo. A esta deficiencia sería necesario añadir la diferente categorización, responsabilidad penal y sanciones penales que existen en la UE, así como, la carencia de personal técnico especialista y la falta de cooperación judicial y policial en la materia vid. en *Strategic Project on Environmental Crime*, Report, op. cit., pp. 17-18 y VAN DAELE, S.; VANDER BEKEN, T. y DORN, N. «Waste Management and Crime. Regulatory, Business and Product Vulnerability», op. cit., p. 34.

No se puede obviar que, en términos económicos, la gestión de residuos es un tipo de servicio cuyo precio es inelástico, es decir, aunque aumente la demanda, el precio no se va a reducir, siendo, a su vez, un mercado sin competencia, por tanto, si es obligatorio efectuar la gestión de residuos, las empresas ubicadas en países del norte optarán por aquella gestión, que aun siendo ilegal y perjudicial en otros países geográficamente alejados, les suponga un menor coste económico²³.

4. *Sujetos Responsables*

Respecto a los sujetos que efectúan esta conducta, se pueden encontrar empresas legales, grupos de criminalidad organizada, intermediarios, turistas de residuos y gerentes²⁴.

En referencia a la responsabilidad de las personas jurídicas o empresas, se producen acuerdos entre las empresas, los agentes de disposición de residuos, los laboratorios especializados, los sitios de reciclaje, entre otras para efectuar esta conducta ilegal²⁵.

Las empresas legales contratan este tipo de servicios para reducir costes económicos y aumentar los beneficios, habitualmente suelen cometer otras conductas delictivas como el fraude, la evasión de capitales, corrupción, comportamientos vulneradores de la competencia como carteles o acuerdo en la fijación de precios, entre otras²⁶.

En referencia a los grupos criminales, como la eco-mafia en Italia²⁷, se ofrecen como intermediarios para facilitar la tarea de eliminación o reciclaje con un coste económico más bajo, considerando que en una época de crisis como la actual, se alega que la reducción de costes es más necesaria para sobrevivir empresarialmente, por tanto, este tipo de mercado ilegal aumenta²⁸.

A su vez, es una actividad de bajo riesgo de detección y que supone altos beneficios en comparación con otros delitos cometidos por grupos criminales organizados como pueden ser el tráfico de drogas o de armas.

²³ VAN DAELE, S.; VANDER BEKEN, T. y DORN, N. «Waste Management and Crime. Regulatory, Business and Product Vulnerability», *op. cit.*, p. 35.

²⁴ Environmental Investigation Agency, «Illicit Trade in electrical and electronic waste (e-waste) from the world to the region», *op. cit.*, p. 107.

²⁵ LIDDICK, D., «The traffic in garbage and hazardous wastes: an overview», *op. cit.*, p. 136 y GEERAERTS, K.; ILLES, A. y SCHWEIZER, J.-P., *Illegal shipment of e-waste from the EU: A case study on illegal e-waste export from the EU to China. Case study compiled as part of the EFFACE project*, *op. cit.*, p. 34.

²⁶ *Strategic Project on Environmental Crime, Report*, *op. cit.*, p. 16 y BAIAMONTE, V. y VERMEERSCH, E. «Environmental crime and instability: the role of criminal networks in the trafficking and illegal dumping of hazardous waste», *op. cit.*, pp. 30-34.

²⁷ BAIAMONTE, V. y VERMEERSCH, E. «Environmental crime and instability: the role of criminal networks in the trafficking and illegal dumping of hazardous waste», *op. cit.*, p. 33.

²⁸ Los peones de la criminalidad organizada de este tipo de delincuencia son fungibles ya que al estar en riesgo se dispersan y posteriormente se unen a otros grupos vid en Interpol Pollution Crimes Working Group, *Assessing the Links between Organised Crime and Pollution Crimes*, Junio 2006, p. 2.

5. Efectos del Tráfico

No se puede obviar, por último, otros datos de interés como que cada año se generan 50 millones de toneladas de *e-waste*, siendo reciclada solamente el 10% de la misma, además, desde el 2008, la UE ha generado 6, 5 millones de toneladas de *e-waste* anualmente²⁹.

Los residuos *e-waste* incluyen plomo, arsénico, cobalto, mercurio, selenio, cadmio, entre otras sustancias; de manera que, respirar y quemar estos residuos produce contaminación del aire, suelo y subsuelo, conduciendo a enfermedades pulmonares, cáncer e intoxicación por plomo a las personas que se encuentren cerca de la disposición, así como, a los propios trabajadores³⁰.

En numerosas ocasiones, en los países de destino los trabajadores que efectúan la disposición o el tratamiento de estos residuos carecen de condiciones y derechos laborales adecuados, empleando métodos deficientes para su salud por el alto contenido en metales, trayendo como consecuencia diversas enfermedades (cáncer de pulmón, abortos involuntarios, problemas de riñón, de corazón, entre otros). Así mismo, es perjudicial para el medio ambiente el verterlo en aguas y en tierras cultivables o quemarlos³¹.

Dicho esto, existen otros riesgos de índole económica, de desarrollo y de seguridad puesto que el tráfico de residuos da lugar a corrupción, evasión de impuestos, blanqueo y actos de competencia desleal³². En suma, el impacto se produce en los países en vías de desarrollo donde el vertido en tierras de cultivo puede perjudicar tanto a seres humanos y a otros animales en la cadena de alimentación, así mismo, puede perjudicar a la salud de muchas personas y acabar con fuentes de riqueza sostenibles³³.

III. NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA

Existen, a nivel internacional, tres textos que regulan el tráfico de residuos *e-waste*, además de otro tipo de residuos³⁴:

- El Convenio Internacional de Basilea
- El Convenio Internacional de Bamako
- Decisión del Consejo de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) C (2001) 107 Final referente al control de los movimientos transfronterizos de residuos destinados a reciclaje

²⁹ Environmental Investigation Agency, «Illicit Trade in electrical and electronic waste (e-waste) from the world to the region», op. cit., p. 103.

³⁰ Interpol, *Electronic Waste and Organized Crime. Assessing the links. Phase II Report for the Interpol Pollution Crime Working Group*, op. cit., p. 14.

³¹ BENSEBAA, F. y BOUDIER, F. «Hazardous Waste Management and Corporate Social Responsibility: Illegal Trade of Electrical and Electronic Waste», op. cit., p. 36.

³² BAIAMONTE, V. y VERMEERSCH, E., «Environmental crime and instability: the role of criminal networks in the trafficking and illegal dumping of hazardous waste», op. cit., p. 33.

³³ *Threat Assessment 2013, Environmental Crime in the EU*, op. cit., p. 8.

³⁴ De estos tres textos se dedicará un mayor análisis al primero por la influencia que pueda tener en la normativa europea y española.

El Convenio de Basilea³⁵ es un convenio sobre los movimientos transfronterizos, la gestión y la eliminación de desechos peligrosos, buscando el control sobre el movimiento de residuos peligrosos y de otro tipo de residuos con el objetivo de reducir los movimientos de los residuos, promoviendo medidas basadas en el comercio y no basadas en el mismo.

El Convenio fundamenta su regulación en la defensa del medio ambiente y de la salud humana, mencionando que se debe «prohibir» la eliminación de desechos peligrosos en países en vías de desarrollo, considerándose peligrosos los del Anexo I, excluyéndose radiactivos y los que derivan de buques.

En su artículo 4.3 las partes acuerdan que el tráfico ilícito de desechos peligrosos sea delictivo y en el artículo 4.4 se menciona el tomar «medidas» para prevenir y reprimir los actos que contravengan el Convenio, sin imponer la obligación de que las medidas que se adopten sean penales, sino que, únicamente señala en el art 9.5 «disposiciones legislativas adecuadas para prevenir y castigar el tráfico ilícito». En consecuencia, los Estados parte pueden³⁶ prohibir la importación de cualquier residuo en su territorio y tienen la obligación de prohibir la exportación a cualquier país de importación que no haya consentido explícitamente la importación referida. Además, los traslados sin consentimiento, los traslados desde y hacia países que no son Estados Parte son ilegales, salvo que haya un acuerdo.

Igualmente, las partes están obligadas a desarrollar legislación preventiva para evitar y que prohíba el tráfico ilícito, así como, reducir la cantidad de residuos que traspasan las fronteras³⁷, existiendo un mecanismo de consentimiento previo, donde los Estados parte que exporten residuos tienen que informar a los Estados parte que importan sobre la carga de residuos, además de necesitar el consentimiento expreso para cada traslado³⁸.

Junto a ello, se encuentra la Convención de Bamako de 1991 efectuada en el continente africano, que entró en vigor en 1996 prohibiendo la importación de residuos peligrosos y ejerciendo un control de los movimientos transfronterizos de este tipo de residuos³⁹.

³⁵ Se aprobó en Basilea, Suiza, el 22.03.1989, entrando en vigor en 1992 y actualmente tiene 181 Estados Parte. Ha sido ratificado por la UE el 07.02.1994 y todos sus Estados forman parte del mismo. EE. UU a día de hoy no ha ratificado el Convenio de Basilea vid. en BRACK, D. y HAYMAN, G. *International Environmental Crime: The Nature and Control of Environmental Black Markets, Background Paper for RIA Workshop*, op. cit., p. 16.

Una enmienda de prohibición fue adoptada en 1995 gracias a las quejas recibidas por ONGs y los países nórdicos, prohibiendo la exportación de residuos peligrosos para su disposición final además de la exportación de residuos peligrosos para su reciclaje o restauración a terceros países no pertenecientes a la OCDE. Esta enmienda no ha sido ratificada por todas las partes necesarias para que entre en vigor vid en GEERAERTS, K.; ILLES, A. y SCHWEIZER, J.-P., *Illegal shipment of e-waste from the EU: A case study on illegal e-waste export from the EU to China*, op. cit., p. Después de la entrada en vigor de esta Convención se redujo la exportación de residuos tóxicos, pero aumentó la de residuos peligrosos y clorofluorocarbono, así como, ya no se exportaron, sino que se trasladaron de norte a sur residuos calificados como de reciclaje para evitar la aplicación de la Convención vid. en LIDDICK, D. «The traffic in garbage and hazardous wastes: an overview», op. cit., pp. 137-138.

³⁶ Cursivas añadidas por la autora.

³⁷ LIDDICK, D. «The traffic in garbage and hazardous wastes: an overview», op. cit., p. 137.

³⁸ GEERAERTS, K.; ILLES, A. y SCHWEIZER, J.-P. *Illegal shipment of e-waste from the EU: A case study on illegal e-waste export from the EU to China*, op. cit., pp. 24-34.

³⁹ BENSEBAA, F. y BOUDIER, F. «Hazardous Waste Management and Corporate Social Responsibility: Illegal Trade of Electrical and Electronic Waste», op. cit., p. 53.

El principal activo de este último convenio es la prohibición internacional de trasladar residuos peligrosos a África, sin hacer excepciones con ningún tipo de residuos peligroso como sí hace la Convención de Basilea (residuos radiactivos)⁴⁰.

La Convención de Basilea se aplica en la UE a través del Reglamento (CE) N.º 1013/2006⁴¹ que prohíbe la exportación de residuos a terceros países y sus sucesivas modificaciones⁴².

En primer lugar, se debe recordar que cuatro son los principios rigen la exportación en importación de residuos en la UE:

- La UE tiene que ser auto suficiente en la disposición de residuos, teniendo que establecer cada Estado miembro tierras y otros lugares de disposición.
- La disposición de los residuos se ha de efectuar en el lugar de disposición adecuado más cercano.
- Las cargas de residuos para reciclar están sujetas a una regulación menos estricta y pueden ser transportadas dentro de la UE. Para otros residuos, como los peligrosos, legislación y procedimientos menos permisivos son aplicados.
- Exportar residuos de países de la OCDE a países no pertenecientes a la OCDE para reciclaje está prohibido ya que estos no tienen infraestructura suficiente y necesaria para realizar el tratamiento y la disposición de estos productos⁴³.

Así mismo, el transporte de residuos será autorizado considerando los siguientes factores: el movimiento transfronterizo, el método de procesamiento, el tipo de residuo y el país de destino.

El Reglamento clasifica como verdes los residuos menos peligrosos y como ámbar los más peligrosos. Respecto de este último, al producirse la embarcación de este tipo de residuos, las autoridades competentes del país de origen deben recibir dos notificaciones del país de destino: una, en la que quede claro que los residuos han llegado y la otra sobre que los residuos están siendo tratados.

Del mismo modo, diferencia entre los países sometidos a la Decisión de 2001 de la OCDE y los que no, siendo estos últimos los que tienen exigencias más estrictas.

Este Reglamento de traslados de residuos no prohíbe la exportación de material eléctrico utilizado ni el que se va a emplear para reciclaje a terceros países no pertenecientes a la OCDE⁴⁴,

⁴⁰ BAIAMONTE, V. y VERMEERSCH, E. «Environmental crime and instability: the role of criminal networks in the trafficking and illegal dumping of hazardous waste», op. cit., p. 30.

⁴¹ 37 Reglamento 1013 / 2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 relativo a los traslados de residuos (DOUE n.º L 190/1 de 12.07.2006) que ha sido reformado por el Reglamento (UE) N.º 660/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1013/2006 relativo a los traslados de residuos (DOUE L 189/135 de 27.06.2014).

⁴² GEERAERTS, K.; ILLES, A. y SCHWEIZER, J.-P., *Illegal shipment of e-waste from the EU: A case study on illegal e-waste export from the EU to China. Case study compiled as part of the EFFACE project*, op. cit., 2015, pp. 12 y 15.

⁴³ European Environment Agency, *Movements of waste across the EU's internal and external borders*, 1ª ed., Luxemburgo, Office for Official Publications of the European Union, 2012, p. 10.

⁴⁴ Idem, p. 15. Catalogándose con estas dos categorías múltiples residuos por los exportadores, comprobando, finalmente, que dichos residuos no se pueden volver a emplear (son no funcionales) y que pertenecen al tráfico ilícito y prohibido por la UE.

comprendiendo como transporte ilegal de residuos las siguientes actividades: transportar residuos sin notificarlo a la autoridad competente, transportarlo sin la autorización de la autoridad competente, falsificar documentos sobre la carga de residuos, transportar residuos incluidos en la enmienda de prohibición del Convenio de Basilea hacia otros países no pertenecientes a la UE o que no pertenezcan a la OCDE, mezclar algunos tipos de residuos o la clasificación de residuos peligrosos como residuos no peligrosos⁴⁵.

Es necesario también hacer referencia a la Directiva sobre residuos electrónicos y eléctricos (Directiva 2002/96/EC)⁴⁶ que entró en vigor en 2003 y cubre, entre otros, los siguientes aspectos: el diseño del producto, el tratamiento, la financiación, el reciclaje para contribuir a un desarrollo sostenible⁴⁷.

Las conductas contrarias a lo establecido en el Reglamento y la Directiva europeas indicadas que regulan los desechos peligrosos, son sancionadas como delitos por los Estados miembros como consecuencia de la política criminal marcada en la Directiva 2008/99/CE⁴⁸.

En los considerandos de esta Directiva se reconoce que los efectos del delito trascienden las fronteras de los Estados, protegiéndose el aire, estratosfera, suelo, aguas, animales o plantas y a los seres humanos de lesiones graves o muerte⁴⁹.

En todo caso, esta Directiva pretende garantizar la «efectividad» de las normas sobre protección medioambiental, que se recogen desde 1972 hasta el momento vigente, ya que los Estados no alcanzan la eficacia deseada⁵⁰.

La Directiva 2008 se refiere a los residuos en los apartados b y c, que se recogen en el artículo 326 CP.

IV. ADAPTACIÓN DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL A DICHA NORMATIVA

Dada la reforma penal efectuada en 2015, se hará mención a la redacción del CP anterior a 2015 y a la nueva redacción que entrara en vigor el 01.07.2015⁵¹.

⁴⁵ ILLES, A.; NEWMAN, S.; WATKINS, E.; FARMER, A.; PORSCH, L.; RITA GERMANI, A. y LUCCIFORA, A. *Understanding the damages of environmental crime. Review of the availability of data*, op. cit., 2014, p. 13.

⁴⁶ Directiva 2002/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 2003 sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) (DOUE L 37 de 13.02.2003) que a su vez ha sido modificada por la Directiva 2012/19/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 (DOUE L 197/38 de 24.07.2012) sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE).

⁴⁷ Considerando 6 y GEERAERTS, K.; ILLES, A. y SCHWEIZER, J.-P., *Illegal shipment of e-waste from the EU: A case study on illegal e-waste export from the EU to China*, op. cit., p. 24.

⁴⁸ Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19.11.2008 relativa a la protección del medio ambiente por el Derecho Penal (DOUE n.º 328 de 06.12.2008).

⁴⁹ Considerandos 2 y 5 de la Directiva.

⁵⁰ Al igual que muchos otros Reglamentos también recogen la regulación internacional como por ejemplo, Reglamento 338/97 de 09.12.1996, Reglamento 750/2013 de 29.07.2013, Reglamento 865/2006 de 04.05.2006.

⁵¹ De manera que la primera referencia legal se refiere a la redacción del CP vigente hasta el 01.07.2015 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), del Código Penal (BOE 23.06.2010)) y la segunda a la vigente a partir de esa fecha (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, 30.03.2015 (BOE n.º 77 de 30.03.2015)).

En primer lugar, el CP recoge en los apartados 3 y 4 del artículo 328⁵² las conductas ilegales de transporte de residuos que se recogen en los apartados b y c del artículo tercero de la Directiva 2008 sobre la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal.

Respecto del apartado 3º es necesario señalar que se recogen tanto residuos peligrosos como los que no lo son; además, aunque no se señale de manera explícita, considerando la legislación europea, estatal y autonómica previa, en este tipo penal se requiere la vulneración de legislación administrativa como elemento del tipo, siendo el carácter grave del peligro el que permite distinguir, por tanto, entre la infracción administrativa, por carecer de las autorización u otros elementos necesarios, y el delito. Ello porque el significado de muchas de las conductas recogidas remiten a la normativa administrativa como, por ejemplo, en palabras de QUINTERO OLIVARES el *aprovechamiento que es la consecución de energía a través de la biomasa y la eliminación de residuos que está reglada, consistiendo en un tipo de tratamiento porque el abandono de residuos peligrosos es ya un delito pero que no busca utilidad alguna*⁵³.

Es un delito de peligro concreto y la Directiva de 2008 recoge más conductas de las que aparecen en el tipo penal, por consiguiente, el legislador prescindió de las mismas, como la posterior reparación de instalaciones de eliminación, incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes e intermediarios⁵⁴. Igualmente, el peligro grave se refiere a la vida, integridad o salud de las personas o a la calidad del aire, agua, del suelo, animales o plantas⁵⁵.

Es un delito que cumple con el principio de lesividad penal puesto que el bien jurídico que se protege es la vida, integridad o salud de las personas o la calidad del aire, suelo o de las aguas, o a animales y plantas, reproduciendo literalmente lo establecido en la Directiva.

El artículo 328.4 recoge la conducta 3.c de la Directiva de 2008, siendo los sujetos que realizan esta conducta habitualmente empresarios debido a que se exige trasladar una cantidad importante de residuos, pudiendo referirse al volumen mínimo que puede generar un peligro⁵⁶.

Se trata de una ley penal en blanco donde debe tomarse en consideración la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados y el Reglamento (CE) 1013/2006⁵⁷.

⁵² Artículo 328. [Depósitos o vertederos de residuos tóxicos o peligrosos]

3. Serán castigados con la pena de prisión de uno a dos años los que en la recogida, el transporte, la valorización, la eliminación o el aprovechamiento de residuos, incluida la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimientos, pongan en grave peligro la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

4. El que contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general traslade una cantidad importante de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.

⁵³ QUINTERO OLIVARES, G. *Derecho Penal Ambiental*, op. cit., p. 192.

⁵⁴ Idem, p. 191.

⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M. y MONTANER FERNÁNDEZ, R. *Los delitos contra el medio ambiente*, 1ª ed., Barcelona, Atelier, 2012, pp. 194 y 196-197.

⁵⁶ QUINTERO OLIVARES, G. *Derecho Penal Ambiental*, op. cit., p. 194.

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M. y MONTANER FERNÁNDEZ, R. *Los delitos contra el medio ambiente*, op. cit., pp. 199-200.

Si el traslado se efectúa dentro de territorio español, conforme a la definición del apartado 2 del artículo 34, se aplica el artículo 328.3; en el caso de ser fuera del territorio nacional se aplicaría el artículo 328.4⁵⁸.

Relevante indicar que se distingue entre transporte y traslado, ya que en la normativa administrativa de la última conducta se recogen las obligaciones del generador del residuo y las del gestor, que se diferencia de las del transportista.

Repárese en fin, que el concepto de cantidad importante como el de cantidad no desdeñable indicados en la Directiva son indeterminados y pueden vulnerar principios como el de legalidad, de manera que, dicho concepto deberá interpretarse conforme a la naturaleza o propiedades del residuo y su afectación al medio ambiente.

Además, en este precepto, a diferencia del anterior no se produce la puesta en peligro o la lesión de ningún bien jurídico, por tanto, conduce hacia un tipo penal de derecho penal formal puesto que no hay peligro ni lesión para el bien jurídico, es decir, protegiéndose una concepción o regulación administrativa del Estado sin tener en cuenta la gravedad de la acción y pudiendo incurrir en un *ne bis in idem* ya que esa misma conducta cometida por el mismo sujeto o sujetos estará sancionada por diversa normativa administrativa⁵⁹.

En la aplicación de estos preceptos puede surgir un conflicto de competencias jurisdiccionales, aun existiendo legislación europea y nacional porque puede tratarse de un buque cuyo pabellón enarbole la bandera de otro país ajeno a la UE y también porque puede que el delito se cometa fuera de la competencia de cualquier Estado miembro de la UE, es decir, fuera del territorio o de la Zona Económica Exclusiva de cualquier Estado miembro, por ejemplo, que la carga de residuos tóxicos no se produzca en España, sino que en un país del Continente Africano⁶⁰.

Por último, conforme a la nueva redacción⁶¹, la protección que se otorga frente al transporte de residuos quedar recogida en el artículo 326 del CP, de modo que se recogen las conductas que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales plantas, muerte o lesiones graves a personas o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales en el caso del primer apartado.

Sin embargo, en el segundo apartado del 326 se menciona el traslado de una cantidad no desdeñable de residuos (en uno o varios traslados) remitiendo al Derecho de la UE relativo al traslado de residuos.

⁵⁸ Idem, p. 200.

⁵⁹ Idem, pp. 200, 201.

⁶⁰ QUINTERO OLIVARES, G. *Derecho Penal Ambiental*, op. cit., p. 193.

⁶¹ Ciento setenta y cuatro. Se modifica el artículo 326, que queda redactado como sigue:

Serán castigados con las penas previstas en el artículo anterior, en sus respectivos supuestos, quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, recojan, transporten, valoricen, transformen, eliminen o aprovechen residuos, o no controlen o vigilen adecuadamente tales actividades, de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

2. *Quien, fuera del supuesto a que se refiere el apartado anterior, traslade una cantidad no desdeñable de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, en alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos, será castigado con una pena de tres meses a un año de prisión, o multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a un año.*

En ambos casos, se recoge una reproducción textual de los apartados b y c de la Directiva de 2008, pudiendo efectuarse la misma crítica que ha realizado respecto a la regulación anterior para la indeterminación del concepto desdeñable⁶².

V. CONCLUSIONES

1. Se requiere una mayor concienciación de la ciudadanía para saber dónde terminan buena parte de los productos pertenecientes a las nuevas tecnologías, así como, de las empresas para, a su vez, reducir el uso de estos aparatos y no exigir a otros países políticas de consumo que no aplican dentro de lo que se consideran países desarrollados.
2. Se demanda una mayor política de concienciación para las grandes empresas que se limitan a trasladar los residuos para ahorrar costes ya que esos costes finalmente serán asumidos por los Estados como costes sanitarios u otro tipo de costes de políticas públicas. En suma, se necesita una mayor cooperación judicial y policial a nivel mundial para evitar que los residuos pasen desapercibidos o mezclados con otros residuos que sí son legales.
3. Unido a lo anterior interesa una mayor inversión económica en recursos materiales y en personal técnico que permita efectuar las labores de vigilancia.
4. Como *lege ferenda*, los Estados miembros deberían armonizar las definiciones de residuos y establecer responsabilidad y sanciones de carácter penal no muy diferentes respecto el tráfico de residuos que suponga la mayor gravedad.
5. Respecto del CP debería elaborar una legislación sistemática, manteniendo la coherencia entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal, evitando realizar una reproducción literal de la Directiva europea de 2008 que adolece de bien jurídico penal merecedor de protección.

BIBLIOGRAFÍA

- BAIAMONTE, V. y VERMEERSCH, E. «Environmental crime and instability: the role of criminal networks in the trafficking and illegal dumping of hazardous waste», en *Freedom from fear*, 2014, n.º 9, pp. 30-34.
- BENSEBAA, F. y BOUDIER, F. «Hazardous Waste Management and Corporate Social Responsibility: Illegal Trade of Electrical and Electronic Waste», en *Business and Society Review*, 2011, vol. 116, n.º 1, pp. 29-53.

⁶² Esta nueva redacción plantea cuestiones como el concepto de calidad, pudiendo resolverse al acudir a las múltiples Directivas y Reglamentos que regulan el aire, el agua, entre otros recursos; pero, en todo caso, cabe cuestionarse si un concepto tan ambiguo como calidad de agua o del aire es ya un bien jurídico merecedor de protección penal. De no serlo, y si se considera que uno de los bienes jurídicos del primer párrafo es el elemento natural, será, al mismo tiempo, objeto penal y bien jurídico ya que cierto sector de la doctrina entiende que el agua, el aire, el suelo, entre otros, es donde recae el objeto de la acción penal vid. en CORCOY BIDASOLO, M. «Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa», en *Estudios de derecho penal económico* (MIR PUIG ed.), Livrosca, Caracas, 2002, pp. 618-619 y HAVA GARCÍA, E. «Modificaciones en delitos ambientales» en QUINTERO OLIVARES, G. (Ed.). *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Pamplona, Aranzadi, 2015, p. 658.

- BRACK, D. y HAYMAN, G. *International Environmental Crime: The Nature and Control of Environmental Black Markets, Background Paper for RLA Workshop*, The Royal Institute of International Affairs, 27-28 Mayo 2002, p. 4 (disponible en https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/public/Research/Energy,%20Environment%20and%20Development/environmental_crime_background_paper.pdf; fecha de consulta: 21.10.2014).
- CORCOY BIDASOLO, M. «Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa», en PUIG, M. (Ed.). *Estudios de derecho penal económico*, Caracas, Livrosca, 2002, pp. 599-648.
- DECISION 1/15 - Decision on the Prevention of Hazardous e-Waste and Near End-of-Life EEE Importation and Dumping in Africa, CI - DEC. 15, 26 June 2013, Convención de Bamako.
- ENVIRONMENTAL INVESTIGATION AGENCY, «Illicit Trade in electrical and electronic waste (e-waste) from the world to the region», en *Transnational Organized Crimes in East Asia and the Pacific. A Threat Assessment*, UNODC, 2013 April, pp. 101-113.
- EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, *Movements of waste across the EU's internal and external borders*, 1ª ed., Luxemburgo, Office for Official Publications of the European Union, 2012.
- EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, *Waste without borders in the EU? Transboundary shipments of waste?*, 1ª ed., Copenhagen, Office for Official Publications of the European Communities, 2009.
- FABER, Daniel. «Capitalising on Environmental Crime: a Case Study of the U.S.A. Polluter-industrial Complex in the Age of Globalization», en KANGASPUNTA, Kristina y HAEN MARSHALL, Ineke. *Eco-crime and justice. Essays on environmental crime*, Turin, UNICRI, 2009, pp. 79-105.
- GEERAERTS, K.; ILLES, A. y SCHWEIZER, J.-P., *Illegal shipment of e-waste from the EU: A case study on illegal e-waste export from the EU to China. Case study compiled as part of the EFFACE project*, 1ª ed., Londres, IEEP (Institute for European Environmental Policy), 2015.
- HAVA GARCÍA, E. «Modificaciones en delitos ambientales» en QUINTERO OLIVARES, G. (Ed.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Pamplona, Aranzadi, 2015.
- ILLES, A.; NEWMAN, S.; WATKINS, E.; FARMER, A.; PORSCH, L.; RITA GERMANI, A. y LUCCIFORA, A. *Understanding the damages of environmental crime. Review of the availability of data*, EFFACE (European Union Action to fight environmental crime), Ecologic Institute, 2014, pp. 13-16.
- INTERPOL, *Interpol environmental crime programme, Information management strategic analysis report on illegal export of electronic waste to non-OECD countries*, Lyon, 2011 (disponible en <http://www.interpol.int/es/Crime-areas/Environmental-crime/Resources>; fecha de consulta: 06.03.2015), pp. 1-8.
- INTERPOL, *Electronic Waste and Organized Crime. Assessing the links. Phase II Report for the Interpol Pollution Crime Working Group*, Lyon, 2009, pp. 7-16.
- INTERPOL POLLUTION CRIMES WORKING GROUP, *Assessing the Links between Organised Crime and Pollution Crimes*, Junio 2006.
- KOSTIGEN, T. *The Underbelly of Globalization: Our Toxic Wastes Exported to Developing Countries*, en BAN web, 2008 (disponible en http://ban.org/library/Features/080925_the_underbelly_of_globalization.html; fecha de consulta: 03.03.2015).
- LIDDICK, D., «The traffic in garbage and hazardous wastes: an overview», en *Trends in Organized Crime*, 2009, vol. 13 (nº 3-4): pp. 134-146.
- LUNA, M. y VEENING, N. *European Union Action to fight environmental crime. Policy Brief 2: Organised Environmental Crime: The need for combating environmental crime as a serious and organized category of offence*, EFFACE, UE F7 Framework Programme, Noviembre 2014, pp. 3-4

(disponible en efface.eu/policy-brief-2-organised-environmental-crime; fecha de consulta: 01.II.2014).

QUINTERO OLIVARES, G. *Derecho Penal Ambiental*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. y MONTANER FERNÁNDEZ, R. *Los delitos contra el medio ambiente*, 1ª ed., Barcelona, Atelier, 2012.

Strategic Project on Environmental Crime, Report, November 2014, Eurojust, The Hague, The Netherlands, pp. 16-21.

Threat Assessment 2013, Environmental Crime in the EU, Europol, November 2013, pp. 6-12.

VAN DAELE, S.; VANDER BEKEN, T. y DORN, N. «Waste Management and Crime. Regulatory, Business and Product Vulnerabilitie», *Environmental Policy and Law*, 2007, vol. 37, n.º 1, pp. 34-38.

El origen internacional de la protección penal del medio ambiente y su evolución jurídica en España

MARÍA ÁNGELES FUENTES LOUREIRO (España)
Investigadora Doctoranda, Universidade da Coruña, España

RESUMEN: El objeto de este artículo es analizar a nivel global la evolución de la protección del medio ambiente. Así, en un primer momento, se da a conocer el surgimiento del movimiento de justicia ambiental y su transformación e institucionalización. En segundo lugar, abordamos la cuestión de la protección del medio ambiente a nivel internacional, para dar paso al tercer punto, dedicado a la legislación española en materia de protección ambiental, centrándonos en la evolución de los delitos contra el medio ambiente.

Para ello, realizaremos un recorrido por los movimientos sociales más importantes, citas internacionales con mayor repercusión y analizaremos la evolución legislativa de nuestro Código penal en este tema.

Palabras clave: protección penal ambiental, evolución legislativa.

ABSTRACT: The aim of this article is to analyze the evolution of global environmental protection. So, at first, we announce the appearance of the environmental justice movement and its transformation into an institutionalized phenomenon. Second, we address the issue of environmental protection at an international level. Finally, the third point is dedicated to the Spanish legislation on environmental protection, focusing on the evolution of crimes against the environment.

In order to do this, we make a tour of the most important social movements, the international events with greater impact and we analyze the legislative evolution of our criminal code in this topic.

Key words: Criminal environmental protection. Legislative development.

SUMARIO: I. El nacimiento del movimiento ambiental. II. La protección del medio ambiente por las instituciones internacionales. III. La evolución de la protección penal ambiental en España. IV. Conclusiones.

I. EL NACIMIENTO DEL MOVIMIENTO AMBIENTAL

La concepción del bien jurídico medio ambiente como objeto de protección es relativamente reciente, pues no aparece hasta la época postindustrial, cuando el avance tecnológico y su impacto nos lleva a replantearnos el papel de las leyes penales, que hasta el momento solo protegían los llamados bienes jurídicos «tradicionales»¹.

La llamada «sociedad de riesgos» nos lleva a una nueva comprensión de la sociedad que va a condicionar la actuación del legislador penal. Con cada avance de tecnológico aparecen nuevos riesgos, de modo que «una sociedad cada vez más industrializada es una sociedad cada vez más peligrosa»². Así, la evolución tecnológica implica la aparición de nuevas formas de riesgo que van a ser necesitadas de tratamiento penal.

A raíz del imparable desarrollo económico, el medio comienza a deteriorarse notablemente y los recursos se empiezan a agotar, repercutiendo directamente en la vida y salud de los ciudadanos³. A raíz de esto, aparecen términos como calidad de vida o respeto del entorno⁴. La opinión pública empieza a tener interés por el medio ambiente, produciéndose la llamada «ecologización» de la opinión pública⁵. Se origina una clara toma de conciencia por parte de la sociedad de la problemática medioambiental, lo que se refleja en el surgimiento de los primeros movimientos ecologistas. Así, en los años 70, fruto de la inquietud de la sociedad ante la destrucción del medio que la rodea, empiezan a surgir los primeros grupos ambientalistas⁶ que abogan por hacer cambios radicales en las políticas ambientales.

Un claro ejemplo de descontento social por la gestión del binomio medio ambiente/ desarrollo es el conflicto de Warren⁷, que se produce en el año 1982 en Estados Unidos. El movimiento se inicia cuando se establece un vertedero de residuos contaminantes cerca de la población de Warren, en Carolina del Norte, una zona de bajos ingresos y poblada principalmente por afroamericanos. Ante esta acción, que fue calificada como un acto de racismo ambiental⁸, la población reacciona e inicia sus protestas, produciendo cientos de detenciones, que pronto

¹ DOVAL PAIS, Antonio. «Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios». En BOIX REIG, Javier (dir.), *Intereses difusos y Derecho Penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 27 y 28.

² SESSANO GOENAGA, Javier Camilo. «La protección penal del medio ambiente. Particularidades de su tratamiento jurídico». En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 19, 4-11, 2002, p. 4.

³ JORGE BARREIRO, Agustín. «El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995». En JORGE BARREIRO, Agustín (dir.), *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Granada: Comares, 2005, p. 2.

⁴ GARCÍA LUPIOLA, Asier (dir.); ESPARTA SOLOETA, Iñaki y CHARTERINA VILLACORTA, Joana. *Fundamentos de la Política Europea del Medio Ambiente, Protección de la diversidad, lucha contra el cambio climático, foros sobre desarrollo sostenible*, Vizcaya: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2013, p. 16.

⁵ VERCHER NOGUERA, Antonio. La incipiente regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Derecho comunitario europeo. En VERCHER NOGUERA, Antonio (dir.), *El derecho europeo medioambiental: estado actual de la transposición del derecho comunitario al ordenamiento jurídico*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 15.

⁶ Por ejemplo. En 1971 se funda en Vancouver, Canadá, la ONG ambientalista Greenpeace.

⁷ Vid., ORTEGA CERDÁ, Miquel. «Origen y evolución del movimiento de justicia ambiental». En *Justicia ambiental. Un movimiento social que renueva el ecologismo*, Barcelona: Icaria, 2011, pp. 18 y ss.

⁸ *Ibidem*, p. 18.

se expanden al territorio nacional, generando conflictos locales en Los Ángeles, Nueva York, Houston o Chicago.

Estos fenómenos se fueron institucionalizando y se transforman de modo tal que en la década de los noventa llegan a ser «redes estatales del movimiento de justicia ambiental»⁹. Del 24 al 27 de octubre de 1991, 650 activistas de varios puntos del planeta se reúnen en la *First National People of Color Environmental Leadership Summit*, celebrada en Washington DC. En ella se amplían las perspectivas más allá de las protestas raciales contra las actividades contaminantes y se extiende el fenómeno de justicia ambiental, que pasa de ser un movimiento para la justicia racial a un movimiento de justicia para todos. Pronto se crearon la Oficina de Justicia Ambiental y el Consejo Nacional Asesor de Justicia Ambiental, un fenómeno de creación de entidades que se extiende a nivel internacional¹⁰. Por ejemplo, se crean los grupos nacionales de Amigos de la Tierra Internacional de Inglaterra y Escocia, que impulsan la introducción de elementos legislativos y cambios en la administración pública¹¹.

Este movimiento social de protección del medio ambiente va a plasmarse en la agenda internacional, surgiendo así una etapa denominada «era ecológica»¹², en la que se realizarán una serie de convenciones internacionales cuyo objetivo es la protección del medio ambiente.

II. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE POR LAS INSTITUCIONES INTERNACIONALES

Como precedente del Derecho Internacional Ambiental, podemos destacar algunas regulaciones sobre ciertas materias relacionadas con el medio ambiente¹³. Así, existen algunos tratados internacionales de finales del s. XIX y s. XX sobre cuestiones como la pesca excesiva de determinadas especies o la protección de aves útiles para la agricultura, entre otros¹⁴. Sin embargo, no se trataba de proteger al medio ambiente en sí mismo, sino ciertos aspectos relacionados en cuanto afectaban al desarrollo de la actividad humana. Es decir, se trataba el tema desde un punto de vista totalmente antropocéntrico.

Sin embargo, se suele marcar el nacimiento del Derecho Internacional del Medio Ambiente en el año 1972. Así, entre el 5 y el 16 de junio del mismo se celebra la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, que da lugar a la Declaración de Estocolmo, que «representa el primer esfuerzo de carácter global por tutelar el medio ambiente como bien jurídico»¹⁵.

⁹ ORTEGA CERDÁ, Miquel. «Origen y evolución...», *op. cit.*, p. 18.

¹⁰ Por ejemplo, se crean los grupos nacionales de Amigos de la Tierra Internacional

¹¹ *Vid.*, sobre la propagación del fenómeno en la Unión Europea, ORTEGA CERDÁ, Miquel, Origen y evolución..., *op. cit.*, pp. 21 y ss.

¹² JUSTE RUIZ, José y CASTILLO DAUDÍ, Mireya. *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 19.

¹³ *Vid.*, más extensamente, LÁZARO CALVO, Trinidad. *Derecho internacional del medio ambiente*, Barcelona: Atelier, 2005, p. 22.

¹⁴ Así, por ejemplo, Convenio para la protección de los pájaros útiles para la agricultura, 1902; Convención relativa a la protección de la flora y de la fauna en su estado natural, Londres, 1933; Convención sobre pesquerías, Londres, 1964; etc.

¹⁵ MÁRQUEZ BUITRAGO, Mauricio. «La protección del ambiente y los límites del Derecho penal». En *Jurídicas*, vol. 4, n° 1, 2007, p. 94.

En ella se plantea por primera vez la necesidad de preservar el medio ambiente para las generaciones futuras, se establecen principios que permitan la síntesis entre el medio ambiente y el desarrollo¹⁶ y, para ello, se dispone que los Estados deben responsabilizarse de que las actividades que se realicen dentro de sus fronteras, jurisdicción y control no causen daño a las personas, al entorno natural o al medio ambiente de otros Estados.

Así, en esta primera Conferencia se sientan las bases de toda la acción desarrollada posteriormente, pues desde entonces el medio ambiente se convierte en una cuestión de importancia internacional y se tratará en diversas ocasiones en el marco de las Naciones Unidas¹⁷.

A partir de este momento se aborda el problema de la degradación medioambiental desde un punto de vista global, pues hasta entonces, como hemos visto, las convenciones internacionales sobre el medio ambiente trataban problemas sectoriales, técnica que se reveló ineficaz para dar una correcta protección al medio ambiente. Comienza así a tratarse el tema con un planteamiento global y más ecocéntrico, en tanto en cuanto se protege el medio ambiente como bien jurídico independiente, por el valor que éste tiene en sí mismo.

En el ámbito europeo, En un primer momento, no existía referencia directa al medio ambiente en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas¹⁸. Sin embargo, paralelamente a lo ocurrido a nivel internacional, en los años setenta aumenta la preocupación por proteger el medio ambiente.

Así, en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Europea, celebrada en París los días 19 a 21 de octubre de 1972, se asume como misión de la Comunidad Económica Europea (en adelante, CEE) la protección del medio ambiente, se sientan los principios básicos de la política medioambiental de la Comunidad y se insta a las instituciones comunitarias a presentar un Programa de acción del medio ambiente. A partir de entonces se empieza a idear una línea de actuación común, surgen diversas iniciativas comunitarias y comienzan a desarrollarse programas en relación a la protección del medio ambiente¹⁹.

Sin embargo, estas primeras líneas de actuación común se referían únicamente al Derecho Administrativo. El primer momento en que se plantea recurrir al Derecho Penal como instrumento de protección del medio ambiente es con la Resolución del Consejo de Europa 28/1977, sobre la Contribución del Derecho Penal a la protección del Medio Ambiente, la cual recomienda a los Estados Miembros la criminalización de actividades contaminantes.

¹⁶ LÁZARO CALVO, Trinidad. *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 137.

¹⁷ Entre otras: la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1983; la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo o Cumbre para la Tierra, celebrada en Río de Janeiro en 1992; la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sostenible de Johannesburgo en 2002; la XIª Conferencia de las partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de Montreal en 2005; o la XIIª Conferencia sobre el cambio climático, celebrada en Nairobi en 2006.

¹⁸ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), París, 18 de abril de 1951; Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM), Roma, 25 de marzo de 1957 y Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Roma, 25 de marzo de 1957.

¹⁹ *Vid.*, más extensamente, sobre Derecho derivado en materia de protección del medio ambiente, GARCÍA LUPIOLA, Asier (dir.); ESPARTA SOLOETA, Iñaki y CHARTERINA VILLACORTA, Joana. *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

Con esto, vemos cómo la posición europea respecto de la delincuencia medioambiental comienza a cambiar. Hemos pasado de la inobservancia inicial al interés por establecer un sistema común de protección del medio ambiente.

Entre el desarrollo legislativo de los años posteriores destaca la Resolución del Consejo de Europa, la 1/1990, relativa a la protección del Medio Ambiente a través del Derecho Penal. Ésta recomienda establecer un listado de tipos penales, la configuración de éstos como delitos de peligro, su delimitación con las sanciones administrativas y, en relación a su persecución, se recomienda la posibilidad de realizarlo, no sólo en los países donde se hubiera cometido el hecho, sino en aquéllos que han sufrido las consecuencias. De este modo, no sólo se insta a los Estados miembros a recoger en sus ordenamientos internos delitos específicos atentatorios contra el medio ambiente, sino que se esbozan las primeras líneas de un sistema de cooperación para combatir este tipo de delincuencia.

En 1992, el tema de la protección medioambiental se incorpora en el Derecho originario de la Unión Europea, pues el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), dedica su Título XVI al medio ambiente, consagrándolo como política comunitaria. A partir de entonces, se incrementarán las referencias político-criminales de los Tratados constitutivos²⁰.

Es la aprobación del Programa Tampere, en 1999, la que establece pautas político-criminales de la Unión Europea con bases normativas. En él se introduce la lesión del medio ambiente como unas de las formas de criminalidad necesitadas de tratamiento específico por la Unión y queda incluida como una de las prioridades de la política criminal europea.

Sobre esta base, las Instituciones empiezan a legislar en materia penal ambiental, buscando la unificación de las legislaciones internas de los Estados miembros. Así, entre las medidas adoptadas para conseguir una política de protección medioambiental común, destaca la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal (en adelante, Directiva 2008/99/CE), que influirá de forma decisiva en la evolución legislativa de los delitos contra el medio ambiente el ordenamiento interno español.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL AMBIENTAL EN ESPAÑA

En las leyes españolas, la conciencia ambiental ya se ve reflejada en la Constitución de 1978, siguiendo la tendencia internacional. En ella, el legislador constituyente introduce, en el

²⁰ Entre las modificaciones más importantes realizadas en el Derecho originario podemos destacar las siguientes:

El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, introduce en el TUE el principio de desarrollo sostenible. De este modo, todas las actuaciones de los Estados miembros han de tener en cuenta dicho principio. Así, el Tratado modifica las bases de la política comunitaria en materia ambiental, que serán: los principios de cautela y acción preventiva, el principio de corrección de los atentados y agresiones al medio ambiente y el principio de quien contamina paga.

El Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, que modifica el Tratado de la Unión Europea. En su art. 5.2, define la acción de la Unión Europea como una competencia compartida entre la Unión y los Estados Miembros. Esto implica que los Estados ejercerán la competencia únicamente en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya, de modo que la acción estatal tiene ahora un carácter residual.

art. 45, el derecho al medio ambiente con las siguientes palabras: «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo». Como vemos, se establece también un correlativo deber de conservación para los ciudadanos, que se completará con el deber de protección de los poderes públicos, tal y como indica el apartado dos del mismo precepto: «Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». Además, en el tercer apartado, se incluye un mandato de criminalización «Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado». Es decir, se encomienda al legislador ordinario la tarea de establecer sanciones para los atentados graves contra el medio ambiente.

Así, en cumplimiento del mandato constitucional, a partir de entonces el legislativo español criminaliza las conductas atentatorias contra el medio ambiente, con mayor o menor éxito. Como veremos a continuación, la evolución legislativa en este ámbito está marcada por un claro vaivén político que limita o extiende la protección penal al medio ambiente al antojo de los intereses del momento, lo que ha generado cierta inseguridad jurídica.

En 1980 se produce el primer intento de establecer un sistema punitivo en materia de medio ambiente. Será con el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal del 17 de enero de 1980, que trata de tipificar los atentados al medio ambiente. De este modo, se convierte en el primer texto pre-legislativo que incorpora preceptos en los que la idea fundamental es la protección penal del medio ambiente, plasmando la preocupación del legislador por los temas medioambientales.

El Proyecto articulaba los delitos contra el medio ambiente en sus arts. 323, 324 y 325²¹, que castigaban el delito ecológico propiamente dicho, el delito de prevaricación medioambiental y el delito de establecimiento de depósitos, respectivamente. Esta redacción ofrece ya una

²¹ Art. 323 Proyecto CP 1980: «Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y suspensión de profesión u oficio hasta tres años los que. En la explotación de una industria o en el ejercicio de otra actividad y con infracción de las normas reglamentarias, provoquen emanaciones en la atmósfera, o viertan en los ríos, aguas interiores o territoriales sustancias que puedan perjudicar gravemente a las personas, a los animales, bosques o plantaciones útiles. Si la industria funcionare clandestinamente o sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, se impondrán las penas superiores en grado.

Si los actos anteriormente previstos fueron realizados en las inmediaciones de poblaciones o afectaren a aguas destinadas al consumo público, se impondrá, además, la multa de doce a veinticuatro meses, pudiendo el Tribunal elevar en un grado las señaladas en el párrafo precedente, elevación que será preceptiva si por la gravedad del daño éste alcanzare caracteres catastróficos.

En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento».

Art. 324 Proyecto CP 1980: «Si las industrias o actividades a que se refiere el artículo anterior hubieran obtenido licencia que autorice su funcionamiento en las condiciones causantes de la contaminación, cuando aquélla sea manifiestamente contraria a lo preceptuado en las leyes o reglamentos en vigor, los funcionarios facultativos que dolosamente hubieren informado favorablemente el proyecto, hubieren concedido la licencia, o con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de aquellas normas, serán castigados con las mismas penas de prisión y multa, y además con la inhabilitación especial para el desempeño de cargos públicos por tiempo de ocho a doce años».

Art. 325 Proyecto CP 1980: «Serán castigados con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de doce a veinticuatro meses o con ambas penas, según la gravedad del riesgo causado, quienes establecieren

considerable protección del medio ambiente, articulada a través de estas tres figuras delictivas, por lo que se emprende la labor de protección penal de un modo completo, elaborando un amplio catálogo delictivo.

No obstante, este Proyecto no contemplaba la protección del medio ambiente en sí mismo, sino que da una visión antropocéntrica del bien jurídico, ya que lo tutela por su relación con el mantenimiento de la salud pública. Así, en este primer momento el legislador decidió incluir los referidos artículos dentro de los delitos contra la salud pública. Ante esto, algunos autores expresaban su discordancia con el modo de legislar, indicando que hubiera sido preferible la inclusión de un Título específico en el que se agrupasen los delitos que atentan contra el bien jurídico independiente medio ambiente²², alegando por una concepción ecocéntrica del medio ambiente.

Ante las dilaciones que se estaban produciendo en la redacción del nuevo Código, se promulgó la LO 8/1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, de 25 de junio (en adelante, LO 8/1983), que introduce el llamado «delito ecológico» en el art. 347 bis²³. Este nuevo artículo «se hace eco de las preocupaciones que han aportado los progresos técnicos al mundo en que vivimos, donde no sólo se acumulan cantidades ingentes de chatarra inservible, sino que se originan desechos que amenazan con terminar con la vida en nuestro planeta, haciendo incluso irrespirable la atmósfera que nos rodea»²⁴. De este modo, se introduce por primera vez un precepto en el Código Penal dedicado a la protección del medio ambiente.

La propia Exposición de Motivos de la LO 8/1983, justifica la inclusión del precepto del siguiente modo: «La protección jurídico-penal del medio ambiente, a pesar del rango constitucional que este bien de todos tiene, era prácticamente nula. La urgencia del tema viene dada por lo irreversible que resultan frecuentemente los daños causados. Sin duda, unos preceptos

depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos urbanos, clandestinos o sin cumplir las prescripciones impuestas en la autorización obtenida para evitar la nocividad o molestias del vertedero o depósito».

²² PRATS CANUT, Josep Miquel. «Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto del Código Penal de 1980». En MIR PUIG, Santiago (coord.); CÓRDOBA RODA, Juan (coord.) y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coord.). *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Barcelona: Bosch, 1983, p. 752.

²³ Art. 347 bis CP 1983: «Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas, el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

Se impondrá la pena superior en grado si la industria funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones o se hubiera desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.

También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores».

²⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español. Parte especial*, 10ª ed. Madrid: Dykinson, 1987, p. 1096.

penales no han de poder por sí solos lograr la desaparición de toda industria o actividad nociva para las personas o medio ambiente; pero también es evidente que cualquier política tendiente a introducir rigurosidad en ese problema requiere auxilio coercitivo de la ley penal». Así, vemos cómo el legislador, consciente de la necesidad de regulación ambiental, destaca la importancia de proteger el medio ambiente a nivel penal.

El nuevo precepto se ubica en la Sección 2ª, Capítulo II, del Título V, acerca «De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general», Libro II, bajo el epígrafe «Delitos contra la salud pública y el medio ambiente». Con esta sistematización, el legislador decide incluir el delito ecológico dentro de los delitos de riesgo en general, decisión que no fue demasiado bien recibida por la doctrina²⁵, pues continuamos regulando los delitos contra el medio ambiente de un modo antropocéntrico, junto a la salud pública.

Pese al avance que esta reforma supone en materia de protección medioambiental, la promulgación del art. 347 bis generó una serie de críticas que aludían a la generalidad excesiva del precepto²⁶, que se limitaba a penalizar las emisiones y vertidos. Así, quedaban fuera del ámbito de aplicación otras conductas atentatorias contra el medio ambiente²⁷ que pueden resultar muy dañinas para el mismo que sí fueran criminalizadas en el Proyecto de 1980, tales como el establecimiento de depósitos o la prevaricación específica en materia medioambiental.

Además, se criticaba la poca precisión del precepto, ya que utilizaba términos muy ambiguos y de difícil delimitación²⁸, como pueden ser «emisiones o vertidos de cualquier clase» o «peligro grave», dejando en manos de la discrecionalidad del juez la interpretación de estos conceptos jurídicos indeterminados.

Por otro lado, indicar que el art. 347 bis continúa dando una protección accesoria del medio ambiente, en tanto en cuanto sólo será típica una conducta cuando genere un peligro adicional para bienes jurídicos conexos distintos del medio ambiente²⁹. De este modo, se protege el medio ambiente de forma instrumental, haciendo hincapié en otros bienes jurídicos que han de verse necesariamente lesionados o puestos en peligro para poder considerar la existencia del delito ecológico. Por ejemplo, vemos que es necesario que se ponga en peligro la salud de las personas o se puedan perjudicar las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales

²⁵ ZUBIRI DE SALINAS, Fernando. «Delitos contra el medio ambiente». En BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.). *Empresa y Derecho Penal (II)*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 96; ALONSO ÁLAMO, Mercedes. «La aporía del Derecho penal del medio ambiente». En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coord.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.). *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 22.

²⁶ VERCHER NOGUERA, Antonio. «Evolución jurisprudencial del delito contra el medio ambiente». En *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº I, septiembre 2003, pp. 223-260, 231; MARQUÉS I BANQUÉ, María. «La protección penal del medio ambiente». En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coord.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.). *Estudios...*, op. cit., p. 195; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos. *La protección del medio ambiente en Derecho internacional, Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1991, p. 373; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente». En *Actualidad penal*, 1991-I, Tomo I, p. 289.

²⁷ SÁNCHEZ-MIGALLÓN PARRA, María Victoria. El bien jurídico en el delito ecológico. En *Cuadernos de política criminal*, n.º 29, 1986, p. 342.

²⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. «Delitos contra los...», op. cit., p. 289.

²⁹ SÁNCHEZ-MIGALLÓN PARRA, María Victoria, «El bien jurídico...», op. cit., p. 343.

o plantaciones útiles para que la conducta sea punible. De este modo, se está protegiendo los bienes jurídicos *salud de las personas* o *vida animal*, no el medio ambiente, o incluso elementos como bosques, espacio naturales o plantaciones, que serán el objeto sobre el que recaiga la acción, pero no el bien jurídico a proteger.

Incluso algunos autores entendían que había un incumplimiento del mandato de criminalización, llegando a hablar de inconstitucionalidad por omisión³⁰. Éstos consideraban que las notas caracterizadoras del medio ambiente, según el art. 45 CE, son la utilización racional de los recursos naturales, la protección y mejora de la calidad de vida, la defensa y restauración del medio ambiente y la promoción de la solidaridad colectiva³¹. El art. 347 bis omitía los aspectos relativos a la explotación racional de los recursos naturales, con lo que, en este sentido, el precepto no cumple con el mandato de criminalización de forma correcta.

En definitiva, la reforma de 1983 supone un avance en la protección penal del medio ambiente que ha de ser reconocido³², siguiendo la máxima *menos es nada*, pero el sistema presenta demasiadas deficiencias como para decir que da una correcta y eficaz cobertura al bien jurídico.

A la vista del aumento de la criminalidad en el ámbito medioambiental y las carencias del art. 347 bis, se plantean reformas en el ámbito ambiental que se van a incluir en la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Este nuevo Código rompe con la línea del Código anterior y cambia la ubicación sistemática de los delitos contra el medio ambiente, que se incluyen dentro del Capítulo II, del Título XVI, del Libro II del CP, bajo la rúbrica «De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente». Con esto, se produce una mejora³³ en cuanto a la estructuración de estos delitos³⁴, ya que se separa la protección del medio ambiente del ámbito de los delitos contra la salud pública, vinculación que había sido establecida por el legislador de 1983. De este modo, se empieza a legislar desde un prisma más ecocéntrico, tratando de forma unitaria y coherente el objeto de protección³⁵, que es el medio ambiente en sí mismo considerado. Además, el Título en cuestión (XVI) se coloca entre los delitos socioeconómicos, opción que ha sido considerada positivamente por la doctrina, dada la relación entre las figuras contra el medio ambiente y los delitos socioeconómicos³⁶.

³⁰ SÁNCHEZ-MIGALLÓN PARRA, María Victoria. «El bien jurídico...», *op. cit.*, p. 345; ZUBIRI DE SALINAS, Fernando. Delitos contra..., *op. cit.*, p. 96.

³¹ ZUBIRI DE SALINAS, Fernando. «Delitos contra...», *op. cit.*, p. 96.

³² Así lo hace BOIX REIG, Javier. «Protección penal del medio ambiente». En BOIX REIG, Javier (dir.). *Intereses difusos y Derecho Penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 117.

³³ En sentido contrario, DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. «Delitos contra los...», *op. cit.*, p. 291, considera que la inclusión en el mismo Título de los delitos relativos al patrimonio histórico supone una clara discordancia.

³⁴ En sentido contrario, ALONSO ÁLAMO, Mercedes. «La aporía...», *op. cit.*, p. 24, critica la agrupación de los delitos contra la ordenación del territorio, del patrimonio histórico y del medio ambiente, al considerar que actuaciones como las atentatorias contra el patrimonio histórico o los malos tratos a animales domésticos no tienen encaje en el concepto amplio de medio ambiente, al cual hace referencia la rúbrica del Capítulo De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.

³⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y VALLE MUÑOZ, José Manuel (coord.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra: Aranzadi, 1996, p. 866; ALMELA VICH, Carlos. «El medio ambiente y su protección penal». En *Actualidad penal*, 1991-I, Tomo I, p. 27.

³⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. «Delitos contra los...», *op. cit.*, p. 290.

Así, el delito ecológico propiamente dicho se regula ahora en el art. 325³⁷ CP y no introduce diferencias esenciales con su antecedente histórico. Se introducen también los delitos de establecimiento de depósitos, en el art. 328 CP³⁸, y el de prevaricación en materia medioambiental, en el art. 329 CP³⁹, que aparecen como delitos de nuevo cuño. Con su introducción en el Código Penal se vienen a cubrir una serie de lagunas que la doctrina venía denunciando⁴⁰, al entender que el antiguo art 347 bis CP 1983 no incluía las conductas ahora tipificadas en el art. 328 CP. De este modo, se vuelven a introducir estas conductas como delictivas, aumentando el rango de protección.

Esta vez, el modo en que se redactan los preceptos da la posibilidad de apreciar la conducta delictiva sin que haya afectación de bienes jurídicos conexos. Por ejemplo, en el art. 328 CP se indica que se cometerá la acción delictiva cuando esta pueda «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas». Es decir, la acción de establecer depósitos de residuos tóxicos o peligrosos va a ser punible tanto si afecta a la vida de las personas, como si afecta únicamente al equilibrio de los sistemas naturales, sin que sea necesaria influencia alguna en bienes jurídicos individuales como la vida o la salud. Con esto, se adopta una postura ecocéntrica moderada, en tanto en cuanto el art. 328 CP protege el medio ambiente en sí mismo considerado o/y la vida, salud o integridad de las personas, dependiendo del apartado que resulte violado.

Con todo lo anterior, vemos que el nuevo Código penal ofrece una protección más amplia del medio ambiente que el Código de 1983 y que, poco a poco, el legislador va asumiendo una visión ecocéntrica del bien jurídico.

Ocho años después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, supuso una importante reforma que se ha llegado a calificar como «la mayor reforma penal de la democracia»⁴¹. Con ella se modifica el sistema de penas y, consecuentemente, se

³⁷ Art. 325 CP: «Serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses quienes establecieren depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos urbanos o industriales clandestinos o sin cumplir las prescripciones impuestas en la autorización obtenida para evitar la nocividad o molestias del vertedero o depósito.

1 los residuos que se mencionan en el párrafo anterior fueren tóxicos o peligrosos, se impondrá la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses».

³⁸ Art. 328 CP: «Serán castigados con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses y arresto de dieciocho a veinticuatro fines de semana quienes establecieren depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas».

³⁹ Art. 329 CP: «1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el art. 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la multa de ocho a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia».

⁴⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y VALLE MUÑIZ, José Manuel (coord.). *Comentarios a la parte especial...*, op. cit., p. 888. Sin embargo, el Tribunal Supremo. En alguna ocasión (STS de 5 de octubre de 1993. Id Cendoj: 28079120011993106752), había extendido la aplicación del antiguo delito ecológico a este tipo de conductas.

⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, Madrid: Tecnos, 2004, p. 63.

producen también modificaciones en la parte especial, adecuando la penalidad en la regulación de los tipos. Así, en el tema que nos ocupa, se producen sustanciales cambios en la penalidad en el delito de establecimiento de depósitos⁴².

Tras esta reforma, los delitos contra el medio ambiente no se modifican hasta pasados unos años, cuando la Unión Europea insta a los Estados Miembros a introducir determinados delitos en sus ordenamientos penales en la Directiva 2008/99/CE, que es el detonante de la reforma llevada a cabo en 2010. Con esta Directiva, se obliga a los Estados miembros a prever sanciones penales en su legislación nacional por las infracciones graves de las disposiciones de Derecho Comunitario sobre la protección del medio ambiente, e indica una serie de supuestos que, en todo caso, han de ser criminalizados⁴³.

Así, cumpliendo la normativa comunitaria, la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante, LO 5/2010), introduce importantes modificaciones en los delitos contra el medio ambiente.

Con esta reforma se agravan notablemente las penas previstas para los delitos contra el medio ambiente⁴⁴, se establecen reglas específicas en cuanto a concursos⁴⁵, se prevén circunstancias

⁴² El art. 328 CP, antes de la reforma, castigaba con «pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses y arresto de dieciocho a veinticuatro fines de semana», mientras que, tras la reforma, las penas previstas serán «pena de prisión de cinco a siete meses y multa de 10 a 14 meses».

⁴³ En relación a las conductas estudiadas en este artículo, el art. 3 Directiva 2008/99/CE indica lo siguiente: «Los Estados miembros se asegurarán de que las siguientes conductas sean constitutivas de delito, cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia grave:

a) el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas;

b) la recogida, el transporte, la valoración o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estos procedimientos, así como la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios (aprovechamiento de residuos), que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas;

c) el traslado de residuos, cuando dicha actividad esté incluida en el ámbito de aplicación del artículo 2, apartado 35, del Reglamento (CE) no 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos (1) y se realice en cantidad no desdéniable, tanto si se ha efectuado en un único traslado como si se ha efectuado en varios traslados que parezcan vinculados;

d) la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos y que, fuera de dichas instalaciones, causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas;

e) la producción, la transformación, el tratamiento, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas».

⁴⁴ Así, la pena de prisión prevista para el delito ecológico en el art. 325 CP aumenta desde «de seis meses a cuatro años» a «de dos a cinco años»; la prevista en el art. 328 CP para el delito de establecimiento de depósitos aumenta desde «de cinco a siete meses» a «de seis meses a dos años» y se incluye la pena «inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años».

⁴⁵ Art. 328,5 CP: Cuando con ocasión de las conductas previstas en los apartados anteriores se produjera, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los jueces o tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior.

agravantes para algunos casos⁴⁶ y se introduce la responsabilidad de las personas jurídicas⁴⁷. Además, para incorporar las conductas descritas en la Directiva 2008/99/CE, se introducen seis nuevos apartados en el art. 328 CP, ampliando el catálogo de conductas típicas. De este modo, el art. 328 CP, apartado segundo⁴⁸ castiga la explotación de instalaciones peligrosas, el apartado tercero⁴⁹ contiene el delito de manipulación peligrosa de residuos y en el apartado cuarto⁵⁰ se tipifica el traslado masivo de residuos.

Llama la atención que, en la redacción de todas estas nuevas conductas, el legislador incluye la siguiente expresión: «que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas». Este recurso, que es, sin duda, consecuencia de una transcripción literal de la Directiva 2008/99/CE, da de nuevo una visión ecocéntrica moderada del medio ambiente, pues estos delitos serán cometidos tanto si las acciones afectan a la vida o integridad de las personas, como si afectan de forma exclusiva a aquéllos elementos del medio ambiente que se indican en los preceptos.

Vemos cómo, de nuevo, se sigue la tendencia creciente de protección del medio ambiente a nivel penal. Cada vez se tipifican más conductas relacionadas con la contaminación, el tratamiento de residuos y la mala gestión medioambiental, llegando nuestro Código a tener un catálogo delictivo sumamente amplio.

Sin embargo, los avances realizados en materia de protección penal ambiental se verán truncados por la reciente LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código penal (en adelante, LO 1/2015). Ésta realiza una profunda reforma del sistema penal al completo, al introducir, por ejemplo, la pena de prisión permanente revisable o al eliminar las faltas del Código.

Al margen de estas grandes novedades, centrándonos en materia de medio ambiente, las modificaciones introducidas no son nada desdeñables. En concreto, la LO 1/2015 elimina el

⁴⁶ Art. 328.7 CP: Cuando en la comisión de cualquiera de los hechos previstos en los apartados anteriores de este artículo concurra alguna de las circunstancias recogidas en los apartados a), b), c) o d) del artículo 326 se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código.

⁴⁷ Art. 328.6 CP: Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este artículo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

b) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada. En el resto de los casos.

⁴⁸ Art. 328.2 CP: Con las mismas penas previstas en el apartado anterior serán castigados quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos y que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas.

⁴⁹ Art. 328.3 CP: Serán castigados con la pena de prisión de uno a dos años los que en la recogida, el transporte, la valorización, la eliminación o el aprovechamiento de residuos, incluida la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimientos, pongan en grave peligro la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

⁵⁰ Art. 328.4 CP: El que contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general traslade una cantidad importante de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.

delito de establecimiento de depósitos, produciendo un retroceso que nos lleva dos décadas atrás en la historia legislativa, cuando la reforma de 1983 omitió estas conductas.

Los arts. 326 y 326 bis CP⁵¹ recogen ahora aquellas conductas relativas al tratamiento de residuos que la Directiva 2008/99/CE obligó a tipificar y que, en su momento, fueron incluidas en el art. 328 CP, ya que, a consecuencia de las obligaciones contraídas con la Unión Europea, no pueden ser eliminadas de nuestro ordenamiento.

De este modo, la LO 1/2015 reestructura los delitos contra el medio ambiente, resultando una redacción farragosa de los preceptos, que necesitan de pronta interpretación para evitar situaciones de inseguridad jurídica.

VI. CONCLUSIONES

Históricamente, la protección del medio ambiente como bien jurídico no empieza hasta la época postindustrial, cuando, a consecuencia del gran desarrollo, el deterioro del entorno hace evidente la necesidad de intervenir para garantizar el mantenimiento de unas condiciones óptimas para futuras generaciones. Para ello, las Instituciones Internacionales, en especial, las Naciones Unidas, se preocupan por potenciar la cooperación en esta materia y la firma de Tratados con los que los Estados se comprometan con la problemática medioambiental.

En el ámbito de la Unión Europea, la situación de la legislación comunitaria en materia penal ambiental ha cambiado notablemente. La política comunitaria de medio ambiente ha adquirido con los años una base jurídica firme y constituye hoy en día una verdadera competencia de la Unión Europea, lo que va a repercutir directamente en nuestro ordenamiento interno.

En España, la protección penal del medio ambiente ha sufrido numerosas modificaciones desde su nacimiento. Por norma general, en las sucesivas reformas se ha seguido una línea tendente a aumentar las conductas atentatorias contra el medio ambiente, aumentar la penalidad y configurarlas con una creciente óptica ecocéntrica. Sin embargo, este proceso de aumento de la protección penal ha sido truncado por la reciente reforma de 2015, que supone un retroceso en materia de protección penal ambiental.

⁵¹ Art. 326 CP: 1. Serán castigados con las penas previstas en el artículo anterior. En sus respectivos supuestos, quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, recojan, transporten, valoricen, transformen, eliminen o aprovechen residuos, o no controlen o vigilen adecuadamente tales actividades, de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

2. Quien, fuera del supuesto a que se refiere el apartado anterior, traslade una cantidad no desdeñable de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados. En alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos, será castigado con una pena de tres meses a un año de prisión, o multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres meses a un año.

Art. 326 bis CP: Serán castigados con las penas previstas en el artículo 325. En sus respectivos supuestos, quienes, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, a animales o plantas, muerte o lesiones graves a las personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMELA VICH, Carlos. «El medio ambiente y su protección penal». En *Actualidad penal*, 1991, n.º 1, Tomo I, pp. 25-44.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes. «La aporía del Derecho penal del medio ambiente». En QUINTERO OLIVARES, G. (coord.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.). *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- BOIX REIG, Javier. «Protección penal del medio ambiente». En BOIX REIG, Javier (dir.). *Intereses difusos y Derecho Penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 115-146.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente». En *Actualidad penal*, 1991, n.º 1, Tomo I, pp. 287-307.
- DOVAL PAIS, Antonio. «Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios». En BOIX REIG, Javier (dir.). *Intereses difusos y Derecho Penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 25-71.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos. *La protección del medio ambiente en Derecho internacional, Derecho comunitario europeo y Derecho español*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1991.
- GARCÍA LUPIOLA, Asier (dir.); ESPARTA SOLOETA, Iñaki y CHARTERINA VILLACORTA, Joana. *Fundamentos de la Política Europea del Medio Ambiente, Protección de la diversidad, lucha contra el cambio climático, foros sobre desarrollo sostenible*. Vizcaya: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2013.
- JORGE BARREIRO, Agustín. «El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995». En JORGE BARREIRO, Agustín (dir.). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Comares, 2005, pp. 1-72.
- JUSTE RUIZ, José y CASTILLO DAUDÍ, Mireya. *La protección del medio ambiente en el ámbito internacional y en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- LÁZARO CALVO, Trinidad. *Derecho internacional del medio ambiente*. Barcelona: Atelier, 2005.
- MÁRQUEZ BUITRAGO, Mauricio. «La protección del ambiente y los límites del Derecho penal». En *Jurídicas*, 2007, vol. 4, n.º 1, pp. 93-104.
- MARQUÉS I BANQUÉ, María. «La protección penal del medio ambiente». En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coord.) y MORALES PRATS, Fermín (coord.). *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- ORTEGA CERDÁ, Miquel. «Origen y evolución del movimiento de justicia ambiental». En *Justicia ambiental. Un movimiento social que renueva el ecologismo*. Barcelona: Icaria, 2011, pp. 17-24.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*. Madrid: Tecnos, 2004.
- PRATS CANUT, Josep Miquel. «Observaciones críticas sobre la configuración del delito ecológico en el Proyecto del Código Penal de 1980». En MIR PUIG, Santiago (coord.); CÓRDOBA RODA, Juan (coord.) y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coord.). *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*. Barcelona: Bosch, 1983.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y VALLE MUÑIZ, José Manuel (coord.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi, 1996.
- RODRÍGUEZ DEVEESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español. Parte especial*. 10ª ed. Madrid: Dykinson, 1987.
- SÁNCHEZ-MIGALLÓN PARRA, María Victoria. «El bien jurídico protegido en el delito ecológico». En *Cuadernos de política criminal*, 1986, n.º 29, pp. 333-350.

- SESSANO GOENAGA, Javier Camilo. «La protección penal del medio ambiente. Particularidades de su tratamiento jurídico». En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002, nº19, pp. 217-254.
- VERCHER NOGUERA, Antonio. «La incipiente regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Derecho comunitario europeo». En VERCHER NOGUERA, Antonio (dir.). *El derecho europeo medioambiental: estado actual de la transposición del derecho comunitario al ordenamiento jurídico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 9-48.
- VERCHER NOGUERA, Antonio. «Evolución jurisprudencial del delito contra el medio ambiente». En *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2003, nº1, pp. 223-260.
- ZUBIRI DE SALINAS, Fernando. «Delitos contra el medio ambiente». En BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.). *Empresa y Derecho Penal (II)*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 67-120.

Límites y conflictos entre el libre desarrollo de la personalidad y una Política criminal legalizadora de las drogas que no causan grave daño a la salud: salud pública vs salud individual

JULIO BALLESTEROS SÁNCHEZ (España)

Investigador Doctorando, Universidad de Salamanca, España

RESUMEN: El objeto del artículo se centra en el análisis de las ineficaces políticas de «*Tolerancia Cero*» frente a las drogas que no causan grave daño a la salud. Desde un enfoque de Política criminal, se plantea la posibilidad de adoptar políticas legalizadoras, como en el caso de Uruguay, Colorado y Washington, por ser más respetuosas con las libertades individuales y el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad. En contraposición al paternalismo estatal. Partiendo, como no podía ser de otro modo, desde una concepción del Derecho Penal Mínimo, de última ratio, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Palabras clave: Libertad individual, Derecho Penal Mínimo, paternalismo estatal, salud, Política criminal.

ABSTRACT: This article analyze ineffective policies «Zero Tolerance» taken against drugs which do not pose great risks to health. From a perspective of Criminal Policy, is proposed the possibility of adopting of a policy that legalise certain drugs such as Uruguay, Colorado and Whashington, which are more respectful of individual freedom and the constitutional principle of the free development of personality . In contrast to State Paternalism. From this point, as could not be otherwise, from a conception of Minimum Criminal Law, of Ultima Ratio, in the framework of the Social and Democratic of Rule of Law.

Key words: Individual Freedom, Minimun Criminal Law, State Paternalism Health, Criminal Policy

SUMARIO. I. Introducción. II. Desarrollo del tema. III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La ciudadanía del siglo XXI objeto de la globalización, de la criminalidad trasnacional y de la denominada genéricamente por BECK, como «Sociedad del Riesgo», se encuentra seriamente sometida a medidas de control y de restricción de libertades individuales por parte del Estado, con el objetivo de garantizar a la población unos parámetros de seguridad deseables.

Si prematuramente ese principio puede calificarse como loable, debemos plantearnos si la restricción de derechos individuales supone un incremento en los niveles de seguridad, o si por el contrario abre la puerta al control del ciudadano en su esfera íntima. Concretamente, el artículo que aquí presento, nos introduce en la problemática de la legitimación o no, del individuo, para determinarse eligiendo su propio plan de vida, donde fruto de su consentimiento libre y válido, decide encaminarse al consumo de drogas que no causan grave daño a la salud. El Tribunal Supremo, mediante reiterada jurisprudencia, establece las sustancias que merecen dicha calificación. Se trata de los derivados cannábicos¹ (marihuana, griffa, kiff, aceite) y los preparados farmacéuticos (Valium, Tranxilium², Orfidal, Rohipnol³, Trankimazin).

La política de «*Tolerancia Cero*» frente a las drogas, tras un siglo desde su instauración, no ha generado los efectos deseados. Ni la las grandes organizaciones criminales han desaparecido, ni los consumidores han dejado de demandarlas. Por tanto, es el momento de plantear que las drogas blandas no son un problema exclusivamente del crimen y del Estado. Es un problema de las personas. Personas; que deben ayudarse a sí mismas, y personas que deben ser coadyuvadas por el Estado a través de planes integrales, que recogen medidas interdisciplinarias de distinta índole como: educacionales, formativas, laborales y médicas. El ineficaz recurso de la prohibición sólo ha conseguido llenar nuestras prisiones de pobres y consumidores. El paternalismo estatal, lejos de asegurarnos la convivencia pacífica, ha aumentado los niveles de temor y de inseguridad, al igual que restringido nuestras libertades personales constitucionales.

Si queremos superar la presente problemática, debemos considerar a la inteligencia emocional, como una herramienta útil, de la que se debe valer el Estado, a través de la pedagogía y psicología para formar unos ciudadanos más libres y equilibrados, que sepan manejar sus sentimientos y emociones, que es finalmente, lo que se intenta adulterar con la ingestión de drogas. Esos sentimientos, muchas veces están relacionados con la soledad, el desempleo, la desestructuración familiar, pero en no menos casos está ligado a la curiosidad y al pasarlo bien¹⁶, es decir, a lo lúdico y peligroso, a lo excitante¹⁷.

¹ Sentencias de 18 de enero, 29 de mayo y 17 de octubre de 1984, 21 de febrero y 29 de noviembre de 1985, recientemente 11 de junio y 22 de junio de 2010. STS de 8 de mayo de 1995 y Acuerdo de la Sala II de 25 de septiembre de 1991.

² Sentencias de 12 de febrero de 2001 y de 22 de junio de 2002 entre otras. STS 29 de diciembre del 2000, 12 de febrero del 2001, 7 de mayo de 2002.

³ Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 23 de marzo de 1998 por el considera al Rohipnol, y en general a las benzodiazepinas como drogas que no causan grave daño.

II. DESARROLLO DEL TEMA

El problema de la criminalización de las drogas, es un problema *del ayer*, pero también *del hoy*. Como diría el maestro, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, es uno de esos viejos y nuevos desafíos que debe afrontar el Derecho Penal. La solución ofertada en el *ayer*, ni fue eficaz entonces, ni mucho menos lo será ahora, debido al dinamismo de la compleja y globalizada sociedad actual y las posibilidades que se abren en ella.

Pero ésta polémica, lejos de ser determinante, por muy importante que nos parezca, es sólo la más viva efigie de una cuestión profunda sobre la que discernir. Se trata, del ideal de modelo de Estado sobre el que erigir sólidamente nuestras expectativas de vida pacífica en comunidad. Así, la decisión sobre uno u otro modelo de Estado, dará lugar a una política legislativa más o menos liberal, y por tanto, más o menos restrictiva o permisiva. De esta manera, el objeto de debate debe trasladarse hasta el papel que debe ocupar el individuo dentro del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así, cuando iniciamos la tarea de la construcción de un Estado social y democrático, no cabe duda de que la «*libertad*», debe ser uno de esos componentes que jueguen un papel central y decisivo. Lo que algunos denominarían la *clave de bóveda*. Pero tras el noble paradigma descrito, puede *de facto* encontrarse una relación parasitaria *Estado-Hombre*, o por el contrario una simbiosis utópica, en la que el hombre se desarrolla plenamente conforme a sus creencias. Es esta segunda posición, la que vamos a defender, en perjuicio de lo que se denomina paternalismo estatal. Pues desde el paternalismo, se puede legitimar situaciones injustas y arbitrarias mediante la ilimitación del poder del Estado⁴.

Buena parte de la responsabilidad, sobre la problemática de poder dilucidar el contenido del principio de libre desarrollo de la personalidad, se debe a sus propios términos lingüísticos. Un concepto, por otro lado, procedente de la Ley Fundamental de Bonn como señala LATORRE⁵, ya que, esta recogía en su artículo 2-1 el siguiente enunciado:

Todos tienen el libre desarrollo de la personalidad, siempre que ello no atente a los derechos de los demás, al orden constitucional y a la ley moral.

Y es que, como señala acertadamente ESPINAR VICENTE, son conceptos que no conllevan a una acepción única, sino a una pluralidad de significaciones que pueden desembocar en contenidos bien distintos⁶.

Pero me interesa resaltar, lo que él entiende por «*desarrollo*», ya que es determinante su sentido a fin de excluir determinadas conductas del ámbito de aplicación. Así, él entiende por desarrollo, la noción y efecto de desarrollar, equivaliendo por tanto, a dar incremento a una

4 CHANG KMONT, Romy. *Relevancia del consentimiento en el delito de lesiones del Código penal Español: determinación del bien jurídico protegido*, Universidad de Salamanca, Trabajo Fin de Máster, 2011, p. 49.

5 LATORRE, Angel. «El Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en: GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coordinador). *El libre desarrollo de la personalidad; artículo 10 de la Constitución*, editorial Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995, p. 79.

6 ESPINAR VICENTE, José María. «Consideraciones en torno al “libre desarrollo de la personalidad” desde un planteamiento social», en: GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coordinador). *El libre desarrollo de la personalidad; artículo 10 de la Constitución*, editorial Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995, p. 63.

cosa en el orden físico, intelectual y moral. Si a ello le añadimos el término personalidad, la conjunción refleja, la concatenación de actos que una persona quiere realizar o no realizar para ajustar su comportamiento a un determinado modelo previamente asumido⁷.

Siendo esto así, alegar el derecho a la muerte como representación del libre desarrollo de la personalidad, ¿no estaría en conflicto con el concepto de desarrollo que implica una continuidad temporal? No cabe duda, que hay cierta incompatibilidad lingüística, aparentemente al menos, ya que si algo caracteriza a la muerte, es precisamente la extinción de la libertad al poner fin a la vida, y por tanto, lógicamente a la capacidad de seguir desarrollándose en la búsqueda de sus intereses y convicciones propias. Por contra, entiendo que queda abierto un estrecho pasadizo, al existir la posibilidad de que en un determinado momento, la pesadumbre o la enfermedad puedan convertir el deseo de la muerte en ese «*modelo previamente asumido*» y por tanto, tener cabida tal derecho, siendo acorde a la imposibilidad de tener una calidad de vida digna.

Pero desde una perspectiva penal, lejos de esforzarse el legislador en reforzar las capacidades individuales mediante la acotación al poder estatal, se está buscando la expansión y reafirmación de su poder, amparada en la creciente percepción de la «*Sociedad del Riesgo*». De esta manera, las políticas de *Ley y Orden* se ven fortalecidas y consolidadas, por el contexto de grave crisis económica, donde opera la precariedad laboral y social⁸. Así, en esta sociedad, se han acentuado las desigualdades y por tanto dará lugar al fenómeno del incremento de la criminalidad. Que desencadena, en políticas más represivas aun, entrando de esta manera en una espiral fatídica, en la que todos pierden.

Partiendo desde un modelo de Estado liberal, más fácilmente podremos alcanzar el sistema penal deseado, en el que tienen cabida los valores superiores de *libertad, igualdad, pluralismo y justicia* que establece el artículo primero de la Constitución española, complementados a través de los principios generales de *racionalidad, proporcionalidad y promoción de la libertad y de la igualdad* que se proclaman desde el artículo noveno de la Constitución⁹. Consecuencia de ello, el Derecho Penal debe ser consciente de que debe no sólo permitir el libre desarrollo de la personalidad, sino que incluso debe favorecerlo activamente. Algo que a día de hoy no sucede, ya que impera el prohibicionismo, y por tanto la restricción a la capacidad de autodeterminación.

En el presente, existen seis adicciones a actividades legales reconocidas como tales. Se trata de las adicciones al alimento, al sexo¹⁰, al juego, a las compras, al trabajo y a Internet¹¹. ¿Quién nos dice que el legislador en pro de nuestra salud propia o la salud pública como tal, no restringirá o regulará dichos ámbitos hasta el punto de ser una restricción despótica e ilegítima?

⁷ ESPINAR VICENTE, José María. *Ibid.*, p. 69.

⁸ GARLAND, David. *La cultura del control social: Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 223.

⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis y FERRÉ OLIVÉ Juan Carlos y otros, *Curso de Derecho penal, parte general*, editorial Ediciones Experiencia segunda edición, Barcelona, 2010, p. 45.

¹⁰ Recientemente el primer ministro británico David Cameron ha anunciado que se restringirá y bloqueará automáticamente el contenido «*adulto*» de Internet. Contrariamente a la medida, se han pronunciado los grandes buscadores Google y Yahoo, alegando que dicha medida supone un grave atentado contra la libertad en la red. En <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/07/22/comunicacion/1374490932.html>. (Acceso en: 04/04/2015)

¹¹ VERA GARCÍA, Rocío y COBACHO INGLÉS, María Lourdes. «Adicciones», en: GARCÍA MARTÍNEZ, Alfonso y SÁNCHEZ LÁZARO, Antonia. *Drogas: sociedad y educación*, editorial Universidad de Murcia, Murcia, 2005, p. 115.

La esfera íntima del individuo, está determinada por el ámbito privado, y en él, no debe entrometerse el Estado, así, para NAGEL¹² «*el ámbito privado incluye el dominio de la elección de los placeres personales, la fantasía sexual, la autoexpresión no política y la búsqueda del sentido cósmico o religioso*». Y es que a la vista de lo expuesto, y siendo coherente por tanto, hay que sostener como bien definen LOCKE y HUME, sobre el significado del concepto libertad, que «*ser libre significa poder hacer lo que se quiere, no poder querer lo que se quiere*¹³». Podemos concluir por tanto, al igual que lo hace ROBBERS¹⁴, al considerar que, «*la libertad del individuo se da allí donde puede asumir la responsabilidad de sus actos*».

La postura paternalista, por tanto, se caracteriza por ser una restricción a la libertad individual, lo que en terminología anglosajona ha dado en llamarse la formación del propio plan de vida. Una postura antipaternalista, supone para el individuo, por el contrario, la posibilidad de omitir aquello que pudiera no convenirle (como por ejemplo no ponerse una vacuna o no seguir determinadas prescripciones médicas), pero también, tendría cabida en esta posición la realización de conductas orientadas hacerse daño a uno mismo, el suicidio, drogarse¹⁵.

El paternalismo extremo, representado históricamente por la *República de Platón*, es uno de los mayores signos de restricción de la libertad de la historia, al estar el individuo en todas sus esferas sometido a una reglamentación, donde los sabios y competentes son los encargados de determinar, desde tu pareja, hasta tus estudios. Y es que, como apunta GARCÍA SAN MIGUEL¹⁶, «*los ciudadanos de la ciudad platónica son como niños a los que un padre bienhechor ha de llevar de la mano a todo lo largo de su vida y su incompetencia es total y prácticamente incorregible*».

En el lado totalmente opuesto, se encuentra NOZIK, con su obra *Anarquía, Estado y Utopía*. Para este autor, el ideal social consistiría en un sistema en que los individuos a través de sus derechos naturales, se desarrollen mediante la realización de acuerdos entre ellos. Sólo considera que deben incorporarse pequeñas restricciones orientadas a evitar la coacción y el engaño (pues serían síntoma de un consentimiento viciado). Desde esta perspectiva, cualquier daño que el individuo quisiera causarse, es por tanto legítimo al tener capacidad plena para determinarse¹⁷.

Como brevemente hemos señalado, este derecho de autodeterminación no es absoluto, ya que encuentra en el daño ilegítimo a los demás un límite importante a respetar. Pero este límite, no puede ser invocado simplemente porque otras personas lleven un plan de vida distinto al

¹² NAGEL, Thomas. «Los derechos personales y el espacio público», en: HONGJU KOH, Harold y SLYE, Ronald, compiladores. *Democracia deliberativa y derechos humanos*, editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 52.

¹³ RUBIA, Francisco. *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*, editorial Crítica, Barcelona, 2009, p. 31.

¹⁴ ROBBERS, Gerhard. «El Estado de Derecho y sus bases éticas», en: THESING, Josef. *Estado de Derecho y Democracia*, segunda edición, editorial Konrad-Adenauer-Stiftung-Cierdla, Buenos Aires, 1999, p. 40.

¹⁵ GARCÍA SAN MIGUEL, Luis. «Sobre el paternalismo», en: GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coordinador). *El libre desarrollo de la personalidad; artículo 10 de la Constitución*, editorial Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995, p. 11.

¹⁶ GARCÍA SAN MIGUEL, Luis. *Ibid*, p. 17.

¹⁷ NOZIK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*, traducida por Rolando Tamayo, editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 317.

nuestro. Así, como señala GARCÍA SAN MIGUEL, a modo de ejemplo, «*el heterosexual no puede invocar el daño a terceros, simplemente para prohibir la homosexualidad*¹⁸».

Para KANT, el valor de la dignidad es incluso, un valor superior al de la propia libertad individual, por ello, considera que nadie ha de poder actuar para entrar en situación de indignidad. De esta manera, se excluirían los casos en el que un individuo decidiera someterse a esclavitud voluntariamente. Complementariamente a ello, y en opinión de ROBLES MORCHÓN¹⁹, partiendo desde una vertiente externa, «*el deber de respetar la dignidad ajena y el libre desarrollo de la personalidad de los demás implica reconocer que los demás son fines en sí mismos, no susceptibles de ser instrumentalizados, bajo ningún concepto, al servicio de cualesquiera fines que ellos mismos no se han propuesto*».

Bajo la normativa actual prohibicionista, el Estado acapara la capacidad de organización de nuestras vidas, y por tanto, limita nuestra potestad para decidir entre lo racional y los deseos. Dicha decisiones, deben ser tomadas desde lo más profundo del individuo, pues el respeto a ellas, supone por el Estado el respeto al hombre en sí mismo y a su propia moral. Siguiendo a KANT, en su *Crítica de la razón práctica*, resulta interesante descubrir los motivos a los que responde el hombre, pues «*si el hombre fuera sólo sensibilidad, sus acciones estarían determinadas por los impulsos sensibles. Si fuera únicamente racionalidad serían determinadas por la razón. Pero el hombre es al mismo tiempo sensibilidad y razón; en esta posibilidad de elección consiste la libertad que hace de él un ser moral*²⁰».

Ya que hay tantos códigos morales y éticos como personas, el Estado no sólo no debe ser un mero espectador que los respete, sino que debe promover las condiciones óptimas para la convivencia de distintos órdenes morales y convicciones. Pero en el afán de querer poner en convivencia los diferentes órdenes morales, mediante el pluralismo reconocido en la Constitución, no debemos caer en el equívoco del concepto de tolerancia como signo o acto de generosidad, ya que como señala BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «*esta (tolerancia) implica de alguna forma asumir la validez de un único orden ético que permite la existencia de otros, esta «superioridad» ética es incompatible con una sociedad democrática*²¹». Asimismo, acertadamente nos indica SAMPER PIZANO, que «*las leyes no están hechas para castigar la inmoralidad, sino para preservar la justicia; por eso deben ser justas más que éticas*²²».

En el marco de un Estado democrático y pluralista, se debe partir de una situación igualitaria de las distintas creencias, culturas y religiones. Siendo esto así, ¿cómo no se puede respetar al que decide ser consumidor de drogas libremente dificultando su acceso y obligando acudir al

¹⁸ GARCÍA SAN MIGUEL, Luis. «Sobre el paternalismo», en: GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coordinador). *El libre desarrollo de la personalidad; artículo 10 de la Constitución*, editorial Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995, p. 15.

¹⁹ ROBLES MORCHÓN, Gregorio. «El libre desarrollo de la personalidad», en: GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coordinador). *El libre desarrollo de la personalidad; artículo 10 de la Constitución*, editorial Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995, p. 55.

²⁰ RUBIA, Francisco. *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*, editorial Crítica, Barcelona, 2009, p. 33.

²¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, editorial Iustel, Madrid, 2012, p. 234.

²² SAMPER PIZANO, Ernesto. *Drogas; prohibición o legalización*, editorial Debate, Bogotá, 2013, p. 118.

mercado ilegal? ¿Puede el Estado dismantelar el sistema sanitario público²³ y la vez restringir las libertades individuales en afán de proteger la salud pública?

No cabe duda, que es el momento de aceptar la afrenta y reivindicar los derechos individuales, ya que como sostiene FERRAJOLI²⁴, *«solo a través de la lucha por los derechos, lo que quiere decir su constante ejercicio y su tenaz defensa contra todo obstáculo, amenaza o violación posible, puede ser garantizado el efectivo dominio y la consiguiente valoración de la persona. Un derecho no ejercido o no defendido está, por el contrario, destinado a deteriorarse y al final a sucumbir. Desde la libertad personal a los derechos sociales, la efectividad de los derechos de las personas no está nunca garantizada como graciosa concesión sino, que es, una y otra vez, el efecto de cotidianas y a veces costosas conquistas»*.

No hace falta tener una gran agudeza visual, para de un simple vistazo, poder apreciar como en las últimas décadas ha habido un proceso regularizador de las actividades de la vida de los ciudadanos. Esto normativización responde a distintas ramas del ordenamiento; administrativa, penal o civil. Este proceso, ha conseguido ir usurpando sibilamente nuestras libertades en favor de un supuesto interés colectivo. Para NAGEL²⁵, *«la mayoría de las amenazas civilizadas a la autonomía individual están motivadas por el deseo de impedir la ofensa, el insulto o la inquietud social, o asegurar un ambiente social armónico, mayor será la presión sobre la individualidad y contra las variaciones en la expresión individual divisiva: sexual, racial, religiosa o narcótica»*. De esta manera, parece que se quiere imponer al ciudadano una forma de vida determinada con unos valores preestablecidos. Así, la decisión del ciudadano debe ser siempre madura y acorde a los del resto, es decir, no desentonar. Se quiere evitar la diversidad y los gustos diferentes. Y por ello, se criminalizan los hábitos fundamentalmente de los jóvenes, por ser poco *«apropiados»* o poco *«normales»*, en este caso el consumo de drogas blandas sin capacidad lesiva suficiente. Para legitimar la prohibición, hay un amplio, incierto y difuso motivo. La salud pública.

Para HASSEMER²⁶, partidario de la defensa de las garantías tradicionales a través de la defensa de los bienes jurídicos individuales (aunque sin negar los bienes colectivos en determinados casos), es necesario sostener *«que ante la creciente complejidad del sistema social, el Derecho penal no debe renunciar a sus principios de garantía tradicionales, sino que, por el contrario, debe proteger firmemente en esta época los intereses de la persona frente a los de la sociedad y el Estado. Este planteamiento se fundamenta en una concepción liberal del Estado, entendido no como un fin en sí mismo, sino como instrumento al servicio de las necesidades del individuo, de modo que la meta última a conseguir es el aseguramiento de las condiciones de autorrealización personal»*.

²³ Siendo consciente de la distinción entre salud pública y sistema sanitario público. Pero es conveniente, reflexionar en el caso de España sobre la hipocresía reflejada, ya que dicho sistema sanitario, a la vez de ser convertido parcialmente en privado e incluir cláusulas de copago, excluye del ámbito de protección a los inmigrantes ilegales, cuando algunos de ellos son portadores de enfermedades infecciosas, incrementando a modo de progresión geométrica el riesgo para los demás ciudadanos y por tanto suponiendo un peligro para la salud pública como tal.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del galantismo penale*, editorial Laterza, Bari, 1989, p. 989.

²⁵ NAGEL, Thomas. «Los derechos personales y el espacio público», en: HONGJU KOH, Harold y SLYE, Ronald, compiladores. *Democracia deliberativa y derechos humanos*, editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 54.

²⁶ SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, editorial Comares, Granada, 2003, p. 74.

Una Política Criminal legítima, es aquella que mejor sabe aproximarse a los postulados que desde la Constitución se proyectan. Esto implica, la protección de los derechos fundamentales por el salvoconducto de un Derecho Penal Mínimo, donde la pena debe ser aplicada en el menor de los casos posibles y en la menor cantidad, dentro de las que son igualmente eficaces. El Estado, dispone de recursos tanto o más valiosos que el Derecho Penal, para lograr una sociedad equilibrada desde el punto de vista del pacto social. Congregar todos los esfuerzos en el Derecho Penal es una representación del Derecho Penal de *prima ratio*. Y como ya advertía MONTESQUIEU, el grado de civilización de un país, se mide y progresa de acuerdo con la benignidad de sus penas.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, señala el epicentro cuando apunta que, «*un Estado que no respeta los derechos fundamentales, cuya actuación política busca la legitimación con la prevención, realiza una Política Criminal autoritaria. Las justificaciones para este tipo de actuaciones han tenido diferentes nombres: orden público, seguridad ciudadana, terrorismo, tráfico de drogas, criminalidad organizada*»²⁷. No basta con que el Estado realice una Política criminal, acorde a dichos preceptos, sino, que junto a ello, debe tener capacidad de adaptar el viejo Derecho Penal del siglo pasado, a la nueva sociedad del siglo veintiuno. Enlazando con el pensamiento de HÄBERLE²⁸, quien considera que, «*el pueblo no es tanto una magnitud preestablecida por la naturaleza sino, más bien, una magnitud que se constituye culturalmente en una Constitución estatal, y una magnitud pluralista en constante renovación de sus vínculos culturales*». La no renovación de los delitos, supone una traba a la inevitable renovación cultural, generando una distorsión y desviación con graves consecuencias entre lo existente y lo preestablecido.

Por otro lado algunos autores alemanes como HASSEMER, HERZOG, PRITTWITZ, KARGL o en España SILVA SÁNCHEZ o MENDOZA BUERGO, sostienen que aunque el Derecho Penal tiene que ser eficaz, también lo que es, y debe ser, es legítimo y sujeto a límites; para así, poder estar justificado el uso del *Ius puniendi*, y por tanto, estar amparadas las limitaciones provocadas en la esfera de libertad personal del individuo.²⁹

El Derecho en general, y por tanto, también el Derecho Penal, responden a una época y un contexto. El nuevo Derecho que se reclama, debe aprovechar la experiencia normativa histórica, para no caer en las mismas deficiencias, y en este caso, el fracaso prohibicionista en las drogas ha sido destacado durante un siglo. Y es que, como argumenta MALAMUD GOTI³⁰, «*las amenazas de castigo no funcionarán si predeciblemente no han de ser impuestas por una comunidad que percibe que la acción es aceptable*».

De esta manera, lo que el individuo cree necesario para su autorrealización, lo busca hasta encontrarlo, en el mercado ilegal o legal, en las tiendas o en Internet, pero como afirman los manuales más básicos de economía, el individuo responde a incentivos, de toda índole, y no cabe duda, que las drogas han constituido un estímulo a lo largo de la historia. Fruto de ese incentivo,

²⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*, editorial Colex, Madrid, 2001, pp. 34-35.

²⁸ HÄBERLE, Peter. «La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal», en: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Dignidad de la persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*, editorial Dykinson S.L., Madrid, 2008, p. 217.

²⁹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Obra colectiva. Directores MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Política criminal y reforma penal*, editorial Edisofer, Madrid, 2007, p. 84.

³⁰ MALAMUD GOTI, Jaime. «El poder en el terrorismo de Estado», en: HONGJU KOH, Harold y SLYE, Ronald, compiladores. *Democracia deliberativa y derechos humanos*, editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p. 234.

perpetuo, han podido sobrevivir en distintos contextos culturales e históricos. Es normal, por tanto, que FERRAJOLI³¹ afirme que «*el orden represivo [...] constituye una organización de la violencia inútil frente al consumo de estupefacientes y otras sustancias tóxicas. Inútil, porque resulta inidóneo para impedirlo o, al menos, reducirlo de manera significativa: las toxicomanías, al igual que otros comportamientos perseguidos en el pasado como el aborto, el adulterio o el concubinato, encuentran sus raíces en profundas motivaciones de carácter psicológico o social, frente a las cuales la eficacia de la pena es mínima, por no decir nula*».

Partiendo, del concepto de libre desarrollo que facilita ESPINAR VICENTE³², entendido éste, como «*la facultad natural de que gozan los hombres para realizar sin obstáculo, las acciones u omisiones que le permitan expresar, y aumentar progresivamente, aquellas cualidades de capacidad, de disposición, virtudes y prudencia que deben distinguir a la persona*», y a la vista de los argumentos de Política criminal expuestos durante el artículo, considero que se debe promover la experimentación con sistemas parciales de legalización.

Esta propuesta, aunque arriesgada para algunos, es más acorde al Estado social y democrático de Derecho y sus valores. La legalización, permitiría cuanto menos una normalización de lo que denominamos drogas, y por ende del drogodependiente, atenuándose así la injusta estigmatización que pesa sobre ellos, y sobre todo lo que les rodea. La criminalización de cierto sector de la población, está completamente injustificada, siendo fundamentada en hábitos de consumo distintos a los que socialmente consideramos aceptados, en virtud de la tradición cultural e histórica. La equiparación del alcohol y tabaco con el cannabis parece cuanto menos proporcional.

Pero debemos ser rigurosos y discernir entre unas drogas y otras. Ya que, por su naturaleza propia, puede que llegemos a resultados diferentes, y por lo tanto, justifiquemos la intervención estatal en algunos casos. En los derivados del opio y la cocaína; la punición de su tráfico viene justificada, por la dependencia que causa la droga y por la imposibilidad del individuo de revocar su prestación de consentimiento al consumo. En tanto en cuanto, ya no es libre para autodeterminarse, como consecuencia de la adicción y los efectos de ésta. Como bien dice GIMBERNAT ORDEIG «*el toxicómano que se arruina a sí mismo no lo hace ya en virtud de una decisión libre, sino coaccionada*»³³.

Encuadrando perfectamente con lo que para ROXIN³⁴, es el paternalismo estatal, ya que este «*sólo puede justificarse en situaciones de déficit de autonomía del implicado (minoría de edad, anomalías psíquicas o personas que no alcanzan a comprender los riesgos para sí mismas)*». No cabe duda que el sujeto adicto a sustancias que causan grave daño, destruye su autonomía hasta el punto de llegar a desaparecer, siendo presa de sus instintos más básicos y sometido plenamente a sus deseos por el consumo de la droga. A la vez que la protección de facto sobre la salud,

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 179.

³² ESPINAR VICENTE, José María. *Consideraciones en torno al «libre desarrollo de la personalidad» desde un planteamiento social*, cit., p. 64.

³³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho penal*, editorial Tecnos, tercera edición, Madrid, 1990, p. 110.

³⁴ ROXIN, Claus. «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?». En: *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, editorial Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 128.

hay que incidir en los programas de prevención, ampliando el espectro hacia campos de diversa índole como los educativos, culturales, económicos, políticos, etc.³⁵.

Y como bien hemos dicho, tampoco podemos ser ajenos a considerar que, desde una perspectiva constitucional de salud pública, debemos ceder cierto espacio al Estado para que pueda desarrollar las normas programáticas contenidas en la Constitución, a razón del artículo 43 CE. A raíz de él, debe buscarse la protección de la salud de sus ciudadanos, siempre y cuando sea deseada mínimamente. Dice así:

Artículo 43 CE. 1. *Se reconoce el derecho a la protección de la salud.* 2. *Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*

Para ARENAS RODRIGANÉZ³⁶, la concepción de la salud que facilita el texto constitucional «*va más allá de su definición, en base a una mera ausencia de enfermedad, y superando la concepción biofisiológica se proyecta hacia una idea de salud-bienestar, en cuando que dicha salud sea un elemento que facilite adecuadamente la integración del ciudadano en su medio social*». Definición que comparto plenamente, al intuir que la satisfacción psíquica puede enmarcarse en el libre desarrollo de la personalidad.

El citado artículo, forma parte de los principios rectores y la política social y económica, aunque la salud constituye un valor inherente al ser humano, el derecho a ella reconocida en el 43.1 CE, no es objeto de protección del artículo 53.3 CE que ampara a los derechos fundamentales en sentido estricto. En consecuencia, le afectarán las garantías mínimas o de tercer grado, que otorga el artículo 53.3 CE, en la medida en que sólo podrán ser invocados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con la disposición de las que Leyes que los desarrollen. En este caso, fundamentalmente la Ley General de Sanidad y los reglamentos oportunos.

Como decíamos, el artículo 43.1 CE forma parte de los principios rectores. Ser considerado un principio tiene ciertas consecuencias sobre su operatividad. De esta manera, ALEXY³⁷, define los principios como «*normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las condiciones jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en distinto grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestas*».

LEÓN ALONSO³⁸, nos enseña las dificultades para determinar el perímetro entre la salud pública y la libertad individual, de esta manera expone, que en esa relación «*confluyen fuerzas centrípetas y centrífugas que exigen una mayor intervención del Estado como garante del mismo,*

³⁵ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, editorial Estudios de Derecho penal y Criminología, Granada. 2009, pp. 197-198.

³⁶ SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico; evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, editorial La Ley, Las Rozas- Madrid, 2000, p. 58.

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 86.

³⁸ LEÓN ALONSO, Marta. *La protección constitucional de la salud*, editorial La Ley, Las Rozas-Madrid, 2010, p. 28.

a la vez que se reclaman márgenes más amplios de autonomía individual para poder decidir sobre su propio destino. Con esto se quiere poner de relieve el carácter multifuncional de este derecho».

Al ser un derecho tan complejo, estructuralmente se bifurca, por un lado, como una libertad negativa *erga omnes*, en la que al titular se le reconoce la potestad de exigir a los demás (Estado y otros ciudadanos) que se abstengan de afectar su buen estado de salud representado en la integridad física y psíquica. Y en su vertiente positiva (*agere licere*), se le atribuye al sujeto la capacidad de disponer de la salud, para la elección de tratamientos médicos o la renuncia a ellos. Aunque, excepcionalmente, puede verse restringido como consecuencia de un motivo de salud pública determinado (véase una epidemia o como consecuencia del estatus de garante del Estado en los centros penitenciarios). Pero no debemos perder de vista que, las políticas sociales descritas en los artículos 39 a 52, y los actos que ellas conllevan deben llevarse a cabo de tal modo que promuevan la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad³⁹.

La salud, ha sido objeto de preocupación en la comunidad internacional, desde hace décadas. Constancia de ello, es su plasmación en las primeras Declaraciones Programáticas. Una buena muestra, es el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. En dicha declaración, se recoge la salud de la siguiente manera: *«toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuada que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido y la vivienda, la asistencia médica y los servicios sanitarios...»*⁴⁰.

Si acudimos al Derecho Constitucional comparado vemos como el caso de Italia es significativamente más respetuoso en sus términos, al ya contemplar en la redacción la alusión a la salud individual. La salud se recoge en la Constitución italiana en su artículo 32.

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell' individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto Della persona umana

Para MORTATI⁴¹, es claro siguiendo la Constitución italiana que, *«es ilícita la imposición coactiva de un tratamiento sanitario cuando no exista un riesgo para la salud de los demás. Ni el interés de la colectividad, ni el deber de todo ciudadano de realizar una actividad o una función que contribuya al desarrollo de la sociedad, previsto en el artículo 4 de la Constitución italiana, autoriza al Estado a imponer un tratamiento sanitario cuando el ciudadano afectado no quiera someterse a él voluntariamente».*

Pero de cara a una legitimación constitucional de ciertas drogas, la Constitución italiana sería más favorable, al estrechar el círculo un poco más, puesto que recoge la salud como fundamento del individuo y en interés de la colectividad. De esta manera, se le otorga a la salud una doble naturaleza.

³⁹ GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coordinador). *El libre desarrollo de la personalidad; artículo 10 de la Constitución*, editorial Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995, p. 75.

⁴⁰ Citado por SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico; evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, editorial La Ley, Las Rozas- Madrid, 2000, pp. 56-57.

⁴¹ MORTATI. «La tutela della salute nella Costituzione italiana», en: *Scritti*, Volumen III, editorial Giuffrè, Milano, 1972, p. 4.

Finalmente, establece como restricción que la ley no violará los límites de respeto a la persona humana. Lo que está íntimamente relacionado con el concepto de dignidad⁴². Así, éste servirá como límite y como fundamento al poder normativo del Estado. Al igual que sucede en España, cuando deba ser forzosamente el sujeto sometido a un tratamiento médico o alimentación forzosa, se realizará según los medios menos lesivos y más acordes con la dignidad.

Y es que, los medios para llevar a cabo la alimentación forzosa, pueden ser extremadamente agresivos, como grotescamente describe SOLSCHENIZYN⁴³ al relatar «*este acto (alimentación forzosa) parece una violación, y en el fondo no es otra cosa: cuatro tipos corpulentos se lanzan sobre un ser escuálido y débil, ansiosos de quebrantar una voluntad, de doblegar a la víctima aunque sólo sea una vez, y lo que ocurra después nos tiene sin cuidado. Todo ocurre como en una violación: también aquí se trata de obligar a alguien: nosotros conseguimos lo que nos proponemos y a ti te toca obedecer [...] uno se siente moralmente profanado*».

Siendo exageradamente descarada la narrativa del autor, sí es cierto que atina en el blanco, respecto a lo que supone la medida. Una auténtica agresión sobre la esfera más íntima del sujeto, que degenera en un menosprecio a la dignidad. Constituyéndose fácilmente, en un exceso estatal si la medida no se realiza desde la más estricta profesionalidad, y con la menor violencia necesaria.

Hemos hecho a lo largo del trabajo un enaltecimiento de la libertad del individuo, pero ésta libertad tiene sus límites. Así, el derecho colombiano en su Sentencia C-689 de 27 de agosto de 2002 de la Corte Constitucional, se ha posicionado frente a la no vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad, dice lo siguiente:

«...el actor afirma que si en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, una persona opta por consumir droga, no es lógico que el Estado reprima penalmente el narcotráfico, pues lo obliga a acudir a un mercado clandestino en el que se pone en peligro su salud, con lo que en realidad se desprotege su derecho a consumir estupefaciente. / Al respecto la Corte señala que el derecho al libre desarrollo de la personalidad como cualquier derecho fundamental, no es un derecho absoluto. Así las cosas, éste no puede ser invocado para desconocer tanto los derechos de otros, los derechos colectivos y mucho menos para limitar la capacidad punitiva del Estado, frente a comportamientos que pongan en peligro el orden social o económico, o el ejercicio de los demás derechos que se reconocen a todos los ciudadanos»⁴⁴.

En esta misma dirección, la argumentación desarrollada por STUART MILL⁴⁵ en su obra *On liberty*, «*La única finalidad por la cual el poder puede, con su pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. [...] en la parte que le concierne meramente*

⁴² LEÓN ALONSO, Marta. *La protección constitucional de la salud*, editorial La Ley, Las Rozas-Madrid, 2010, p. 48.

⁴³ SOLSCHENIZYN, Alexander. *Archipiélago Gulag*, editorial Plaza y Janés, 1974, p. 405.

⁴⁴ SHELLER D'ANGELO, André. *La autoría y la participación en los delitos de tráfico de drogas*, editorial Biblioteca Jurídica Dike, Colombia, 2011, p. 79.

⁴⁵ STUART MILL, John. *On liberty*, traducida por P. Azcárate, *Sobre la libertad*, editorial Alianza, Madrid, 1970, pp. 65-66.

a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano».

Y es que el sabio BOBBIO, ya decía hace tiempo, con objeto de ilustrarnos, que es *«mejor una libertad siempre en peligro pero expansiva que una libertad protegida pero incapaz de desarrollarse. Sólo una libertad en peligro es capaz de renovarse. Una libertad incapaz de renovarse se transforma tarde o temprano en una nueva esclavitud.»*⁴⁶

Por último, sólo añadir, que con mi humilde aportación científica he querido evidenciar el auténtico fracaso de la lucha contra las drogas en la comunidad internacional. A razón de las consecuencias nefastas del prohibicionismo, hay que sostener que es un modelo agotado y anacrónico y que debe dejarse paso a iniciativas legalizadoras como las de Uruguay, Colorado y Washington, más acordes al siglo XXI y al Estado Social y Democrático de Derecho.

En esta dirección se pronuncian la Organización de los Estados Americanos, la *Commission on Drug Policy*, el Colectivo por una Política Integral de las Drogas o el Colectivo Mundial por la Normalización del Cannabis y numerosas personalidades como: Fernando Enrique Cardoso, Javier Solana, Kofi Annan, Ricardo Lagos, Paul Volcker o Ernesto Zedillo entre otros.

Dicha posición, es una reivindicación en favor de los derechos individuales y de la concepción de Derecho Penal Mínimo. Soy consciente que en los próximos años, difícilmente se instaurará esta política en Europa, dados los intereses en juego, pero espero que dicha obra pueda servir como contribución al cambio cultural y social, que ya se está cocinando a fuego lento, sobre todo; desde el continente americano. Y es que, a la luz de lo expuesto, *«algunas personas dirán que la legalización es hoy una utopía, entendida esta como un imposible, en realidad la utopía es pensar que la libertad de las personas se defiende quitándoles su libertad»*⁴⁷.

III. CONCLUSIONES

- 1) La Política criminal de *«tolerancia cero»*, no ha sabido erradicar el consumo ni la producción, y además no es coherente. Si no ha sido capaz de alejar de las prisiones las drogas, mucho menos podrá alejarla de la sociedad en su conjunto. Es por tanto una política irreal, ya que el precio de las drogas se ha mantenido estable a lo largo de décadas, lo cual es síntoma de que no ha habido tal eficacia policial de la que se presume desde el prohibicionismo.
- 2) Se ha criminalizado al eslabón más débil de la cadena. Las prisiones del mundo están llenas de pobres que son fácilmente sustituibles en la industria del crimen. Las tasas de hacinamiento en algunos países suponen una evidente vulneración de los Derechos Humanos y en muchos casos debido al estado de las prisiones a una condena a muerte encubierta
- 3) El ordenamiento jurídico penal no es coherente al permitir que otras drogas que causan mayor daño a la salud como el alcohol y el tabaco pueden gozar de la legalidad mientras

⁴⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y otros. *Curso de Derecho penal, parte general*, editorial Ediciones Experiencia segunda edición, Barcelona, 2010, p. 6.

⁴⁷ ISASI, Mikel. «Seamos realistas, legalicemos las drogas», en: MÁRQUEZ, Iñaki y ARANA, Xabier (coordinadores). *Los agentes sociales ante las drogas*, editorial Dykinson, Madrid, 1998, p. 276.

que la marihuana sigue en el submundo del crimen y por tanto generando futuros presos. Es hora de experimentar con modelos de regulación legal de las drogas al permitir al individuo seleccionar su propio plan de vida. Para ello es importante valorar la experiencia de Washington, Colorado y Uruguay.

- 4) Una Política Criminal será legítima cuando cumpla estrictamente con las exigencias y requisitos que desde la Constitución y el Estado Social y Democrático de Derecho se propugnan. El Estado debe acomodarse al principio de proporcionalidad y el Derecho Penal Mínimo. Debe necesariamente incidir en la búsqueda de medios menos lesivos que la pena. Más aún si cabe, cuando se ha demostrado que estas medidas punitivas no ha cumplido su función a lo largo de tanto tiempo al amparo de una Política Criminal agresiva.
- 5) La consideración de un Estado liberal, lejos de paternalismo, representado por el libre desarrollo de la personalidad y por el ejercicio de un consentimiento libre, válido y eficaz del capaz, es una herramienta más que suficiente para justificar un sistema de legalización de drogas que no causan grave daño a la salud como en los recientes casos de Washington, Colorado y Uruguay

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, editorial Iustel, Madrid, 2012.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ Juan Carlos y otros. *Curso de Derecho penal, parte general*, editorial Ediciones Experiencia segunda edición, Barcelona, 2010.
- CHANG KMONT, Romy. *Relevancia del consentimiento en el delito de lesiones del Código penal Español: determinación del bien jurídico protegido*, Universidad de Salamanca, Trabajo de Fin de Master, 2011.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Dignidad de la persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*, editorial Dykinson S.L, Madrid, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, editorial Trotta, Madrid, 2008.
- . *Diritto e ragione. Teoria del galantismo penale*, editorial Laterza, Bari, 1989.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Alfonso y SÁNCHEZ LÁZARO, Antonia. *Drogas: sociedad y educación*, editorial Universidad de Murcia, Murcia, 2005.
- GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coordinador). *El libre desarrollo de la personalidad; artículo 10 de la Constitución*, editorial Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995.
- GARLAND, David. *La cultura del control social: Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho penal*, editorial Tecnos, tercera edición, Madrid, 1990.
- HONGJU KOH, Harold y SLYE, Ronald, compiladores. *Democracia deliberativa y derechos humanos*, editorial Gedisa, Barcelona, 2004.

- MÁRQUEZ, Iñaki y ARANA, Xabier (coordinadores). *Los agentes sociales ante las drogas*, editorial Dykinson, Madrid, 1998.
- NOZIK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*, traducida por Rolando Tamayo, editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1974.
- LEÓN ALONSO, Marta. *La protección constitucional de la salud*, editorial La Ley, Las Rozas-Madrid, 2010.
- OBRA COLECTIVA. Directores, MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Política criminal y reforma penal*, editorial Edisofer, Madrid, 2007.
- ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, editorial Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
- RUBIA, Francisco. *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*, editorial Crítica, Barcelona, 2009.
- SAMPER PIZANO, Ernesto. *Drogas; prohibición o legalización*, editorial Debate, Bogotá, 2013.
- SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico; evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, editorial La Ley, Las Rozas- Madrid, 2000.
- SHELLER D'ANGELO, André. *La autoría y la participación en los delitos de tráfico de drogas*, editorial Biblioteca Jurídica Dike, Colombia, 2011.
- SOLSCHENIZYN, Alexander. *Archipiélago Gulag*, editorial Plaza y Janés, Barcelona, 1974.
- SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, editorial Comares, Granada, 2003.
- STUART MILL, John. *On liberty*, traducida por P. Azcárate, *Sobre la libertad*, editorial Alianza, Madrid, 1970.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, editorial Estudios de Derecho penal y Criminología, Granada. 2009.
- . *Política Criminal*, editorial Colex, Madrid, 2001.

La seguridad vial desde la teoría del bien jurídico: análisis crítico

RODRIGO CARDOZO POZO (Chile)
Doctor Junior, Universidad de Atacama, Chile¹

RESUMEN: Partiendo de la idea que la dogmática cumple un rol de garantía en la aplicación concreta de las normas penales, el autor propone la delimitación de la Seguridad Vial desde la teoría del Bien jurídico y sus funciones. Sobre dicha premisa y desde la función político criminal de esta teoría, se analiza críticamente la tesis que sostiene la naturaleza de Bien Jurídico Colectivo sin referente individual de la seguridad Vial, en cuanto ésta nada resuelve sobre la dudosa legitimación de la intromisión penal en esta área, y por el contrario, daría pie.

Palabras clave: Derecho Penal, Bien Jurídico, Función Crítica, Política Criminal, Seguridad Vial.

ABSTRACT: Starting from the idea that dogmatic assurance plays a role in the concrete application of criminal laws, the author proposes the delimitation of Road Safety from the theory of legal good and functions. On this premise and from the criminal political function of this theory, the thesis critically analyzes the nature of holding Legal Collective good no single benchmark for Road Safety, as it solves nothing about the questionable legitimacy of criminal intrusion in this area and on the contrary would lead to inconsistent results with Criminals Policy democratic rule of law, such as, firstly, the use of criminal law as a simple strengthening administrative rule or, on the other, separating the Safety itself as a Legal Good.

Key words: Criminal Law, Legal good, Function Review, Criminal Policy, Road Safety.

SUMARIO: I. Contexto político criminal de la discusión. II. La teoría del bien jurídico como punto de partida. III. Sobre el concepto de bien jurídico seguridad vial. 1. Relación de la seguridad colectiva y la seguridad vial. 2. Naturaleza del bien jurídico seguridad vial y su clasificación. 3. La

¹ Profesor Instructor de Derecho Penal de la Universidad de Atacama. Este trabajo es parte de los resultados del Proyecto de Investigación DIUDA 221200 financiado por la Universidad de Atacama.

seguridad vial como bien jurídico colectivo sin referente individual. IV. Análisis crítico sobre esta tesis. V. Toma de postura.

I. CONTEXTO POLÍTICO CRIMINAL DE LA DISCUSIÓN

En materia penal la cuestión del bien jurídico ha sido desde siempre considerada tan cardinal como discutida². Los tiempos que corren parecen corroborar tal afirmación y ya desde hace un tiempo puede advertirse una intensificación en dicha controversia³. «Se palpa en el ambiente» dice coloquialmente FEIJOO, que el carácter suprapositivo de legitimación del bien jurídico está en crisis⁴. Desde luego, en nuestra área la palabra crisis no puede azorar a nadie, por el contrario, su utilización puede verse más bien como señal de buena salud de una dogmática crítica que busca permanentemente el refinamiento de sus postulados⁵ de forma que al decir de QUINTERO: «Para un penalista la insatisfacción ha de ser su estado de ánimo natural»⁶. Por cierto, no se trata de «partir un pelo por la mitad», en feliz expresión de GIMBERNAT, sino que, como el mismo autor indicaba ya en 1971, y mucho antes VON LISZT⁷, la dogmática es imprescindible para la aplicación misma del Derecho, pues hace posible establecer demarcaciones y definir conceptos para una aplicación calculable del Derecho Penal, que permita sustraerle de la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación⁸. Esto beneficia, destaca ROXIN, tanto al individuo como a la colectividad, pues favorece la certeza e igualdad de la aplicación del derecho y con ello sirve a la seguridad jurídica como presupuesto del reconocimiento de las normas y de la paz jurídica en general⁹.

² Por todos: AMELUNG, Knut. «El Concepto “Bien Jurídico” en la Teoría de la Protección Penal de Bienes Jurídicos». En Hefendehl, Roland (Editor), *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons. 2007, pp. 227-264. HASSEMER, Winfried. «Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos». *Revista Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. N.º 1. Septiembre-diciembre. 1991, pp. 23-36. FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. Montevideo: B de F. 2004, pp. 88-118.

³ HEFENDEHL, Roland. «De largo aliento: el concepto de bien jurídico o, qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico». En él mismo (Editor), *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons. 2007, pp. 459-475.

⁴ FEIJOO, Bernardo. «Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico». *InDret*. 2/2008. 2008. En <http://www.indret.com/pdf/526.pdf> [Visto 06/02/2015].

⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. «Introducción al Razonamiento Sistemático en Derecho Penal». En él mismo (Coordinador), *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*. 2ª Ed. Trad: Jesús Silva. Montevideo: B de F. 2012, pp. 1-77. SERRANO-PIEDRECA, José. «El Conocimiento Científico del Derecho Penal». Nieto Adán (Coordinador), *Homenaje al Dr. Marino Barbero*. T. I. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha y EUS. 2001, pp. 659-684.

⁶ QUINTERO, Gonzalo. «La deriva y crisis de las ideas penales en España». En Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (Coordinadores), *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004, p. 929.

⁷ ROXIN, Claus. *Política Criminal y Estructura del Delito (Elementos del Delito en base a la Política Criminal)*. 1ª Ed. Trad: Bustos Juan, Hormazábal Hernán. Barcelona: PPU. 1992, p. 37.

⁸ GIMBERNAT, Enrique. «¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?» En él mismo. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Tecnos. 1990, pp. 158-161. En su tiempo, el propio Welzel hizo suyas también estas palabras. WELZEL, Hans. «La Dogmática en el Derecho Penal». En *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Colección de Maestros del Derecho Penal*. Fernández, Gonzalo (Director). Montevideo-Buenos Aires: B de F. 1972, p. 53.

⁹ ROXIN, Claus. *Política Criminal y Estructura del Delito*. Ob. cit., pp. 36-37.

Ahora bien, la crisis indicada por FEIJOO tiene una innegable raíz político criminal desde donde se ha puesto en profunda cuestión al bien jurídico y sus funciones. La denominada expansión del Derecho Penal tiene en este ámbito repercusiones de gran calado, vinculadas primordialmente, a la multiplicación de bienes jurídicos colectivos, actualmente de gran aceptación no sólo en la dogmática, sino también legislativa, encontrándose la artificial búsqueda de bienes jurídicos como la primera de las manifestaciones del actual expansionismo penal¹⁰. Es posible encontrar en la bibliografía, bien sabido ya bastante ancha, una tupida variedad terminológica relacionada con el tema que ahora se toca. En síntesis, básicamente se habla refiriéndose fundamentalmente al mismo fenómeno, de expansión del Derecho Penal, modernización del Derecho Penal y/o de Derecho Penal del riesgo. Sin perjuicio de tratarse de cuestiones diversas, lo que interesa destacar es que entre estas concepciones puede encontrarse una serie de características más o menos comunes que validan aquí su tratamiento general. La anticipación de la tutela penal, el Derecho Penal meramente simbólico, el protagonismo exacerbado de la víctima, la creación de bienes jurídico supraindividuales –de vaporoso contenido– con la consiguiente proliferación de delitos de peligro abstracto (como binomio intrínseco)¹¹ o la administrativización del Derecho Penal¹², son rasgos distintivos de los que participa la tutela penal de la cuestión vial.

Ahora bien, desde un punto de vista dogmático penal la expresión «Derecho Penal del riesgo» se encuentra asociado, como se lee de su propia denominación, a las características esenciales de la sociedad que le otorga su nombre. Así, opina NAVARRO que éste se caracteriza por desplegar un Derecho Penal ultra preventivo para hacerse cargo de los nuevos riesgos de la sociedad moderna. Con dicho objeto, se potencia el rol de los bienes jurídicos colectivos y se adelantan las barreras de protección penal a través de la tipificación de delitos de peligro abstracto¹³. De esta manera, florece un exacerbado aumento en la utilización del Derecho Penal, pues se le tiene a éste como herramienta preferida por el Estado para hacer frente a la conflictividad propia de toda sociedad¹⁴, predilección dilatada al calor de la congénita complejidad de las actuales. El Derecho Penal del riesgo presenta así otra de sus peculiares características: es instrumentalizado como mecanismo formal de control de fuentes de peligro de origen sistémico¹⁵. En concordancia con esto, destaca la doctrina, que la idea del Derecho Penal del riesgo que se

¹⁰ TERRADILLOS, Juan. «Globalización, Administrativización, y Expansión del Derecho Penal Económico». En Juan Terradillos y María Acale (Coordinadores), *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid: Trotta. 2004, p. 228.

¹¹ Por todos: BARATTA, Alessandro. «Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal. Lineamientos para una Teoría del Bien Jurídico». *Revista Justicia Penal y Sociedad*. Año III. N.º 5. 1994, pp. 47-48. CORCOY, Mirentxu. «Límites Objetivos y Subjetivos a la Intervención Penal en el Control de los Riesgos». En Mir y Corcoy (Directores), *La Política Criminal en Europa*. Barcelona: Atelier Penal. 2004, p. 38.

¹² Por todos: DONINI, Massimo. «¿Una Nueva Edad Media Penal? Lo Viejo y lo Nuevo en la Expansión del Derecho Penal». En Juan Terradillos y María Acale (Coordinadores), *Temas de Derecho Penal Económico III, Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid: Trotta. 2004, pp. 197-218.

¹³ NAVARRO, Fernando. «El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador». En Fernando Pérez (Editor), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: EUS. 2004, p. 1324.

¹⁴ LÓPEZ, Jacobo. «El papel del derecho penal en la segunda modernidad». En Díaz-Maroto (Editor), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al Prof. Antonio González-Cuellar García*. Madrid: Colex. 2006, pp. 326-327.

¹⁵ NAVARRO, Fernando. «El Derecho Penal del Riesgo...» P. 1327. HERZOG, Félix. «Algunos Riesgos del Derecho Penal del Riesgo» Trad. Enrique Anarte. *Revista Penal*. N.º 4. 1999, pp. 54-57.

ha ido construyendo en las sociedades avanzadas, se encuentra determinado por una Política Criminal inspirada en una concepción del riesgo como permanente¹⁶ y por ello sometida a la inacabable búsqueda de mayores niveles de seguridad en todo ámbito y, por lo demás, nunca satisfecho.

Son diversas las causas con que se ha intentado explicar esta perenne situación de inseguridad de las sociedades actuales¹⁷, casi todos relacionados con la pérdida de referentes, ya sea sociales, morales, religiosos, etc... que actuaban como parapeto ante la incertidumbre¹⁸, y que otorgaban a los sujetos un grado mayor de certeza y confianza que el que se estima tienen hoy¹⁹. De esta manera, en un escenario social como el descrito, el miedo se ha erigido como en un recurso político de primer orden, ya que las demandas de seguridad, antes dirigidas, digeridas y encausadas desde otros ámbitos e instituciones sociales hoy, ante la vacancia de referentes colectivos indubitados, son reclamadas²⁰ sin intermediarios directamente al Estado²¹. Ante esta situación, destaca KINDHÄUSER, la sociedad se «juridifica», pues el derecho se presenta como una herramienta más o menos aceptable de resolución de conflictos, lo que hace cobrar aún más relevancia al Derecho Penal como reacción ante el «comportamiento desviado»²². Todo lo cual, sin embargo, tiene como consecuencia la merma de vigencia real del principio de fragmentariedad²³ enmarcado en una política criminal dispuesta a encontrar nuevas y siempre apremiantes necesidades de criminalización.

II. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO COMO PUNTO DE PARTIDA

No se me escapa que esta deriva político criminal expansionista antes que declinar se ha visto más bien potenciada, sin embargo, parece aún pacífico sostener que en doctrina la tesis que propone que en un Estado Democrático y de Derecho la legitimidad de la intervención penal pende de la protección o no de bienes jurídicos es, aunque no única²⁴, sí todavía

¹⁶ PORTILLA, Guillermo. «El derecho penal de la seguridad. Una secuela inevitable de la desaparición del Estado social». En José Brandariz/Jaime Pastor (Edits), *Guerra Global Permanente*. Madrid: Catarata. 2005. P. 62.

¹⁷ SILVA, Jesús. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª Ed. Madrid: Civitas. 2001, pp. 25-67.

¹⁸ HASSEMER, Winfried. «Líneas de desarrollo del derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad». En Carlos García, Antonio Cuerda, Margarita Martínez, Rafael Alcacer, Margarita Valle (Coordinadores), *Estudios Penales Homenaje a Enrique Gimbernat*. T. I. Madrid: Edisofer. 2008, p. 384.

¹⁹ SILVA, Jesús. *La Expansión del Derecho Penal...* Ob. cit., pp. 28-35.

²⁰ QUINTERO, Gonzalo. «Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo». En *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas. Estudios de Derecho Judicial*. N.º 128. Madrid. 2007, pp. 210-212.

²¹ HASSEMER, Winfried. «Líneas de desarrollo del derecho penal alemán...» Ob. cit., p. 384.

²² Lo que es criticable pues, la intervención penal antes que aminorarse se intensifica, impidiendo la renovación de la autorregulación social. HERZOG, Félix. «Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo». En Luis Arroyo, Ulfrid Neumann, Adán Nieto (Coordinadores), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo*. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha. 2003, p. 258.

²³ KINDHÄUSER, Urs. «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal». Trad. Nuria Pastor. *Indret*. N.º 1. 2009. En <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2935422> [Visto 18/02/2015], p. 3.

²⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y Teoría de la imputación*. 2ª Ed. Trad: Cuello Joaquín y Serrano José. Madrid: Marcial Pons. 1997, pp. 43-54. Del mismo «¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?». En Montealegre, Eduardo (Coordinador). *El Funcionalismo en Derecho Penal: Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*. T. I. Bogotá: Universidad Externado. 2003, pp.

mayoritaria²⁵. En dicho sentido lleva razón ROXIN cuando destaca el carácter atemporal y fundamental de la problemática relativa a la determinación de las características materiales que debe tener una conducta para ser sometida a una pena estatal pues, aunque se trate de un poder legislativo de origen democrático²⁶, o más bien porque es así, la penalización de una conducta tiene que ostentar una legitimación distinta de la que le otorga la mera voluntad del legislador²⁷. De ello deriva el carácter crítico y no meramente descriptivo de la teoría del bien jurídico, en cuanto todo aquello que no pueda definirse como bien jurídico, consecuentemente, no puede quedar al amparo del Derecho Penal. Mana, entonces, el carácter de garantía negativa del bien jurídico frente al poder de definición del Estado, es decir, en el sentido de BUSTOS²⁸, se trata de la faz político criminal del bien jurídico. En dicha medida, el poder punitivo sólo puede inmiscuirse, dice BUSTOS, si hay un bien jurídico protegido y sólo en ese caso, y más aún [...] un determinado hecho concreto, de acuerdo con el principio de lesividad, sólo será constitutivo de delito si ha afectado a un bien jurídico²⁹. No parece aventurado sostener que en este aspecto del asunto puede encontrarse una amplia concordancia. La cuestión torna en problemática a la hora de concretar estos postulados.

Así, son muy conocidas las críticas relativas a la imprecisión del bien jurídico y a su poca capacidad de rendimiento. Ese difuminado contorno es en sí mismo contradictorio con la idea de limitación al poder punitivo. Demasiadas cosas pueden caber en ese concepto, dice no sin razón FRISCH. «En vista de tal relatividad, amplitud y vaguedad del concepto «bien jurídico», no sorprende que el balance final del topos sea auténticamente limitado»³⁰. Recientemente ROXIN se hace cargo de esta arista abogando por el carácter operativo de esta teoría como instrumento de crítica legislativa³¹. Afirma que la crítica que plantea que la concepción del bien jurídico carecería de toda relevancia práctica es errónea, pues los principios supremos de un ordenamiento jurídico no son susceptibles de ser aprehendidos en una definición apta para la

41-56. Del mismo «¿Cómo Protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma». En Maier, Et. al.(Compiladores). *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?* Buenos Aires: Ad-Hoc. 2009, pp. 53-71.

²⁵ HEFENDEHL, Roland. «El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa». En Carlos García, Antonio Cuerda, Margarita Martínez, Rafael Alcacer, Margarita Valle (Coordinadores), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. T. I. Madrid: Edisofer. 2008, pp. 389-404. GÜNTHER, Klaus. «De la vulneración de un Derecho a la Infracción de un Deber ¿Un «Cambio de Paradigma» en el Derecho Penal?». En Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt (Ed. Alemana), Área de Derecho Penal Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española). *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Comares. 2000, pp. 489-505.

²⁶ PRADO, Luiz. *Bien Jurídico Penal y Constitución*. Trad: Álvarez, Luis. Lima: ARA. 2010. Pp.27-28.

²⁷ ROXIN, Claus. «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?». En Roland Hefendehl (Editor), *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons. 2007, pp. 443-444.

²⁸ «la política criminal es, en consecuencia, un poder de definición de un conflicto como delito que ejerce en exclusiva el Estado». BUSTOS, Juan, HORMAZÁBAL, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Madrid: Trotta. 2004, p. 25.

²⁹ BUSTOS, Juan, HORMAZÁBAL, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Ob. cit., p. 32.

³⁰ FRISCH, Wolfgang. «Bien Jurídico, Derecho, Estructura del Delito e Imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal». En Hefendehl, Roland (Editor), *La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons. 2007, p. 312.

³¹ ROXIN, Claus. «El Concepto de Bien Jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen». *RElectrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 15, pp. 1-27. 2013. En <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> [Visto19/02/2015]

subsunción, «sino tan sólo caracterizan un criterio rector que ha de desarrollarse y concretarse en la materia jurídica»³². En la misma línea MIR PUIG indica que antes que la incapacidad del bien jurídico para servir a la función de límite del *Ius Puniendi*: «Lo que la historia de este concepto demuestra es la falta de desarrollo de un concepto material del mismo capaz de cumplir tal misión»³³. En este sentido, es también cuestión de consenso la necesidad de perfilar el bien jurídico como única forma de encaminarse a solventar la crítica generalizada sobre su ínsita ambigüedad, pues estableciéndose con mayor precisión qué se quiere proteger, a la par se podrá tipificar de modo más adecuado los principios limitadores del poder punitivo, que justamente en esta sede del bien jurídico es lo que se pretende. De esta manera, propone también ROMEO CASABONA, sólo cuando esto se perfile, podrá también reconocerse un contenido material de peligro para el mismo.

Así las cosas, para lo que ahora aquí por de pronto interesa, de las múltiples funciones que la doctrina a atribuido al Bien Jurídico, debe destacarse aquella de carácter limitador político criminal de la intervención penal estatal, que justamente es la que se ha declarado en crisis, pero de la cual en mi opinión deriva la función teleológica, que como destaca PRADO, siendo el bien jurídico penal el núcleo de todo tipo³⁴, no puede infravalorarse, de forma tal que aquella función limitadora general en crisis por su volatilidad, puede precipitarse más concretamente en la función limitadora interpretativa, que es justamente, la función que más atrás se destacó citando a GIMBERNAT, WELZEL y ROXIN, debe asumir la dogmática como garantía de una aplicación racional y fundamentada del Derecho, que permita restringir la tarea propia del legislador desde una interpretación político criminalmente orientada por los fines de la forma de Estado de la que deriva, es decir del Derecho Penal de un Estado Democrático y de Derecho, en el sentido de SCHÜNEMANN³⁵. Con ello en vista, puede concordarse con la tesis que aboga por antes que establecer que es un bien jurídico, precisar que no debe ser un bien jurídico³⁶. De este modo, deviene en imprescindible analizar las posturas que han intentado depurar a la Seguridad Vial como bien jurídico, poniendo énfasis aquí a aquella que intenta materializarlo como uno de naturaleza colectiva sin referente individual.

III. SOBRE EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO SEGURIDAD VIAL

Sin perjuicio de algunas disputas doctrinales, pareciera a primera vista que el bien jurídico en este ámbito es un tema sin demasiadas controversias. Es conocido por cualquiera que se

³² ROXIN, Claus. «El Concepto de Bien Jurídico...». Ob. cit., pp. 10-11.

³³ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1976, pp. 131-132.

³⁴ PRADO, Luiz. *Bien Jurídico Penal y Constitución*. Ob. cit., pp. 56-57.

³⁵ SCHÜNEMANN, Bernd «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación». En Hefendehl, Roland (Editor), *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons. 2007. Pp.197-226.

³⁶ Por todos vid. PORTILLA, Guillermo. «Principio de Intervención Mínima y Bienes Jurídicos Colectivos», *Cuadernos de Política Criminal*. N.º 39. 1989, p. 737. BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1997, pp. 162-163. Con un razonamiento semejante, pero en verdad contrario al que aquí se plantea, vid. SEHER, Gerhard. «La Legitimación de Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico». En Hefendehl, Roland (Editor), *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons. 2007, pp. 69-92.

introduzca medianamente en esta área, que es una doctrina sólidamente asentada el señalar, diría yo casi con cierto automatismo, que el bien jurídico protegido en este grupo de delitos es la «seguridad vial». Sin embargo, a pesar de la gran extensión del referido consenso, debería uno preguntarse: ¿Qué se ha querido explicar cuando se da esa respuesta? Pues, en verdad, tanto el contenido como la propia naturaleza de eso que se ha dado en llamar «seguridad vial» no puede responderse con la misma soltura con que se está dispuesto a afirmar que aquella es el bien jurídico en los delitos que aquí interesan³⁷.

I. *Relación de la seguridad colectiva y la seguridad vial*

Desde esta perspectiva, cierto es que formalmente se da una respuesta al contenido del bien jurídico seguridad vial si se le considera parte de la seguridad colectiva, pero no lo es menos que el contenido de esta última siempre ha resultado polémico, atendida justamente la vaguedad con que se ha definido³⁸, y ello en los pocos casos en que se hace referencia a su contenido. Así, por ejemplo, se ha dicho que la seguridad colectiva engloba una cantidad y variedad de bienes jurídicos tan diversa, que resulta casi imposible encontrar puntos de unión entre todos ellos³⁹. Y es que en verdad resulta hartito discutible deslindar aquello que jurídico penalmente se encuentra protegido bajo este rótulo, en cuanto se da en él una barroca y compleja amalgama de bienes jurídicos de naturaleza diversa, cuya forma de protección, como por lo demás no puede ser de otra manera, resulta igual de variada. En esta línea, en el caso español FEIJOO trae a colación la exposición de motivos del proyecto de Código penal de 1992, que sobre este extremo indicaba: «la idea de seguridad, en todos los grupos, viene dada porque se configuran delitos de peligro, concreto o abstracto, que, en todos los casos, ponen en juego la vida o salud de una generalidad indeterminada de personas». De modo que, para el antes citado autor: «Los tipos de este título suponen en muchas ocasiones un reforzamiento de disposiciones administrativas, entrando en juego el Derecho Penal frente a hechos especialmente graves»⁴⁰.

Ahora bien, dichas dificultades se ven reflejadas a la hora de conceptualizar la seguridad colectiva como un bien jurídico protegido. Así, BUSTOS la consideraba como: «...las condiciones objetivas generales que sirven de presupuesto a determinadas actividades del individuo, con el objeto que ellas no aumenten excesivamente el riesgo propio que implican. Es el caso de la seguridad en el manejo de las cosas con medios de alto riesgo (incendio o estrago), el de la seguridad en la forma de realización del trabajo, o bien, de la seguridad en relación al tráfico»⁴¹. En la misma línea, GONZÁLEZ indica que ésta se refiere a: «...el conjunto de condiciones cuyo cumplimiento asegura y genera la expectativa social de que no se incrementará el riesgo para los bienes

³⁷ FEIJOO, Bernardo. «Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999)». *Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. N.º 6. La ley. 1999, p. 1882.

³⁸ ORTS, Enrique. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2004, p. 767.

³⁹ MORENO, Miguel. *Los Delitos de Conducción Temeraria*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2003, p. 53.

⁴⁰ FEIJOO, Bernardo. *Comentarios al Código Penal, P.E.* En Gonzalo Rodríguez (Director) Madrid: Civitas. 1997, p. 948. En el mismo sentido, por ejemplo, CALDERÓN, Ángel y CHOCLÁN, José. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Deusto Jurídico. 2005, pp. 375-376. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2007, p. 593.

⁴¹ BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Ariel. 1991, p. 243.

personales o colectivos que se ven implicados en algunas actividades peligrosas más allá de lo que es consustancial al desarrollo permitido de cada una de ellas»⁴².

No difieren sustancialmente, de las definiciones arriba señaladas, otras que se han dado a nivel doctrinal⁴³. De ellas, puede desprenderse, que la seguridad colectiva estaría constituida por un conjunto de condiciones que no tienen una valoración de bien jurídico en sí mismas, sino que estarían al servicio de unos que sí los son, personales o colectivos, para prestarles seguridad o resguardar la misma. Es decir, se trata sólo de definiciones de carácter formal, que no concretan ni cuales han de ser esas condiciones, ni los bienes jurídicos que resultarían protegidos verdaderamente. En este sentido, bien dice MORENO, que con ellas poco o nada se avanza en la intención de concretar el concepto que se pretende definir⁴⁴. Siendo este el panorama conceptual de la seguridad colectiva como bien jurídico protegido, resulta verdaderamente difícil encontrar un contenido más concreto a la seguridad vial, si dicho contenido no se traduce más que en una referencia a otro bien jurídico que, por lo demás, resulta incluso más vago y difuminado que éste. De esta forma, no es necesario escudriñar demasiado para descubrir que más allá de la mera formalidad del concepto de seguridad vial como un componente de la seguridad colectiva, sólo puede intuirse un significante sin significado. En efecto, si se tiene en cuenta que este bien jurídico ha sido definido como una parte de la seguridad colectiva, y éste se encuentra en gran medida indeterminado, en el fondo, la seguridad vial no sería más que una parcela de aquella indeterminación.

2. *Naturaleza del bien jurídico seguridad vial y su clasificación*

Lo anterior, justamente, es uno de los factores concurrentes que explicaría lo difícil que se hace emprender una labor clasificatoria de las distintas posturas sobre la naturaleza de este bien jurídico, ya que en todas éstas se incorpora a los bienes jurídicos individuales, aunque con distinta función. La referida incorporación se realiza en el intento de dotar a la intervención penal de un grado mayor de legitimidad, de manera de encontrar en éstos algo más que el mero reforzamiento de la tutela administrativa, conclusión a la que puede arribarse teniendo en cuenta el alto grado de formalidad del concepto de seguridad vial como bien jurídico que se ha venido manejando. De esta forma, se agrega a la polémica sobre la naturaleza de la seguridad vial una alta dosis de confusión que además repercute directamente en la técnica de tipificación utilizada estos delitos. Todo ello configura un paisaje dogmático y político criminal de suyo complejo, contrariando la apariencia de simplicidad que sobre este tema se puede tener a primera vista. Ahora bien, en el afán de ir clarificando esta enrevesada materia, partiremos de una clasificación básica y general de las diversas posturas que sobre esta arista existen⁴⁵. Así pues, pueden clasificarse las posiciones doctrinales en tres, sin perjuicio de que existan otras posturas,

⁴² GONZÁLEZ, Juan. *Derecho Penal Español*, Parte Especial. En Manuel Cobo Del Rosal (Coordinador) Madrid: Marcial Pons. 2005, p. 731.

⁴³ Directamente como bien jurídico «de carácter universal» sin más referencias. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Ob. cit., p. 592.

⁴⁴ MORENO, Miguel. *Los Delitos de Conducción Temeraria*. Ob. cit., p. 54.

⁴⁵ Semejante clasificación, con matices, por ejemplo: GUTIÉRREZ María; GARCÍA Victoria y MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina. *Protección penal de la seguridad vial*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2009, pp. 25-26. ORTS, Enrique y ROIG, Margarita. «El llamado delito de conducción homicida». En Carlos García, Antonio Cuerda, Margarita Martínez, Rafael Alcacer y Margarita Valle (Coordinadores). *Estudios Penales Homenaje Enrique Gimbernat*. T. II. Madrid: Edisofer. 2008, pp. 2195-2198.

algunas de las cuales son francamente de difícil catalogación. De esta manera, tenemos: aquélla que entiende que este bien jurídico sería uno de naturaleza colectiva sin referente individual, aquélla que, manteniendo su carácter colectivo, sin embargo sí reconoce dicho referente y, por último, quienes sostienen la inexistencia del bien jurídico colectivo, siendo lo protegido por estas normas, directamente, los bienes jurídicos individuales como la vida o la salud.

3. *La seguridad vial como bien jurídico colectivo sin referente individual*

Desde esta perspectiva, se sostiene que el objeto jurídico penalmente protegido por estas normas sería directamente la seguridad vial, otorgando a ésta la naturaleza de bien jurídico colectivo, y por tanto, autónomo. De esta manera, viene a identificarse directamente con la forma en como ha venido siendo definido el concepto de seguridad vial, pues son precisamente esas condiciones de seguridad a las que el legislador penal pretendería dar cobertura. Como ya se vio, representativa de esta postura, GÓMEZ se manifiesta en este sentido, destacando que directamente se protege la seguridad vial, considerándolo un bien jurídico de carácter colectivo⁴⁶. De esta forma, la protección penal estaría dirigida al conjunto de condiciones necesarias para que la circulación de vehículos no presente riesgos que superen los permitidos y, por ello, dichas condiciones estarían «normativamente garantizadas»⁴⁷. También en esta línea, QUERALT indica que lo protegido en estos delitos es la seguridad de la circulación rodada en sí misma⁴⁸. Ahora bien, sin perjuicio de afirmar lo anterior, al mismo tiempo se niega que con estos tipos penales se trate sólo de un simple reforzamiento de las prescripciones reglamentarias, lo que es característico de esta postura doctrinal, incorporando a modo de objetivo final la protección de los bienes jurídicos individuales⁴⁹.

En este sentido, en mi opinión, es que puede entenderse también a GONZÁLEZ cuando señala que la seguridad vial es un bien jurídico autónomo distinto de los bienes jurídicos personales de los sujetos implicados. De esta forma, para este autor, se explicaría la no exigencia de poner en peligro los bienes jurídicos particulares, pues, ello no tendría ninguna implicancia con la necesaria afectación de la seguridad vial como bien jurídico protegido⁵⁰. En esta misma línea argumentativa, se indica que, aun siendo posible que puedan protegerse indirectamente otros bienes jurídicos, además de la misma seguridad vial, no implicaría, opinan MORILLAS y SUÁREZ que se entienda que concurren varios bienes jurídicos, pues lo mismo ocurre en otras figuras delictivas, sin que en ellas se haga aseveración semejante⁵¹. En consecuencia, para esta posición doctrinal, se trataría de un bien jurídico colectivo, fundamentado político criminalmente en la protección de bienes jurídicos individuales.

⁴⁶ GÓMEZ, Pilar. *El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes*. Barcelona: Bosch. 1998, p. 94.

⁴⁷ GÓMEZ, Pilar. *El Delito de Conducción bajo...* Ob. cit., p. 104.

⁴⁸ QUERALT, Joan. *Derecho Penal Español, Parte Especial*. Barcelona: Atelier. 2008, p. 919.

⁴⁹ «...la razón para proteger la seguridad del tráfico es, en último término, la protección de la vida, integridad corporal, y bienes tanto particulares como comunitarios que puedan verse dañados». QUERALT, Joan. *Derecho Penal Español...* Ob. cit., p. 919. En el mismo sentido, CÓRDOBA, Juan. *Comentarios al Código Penal*. T. III. Barcelona: Ariel. 1978, p. 1248.

⁵⁰ GONZÁLEZ, Juan. «Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art.382cp)». En Lorenzo Morillas (Coordinador), *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales)*, Madrid: Dykinson. 2007, p. 359.

⁵¹ MORILLAS, Lorenzo y SUÁREZ, José. «El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995». *Cuadernos de Política Criminal*. N.º 69. 1999, pp. 177-178.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE ESTA TESIS

Desde mi perspectiva, puede vislumbrarse un fondo común a todas las posturas, un idéntico obstáculo a superar: la vacuidad de un concepto meramente formal de seguridad vial que no valida la intervención por parte del Estado con su arma más poderosa⁵². Sobre ello hay un implícito, aunque sólido consenso: no hay disposición dogmática para posarse sobre una plataforma en que se dé cabida a la formalidad de entender la seguridad vial como mera la protección de «condiciones de seguridad» o «mantenimiento de la disciplina» en el tráfico rodado. En la búsqueda de evitar aquello, la discusión sobre el bien jurídico se ve necesariamente abocada a encontrar una legitimidad político criminal indispensable que justifique la intervención penal⁵³, elemento que antes que aclarar, tiende al aumento de la confusión sobre este extremo. Lo que está claro es que, si se tratase sólo del mantenimiento de unas condiciones de seguridad que permitan el desarrollo de la actividad viaria, desde una perspectiva tradicional, ello daría lugar sólo a una gestión regulatoria más propia del ámbito administrativo que del penal. De esta forma, cualquiera sea la postura adoptada, deviene en insatisfactoria, pues aquélla que alcance una coherencia político criminal es, al mismo tiempo, dogmáticamente inconsecuente y viceversa.

Teniendo presente lo precedentemente expuesto, se atisban ya las razones que transforman a esta postura, que interpreta a la seguridad vial como bien jurídico colectivo sin referente individual, en doctrinariamente minoritaria. El Derecho Penal de un Estado Democrático y de Derecho está consustancialmente ligado, no sólo a la protección de bienes jurídicos, sino a intervenir exclusivamente ante los ataques más graves a éstos⁵⁴. De ahí que, una Política criminal propia de esa forma de Estado deba tener en cuenta los principios de intervención mínima, fragmentariedad, subsidiariedad y de *ultima ratio*, lo que impide que la mera gestión de riesgos derivados de la operatividad de una actividad social, sobrepase el ámbito de lo administrativo⁵⁵. De acuerdo a ello, la protección penal de una tal seguridad vial, derivaría en un simple, y por

⁵² Para lo que debe necesariamente, como es doctrina mayoritaria que aquí se comparte, dirigirse a la tutela de bienes jurídicos. ALCACER, Rafael. *¿Lesión de Bien Jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Barcelona: Atelier. 2003, pp. 116-119. GONZÁLEZ, José. «Principio de Ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *Revista del Poder Judicial*. N.º 28. 1992. Pp.7-8. MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel. 1994, p. 37. JUÁREZ, Tavares. *Bien Jurídico y función en Derecho Penal*. Trad. Cuñarbo. Buenos Aires: Hammurabi. 2004, pp. 70-73. ORTEGO, José. «Bien Jurídico: lesión y peligro». En Marino Barbero, José Cerezo, Enrique Gimbernat y Ruperto Núñez (Organizadores). *Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. José Antón Oneca*. Salamanca: EUS. 1982, pp. 427 y 437-438.

⁵³ ROXIN, Claus. «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?». Ob. cit., p. 459.

⁵⁴ «La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones». FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta. 1995, pp. 464-465. Opinión mayoritaria en doctrina. Por ejemplo Vid. PRITZWITZ, Cornelius. «El Derecho Penal Alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última Ratio?..» Ob. cit., pp. 445-446. MÉNDEZ, Cristina. *Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación*. Madrid: Universidad Complutense-Ministerio de Justicia. 1993, pp. 172-173. MUÑOZ CONDE, Francisco. «Protección de Bienes Jurídicos como límite constitucional del Derecho Penal». Ob. cit., pp. 546-567.

⁵⁵ BERDUGO, ARROYO, FERRÉ, GARCÍA, SERRANO-PIEDCASAS y TERRADILLOS. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Experiencia. 2004. P.15. Crítico con la evolución general del Derecho Penal en este derrotero. HASSEMER, Winfried. «Seguridad por intermedio del derecho penal». En Francisco Muñoz Conde (Director), *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios Penales memoria Profesora María del Mar Díaz Pita*, Valencia: Tirant Lo Blanch. 2008, pp. 52-54.

tanto, ilegítimo reforzamiento de la normativa administrativa⁵⁶. En vista de lo anterior, es que desde esta postura se intenta subsanar esta total deficiencia incorporando a los bienes jurídicos individuales (vida, salud y, para algunos, también el patrimonio) como el fundamento último de la intervención penal⁵⁷. Ahora bien, la introducción de los referidos objetos jurídicos no permiten superar la substancial carencia de legitimidad que se critica, pues a una objeción de fondo se responde con un argumento formal. Téngase en cuenta que para esta postura se parte de la base que el bien jurídico protegido, seguridad vial, es uno distinto de los individuales, que vendrían a ser la razón de la protección del primero, y por ende, no el objeto protegido.

En efecto, la *ratio legis* puede ser un importante factor a tener en consideración desde un plano político criminal⁵⁸, pero ello en verdad no dice nada de la sustantividad del objeto de protección, de modo que con dicha línea argumentativa nada se avanza respecto del déficit puesto en cuestión. Con ello se logra sólo complicar lo que ya de por sí es complejo, contestando no a lo que se pregunta, sino a lo que se está en condiciones de responder, no al qué, sino sólo al por qué⁵⁹. Y es que, por otra parte, el motivo que lleva al legislador a intervenir no puede ser al mismo tiempo el objeto de protección, sin estrellarse contra el muro de una contradicción insalvable: si la razón de la protección es al mismo tiempo el objeto de protección, implica que lo protegido son los bienes jurídicos individuales. Lo que naturalmente no puede resultar de recibo por absurdo, ya que con ello se negaría la premisa básica desde la que esta postura parte.

Ahora bien, más sencillo y lógico sería reconocer que desde esta posición lo que de manera disimulada se plantea, es que el bien jurídico protegido se encuentra en la propia seguridad, respecto de la cual los bienes jurídicos individuales serían el motivo de la elevación a rango jurídico penal de aquella. Ello supone la inexorable emancipación de la seguridad como un bien digno de tutela penal en sí mismo, lo que desde luego otorgaría a esta postura un mayor grado de coherencia, aunque no de legitimidad⁶⁰. Precisamente en torno a esto gira la polémica sobre el particular, de forma tal que con ello sólo se lograría desplazar, y quizá profundizar, la problemática a la que se enfrenta esta postura. De esta manera KINDHÄUSER indica: «Considero entonces teóricamente más simple, concebir la esfera de libertad que debe proteger el Derecho Penal desde el concepto de bien jurídico y no desde derechos subjetivos...bienes jurídicos son las condiciones, jurídicamente garantizadas, de libre desarrollo del individuo en una sociedad concretamente configurada»⁶¹.

⁵⁶ En específico sobre la seguridad vial, por ejemplo: MORENO, Miguel. *Los Delitos de Conducción Temeraria*. Ob. cit., p. 51. MORILLAS, LORENZO. «Delitos contra la seguridad del tráfico». *Revista del Poder Judicial*. Número 12. 1990, p. 184.

⁵⁷ FEIJOO, Bernardo. «Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto...». Ob. cit., p. 1882. Desde una perspectiva general, por todos. BERDUGO, et al. *Curso de Derecho Penal. Parte General...* Ob. cit., p. 14.

⁵⁸ ROXIN, Claus. «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?». Ob. cit., pp. 458-459. ANITUA, Gabriel. *Historia de los Pensamientos Criminológicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2010, pp. 509-512.

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. «La relación entre dogmática jurídico-penal y política criminal en el contexto político alemán tras la segunda guerra mundial. Historia de una relación atormentada». En Mercedes Alonso Álamo (et al. Coordinadores), *Libro Homenaje Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Thomson Civitas. 2005, pp. 747-748.

⁶⁰ MOCCIA, Sergio. «De la Tutela de bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones post modernas y reflejos iliberales». *Política criminal y Nuevo Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1997, p. 118.

⁶¹ KINDHÄUSER, Urs. «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico». *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Trad. Fernando Molina. Madrid. BOE. 1995, p. 445.

Desde esta forma de entender el bien jurídico, la seguridad normativa en la libre disposición y disfrute, se eleva a la categoría necesaria para ser protegida por el ordenamiento penal. De manera que se otorgaría protección a «ámbitos institucionalizados de la vida que son per se peligrosos o que son en gran medida susceptibles de abuso»⁶² pues éstos sólo pueden desarrollarse normalmente cuando se dé cumplimiento a ciertos estándares de seguridad⁶³. Así las cosas, el objeto protegido por la norma penal sería la seguridad misma, pues desde esta visión se desmaterializa la concepción de bien jurídico, pudiendo afectarse no con un menoscabo en sí mismo (sustancialidad), sino también con la privación de la posibilidad de disponer del bien jurídico, que corresponda en su caso, de forma segura⁶⁴. En palabras de KINDHÄUSER, se trataría de: «Un menoscabo del bien jurídico (que) es entonces una (intolerable) determinación ajena de la relación entre el bien y su titular»⁶⁵. Así entendido, la seguridad vial cabe perfectamente como bien jurídico autónomo digno de protección penal, sin que sea necesaria referencia alguna a bienes jurídicos individuales⁶⁶. Es más, y como bien es conocido, un ejemplo paradigmático sobre esta forma de entender el bien jurídico es precisamente la seguridad vial, que el referido autor clasifica como un caso de seguridad heterónoma⁶⁷, indicando que ésta «es entonces penalmente relevante cuando está jurídicamente garantizada. Un ejemplo de seguridad heterónoma es la seguridad del tráfico de vehículos»⁶⁸. Ahora bien, sin perjuicio de que desde esta postura se logre una respuesta dogmática consecuente⁶⁹, lo cierto es que desde el punto de vista político criminal que aquí se sostiene se encuentra con serios reparos, ya que implica la asunción de toda la batería de críticas respecto de la extrema funcionalización del Derecho Penal⁷⁰. Así, resume PORTILLA: «En esencia, este movimiento de repulsa suele basarse particularmente en dos razones: la primera radica en la afirmación de que tales bienes favorecen la introducción de la técnica de creación de los delitos de peligro, y la segunda, que denuncia la infracción del principio de intervención mínima y con ello la función promocional que adquiere la protección penal de los mismos»⁷¹. Ello, pues una tal percepción de bien jurídico se sustentaría en un concepto vacío⁷²,

⁶² KINDHÄUSER, Urs. «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal». Ob. cit., p. 18.

⁶³ En doctrina española muestra una postura semejante CORCOY, aunque con distinta opinión respecto del objeto jurídico afectado. CORCOY, Mirentxu. *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 1999, pp. 218-219.

⁶⁴ KINDHÄUSER, Urs. «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto...». Ob. cit., p. 448.

⁶⁵ KINDHÄUSER, Urs. «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal». Ob. cit., pp. 14-15.

⁶⁶ GÓMEZ, Pilar. *El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas...* Ob. cit., p. 105. Semejante opinión. KINDHÄUSER, Urs. «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal». Ob. cit., p. 18.

⁶⁷ KINDHÄUSER, Urs. «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto...». Ob. cit., p. 448.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ MENDOZA, Blanca. *Límites Dogmáticos y Político Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*. Granada: Comares. 2001, pp. 133-134.

⁷⁰ FEJOO, Bernardo. «Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro». En Mercedes Alonso Álamo (et al. Coordinadores), *Libro Homenaje Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Thomson Civitas. 2005, p. 328.

⁷¹ PORTILLA, Guillermo. «Principio de Intervención Mínima...», Ob. cit., p. 737. MOCCIA, Sergio. «De la Tutela de bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones...». Ob. cit., pp. 113-142.

⁷² CANCIO, Manuel. «Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo». *Revista Galega de Seguridade Pública*. Segunda época. N.º 9. 2007, p. 61.

carente de un sustrato legítimo⁷³ que limite el poder penal del Estado⁷⁴. De esta manera, se niega una de las funciones del bien jurídico, tradicionalmente entendido⁷⁵, el ser un límite a dicha intervención⁷⁶.

De ahí que se le reproche que, antes que encontrar una solución a la lesividad de un bien jurídico (aunque *sui generis*)⁷⁷, se legitimaría la utilización de los delitos de peligro abstracto al margen del principio de protección exclusiva de bienes jurídicos. Desde este punto de vista, afirma MENDOZA que: «La idea de protección de las condiciones de seguridad es un concepto sin referencias determinadas, mucho más impreciso que otros criterios y, por ello, puede llevar las fronteras de tutela mucho más lejos que un Derecho Penal afianzado en la idea de protección de bienes jurídicos respecto de ataques previsiblemente lesivos de estos»⁷⁸. Dada esta formalidad denunciada, se produce la disolución de los límites contenedores del Derecho Penal⁷⁹, confundiendo con la norma administrativa⁸⁰ o, incluso, como indica PORTILLA, con las meras disposiciones de policía⁸¹. Ello, se vincula con otro elemento a considerar, pues la seguridad, en cuanto elevada a la categoría de bien jurídico, implicaría una duplicidad que aunque efectista, desde luego innecesaria, ya que es justamente éste el fin del sistema jurídico en general. La seguridad, por lo tanto, como bien concluye CANCIO, no puede ser incorporada directamente al Derecho Penal, como contenido del injusto⁸², pues ésta vendría a manifestar un objetivo global del ordenamiento no reducible a una categoría penal, por importante que sea. De esta forma, es fácil estar de acuerdo con el autor antes citado cuando señala que: «El balance para la «seguridad» como concepto jurídico-penal no podría ser peor: o se refiere a algo situado fuera de él (la situación de paz social a la que responde, en términos funcionales, un ordenamiento jurídico en vigor) o no es más que una careta»⁸³. En síntesis, volviendo al análisis de la teoría de la seguridad vial como bien jurídico colectivo autónomo, queda claro que esta postura no supera satisfactoriamente las críticas de que es objeto, en cuanto, si pretende mantenerse dentro de los

⁷³ CUGAT, Miriam. «Nuevas Huidas al Derecho Penal y Quiebra de los Principios Garantistas». En Fernando Pérez (Editor), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: EUS. 2004, p. 194. ANITUA, Gabriel. *Historia de los Pensamientos Criminológicos*. Ob. cit., pp. 500-502.

⁷⁴ En este sentido PORTILLA, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2007, p. 356. HASSEMER, Winfried. «Seguridad por intermedio del derecho penal». Ob. cit., pp. 44-45. MENDOZA, Blanca. *Límites Dogmáticos y Político Criminales...* Ob. cit., pp. 143-146. SOTO, Susana. *La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos*. Ob. cit., pp. 209-210.

⁷⁵ HASSEMER, Winfried. «Líneas de desarrollo del derecho penal alemán...». Ob. cit., p. 380.

⁷⁶ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Penal*. Ob.cit.Pp. 162-163. PORTILLA, Guillermo. «El derecho penal de la seguridad...». Ob. cit., p. 73. MÉNDEZ, Cristina. *Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación*. Ob. cit., pp. 27-28.

⁷⁷ KINDHÄUSER, Urs. «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto...».Ob. cit., pp. 448 y 451.

⁷⁸ MENDOZA, Blanca. *Límites Dogmáticos y Político Criminales...* Ob. cit., p. 145.

⁷⁹ SAN MARTÍN, David. «Retórica y gobierno del riesgo: la construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo». En María Bernuz y Ana Pérez (Coordinadoras), *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica*. Universidad de la Rioja. 2006, pp. 83-84.

⁸⁰ CANCIO, Manuel. «Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo». Ob. cit., p. 56.

⁸¹ PORTILLA, Guillermo. «El derecho penal de la seguridad...»Ob. cit., pp. 56-57. KINDHÄUSER lo niega, objetando que él plantee una suerte de «*súper bien jurídico de la seguridad*», más bien sólo una ampliación en las formas de afectación. KINDHÄUSER, Urs. «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal». Ob. cit., p. 15.

⁸² CANCIO, Manuel. «Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo» Ob. cit., p. 61

⁸³ *Ibid.*, p. 62.

límites impuestos por una concepción tradicional de bien jurídico (de ahí que introduzca los bienes jurídicos individuales) pierde coherencia, y de ser coherente (la seguridad vial como bien jurídico en sí mismo) pierde legitimidad, quedando por tanto, la tesis que ahora se critica, en un terreno teórico inhabitable.

V. TOMA DE POSTURA

La actual percepción de intensa gravedad de la siniestralidad en el tráfico rodado y su gran repercusión mediática, ha configurado un panorama propicio para la irrupción de una Política criminal de corte securitario. Por un lado, altos índices de siniestralidad viaria (riesgo objetivo) y por el otro, un impacto comunicacional que lo amplifica al máximo, propagando el temor en la ciudadanía (riesgo subjetivo). Se manifiesta en este ámbito el Derecho Penal del riesgo, caracterizado por desarrollarse sobre las bases de un discurso político mega preventivo, que tiene a su servicio una Política criminal abandonada a la suerte del circunstancial estrépito social que puedan causar leyes penales cada vez más drásticas. Así sucede justamente en el caso de la seguridad vial, en la que se intenta reconducir lo protegido por el legislador, redefiniendo y reformulando el bien jurídico en forma y fondo para adecuar la hermenéutica de aquello que el legislador establece, a los principios constitutivos de la forma de Estado Democrática y de Derecho⁸⁴.

Esto, desde luego, fuerza los engranajes de legitimidad de la intervención penal desde los parámetros del Derecho Penal liberal, pues la protección del bien jurídico dejó de ser un filtro o contenedor del poder penal del Estado, para transformarse en motivo de deflagración punitiva⁸⁵. De otra forma dicho, el bien jurídico-barrera ha transmutado a pivote⁸⁶. Una consecuencia de esta perspectiva meramente formal, es que se empuja al estudioso de turno a desentrañar de la normativa penal vigente, aquello que justifique la injerencia estatal, que en el caso que aquí se trata, el de la seguridad vial, ha dado pie a la construcción de un complejo objeto jurídico de estructura múltiple, que varía de acuerdo a los matices de la postura que pretenda validarlos. De este modo, y considerando lo que desde un principio se plateó, quedan a lo menos dos cosas claras: La primera, que aún no se ha dicho la última palabra sobre la naturaleza de la seguridad vial, en cuanto se pretenda justificar la forma en que el poder punitivo interviene. Y la segunda, que sin embargo, desde la teoría del bien jurídico, particularmente desde la función que aquí se ha desarrollado, la postura que intenta explicarla como bien jurídico colectivo sin referente individual no perfila un contenido material a este supuesto bien jurídico, con lo que en mi opinión debería descartarse como fundamento que legitime la intromisión estatal.

En efecto, respecto de la función limitadora interpretativa que aquí se sostiene, esta teoría no puede operativizarse como mecanismo limitador, ello, pues antes que restringir amplía y

⁸⁴ TERRADILLOS, Juan. «Globalización, Administrativización...». Ob. cit., p. 220.

⁸⁵ HASSEMER, Winfried. «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?». En Roland Hefendehl (Editor), *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons. 2007, pp. 95-104. MENDOZA, Blanca. Límites Dogmáticos y Político Criminales... Ob. cit., p. 68.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Ob. cit., p. 467. MÉNDEZ, Cristina. *Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación*. Ob. cit., pp. 154-155. SÁNCHEZ, María. *El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal*. Valladolid: Univ. Valladolid. 1999, p. 84.

antes que precisar difumina. Ello, por supuesto, no implica que desde aquí se defienda una postura rotunda y general contra la incorporación de bienes jurídicos colectivos al marco de tutela penal, sino una crítica particular a la seguridad vial como bien jurídico colectivo sin referencia individual. En este sentido, y entendiendo con MÉNDEZ, que los límites (normativos y axiológicos) de la consolidación de los bienes jurídicos colectivos son los mismos que aquellos de los individuales, ha de mantenerse una actitud crítica tanto hacia los primeros como a los segundos, de manera de evitar que, «...los preceptos penales sean meros apéndices de normas administrativas»⁸⁷, como en mi opinión, se da en este caso.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCACER, Rafael. *¿Lesión de Bien Jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Barcelona: Atelier. 2003.
- AMELUNG, Knut. «El Concepto «Bien Jurídico» en la Teoría de la Protección Penal de Bienes Jurídicos». En Hefendehl, Roland (Editor). *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Marcial Pons. 2007, pp. 227-264.
- ANITUA, Gabriel. *Historia de los Pensamientos Criminológicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2010.
- BARATTA, Alessandro. «Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal. Lineamientos para una Teoría del Bien Jurídico». *Revista Justicia Penal y Sociedad*. Año III. N.º 5. 1994, pp. 75-91.
- BERDUGO, ARROYO, FERRÉ, GARCÍA, SERRANO-PIEDECASAS, TERRADILLOS. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Experiencia. 2004.
- BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1997
- BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Ariel. 1991.
- . «Los Bienes Jurídicos Colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)», *Revista Facultad Derecho Universidad Complutense*. N.º II. 1986. Pp.147-164.
- BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Madrid: Trotta. 2004.
- CALDERÓN, Ángel y CHOCLÁN, José. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Deusto Jurídico. 2005.
- CANCIO, Manuel. «Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo». *Revista Galega de Seguridade Pública*. N.º 9. 2007, pp. 55-62.
- CORCOY, Mirentxu. «Límites Objetivos y Subjetivos a la Intervención Penal en el Control de los Riesgos». En Mir y Corcoy (Directores). *La Política Criminal en Europa*. Barcelona: Atelier Penal. 2004, pp. 25-40.
- . *Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 1999.
- CÓRDOBA, Juan. *Comentarios al Código Penal*. T. III. Barcelona: Ariel. 1978.
- CUGAT, Miriam. «Nuevas Huidas al Derecho Penal y Quiebra de los Principios Garantistas». En Fernando Pérez (Editor). *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: EUS. 2004, pp. 183-194.

⁸⁷ MÉNDEZ, Cristina. *Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación*. Ob. cit., p. 35.

- FEIJOO, Bernardo. «Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico». *InDret*. 2/2008. 2008. En <http://www.indret.com/pdf/526.pdf> [Visto 06/02/2015]
- . «Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro». En Mercedes Alonso Álamo (et al. Coords), *Libro Homenaje al Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Thomson Civitas. 2005, pp. 307-342.
- . «Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999)». *Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. N.º 6. La ley. 1999, pp. 1880-1890.
- . *Comentarios al Código Penal, P.E.* En Gonzalo Rodríguez (Director) Madrid: Civitas. 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta. 1995.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. Montevideo: B de F. 2004.
- FRISCH, Wolfgang. «Bien Jurídico, Derecho, Estructura del Delito e Imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal». En Hefendehl, Roland (Editor), *La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons. 2007, pp. 309-339.
- GÓMEZ, Pilar. *El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes*. Barcelona: Bosch. 1998.
- GONZÁLEZ, José. «Principio de Ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *Revista del Poder Judicial*. N.º 28. 1992, pp. 7-36.
- GIMBERNAT, Enrique. «¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?», *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Tecnos. 1990, pp.158-161.
- GUTIÉRREZ María, Et. Al. *Protección penal de la seguridad vial*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2009.
- GÜNTHER, Klaus. «De la vulneración de un Derecho a la Infracción de un Deber ¿Un «Cambio de Paradigma» en el Derecho Penal?». En Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt (Ed. Alemana), Área de Derecho Penal Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española). *La Insostenible Situación del Derecho Penal*. Granada: Comares. 2000, pp. 489-505.
- HASSEMER, Winfried. «Líneas de desarrollo del derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad». En Carlos García, Antonio Cuerda, Margarita Martínez, Rafael Alcacer, Margarita Valle (Coordinadores), *Estudios Penales Homenaje a Enrique Gimbernat*. T. I. Madrid: Edisofer. 2008, pp. 371-388.
- . «Seguridad por intermedio del derecho penal». En Francisco Muñoz Conde (Director), *Problemas Actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios Penales memoria María del Mar Díaz Pita*, Valencia: Tirant Lo Blanch. 2008, pp. 25-64.
- . «¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?». En Roland Hefendehl (Editor), *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons. 2007, pp. 95-104.
- . «Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos». *Revista Pena y Estado. Función simbólica de la pena*. N.º 1. Septiembre-diciembre. 1991, pp. 23-36.
- HEFENDEHL, Roland. «El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa». En Carlos García, Et.Al (Coords), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. T. I. Madrid: Edisofer. 2008, pp. 389-404.
- . «De largo aliento: el concepto de bien jurídico o, qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico». En él mismo (Editor), *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons. 2007, pp. 459-475.

- HERZOG, Félix. «Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo». En Luis Arroyo, Ulfrid Neumann, Adán Nieto (Coords), *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el Cambio de Siglo*. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha. 2003, pp. 249-258.
- . «Algunos Riesgos del Derecho Penal del Riesgo», Trad. Enrique Anarte. *Revista Penal*. N.º 4.1999, pp. 54-57.
- HORMAZÁBAL, Hernán. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la Norma Penal)*. 2ª Ed. Santiago de Chile: Lexis Nexis. 2006.
- JAKOBS, Günther. «¿Cómo Protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma». En Maier, Julio y Córdoba, Gabriela (Compiladores). *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?* Buenos Aires: Ad-Hoc. 2009, pp. 53-71.
- . «¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?». En Montealegre, Eduardo (Coordinador). *El Funcionalismo en Derecho Penal: Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*. T. I. Bogotá: Universidad Externado. 2003, pp. 41-56.
- . *Derecho Penal Parte General: Fundamentos y Teoría de la imputación*. 2ª Ed. Trad: Cuello Joaquín y Serrano José. Madrid: Marcial Pons. 1997.
- KINDHÄUSER, Urs. «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal». Trad. Nuria Pastor. *Indret*. N.º 1. 2009. En <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2935422> [Visto18/02/2015]
- . «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico». *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas honor Profesor Klaus Tiedemann*. Trad. Fernando Molina. Madrid. BOE. 1995, pp. 441-452.
- LÓPEZ, Jacobo. «El papel del derecho penal en la segunda modernidad». En Julio Díaz-Maroto (Editor), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum homenaje a Antonio González-Cuellar García*. Madrid: Colex. 2006, pp. 325-338.
- MÉNDEZ, Cristina. *Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación*. Madrid: Universidad Complutense-Ministerio de Justicia. 1993.
- MENDOZA, Blanca. *Límites Dogmáticos y Político Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*. Granada: Comares. 2001
- MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel. 1994.
- . *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1976.
- MOCCIA, Sergio. «De la Tutela de bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones post modernas y reflejos liberales». *Política criminal y Nuevo Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. 1997, pp. 113-144.
- MORENO, Miguel. *Los Delitos de Conducción Temeraria*. Valencia: Tirant Lo Blach. 2003.
- MORILLAS, Lorenzo. «Delitos contra la seguridad del tráfico». *Revista del Poder Judicial*. Número 12. 1990. Pp.165-191.
- MORILLAS, Lorenzo y SUÁREZ, José. «El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995». *Cuadernos de Política Criminal*. N.º 69. 1999, pp. 549-584.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2007.
- . «La relación entre dogmática jurídico-penal y política criminal en el contexto político alemán tras la segunda guerra mundial. Historia de una relación atormentada». En Mercedes Alonso Álamo (et al. Coordinadores), *Libro Homenaje Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Thomson Civitas. 2005, pp. 747-748.

- «Protección de Bienes Jurídicos como límite constitucional del Derecho Penal». En Fermín Morales, Gonzalo Quintero (Coords), *El nuevo Derecho Penal Español: Estudios penales memoria José Valle Muñiz*. Navarra: Aranzadi. 2001, pp. 561-574.
- NAVARRO, Fernando. «El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador». En Fernando Pérez (Editor), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: EUS. 2004, pp. 1321-1348.
- ORTS, Enrique. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2004.
- ORTS, Enrique y ROIG, Margarita. «El llamado delito de conducción homicida». En Carlos García, Antonio Cuerda, Margarita Martínez, Rafael Alcacer, Margarita Valle (Coords), *Estudios Penales Homenaje Enrique Gimbernat*. T. II. Madrid: Edisofer. 2008, pp. 2175-2204.
- PORTILLA, Guillermo. *El derecho penal cosmopolitismo universalista y relativismo posmodernista*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2007.
- «El derecho penal de la seguridad. Una secuela inevitable de la desaparición del Estado social». En José Brandariz y Jaime Pastor (Edits.), *Guerra Global Permanente*. Madrid: Catarata. 2005.
- «Principio de Intervención Mínima y Bienes Jurídicos Colectivos», *Cuadernos de Política Criminal*. N.º 39. 1989, pp. 723-748.
- PRADO, Luiz. *Bien Jurídico Penal y Constitución*. Trad: Álvarez, Luis. Lima: ARA. 2010.
- QUERALT, Joan. *Derecho Penal Español, Parte Especial*. Barcelona: Atelier. 2008.
- QUINTERO, Gonzalo. «Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo». En *La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas. Estudios de Derecho Judicial*. N.º 128. Madrid. 2007, pp. 193-226.
- «La deriva y crisis de las ideas penales en España». En Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (Coords), *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004, pp. 929-958.
- ROXIN, Claus. «El Concepto de Bien Jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 15, pp. 1-27. 2013. En <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> [Visto 19/02/2015]
- «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?». En Roland Hefendehl (Editor), *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons. 2007, pp. 443-458.
- *Política Criminal y Estructura del Delito (Elementos del Delito en base a la Política Criminal)*. 1ª Ed. Trad: Bustos Juan, Hormazábal Hernán. Barcelona: PPU. 1992.
- SAN MARTÍN, David. «Retórica y gobierno del riesgo: la construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo». En María Bernuz y Ana Pérez (Coords), *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica*. La Rioja. 2006, pp. 106-120.
- SÁNCHEZ, María. *El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal*. Valladolid: Univ. Valladolid. 1999.
- SERRANO-PIEDECASA, José. «El Conocimiento Científico del Derecho Penal». Nieto Adán (Coordinador), *Homenaje al Dr. Marino Barbero*. T. I. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha y EUS. 2001, pp. 659-684.
- SILVA, Jesús. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas. 2001.
- SOTO, Susana. *La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos*. Granada: Comares. 2003.
- SCHÜNEMANN, Bernd. «Introducción al Razonamiento Sistemático en Derecho Penal». En él mismo (Coordinador). *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*.

Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. 2ª Ed. Trad: Jesús Silva. Montevideo: B de F. 2012, pp. 1-77.

- «El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación». En Hefendehl, Roland (Editor), *La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons. 2007, pp. 197-226.
- TERRADILLOS, Juan. «Globalización, Administrativización, y Expansión del Derecho Penal Económico». En Juan Terradillos y María Acale (Coordinadores), *Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid: Trotta. 2004, pp. 219-240.
- WELZEL, Hans. «La Dogmática en el Derecho Penal». En *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Colección de Maestros del Derecho Penal*. Fernández, Gonzalo (Director). Montevideo-Buenos Aires: B de F. 1972, pp. 47-58.

Delitos contra la Administración Pública en el marco de contrataciones estatales: especial referencia al delito de colusión simple en el ordenamiento jurídico peruano

INGRID DÍAZ CASTILLO (Perú)

Investigadora Doctoranda, Universidad de Salamanca, España

RESUMEN: La comisión de delitos contra la Administración Pública en el marco de contrataciones estatales constituye una situación cotidiana a la que se enfrenta el Derecho penal. En ese marco, son comunes las denuncias por acuerdos ilegales entre funcionarios públicos y particulares, con el objeto de defraudar al Estado en los procesos de contratación. Frente a ello, legislaciones como la peruana tipifica el delito de colusión simple, que a partir de una estructura de peligro abstracto adelanta la barrera criminal para sancionar esta conducta. Sin embargo, la diversa e incluso contradictoria comprensión de la estructura como de los elementos típicos del delito, ha generado problemas en el momento de su aplicación. Al estudio de ellos como a su posible solución, se avocará el presente trabajo.

Palabras clave: Corrupción, Administración Pública, Contratos públicos, Delitos funcionariales, Delitos de peligro abstracto.

ABSTRACTS: The commission of crimes against the Public Administration in the state contracting context, it is a daily situation facing the Criminal Law. In this context, complaints of illegal agreements between public and private officials are common, with the aim of defrauding the State in the contracting processes. Against this, legislations such as the Peruvian, typify the crime of simple collusion, which from an abstract danger structure advances the criminal barrier to punish this conduct. However, the diversity and, even, contradictory understanding of the structure as well as the typical elements of crime has generated problems at the time of its application. In the study of them as a possible solution, the present work will be invoked.

Key words: Corruption, Public Administration, Public Contracts, Offenses, Offenses of Abstract Danger.

SUMARIO: I. Introducción. II. Los elementos típicos del delito base de colusión. III. La configuración del delito de colusión simple. IV. A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos contra la Administración Pública cometidos en el marco de contrataciones estatales han cobrado gran relevancia debido al incremento de las contrataciones para construcción de obras públicas, servicios, de personal, explotación de recursos, etc., que celebra el Estado peruano a través de sus diversas entidades, tales como el gobierno central, gobiernos regionales, gobiernos locales, ministerios, etc.

En ese contexto, los acuerdos ilegales entre funcionarios públicos y particulares para beneficiarse de los procesos de contratación estatal, constituyen modalidades delictivas cotidianas que debe enfrentar el sistema de persecución penal peruano.

A dicho fenómeno se ha pretendido responder a través del delito de colusión, que de acuerdo a la Ley N° 29758 del 21 de julio del 2011, comprende dos conductas: La primera de ellas, que constituye la conducta básica, sanciona al funcionario o servidor público que se concierta con los interesados para defraudar al Estado; mientras la agravante, sanciona al funcionario o servidor público que defraudare patrimonialmente al Estado¹.

De esta manera, siguiendo la redacción del delito de fraude del Código Penal español, el tipo base se constituye en un delito de peligro abstracto. Por su parte, el tipo agravado es un delito de lesión cuya prohibición se centra en la defraudación patrimonial efectiva.

Sin embargo, como adelantáramos en el resumen, a pesar de haberse presentado múltiples denuncias contra estas conductas son pocas las condenas obtenidas, y es que, los elementos típicos y la configuración del delito de colusión, sobretudo en cuanto a la conducta base, ha permitido la proliferación de criterios de interpretación diversos e incluso opuestos en la doctrina y jurisprudencia nacional.

Este trabajo estudiará dichos aspectos problemáticos respecto del tipo base de colusión, por ser este el que ha generado más problemas en su aplicación. Específicamente, definiremos a sus elementos típicos y luego, nos centraremos en su configuración.

II. LOS ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO BASE DE COLUSIÓN

Vamos a referirnos en este punto a dos de los elementos del tipo base de colusión que determinan su configuración: En primer término, trabajaremos el elemento concertación y posteriormente, haremos alusión a la defraudación.

¹ «Artículo 384°. El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.»

2.1 *Contenido y alcances de la concertación*

El concepto de concertación en la jurisprudencia peruana ha oscilado en torno a su consideración como un «acuerdo ilícito»². Ciertamente, se le ha definido como el «acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito con perjuicio de un tercero»³ y en sentido similar, se le ha considerado un pacto «subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados y de los principios que informan la actuación administrativa»⁴.

Al mismo tiempo, una noción un poco más normativa considera que «cuando se hace alusión a una concertación anclamos en un concepto privativo de la codelincuencia, cuando dos o más personas pactan realizar un acto antijurídico, dirigido a lesionar o poner en peligro un bien jurídico penalmente tutelado»⁵. Por su parte, sobre la forma en que se materializa dicho acuerdo colusorio, alguna sentencia ha sostenido que requiere la realización de maniobras de engaño⁶.

En ese contexto, el referido acuerdo ilícito o antijurídico se fundamenta en el incumplimiento de deberes encomendados al funcionario, en la búsqueda de un fin distinto al público o en la vulneración de un bien jurídico que podría ser el patrimonio público, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, la fidelidad del funcionario para con la Administración u otro, en tanto la jurisprudencia peruana no ha establecido un criterio único.

Además de ello, las sentencias revisadas parecen requerir ciertas características para que el acuerdo sea típico, entre ellas, que se trate de un pacto subrepticio, oculto o clandestino y que impliquen maniobras de engaño.

En la doctrina nacional, por su parte, se reconoce que la concertación requerida por el tipo implica un pacto ilícito. Dicha característica se deriva del perjuicio a los intereses estatales perseguido por el funcionario público y el particular.⁷

Autores como GARCÍA CAVERO, sin embargo, no hacen referencia a la ilicitud del acuerdo, pero como en la posición citada, consideran que la concertación propia del delito de colusión sanciona «toda negociación entre las partes (el Estado y los particulares) de manera tal que las

² RN N.º 508-2007, Ejecutoria Suprema del 11 de abril de 2008.

³ Exp. 27-2004, Ejecutoria Suprema del 1 de octubre de 2004.

⁴ Exp. 20-003-AV, Ejecutoria Suprema del 18 de octubre de 2005. En el mismo sentido, Exp. 34432-2010-17 sentencia de la Sexta Sala especializada en lo Penal para Procesos con reos Libres de 22 de julio de 2013; Exp. 1296-2007 Ejecutoria Suprema del 12 de diciembre de 2007, RN N.º 215-2011 Ejecutoria Suprema del 6 de marzo de 2012, RN N.º 1105-2011 del 22 de agosto de 2012, RN N.º 1114-2011 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del 9 de mayo de 2012.

⁵ Resolución N.º 2 del Expediente N.º 054-2011, sentencia del Segundo Juzgado Unipersonal del 15 de agosto de 2012. CASTAÑEDA OTSU, S., «Nuevo Código Procesal Penal. Jurisprudencia seleccionada», en: CASTAÑEDA OTSU, S. (coord.), *Nuevo proceso penal contra la administración pública*, Jurista Editores, Lima, 2014, pp. 444-445.

⁶ RN N.º 1480-2003 del 22 de julio del 2004, Ejecutoria Suprema N.º 1402-2002, Ejecutoria Suprema N.º 3042-2004, RN N.º 334-2009 Ejecutoria Suprema del 16 de junio de 2010, RN N.º 1342-2006, Ejecutoria Suprema del 10 de octubre de 2007.

⁷ ROJAS VARGAS, F. *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2007, p. 414. ABANTO VÁSQUEZ, M. *Delitos contra la Administración Pública*, ed. Palestra, Lima, 2003, p. 310.

condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado»⁸.

A su vez, algún sector de la doctrina considera que la concertación debe realizarse subrepticamente y a través de maniobras de engaño⁹. Sobre este último punto, algunos autores consideran que no puede requerirse el engaño porque el tipo penal peruano, a diferencia del español, no hace alusión al uso de un artificio distinto a la concertación¹⁰. Desde otra óptica, Castillo ALVA cuestiona la necesidad de este elemento pues considera que dicha posición confunde la realización de negociaciones contra los intereses estatales con la ejecución de un acto engañoso¹¹.

En cuanto a la doctrina española, siguiendo el precedente establecido en la Sentencias del Tribunal Supremo del 2 de febrero de 1994, 14 de mayo de 1994 y 16 febrero de 1995 entiende por concertación el acto de ponerse de acuerdo.

Ciertamente, se ha establecido que la concertación implica el acuerdo de voluntades entre el funcionario y la persona interesada, con la finalidad de defraudar al ente público¹². De ello se ha derivado que se trata de un delito de participación necesaria «en el que preceptivamente deben intervenir dos sujetos, llevando a cabo cada uno de ellos una conducta distinta, pero tendente a la obtención de una misma finalidad, en este caso, defraudar a cualquier ente público»¹³.

A partir de ello, la doctrina española ha entendido que la concertación se constituye en un medio específico para defraudar al Estado, mientras la alusión del tipo a *cualquier otro artificio* es una cláusula abierta que ha sido interpretada por algunos, como el despliegue de cualquier medio engañoso, maquinación o simulación¹⁴; mientras otros, consideran se trata de toda maniobra fraudulenta o engañosa del funcionario siempre que ésta no requiera la intervención del particular beneficiario de la misma¹⁵.

⁸ GARCÍA CAVERO, P. «Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal», en: GARCÍA CAVERO, P. y J., CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ed. Grijley, Lima, 2008, p. 38. En el mismo sentido, MARCA ROMERO, E. «Análisis dogmático-normativo del delito de colusión», en: *Gaceta Penal*, n.º 26, agosto 2011, p. 29.

⁹ ROJAS VARGAS, F. *Delitos contra la Administración Pública ...*, op. cit., p. 414. ABANTO VÁSQUEZ, M. *Delitos contra la Administración Pública ...*, op. cit., pp. 310-312. ALCÓCER POVIS, E. «El engaño y el perjuicio en el delito de colusión desleal ¿Elementos del tipo penal?», pp. 1-4. Extraído de <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-penal/El-engano-y-el-perjuicio-en-el-delito-de-colusion-desleal.pdf>.

¹⁰ MARCA ROMERO, E. «Análisis dogmático-normativo del delito de colusión...», op. cit., p. 29.

¹¹ CASTILLO ALVA, J. «Colusión ilegal», en: GARCÍA CAVERO, P. y J., CASTILLO ALVA. *El delito de colusión*, ed. Grijley, Lima, 2008, p. 112.

¹² MIR PUIG, C. *Los delitos contra la Administración Pública*, ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 337. En el mismo sentido CALDERÓN CEREZO, A. y J., CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 1090-1091; MORILLAS CUEVA, L. «Delitos contra la Administración Pública (VIII) Fraudes y exacciones ilegales»; COBO DEL ROSAL, M. (coord.). *Derecho penal. Parte especial*, 2ª edición, ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 924; QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, ed. Aranzadi, 5ª edición, Navarra, 2005, p. 1706. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.). *Manual de Derecho penal. Parte especial*, ed. Civitas, Tomo II, 3ª ed., A Coruña, 2005, p. 502.

¹³ QUINTERO OLIVARES, 2005. *Comentarios a la Parte especial ...*, op. cit., p. 1706. En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA, L. «Delitos contra la Administración Pública (VIII) ...», op. cit., pp. 924-925.

¹⁴ CALDERÓN CEREZO, A. y J., CHOCLÁN MONTALVO. *Derecho penal. Parte especial ...*, op. cit., pp. 1090-1091. RODRÍGUEZ DEVESA, J. y A., SERRANO GÓMEZ. *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª edición, ed. Dykinson, Madrid, 1994, p. 1196.

¹⁵ MORILLAS CUEVA, L. «Delitos contra la Administración Pública (VIII) ...», op. cit., pp. 924-925.

Con este panorama conviene poner en orden algunas ideas. En primer término, la concertación requerida por el artículo 384° del Código Penal peruano sanciona, sin duda, al acuerdo entre el funcionario público y el particular siempre que se realice para defraudar al Estado.

En ese marco, el acuerdo debe tener cierta entidad para defraudar los intereses públicos, es decir, debe encerrar la posibilidad de lesionar a los mismos. Por ello, el delito de colusión simple tipifica un delito de peligro abstracto que no lesiona el bien jurídico pero sí lo coloca ante un peligro potencial de lesión.

Ese peligro está representado por la concertación cuyo entendimiento como acuerdo entre las partes, debe leerse además en clave de lo que busca proteger el delito, es decir, el bien jurídico.

Al respecto, consideramos que el bien jurídico protegido por el delito de colusión simple es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, estableciéndose la vulneración del principio de imparcialidad como elemento esencial de su contenido.

En ese contexto, la concertación que pone en peligro el bien jurídico es el pacto parcializado del funcionario a favor de los intereses propios o del particular pero en ningún caso de la Administración Pública. En esa medida, más que de una concertación ilícita debe hablarse de una concertación parcializada en contra de los intereses de la Administración.

Ahora bien, un segundo punto que debemos analizar es si dicho pacto parcializado debe realizarse de manera clandestina y si implica maniobras de engaño. Sobre el primer punto, nos parece absolutamente posible que la concertación sea llevada a cabo sin ningún tipo de clandestinidad, y es que, como ha apuntado una reciente sentencia, la concertación puede ser «conocida o pública dentro de la entidad estatal o el circuito económico»¹⁶.

En realidad, lo importante de la concertación típica de la colusión es que a través de ella se persiga defraudar al Estado o se le defraude patrimonialmente, en el caso de la agravante del tipo.

Por su parte, en cuanto a que la concertación requiere maniobras de engaño, queda claro que dicho requerimiento no se deriva de la descripción típica del delito, como sí sucede en el caso del Código Penal español. En esa medida, exigir elementos no especificados para la configuración del tipo, vulnera el principio de legalidad penal.

Ciertamente, para ABANTO es imaginable que la defraudación sea producto de una gama de conductas que no se reducen a la concertación¹⁷, tal como, «cualquier maquinación, simulación o engaño que tenga por objeto defraudar»¹⁸; sin embargo, nuestro tipo penal no hace alusión a la cláusula abierta que posee el delito de fraude español, por lo que no puede ser exigida.

Por lo demás, cabe señalar que si es el funcionario con capacidad de decidir el que acuerda con un particular su favorecimiento en un contrato público y al mismo tiempo, es quien se lo concede, resulta difícil pensar que ha existido alguna maniobra engañosa.

Si desde otra perspectiva, se apunta a que más allá de la concertación dada entre funcionario y particular, el primero realiza maniobras de engaño ante otro funcionario a fin de que se

¹⁶ Exp. 185-2011 sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de Lima del 11 de abril de 2013.

¹⁷ ABANTO VÁSQUEZ, M. *Delitos contra la Administración Pública ...*, op. cit., p. 311.

¹⁸ ETXEBERRIA ZARRABEITIA, X. «Fraudes y exacciones ilegales», en: Asúa Batarrita, A., *Delitos contra la Administración Pública*, ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 212.

beneficie al particular pero no al ente público¹⁹, consideramos que estos podrían constituir indicios de la concertación típica de la colusión o de otro delito, como la negociación incompatible.

Cabe señalar, a fin de ir terminando este punto, que en la jurisprudencia y doctrina peruana se viene discutiendo si la concertación puede ser realizada en comisión por omisión.

Al respecto, debe señalarse que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre algunos casos pero no ha establecido un criterio. Así, a propósito de una denuncia interpuesta contra un alcalde que formó parte del comité de adquisición de insumos en el que ocurrieron diversas irregularidades; la Corte absolvió al funcionario por considerar que mediante una resolución delegó funciones en los otros miembros del comité. En efecto, a pesar que tenía la obligación de observar y denunciar las mencionadas irregularidades, su omisión no equivale –según el fallo– a la concertación típica del delito de colusión²⁰.

Por su parte, en una ejecutoria suprema del 11 de octubre de 2005 se sancionó por colusión a dos ingenieros encargados de dar la conformidad de una obra, quienes a pesar de haber formulado en un primer momento observaciones a la misma, otorgaron su conformidad aun cuando dichas observaciones no fueron subsanadas. Si bien los procesados alegaron haber firmado el acta de conformidad en tanto fueron informados de la subsanación de las observaciones, se les condenó por considerar que tenían la obligación de verificar la correspondencia de la obra con los requisitos exigidos por el expediente técnico. Dicha omisión permitió inferir a la Sala la concertación entre los ingenieros y la empresa contratista²¹.

En ese marco, autores como ROJAS VARGAS parecen admitir que actos omisivos equivalgan a la concertación típica del delito. Ciertamente, el autor señala que «lo que se niega o viola por parte de los sujetos activos con su comportamiento, que puede ser activo u omisivo, es la necesaria parcialidad estatal en la gestión, convirtiéndola en parcialidad personal o de los interesados»²².

Sin embargo, el sector mayoritario de la doctrina peruana considera que «el agente, necesariamente y de manera activa, debe concertar o ponerse de acuerdo con los interesados en negociar con el Estado. Es imposible que actos omisivos impliquen o representen acuerdo o concertación alguna»²³.

A nuestra consideración, no debe cerrarse la posibilidad de que el delito sea cometido en comisión por omisión. Ello dependerá, como ha señalado oportunamente GARCÍA CAVERO, de que «la omisión más grave de un funcionario público pueda equipararse penalmente con una concertación defraudatoria»²⁴.

Lo que sí debemos agregar, es que en muchos casos las omisiones realizadas por el funcionario público pueden denotar junto con otros elementos de juicio, que ha existido una concertación entre este y el particular. Por ello, dichas omisiones deberán ser analizadas con el conjunto del caso ya que dependiendo del contexto en que se realicen, podrán conformar

¹⁹ *Ibíd.*, pp. 208 y 209.

²⁰ Sentencia citada por GARCÍA CAVERO, P. «Aspectos dogmáticos ...», *op. cit.*, p. 50.

²¹ SALINAS SICCHA, R. *Delitos contra la Administración Pública*, 3^o ed., ed. Grijley, Lima, 2014, p. 269.

²² ROJAS VARGAS, F. *Delitos contra ...*, *op. cit.*, p. 411.

²³ SALINAS SICCHA, R. *Delitos contra ...*, *op. cit.*, p. 268.

²⁴ GARCÍA CAVERO, P. «Aspectos dogmáticos ...», *op. cit.*, p. 51.

indicios razonables de la comisión del delito y no meramente, el tipo de omisión de deberes funcionales contenido en el artículo 377° del Código Penal peruano.

Por lo demás, en el caso de delegación de funciones de alguno de los miembros de un órgano colegiado, deberá analizarse el contexto en el que se realiza la delegación porque no necesariamente la ausencia de participación absuelve del hecho. Habrá que analizarse por ello, la actuación anterior y posterior al acto o actos que hayan realizado los demás miembros del comité.

2.2 *La defraudación*

Sobre el concepto de defraudación se han ofrecido por lo menos dos líneas argumentativas en la jurisprudencia peruana. Por una parte, se le ha entendido como perjuicio patrimonial o de otra índole en contra del Estado, considerándolo su componente material intrínseco²⁵.

En ese marco, la defraudación implica «(...) un perjuicio a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concreta en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras»²⁶.

Por otra parte, se ha sostenido que la defraudación implica –en realidad– el quebrantamiento de la función o el deber encomendado al funcionario público y por tanto, la violación del principio de confianza en él depositada²⁷. De lo anterior, según un sector de la jurisprudencia, se deriva «el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a las expectativas e interés patrimoniales del Estado»²⁸.

Como puede observarse, el concepto de defraudación en el ámbito jurisprudencial ha partido de identificar como bien jurídico protegido al patrimonio estatal o al incumplimiento de deberes funcionales reflejado en el quebrantamiento de la confianza otorgada por el Estado.

En el plano doctrinal, el contenido atribuido a la defraudación se ha centrado en el aspecto patrimonial del delito. De ese modo, para HUGO ÁLVAREZ, CASTILLO ALVA, ROJAS VARGAS, GARCÍA CAVERO y ABANTO VÁSQUEZ, la defraudación hace referencia al perjuicio económico real o potencial del Estado²⁹.

La doctrina española, por su parte, unánimemente identifica la defraudación con el perjuicio económico. Dicha posición responde a la identificación del patrimonio como bien jurídico protegido por el delito, que se considera similar al tipo de malversación.

²⁵ Exp. 1402-2002, Ejecutoria Suprema del 4 de julio de 2002.

²⁶ *Ídem*.

²⁷ Exp. 27-2003-AV, Ejecutoria Suprema del 22 de setiembre de 2011. En el mismo sentido, RN N.º 2472-2006 Ejecutoria Suprema del 15 de enero de 2008.

²⁸ Exp. 27-2003-AV, Ejecutoria Suprema del 22 de setiembre de 2011. En el mismo sentido, RN N.º 2472-2006 Ejecutoria Suprema del 15 de enero de 2008. Resolución N.º 2 del Expediente N.º 054-2011, sentencia del Segundo Juzgado Unipersonal del 15 de agosto de 2012. CASTAÑEDA OTSU, S. «Nuevo Código Procesal Penal. Jurisprudencia seleccionada ...», op. cit., p. 445.

²⁹ HUGO ÁLVAREZ, J. *Delitos cometidos por funcionarios público contra la Administración*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 80; CASTILLO ALVA, J. *El delito de colusión ...*, op. cit., p. 141; ROJAS VARGAS, F. *Delitos contra ...*, op. cit., p. 412; GARCÍA CAVERO, P. *Aspectos dogmáticos esenciales ...*, op. cit., p. 48; ABANTO VÁSQUEZ, M. *Delitos contra ...*, op. cit., p. 313.

De ese modo, autores como Morillas Cueva se adhieren a lo resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo el 16 de febrero de 1995, fallo en el cual se entendió la defraudación como equivalente a perjudicar económicamente el patrimonio de la entidad a la que el funcionario presta sus servicios³⁰.

Con todas estas definiciones, conviene que tomemos partido por alguna de ellas o apostemos por un nuevo concepto. En ese marco, vamos a referirnos primero a aquellas posiciones que definen la defraudación como perjuicio económico.

Al respecto, debe señalarse que el tipo base del delito de colusión no hace expresa alusión al elemento patrimonial. Si este pretende ser deducido de la agravante, cabe argumentar que la especial protección al patrimonio gestionado por la entidad pública en el segundo párrafo del artículo 384º del Código Penal, en modo alguno implica que se olvide la puesta en peligro al correcto funcionamiento de la Administración Pública.

De ese modo, si bien la protección del patrimonio público resulta importante no es este únicamente o en todos los casos el bien jurídico protegido por los delitos contenidos en el Título XVIII del Código Penal peruano (Delitos contra la Administración Pública). El criterio distintivo de estos delitos se constituye a partir del carácter prestacional de la Administración, por lo que esta cualidad no puede descartarse como bien jurídico protegido en contraposición al patrimonio o en ciertos casos, conjuntamente a éste.

Respecto al entendimiento de la defraudación como el incumplimiento de los deberes encomendados a los trabajadores del Estado, cabe recordar que la infracción del deber como fundamento de la sanción penal es, en primer término, una noción demasiado amplia ya que cualquier mínimo incumplimiento puede ser considerado delito, lo que sin duda, vulnera el principio de intervención mínima del Derecho penal. Al mismo tiempo, no se comprende cuál sería el límite o la diferencia entre la infracción administrativa y el ilícito penal.

Por estas razones, consideramos que partiendo de nuestra definición de bien jurídico protegido en el tipo base de colusión, debe entenderse por defraudación la lesión al correcto funcionamiento de la Administración Pública. Dicha lesión no es requerida por el tipo; sin embargo –como explicaremos en el siguiente punto– se pone en peligro potencial a través de uno de sus elementos esenciales: El principio de imparcialidad.

III. LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE COLUSIÓN SIMPLE

El tipo base del artículo 384º del Código Penal peruano describe dos actos: En el primero, el funcionario se concierta con los interesados y, producto de dicha concertación, se persigue el segundo acto: La defraudación al Estado.

La descripción hecha por el legislador nos presenta un tipo penal portador de un elemento subjetivo adicional, representado por el fin de defraudar. Como ha señalado alguna sentencia, «este delito consiste básicamente en el comportamiento del funcionario o servidor público – que intervenga por razón de su cargo o comisión especial– orientado a la producción de un menoscabo en la gestión pública»³¹.

³⁰ MORILLAS CUEVA, L. «Delitos contra la Administración Pública (VIII) ...», op. cit., p. 924.

³¹ RN N.º 1318-2012 Ejecutoria Suprema del 29 de agosto de 2012.

De ese modo, se trata de un delito mutilado de dos actos en el que la intención del autor al ejecutar la acción típica se dirige a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto, pero que no debe verificarse para determinar la realización del delito³².

De lo anterior se deriva, que el tipo base de colusión requiere la concertación entre el funcionario y el particular con fines defraudatorios, vale decir, con la intención de lesionar el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Este segundo acto no es exigido para la configuración del tipo por lo que su realización fáctica no debe ser acreditada.

En realidad, esta construcción permite determinar que el tipo base de colusión plantea un delito de peligro abstracto en el que se sanciona la vulneración al principio de imparcialidad que pone en riesgo potencial el correcto funcionamiento de la Administración Pública. En ese sentido, alguna sentencia ha señalado que «la concertación constituye la fuente generadora de riesgo y la única conducta incriminada apta para provocar un perjuicio»³³.

En esa medida, «el delito se perfecciona con el acuerdo entre el funcionario y el interesado»³⁴, por lo que estamos ante un delito de peligro abstracto, en el que la importancia del principio de imparcialidad como pilar del correcto funcionamiento de la Administración Pública justifica el adelanto de la protección penal.

Autores como SALINAS SICCHA consideran que la colusión simple se constituye en un delito de peligro concreto³⁵ aunque no explica por qué. Sin embargo, debemos recordar que los delitos de peligro abstracto se distinguen de los delitos de peligro concreto en que el radio de la acción peligrosa no pone en riesgo efectivo al bien jurídico, sino que lo coloca ante una amenaza potencial de lesión.

En otras palabras, mientras «los delitos de peligro concreto requieren que la acción produzca un resultado de concreto peligro de lesión inmediata o próxima para algún bien jurídico; en los delitos de peligro abstracto basta con que la conducta sea peligrosa en general, aunque no llegue a poner en peligro de lesión inmediata o próxima al bien jurídico»³⁶.

A partir de ello, a nuestro parecer la vulneración del principio de imparcialidad implica un riesgo potencial al funcionamiento adecuado de la Administración Pública, pero no se trata de un peligro inmediato o próximo pues resulta difícil que un solo acto tenga dicho efecto sobre la Administración Pública y su funcionamiento.

Ahora bien, esto no significa que el análisis para determinar la relevancia penal de la conducta requiera únicamente de la existencia de una concertación, sino que esta debe tener la capacidad de poner en riesgo al funcionamiento de la Administración. En ese contexto, será necesario que analicemos los hechos a partir de los criterios de la imputación objetiva.

Ciertamente, «si se entiende correctamente a la imputación objetiva como la teoría que permite establecer lo que para el Derecho Penal es una conducta lesiva de los intereses sociales,

³² MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2008, p. 226.

³³ Resolución N.º 2 del Expediente N.º 054-2011, sentencia del Segundo Juzgado Unipersonal del 15 de agosto de 2012. CASTAÑEDA OTSU, S. «Nuevo Código Procesal Penal. Jurisprudencia seleccionada ...», op. cit., pp. 444-445. Si bien la resolución hace referencia sólo al perjuicio patrimonial, consideramos que la idea de la concertación como fuente de riesgo del perjuicio, es trasladable a nuestra posición.

³⁴ *Idem*.

³⁵ SALINAS SICCHA, R. *Delitos contra ...*, op. cit., p. 289.

³⁶ LUZÓN PEÑA, D. *Curso de Derecho penal. Parte general*, ed. Universitas, Madrid, 1996, p. 314.

es decir, como el núcleo de la acción penalmente relevante, de la cual forma parte no sólo un resultado, sino, además, el imprescindible aspecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, resulta innegable que la imputación objetiva no debe quedar reducida a los denominados delitos de lesión»³⁷.

Evidentemente, el paso previo a este análisis que marcará el límite con el ámbito administrativo consiste en que la conducta a ser analizada, debe referirse a comportamientos que realiza el funcionario en su labor prestacional a los ciudadanos.

En esa medida, deberá identificarse primero la constitución típica del delito de peligro abstracto y dependiendo de ello, si se trata de un delito de mera actividad bastará para la realización de su tipo objetivo, el análisis del primer elemento de la imputación objetiva; sin embargo, si se trata de un delito de resultado, se exigirá, además de la creación de un riesgo prohibido para el bien jurídico, la realización de este en el resultado material.

Debido a que el tipo base de colusión es un delito de peligro abstracto y también de mera actividad, pues no exige un resultado separado espacio temporalmente distinto a la concertación, el análisis de imputación objetivo se centrará en la creación de un riesgo prohibido.

Como ha señalado la doctrina española unánimemente, estamos ante un delito de simple actividad y de peligro abstracto³⁸ que se consuma cuando se ponen de acuerdo funcionario e interesados persiguiendo defraudar al ente público, sin que sea necesaria la efectiva causación de un perjuicio, ni la obtención de una ventaja por el funcionario tal como señalan las sentencias del Tribunal Supremo del 5 de abril de 1990,¹⁸ de enero de 1992,² de febrero de 1994, 19 de mayo de 1998³⁹.

Cabe señalar que el uso de la teoría de la imputación objetiva para el análisis de este delito de peligro abstracto no es nuevo en la jurisprudencia peruana. Aunque partiendo de postulados distintos a los defendidos en este trabajo, el Tribunal Constitucional ha señalado que «si el funcionario público transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores, no necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido, pero al no haberse respetado las normas de contratación, las expectativas del Estado se verán puestas en peligro, lo que puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial»⁴⁰.

3.1 *La acreditación de la concertación para defraudar: La prueba indiciaria*

Un tema importante para la configuración del delito de colusión simple o base, radica en la acreditación objetiva de la concertación para defraudar en el marco del proceso penal. En los términos que hemos planteado con anterioridad, se trata de acreditar cuando estamos frente a

³⁷ REYES ALVARADO, Y. «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», en: *ADPCP*, Septiembre-Diciembre 1992, p. 965.

³⁸ MORILLAS CUEVA, L. «Delitos contra la Administración Pública (VIII) ...», op. cit., p. 925. En el mismo sentido, CALDERÓN CEREZO, A. y J., CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte especial ...*, op. cit., p. 1091.

³⁹ QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte especial ...*, op. cit., p. 1706. ORTS BERENGUER, E. «Delitos contra la Administración Pública», en: Vives Antón, T. y otros, *Derecho penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 938.

⁴⁰ Exp. 0017-2011-PI/TC, sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de mayo de 2012.

un acuerdo parcializado entre el funcionario y el particular con capacidad de poner en peligro abstracto el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Al respecto, una reciente sentencia ha señalado con razón, que la acreditación del tipo deberá girar en torno a los hechos objetivos del caso que nos permitan razonablemente argumentar la presencia de una concertación típica.

Ciertamente, en abril del 2013 la Sala Penal de Apelaciones de Lima destacó que la prueba del acuerdo colusorio no siempre podía ser directa sino que en muchos casos se sustenta en «factores objetivos tales como la simulación de la contratación pública, esto es, dando una apariencia de cumplimiento u omitiendo los requisitos legales»⁴¹.

En dicha sentencia, la Sala consideró que a efectos de acreditar la concertación requerida para la configuración del tipo, debían tenerse en cuenta entre otros indicios, los siguientes: «La concurrencia de un solo postor o de presuntos postores idóneos, precios sobrevaluados o subvaluados, inexperiencia comercial de los postores, plazo de la garantía de los postores, admisión de calidades y cantidades de bienes, obras o servicios inferiores o superiores respectivamente a los requeridos, celeridad inusitada de los plazos de duración en el proceso de selección, falta de documentación del postor o si la misma es fraudulenta, la no correspondencia de la calificación técnica-económica con la experiencia o especialización del postor, inclusión de requisitos innecesarios en las bases administrativas para favorecer a determinados postores, cambios de bases administrativas, la no correspondencia de las especificaciones técnicas con los reglamentos o normas técnicas, apariencia de ejecución de la contratación, reintegro a los terceros interesados, ampliaciones innecesarias de objeto de la contratación primigenia, etc.»⁴².

Las afirmaciones anteriores, que pueden resultar evidentes, no han sido tenidas en cuenta por todas las instancias judiciales siendo que parecen exigir la prueba directa del acuerdo ilícito, considerando los indicios de este como meras infracciones administrativas.

En esa línea, el Recurso de Nulidad N.º 1730-2011 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú⁴³ absolvió al Presidente y la Secretaria de la Comisión Especial Permanente de una municipalidad por la presunta comisión del delito de colusión por el aparente favorecimiento a una empresa telefónica.

En efecto, la Fiscalía les imputó dos hechos: Primero, haber firmado el contrato para la adquisición de una central telefónica el 21 de junio del 2001 y a fin de regularizar la ausencia de un proceso de contratación pública, firmar con fecha 11 de octubre del 2001 el cuadro comparativo de cotizaciones como el acta de otorgamiento de la buena pro. En segundo lugar, se les imputó haber adjudicado directamente a la misma empresa y sin proceso de selección alguno, el contrato para la instalación de los equipos de la central telefónica a un monto superior al establecido en el expediente técnico.

En ese contexto, la Sala decidió absolver a los procesados amparándose en tres razones: Primero, que no hubo perjuicio económico por cuanto las condiciones ofertadas por la empresa telefónica resultaban ser las más beneficiosas para la entidad edil en relación a las cotizaciones

⁴¹ Exp. 185-2011 sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de Lima del 11 de abril de 2013.

⁴² *Idem*.

⁴³ Extraído de: NAKASAKI SERVICIÓN, C. *Los delitos contra la Administración Pública en la jurisprudencia*, ed. Gaceta jurídica, Lima, 2013, pp. 63-69.

presentadas. El problema, claro está, es que estas cotizaciones fueron presentadas luego de la firma del contrato, extremo en el que la sentencia no se pronuncia.

De otra parte, para la Sala los hechos ocurridos no revisten relevancia penal sino administrativa. En efecto, en el apartado séptimo señala que «el costo al que se adquirió la central telefónica dentro de la comparación de precios que se ofertaron por las otras empresas, era la más accesible para la entidad edil, siendo que las fechas en que se firmó el contrato y las de elaboración del Cuadro comparativo y el otorgamiento de la buena pro son meros indicadores de desorden que existió en dicho proceso de selección, pero que en modo alguno involucraron acuerdos o negociaciones de carácter tendencioso para lograr un beneficio indebido».

Finalmente, en el apartado octavo la Sala realiza una breve descripción de la conducta típica de colusión y negociación incompatible y en base a lo señalado en el párrafo anterior concluye que no se ha podido acreditar un acuerdo colusorio ni un interés indebido en el marco de la contratación.

En sentido similar, el RN N.º 2264-2011-PIURA⁴⁴ absolvió a los funcionarios de una municipalidad y al representante de una empresa de asesoría tributaria por considerar que no se había acreditado la concertación ilícita. Según la Corte Suprema, «no existe sustento ni fáctico, ni probatorio del delito de colusión, esto es, cuándo, cómo y por qué medios se habría llevado a cabo la concertación».

De acuerdo a los hechos del caso, una empresa petrolera tenía una deuda tributaria con el municipio y a fin de determinar su valor, los funcionarios de la municipalidad contrataron consecutivamente a 3 empresas especialistas en asesoría tributaria. La primera consideró que la deuda ascendía a S/.18'401,617.05, la segunda a S/. 100'543,975.05 pero desechando ambos informe, se contrata con el representante de la empresa (ahora procesado) que luego de brindar 3 sumas diferentes al valor de la deuda, finalmente la determinó en S/. 617,509.96.

Con esa última suma, el Municipio y la empresa petrolera arribaron a un acuerdo conciliatorio. En ese contexto, los juzgadores consideraron que no se ha acreditado un perjuicio potencial al patrimonio de la entidad pública porque la pericia contable realizada no pone ello al descubierto; por el contrario, sólo señala que la liquidación base del acuerdo no posee sustento técnico y más bien plagia unos cuadros hechos por la CONATA (Consejo Nacional de Tasaciones, órgano de la Dirección de Construcción del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento) siendo que este plagio no fue materia de acusación fiscal.

A partir de lo señalado, conviene recordar con VARGAS VALDIVIA que resulta complicado pedir prueba directa en actos cometidos normalmente de manera subrepticia y en el que los funcionarios suelen aprovechar su posición para entorpecer las investigaciones y el acopio de medios probatorios. De ello, el autor deriva que «dar relevancia únicamente la llamada prueba directa significaría tener que asumir niveles intolerables de impunidad por deficiencias o insuficiencias probatorias, por lo que resulta de suma importancia la utilización de la denominada prueba indiciaria»⁴⁵.

⁴⁴ Extraído de: NAKASAKI SERVICIÓN, C. *Los delitos contra la Administración Pública en la jurisprudencia*, op. cit., pp. 83-88.

⁴⁵ VARGAS VALDIVIA, L. «Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: Especial referencia a la prueba indiciaria», en: MONTROYA VIVANCO, Y. (ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de*

En razón a ello, la Corte Suprema ha señalado atinadamente en otra sentencia que «si bien es cierto las infracciones administrativas no necesariamente tienen correspondencia simétrica en una norma de carácter penal, sin embargo estas tienen virtualidad de acreditar indiciariamente determinadas conductas, como por ejemplo las colusorias, en atención al número de estas irregularidades, la gravedad de las mismas y el proceder de los funcionarios legalmente autorizados para conceder la buena pro, y de corresponder también a través de conductas posteriores»⁴⁶.

En esa línea, la Corte Suprema determinó la configuración del delito en un caso en el que «no existió un proceso público de selección y adjudicación, se levantó un expediente falso para encubrir el concierto y todo estaba preordenado para favorecer a la empresa (...) Por tanto, no se trataron de simples incumplimientos legales o irregularidades, sino que vistas en su conjunto y mutua relación denotan un concierto lesivo»⁴⁷.

Con este razonamiento la Sala condenó a los miembros de un Comité Especial creado por el Ministerio de Defensa que aumentaron su solicitud inicial de neumáticos injustificadamente. En efecto, el área de presupuesto del Ministerio autorizó que los miembros del comité adquieran cuarenta y un llantas, correspondientes a su verdadera necesidad; sin embargo, el comité consiguió un aumento del pliego económico para la supuesta adquisición de ciento cuarenta y un llantas. A partir de la investigación, la Sala identificó una serie de irregularidades administrativas que consideró indicios suficientes para condenar a los implicados. Entre estos indicios se encontraban: El irregular y significativo incremento del pedido inicial; la presentación posterior al otorgamiento de la buena pro, de la proforma del presupuesto de la empresa abastecedora de los neumáticos; el ingreso efectivo de sólo cuarenta llantas, falsificándose documentos para acreditar la adquisición de ciento cuarenta y uno; la emisión de un documento con el que se simuló la distribución de las ciento cuarenta y un llantas en diversas unidades del ministerio.

En otra oportunidad, se judicializó un caso de colusión contra un funcionario público, especialista en logística, quien se concertó con el representante de una empresa para la adquisición e instalación de un motor en el edificio de propiedad de la entidad.

En ese marco, fueron indicios que determinaron la condena de los implicados por el Segundo Juzgado Unipersonal como por la Sala de Apelaciones, los siguientes: En primer término, en marzo de 2009 se le concedió la buena pro a la empresa a fin de que reparara el mencionado motor trifásico; sin embargo, en julio del mismo año el Especialista en Logística emitió un informe de inspección de la obra, recomendando el cambio del motor. En dicho escenario, el funcionario volvió a otorgar la buena pro a la empresa investigada en tanto presentó una propuesta más económica respecto a los otros postores, otorgándole además un buen puntaje en cuanto a su experiencia en venta de equipos de monta autos a pesar de no alcanzar el valor establecido en las bases. Posteriormente, sin expresar motivo, el funcionario autorizó el retiro del motor trifásico antiguo del edificio de la entidad cuando se suponía que la empresa debía proceder a instalar uno nuevo. En realidad, ocurrió que la empresa repotenció dicho motor antiguo y volvió a instalarlo, siendo que el funcionario emitió su conformidad tanto en la entrega como en su funcionamiento.

funcionarios en Perú, ed. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú IDEHPUCP, Lima, 2009, p. 137.

⁴⁶ Extraído de: NAKASAKI SERVIGÓN, C. *Los delitos contra la Administración Pública en la jurisprudencia*, op. cit., pp. 122-134.

⁴⁷ RN N.º 2736-2010 Ejecutoria Suprema del 27 de octubre de 2010.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Si bien desde el ordenamiento peruano se ha pretendido enfrentar las cotidianas situaciones en las que funcionarios públicos y particulares se concertan con el objeto de defraudar al Estado en los procesos de contratación, ello no sólo dependerá de la tipificación de delitos como la colusión simple, sino además, de su interpretación de cara a su aplicación por parte de los tribunales.

En esa medida, luego de revisados los criterios jurisprudenciales y doctrinales establecidos a propósito de los elementos típicos y la configuración del delito, consideramos que pueden hacerse unas cuantas precisiones que permitan un mejor análisis del tipo.

En primer término, la concertación debe ser entendida como el pacto parcializado del funcionario a favor de los intereses propios o del particular, pero en ningún caso de la Administración Pública. En esa medida, más que de una concertación ilícita debe hablarse de una concertación parcializada en contra de los intereses de la Administración.

Por su parte, la defraudación a que hace referencia el tipo debe entenderse como la lesión al correcto funcionamiento de la Administración Pública. En ese contexto, si bien la lesión no es requerida por el tipo; el necesario que la coloque en peligro potencial a través de uno de sus elementos esenciales: El principio de imparcialidad.

A partir de esta construcción debe quedar claro que el tipo base de colusión plantea es un delito de peligro abstracto en el que se sanciona la vulneración al principio de imparcialidad que pone en riesgo potencial el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Por tanto, el análisis para determinar la relevancia penal de la conducta no requiere únicamente de la existencia de una concertación, sino que esta debe tener la capacidad de poner en riesgo al funcionamiento de la Administración. En ese contexto, será necesario que analicemos los hechos a partir de los criterios de la imputación objetiva. En dicho análisis, los indicios obtenidos del análisis del caso jugarán un rol determinante.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, M. *Delitos contra la Administración pública*, ed. Palestra, Lima, 2003.
- ALCÓCER POVIS, E. «El engaño y el perjuicio en el delito de colusión desleal ¿Elementos del tipo penal?», disponible en <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/derecho-penal/El-engaño-y-el-perjuicio-en-el-delito-de-colusion-desleal.pdf>.
- CALDERÓN CEREZO, A. y J. CHOCLÁN MONTALVO. *Derecho penal. Parte especial*, Tomo II, ed. Bosch, Barcelona, 1999.
- CASTAÑEDA OTSU, S. «Nuevo Código Procesal Penal. Jurisprudencia seleccionada», en: CASTAÑEDA OTSU, S. (coord.), *Nuevo proceso penal contra la administración pública*, Jurista Editores, Lima, 2014.
- CASTILLO ALVA, J. «Colusión ilegal», en: GARCÍA CAVERO, P. y J., CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ed. Grijley, Lima, 2008.
- ETXEBERRIA ZARRABEITIA, X. «Fraudes y exacciones ilegales», en: Asúa Batarrita, A., *Delitos contra la Administración pública*, ed. Instituto Vasco de Administración pública, Bilbao, 1997.

- GARCÍA CAVERO, P. «Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal», en: GARCÍA CAVERO, P. y J., CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ed. Grijley, Lima, 2008.
- LUZÓN PEÑA, D. *Curso de Derecho penal. Parte general*, ed. Universitas, Madrid, 1996.
- HUGO ÁLVAREZ, J., *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- MIR PUIG, C. *Los delitos contra la Administración pública*, ed. Bosch, Barcelona, 2000.
- . *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2008.
- MORILLAS CUEVA, L. «Delitos contra la Administración pública (VIII) Fraudes y exacciones ilegales», COBO DEL ROSAL, M. (coord.), *Derecho penal. Parte especial*, 2ª edición, ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- NAKASAKI SERVICIÓN, C. *Los delitos contra la Administración pública en la jurisprudencia*, ed. Gaceta jurídica, Lima, 2013.
- ORTS BERENGUER, E. «*Delitos contra la Administración pública*», en: Vives Antón, T. y otros, *Derecho penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, ed. Aranzadi, 5ª edición, Navarra, 2005.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª edición, ed. Dykinson, Madrid, 1994.
- REYES ALVARADO, Y. «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», en: *ADPCP*, Septiembre-Diciembre 1992.
- ROJAS VARGAS, F. *Delitos contra la Administración pública*, Grijley, Lima, 2007.
- SALINAS SICCHA, R. *Delitos contra la Administración pública*, 3ª ed., ed. Grijley, Lima, 2014.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.). *Manual de Derecho penal. Parte especial*, ed. Civitas, Tomo II, 3ª ed., A Coruña, 2005.
- VARGAS VALDIVIA, L., «Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: Especial referencia a la prueba indiciaria», en: MONTOYA VIVANCO, Y. (ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, ed. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú IDEHPUCP, Lima, 2009.

El castigo de la pertenencia a organización criminal en el Código Penal español: los delitos de asociación criminal y organización y grupo criminal

JARA BOCANEGRA MÁRQUEZ (España)
Investigadora Doctoranda, Universidad de Sevilla

RESUMEN: La internacionalización del crimen organizado producida a finales del siglo XX, a raíz de la globalización, fue y sigue siendo hoy una de las principales preocupaciones de las instituciones internacionales y gobiernos. Para combatir el fenómeno se viene recurriendo de forma prioritaria, como viene siendo habitual, al Derecho Penal, siendo a este respecto instrumentos clave el viejo delito de asociación criminal y los nuevos delitos de organización y grupo criminal introducidos por la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal. En el presente trabajo realizaremos un análisis crítico de cada uno de estos delitos, para después tratar de resolver el difícil problema de la compatibilidad entre ambos, dada la aparente similitud de sus objetos, a que la reforma de 2010 da lugar. Con ello pretendemos ayudar, en la medida de lo posible, al jurista a la hora de enfrentarse al complejo panorama legislativo vigente en esta materia.

Palabras clave: crimen organizado, delito de asociación ilícita, delitos de organización y grupo criminal, expansión del Derecho Penal, Ley Orgánica 5/2010.

ABSTRACT: The internationalisation of organised crime that has taken place in the late twentieth century as a result of globalisation was – and still is – one of the main concerns of international institutions and governments today. In order to stem this development, the usual policy adopted is to make use of criminal law focusing mainly on the time-honoured offence of criminal association and the new offences of conspiracy and organised crime introduced by Organic Law 5/2010. In this paper we offer a critical analysis of each of these offences and then tackle the difficult problem of compatibility between them in view of their similarity of purpose, as raised by the 2010 reform. Our aim is to help lawyers (as far as possible) deal with the complex issues posed by current legislation on this matter.

Key words: organized crime, conspiracy, criminal association, criminal organization and group, Organic Law 5/2010.

SUMARIO: I. La criminalidad organizada transnacional, un problema de primer orden. El Derecho penal como arma prioritaria en la lucha contra el fenómeno. II. La regulación penal de la criminalidad organizada anterior a la entrada en vigor de la LO 5/2010 de reforma del Código Penal. El delito de asociación criminal (art. 515.1º CP). III. La regulación penal actual de la criminalidad organizada. La doble vía general de castigo de la pertenencia a organización criminal: los delitos de asociación criminal (art. 515.1º CP) y organización y grupo criminal (arts. 570 bis y ter CP). 1. Delito de organización criminal. a. Análisis de la definición de 'organización criminal'. b. Motivos de su incorporación. c. ¿Ámbito de aplicación del delito de asociación ilícita tras la reforma? 2. Delito de grupo criminal. IV. Conclusiones.

I. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA TRANSNACIONAL, UN PROBLEMA DE PRIMER ORDEN. EL DERECHO PENAL COMO ARMA PRIORITARIA EN LA LUCHA CONTRA EL FENÓMENO

La criminalidad organizada, tal como hoy la conocemos, constituye un tipo de delincuencia de gran sofisticación, complejidad organizativa y enorme potencial lesivo, cuyo ámbito de actuación trasciende las fronteras de los estados nacionales. Sin embargo, no siempre fue así. En sus orígenes remotos¹, la criminalidad organizada contaba con menos medios logísticos y personales y, como diferencia radical, tenía carácter nacional.

El punto de inflexión que supuso la transformación sustancial del fenómeno en lo que es hoy día se viene unánimemente identificando con el increíble desarrollo tecnológico, y, sobre todo, con el proceso globalizador acaecidos en el último tercio del siglo XX. La ampliación de la libertad de circulación de capitales, mercancías y personas, producida a raíz de la globalización, y la consiguiente eliminación de las fronteras entre Estados, permitió a las organizaciones criminales, hasta entonces localizadas en determinados países, engrosar sus miras, pasando a actuar a nivel transnacional, a aumentar su ámbito delictivo, a establecer lazos y conexiones con otros grupos criminales y, en fin, a incrementar notablemente su poder. Las nuevas organizaciones de finales del siglo XX adquieren además conciencia del valor de los esquemas organizativos propios del ámbito empresarial, adoptándolos a sus propias estructuras con el fin de aumentar al máximo sus beneficios. De ahí que muchos denominen a las organizaciones de esta era como «empresas del crimen».

Esta transformación de los esquemas clásicos del fenómeno, pasando de ser un problema nacional, con una fenomenología distinta según el país afectado, a un problema global que afecta hoy día prácticamente a todo el mundo y abarca un sinfín de campos, ha acaparado de forma importante la atención de gobiernos nacionales e instituciones internacionales, constituyendo hoy día el crimen organizado una de las principales preocupaciones de la política criminal mundial, europea y nacional de los distintos Estados². Exponente y consecuencia de tal preocupación ha sido desde los primeros atisbos de alarma social la adopción de severas medidas penales contra

¹ Se tiende a situar el inicio del crimen organizado en las primeras décadas del siglo XX con la aprobación por el congreso de los Estados Unidos de la denominada Ley Seca en 1919, aunque ya con anterioridad pueden encontrarse manifestaciones del fenómeno como los Yakuza en Japón o la Mafia en Italia.

² Manifestación de esta acusada preocupación por el fenómeno la encontramos ya en la definición de crimen organizado como «desafío sin precedentes para el Estado y la sociedad» contenida en el preámbulo de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico de drogas de 1998.

el fenómeno, en muchos casos de dudosa constitucionalidad. Ejemplos típicos de este proceder son la asignación de penas muy elevadas, en ocasiones de difícil compatibilidad con el principio de proporcionalidad, a los tipos penales en que habitualmente las actividades del crimen organizado se subsumen, y la creación de tipos que castigan la mera pertenencia y participación en una organización criminal, adelantando la punición a un momento muy anterior a la lesión o puesta en peligro efectiva de bienes jurídicos individuales.

En España la manifestación más clara de estas técnicas legislativas la encontramos en la ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, objeto central del presente trabajo, que, además de mostrar un manifiesto afán represivo, amplía exageradamente la intervención penal en el ámbito del crimen organizado a ámbitos inimaginables sin conexión aparente con el fenómeno³.

Vemos, pues, cómo una vez más, y como viene siendo habitual en esta sociedad que se ha venido tildando como «de riesgo», el Derecho Penal se convierte, contraviniendo el principio de *ultima ratio*, en arma predilecta de los gobernantes de turno con la que combatir las nuevas amenazas y paliar así el sentimiento social de inseguridad, sin realmente tener claros efectos en la prevención del fenómeno. Queda ya así de entrada sentada nuestra firme oposición a esta tendencia represiva actual. Sin quitar importancia a la realidad de la criminalidad organizada, cuyo potencial lesivo es innegable, pensamos que su represión no puede hacerse a costa de principios y garantías penales cuya consagración, tras años de dictadura franquista, tanto ha costado.

Apuntadas sucintamente estas directrices político-criminales al respecto, pasamos ya al estudio y análisis crítico de la actual regulación penal del crimen organizado, centrando nuestra atención en las figuras penales de la asociación criminal del art. 515.1º CP y organización criminal del art. 570 bis CP.

Para tal fin considero procedente dividir la exposición en dos apartados: uno relativo al sistema de punición existente con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2010 de reforma del CP, y otro al sistema actual instaurado por la citada ley, para dar así una visión más clara de lo que la reforma, y sobre todo la introducción del citado delito de organización criminal supuso a este respecto.

II. LA REGULACIÓN PENAL DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LO 5/2010 DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL. EL DELITO DE ASOCIACIÓN CRIMINAL (ART. 515.1º CP)

Junto al castigo de los delitos concretos cometidos por las organizaciones criminales, el Código Penal contemplaba, ya desde antes de la entrada en vigor de la LO 5/2010, la posibilidad

³ GONZÁLEZ RUS (GONZÁLEZ RUS, J. J. «La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma», *Anales de Derecho*, n.º 30, 2012, pp. 16 y 17), muy crítico con la reforma en materia de criminalidad organizada operada por la LO 5/2010, estima que los principios político-criminales que han guiado la misma son: «1. Partir de una visión extravagante de la criminalidad organizada, que permite castigar todo lo que, aún de lejos, pueda relacionarse con la misma, hasta llegar a lo grotesco en el afán pancriminalizador; 2. Castigarlo (todo) con una extrema dureza, hasta la redundancia y el abandono de cualquier remota idea de proporcionalidad, sacrificada por la búsqueda de la mayor eficacia simbólica y policial-preventiva; y, 3. Castigarlo de la forma más confusa, contradictoria y difícil de aplicar que fuera humanamente hacedero».

de punir a sus miembros por el sólo hecho de pertenecer a un grupo organizado destinado a la comisión de delitos.

Esta punición de la mera pertenencia en una organización criminal se venía ya articulando a través de dos vías: una que podríamos tildar de general, constituida por el viejo delito de asociación ilícita criminal del art. 515.1.º CP, y otra especial, formada por las agravaciones previstas en los tipos penales más relacionados con la actividad del crimen organizado –tráfico de drogas, blanqueo de capitales...– por razón de la pertenencia a una asociación u organización criminal. Aquí nos centraremos, por limitaciones de espacio, en la primera, esto es, en el delito de asociación criminal.

Artículo 515. 1.º «*Son punibles las asociaciones ilícitas [...] que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.*».

Artículo 517 «*En los casos previstos en los números 1.º y 3.º al 6.º del artículo 515 se impondrán las siguientes penas: 1.º A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años, 2.º A los miembros activos, las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.*».

El tipo de asociación ilícita, y más concretamente el de asociación criminal, no siempre fue aplicado con la finalidad de castigar a los integrantes de organizaciones criminales. Piénsese que el antecedente más próximo en España del tipo actual data de 1.870⁴, época en la que ni existía el crimen organizado como hoy lo conocemos, ni por asomo era imaginable la evolución que el fenómeno experimentaría siglos más tarde⁵. Sus orígenes están vinculados, por el contrario, con la política, siendo utilizado el tipo tradicionalmente, y sobre todo durante el régimen franquista⁶, como arma de represión de los grupos de oposición. La esperada instauración de la democracia en España tras la muerte de Franco que dejó al tipo vacío de contenido como arma política, motivó a los gobernantes a buscar nuevos ámbitos aplicativos al tipo con los que evitar que cayera en desuso. En ese contexto el auge de la criminalidad organizada transnacional a finales

⁴ El antecedente más remoto del tipo actual data de algunos años atrás, concretamente de 1.822. Se trata del delito de cuadrilla de malhechores, regulado en los arts. 338-349 del CP de 1.822, que a su vez toma sus raíces del tipo francés de la *association des malfaiteurs*. Tanto el tipo original francés como el español, considerados origen último del tipo asociativo actual, tenían como finalidad la represión del bandolerismo –los bandoleros solían actuar agrupados en «cuadrillas», de ahí la denominación del tipo español–, fenómeno que preocupó considerablemente a los gobernantes europeos del siglo XIX.

⁵ Así lo pone de relieve ZÚÑIGA RODRIGUEZ en ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009, p. 236.

⁶ El CP de 1944 recogía junto a las asociaciones criminales, a modo de subtipos de la misma, un extenso catálogo de asociaciones de corte claramente político procedentes de la Ley de Seguridad del Estado de 1.941. Como ejemplos más representativos de la lista se pueden citar las «asociaciones que tiendan a la destrucción del sentimiento nacional» o «las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la ley y cualesquiera otras de tendencia análoga». Para más información sobre los orígenes y evolución del tipo asociativo en España consúltese la obra de GARCÍA PABLOS DE MOLINA *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1978, pp. 46-67.

del siglo XX supuso una excusa perfecta para «resucitar»⁷ al tipo asociativo, convirtiéndolo en arma de lucha contra el nuevo fenómeno, a pesar de su desvinculación del ámbito político, con el que el tipo se venía asociando. Fue precisamente la amplia descripción de la conducta típica el factor clave que permitió esta adaptación de los fines del tipo asociativo pues como vimos en la transcripción del precepto la letra del mismo no exige la persecución de fines políticos, limitándose a exigir como finalidad la comisión de delitos o faltas⁸. Esta desviación de los fines del tipo no fue vista con buenos ojos por un importante sector doctrinal⁹ que objetaba que los orígenes políticos y la ubicación del tipo en el CP dentro de los delitos contra la Constitución, y, más concretamente, dentro de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, hacían al tipo inadecuado como instrumento de represión del crimen organizado, fenómeno desvinculado de la esfera política y del ejercicio de derechos y libertades. Como veremos, estas objeciones serán alegadas por el legislador de 2010 en su justificación de la reforma del sistema de castigo de la criminalidad organizada que ahora analizamos.

Pasando al estudio del tipo, una primera ojeada al precepto es suficiente para constatar su amplia configuración. Lo primero que llama la atención a este respecto es la ausencia de una definición del término asociación criminal. La dificultad de perfilar un concepto unívoco de crimen organizado abarca la heterogeneidad de conductas que el fenómeno comprende¹⁰ seguramente hizo que el legislador español desistiera de tal empresa¹¹. Tal ausencia fue afortunadamente pronto suplida por la doctrina¹² y, sobre todo, por la jurisprudencia¹³ que vinieron a exigir como elementos mínimos de cara a la apreciación del tipo, además del fin delictivo ya contemplado en el precepto, la existencia de una agrupación de un mínimo de 3 personas, el carácter estable del grupo, la actuación coordinada y el reparto de tareas entre sus miembros.

Junto a la ausencia de la citada definición, otro factor que sorprende en la configuración del tipo, y que es alegado siempre por la doctrina más crítica como argumento de peso para su supresión, es la manifiesta amplitud del objeto delictivo de la organización. Todos los delitos, y

⁷ Utilizamos el verbo muy expresivo «resucitar» utilizado a este respecto por CANCIO MELIÁ en CANCIO MELIÁ, M. «El injusto en los delitos de organización: peligro y significado», *Icade*, n.º 74, 2008, p. 4.

⁸ La inclusión de las faltas responde a la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de reforma del Código Penal en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

⁹ Destaca a este respecto QUINTERO OLIVARES (QUINTERO OLIVARES, G. «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita», en FERRÉ OLIVÉ, J.C. y ANARTE BORRALLO, E. *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, 1999, pp. 79, 181, 183, 185, 189, 190).

¹⁰ Dificultad señalada, entre otros, por GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. (GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. «La delincuencia organizada en Europa: extensión, factores limitadores y riesgos principales» en *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN), Documento de Seguridad y Defensa, n.º 48, Ministerio de Defensa, 2012, pp. 12 y 13), y ANARTE BORRALLO (ANARTE BORRALLO, E. «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, J. C. y ANARTE BORRALLO, E. *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, p. 20).

¹¹ Hay que matizar aquí que la LECrim sí recogía, y hoy sigue recogiendo, una definición de delincuencia organizada en su art. 282 bis. 4 CP. No obstante, esta definición sólo tenía y tiene efectos de cara a la aplicación del art. 282 bis.1 LECrim, esto es, de cara a la autorización judicial del uso de agentes encubiertos, no siendo trasladable al ámbito penal material.

¹² Destacan a este respecto las definiciones de CÓRDOBA-RODA (CÓRDOBA-RODA, J. Libertad de asociación y Ley penal, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 30, 1977, pp. 7 y 8) y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. «Asociaciones ilícitas...», *op. cit.*, p. 236-237).

¹³ Ver, entre otras, las SSTs 326/2010, de 13 de abril, 503/2008, de 17 de julio, 415/2005, de 23 de marzo y 808/2005, de 23 de junio.

lo que es más extraordinario, todas las faltas, sin distinción alguna, pueden constituir el objeto o finalidad de la organización. Cabe entonces cuestionarse, como críticamente hace GONZÁLEZ RUS, sobre la relación existente entre un grupo de grafiteros que ocasionalmente se reúnen para realizar pintadas en las fachadas públicas –conducta constitutiva de falta de deslucimiento de bienes (art. 626 CP)– y una organización dedicada al narcotráfico a gran escala, comparación que pone de manifiesto lo absurdo de la configuración del art. 515.1º CP al meter en el mismo saco conductas sin conexión alguna, tergiversando en última instancia el sentido del crimen organizado, reservado a acontecimientos de una potencialidad lesiva considerable¹⁴.

III. LA REGULACIÓN PENAL ACTUAL DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA.

LA DOBLE VÍA GENERAL DE CASTIGO DE LA PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN CRIMINAL: LOS DELITOS DE ASOCIACIÓN CRIMINAL (ART. 515.1º CP) Y ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL (ARTS. 570 BIS Y TER CP)

El sistema penal de castigo de la pertenencia en organización criminal analizado se vio alterado a raíz de la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, que incorporó, junto a las dos vías de punición ya existentes una tercera constituida por los delitos de organización y grupo criminal, ubicados en el título XXII del CP relativo a los delitos contra el orden público. De esta forma, la punición de la participación en organización criminal pasa a articularse a través de dos vías generales, el clásico delito de asociación criminal y los nuevos delitos incorporados por la reforma, y una vía específica, los tipos cualificados, que además se ven incrementados en número.

I. *Delito de organización criminal*

a. Análisis de la definición de ‘organización criminal’

Artículo 570 bis 1. «*Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.*»

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas».

Como vemos, el nuevo delito del art. 570 bis incorpora por primera vez al texto punitivo una definición de organización criminal, lo cual, de primeras, es digno de celebrar. No obstante, a la hora de analizarse los concretos términos de ésta la inicial celebración se va apagando. Y es que la amplitud de la definición es dudosamente respetuosa con los principios de taxatividad,

¹⁴ GONZÁLEZ RUS, J. J. «La criminalidad organizada...», *op. cit.*, p. 22.

seguridad jurídica y *ultima ratio* y se aleja de manera importante de los conceptos de organización criminal acuñados por los organismos supranacionales, que venían exigiendo finalidad de lucro en la organización y restringiendo su objeto delictivo a delitos que tengan atribuida una pena de al menos 4 años¹⁵, requisitos cuya omisión por parte del legislador español supone ampliar considerablemente el concepto a ámbitos dudosamente relacionados con la delincuencia organizada. A este respecto son aquí trasladables las críticas que hacíamos sobre la inclusión de las faltas en el objeto delictivo del tipo asociativo.

Pero más allá de estas observaciones, hay algo en la definición que llama sobremanera la atención. Y es el hecho de que los elementos en ella contenidos coinciden en su totalidad con los que la jurisprudencia venía ya exigiendo para la apreciación del delito de asociación criminal, esto es, agrupación de al menos 2 personas, carácter estable del grupo, actuación coordinada y reparto de tareas entre sus miembros y persecución de objeto delictivo, que abarca tanto delitos propiamente dichos como faltas. Vista la manifiesta identidad entre el concepto jurisprudencial de asociación criminal (art. 515.1º CP) y el legal de organización criminal (art. 570 bis CP), la pregunta es obligada: ¿qué sentido tiene incorporar un nuevo delito que castigue la participación en organización criminal habiendo ya uno a tal fin con idéntico ámbito de aplicación?

b. Motivos de su incorporación

Para encontrar la justificación oficial de la incorporación del nuevo delito hemos de acudir a la exposición de motivos de la LO 5/2010 de reforma del CP que, junto a una referencia general a las obligaciones internacionales contraídas en el ámbito de la armonización jurídica europea, alega, a este respecto, como razón «*la incapacidad del [...] delito de asociación criminal para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales*». El legislador basa tal incapacidad en dos argumentos principales. Por un lado, en que el término «asociación» empleado en el art. 515.1º CP conlleva cierta formalidad en la agrupación, de la que la organización criminal carece, y si la ostenta es solo de forma aparente con la intención de ocultar su actividad y buscar la impunidad. Por otro, en que la ubicación del tipo asociativo entre los delitos contra la Constitución, y concretamente, entre los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de derechos fundamentales, lo configura como ejercicio abusivo del derecho

¹⁵ La Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2.000, comúnmente conocida como convención de Palermo, define en su art. 2 «grupo delictivo organizado» como «*un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*», definiendo a continuación delito grave como «*la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave*». Por su parte, la Decisión-Marco del Consejo de la UE define en su art.1 «organización delictiva» en términos muy semejantes como «*una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto periodo de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*».

de asociación, lo que no se ajusta a la naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva de las organizaciones criminales, que actúan en todo momento fuera del Derecho¹⁶.

Es acertada la crítica que GONZÁLEZ RUS hace a las argumentaciones del legislador al señalar que la letra del art. 515.1º CP no exige forma jurídica alguna ni origen lícito a la organización, distinguiendo expresamente a este último respecto entre asociaciones originariamente criminales y asociaciones criminales devenidas. Comparto por tanto con este autor la idea de que el art. 515.1º CP es en principio válido para que en él se subsuman los distintos supuestos de organización criminal. No obstante, también considero que el término «asociación» y la ubicación del precepto no se adecuan con el fin de represión del crimen organizado dado al tipo. Por tanto, veo aceptable la incorporación de un tipo penal de organización criminal más adecuado al fenómeno, que, sin dar lugar a posibles equívocos, utilice el término organización y se ubique dentro de los delitos contra el orden público, como el actual 570 bis CP, incluyendo además por primera vez una definición de delincuencia organizada. Lo que no entiendo, entonces, es la no supresión del delito de asociación criminal, que queda tal cual estaba, sin aportarse además datos esclarecedores de su futuro ámbito de aplicación tras la reforma.

c. ¿Ámbito de aplicación del delito de asociación ilícita tras la reforma?

Teniendo en cuenta que el nuevo art. 570 quáter CP prevé la aplicación del principio de alternatividad¹⁷ en la resolución de los eventuales conflictos normativos que puedan surgir entre el nuevo delito de organización criminal y el viejo delito de asociación criminal, y que el primero contempla una pena más grave que el segundo, se vaticina la vuelta a la marginalidad del tipo asociativo¹⁸. Y es que al carecer de un ámbito de aplicación propio en materia de criminalidad organizada, distinto del tipo de organización criminal¹⁹, y vista la prevalencia de éste último en la resolución de los conflictos normativos, el delito asociativo parece estar llamado a quedar en papel mojado.

Algunos autores vienen conectando el tipo asociativo con manifestaciones del ejercicio abusivo del derecho de asociación, razón de ser originaria, alegan, del art. 515.1 CP. No obstante,

¹⁶ Véase la siguiente afirmación de la exposición de motivos (LO 5/2010, de 22 de junio, apartado XXVIII del preámbulo): «*las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente “asociaciones” que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad*». También contrarios a la aplicación del art. 515.1º CP a la criminalidad organizada QUINTERO OLIVARES (QUINTERO OLIVARES, G. «La Criminalidad organizada y la función...», *op.cit.*, pp. 179, 181 y 185) y el magistrado VELASCO NÚÑEZ (VELASCO NÚÑEZ, E. «Crimen organizado: organización y grupo criminal tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010», *La Ley*, n.º 86, 2011, pp. 1 y 2).

¹⁷ El principio de alternatividad para la resolución de los conflictos normativos impone la aplicación del precepto penal que prevea una pena mayor.

¹⁸ Cabe matizar que, de no haberse contemplado la regla del art. 570 quáter CP, que altera el orden de prelación de reglas concursales del art. 8 CP, la solución del conflicto normativo hubiera sido, a mi juicio, idéntica toda vez que la aplicación de la regla de especialidad *ex art.* 8.1º CP redundaría igualmente en la aplicación del tipo de organización criminal, más especial que el tipo asociativo.

¹⁹ Doctrina y jurisprudencia han interpretado que las organizaciones criminales sobrevenidas, único ámbito que podría en principio considerarse propio de los delitos de asociación criminal, también se encuentran abarcadas por el tipo de organización criminal del art. 570 bis CP.

a la hora de identificar los grupos que hoy día supondrían tal extralimitación del derecho fundamental de asociación, objeto, según ellos, del delito asociativo, las explicaciones son confusas y oscuras.

Así, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES conecta el ámbito de aplicación del art. 515.1º CP con asociaciones de corte político que cometen delitos políticos²⁰, sin matizar qué significa el adjetivo político por él empleado y sin ilustrar su afirmación con ejemplo alguno que ayude a interpretar sus palabras²¹.

Por su parte, el magistrado VELASCO NÚÑEZ, algo más claro, vincula el objeto del tipo asociativo con grupos ideológicos como «*bandas, tribus urbanas y pandillismo violento*», conectando el ejercicio abusivo del derecho de asociación con determinadas ideologías y justificando la permanencia del tipo en la necesidad de reprimir estas manifestaciones²².

No obstante, lo cierto es que esos grupos que el magistrado cita podrían encontrar suficiente cabida en el nuevo delito de organización criminal del art. 570 bis CP o grupo criminal del art. 570 ter CP, caso de perseguir la comisión de delitos de forma permanente o transitoria, respectivamente, o en el art. 515.5º CP²³, caso de limitarse a promover la discriminación, el odio o la violencia contra personas o grupos. En todo caso, y obviando lo anterior, cabe cuestionarse sobre la necesidad del mantenimiento de un tipo penal de tan dudosa legitimidad como el delito de asociación criminal para reprimir el pandillismo violento y las tribus urbanas. A mi juicio, desde luego, mantener el delito con el solo fin de hacer frente a estas manifestaciones resultaría desproporcionado.

²⁰ QUINTERO OLIVARES. «La criminalidad organizada y la función...», *op. cit.*, pp. 181 y 185: «*El artículo 515 CP, que describe el derecho de asociación ilícita, es consecuencia del artículo 22 de la Constitución que reconoce el derecho de asociación [...] La hipótesis de que esa vieja figura penal pueda servir para perseguir cualquier especie de asociación que vaya a cometer o haya cometido delitos, con plena independencia de la naturaleza de esos delitos [...] me parece claramente rechazable [...] La condición o carácter de asociación ilícita se vincula a lo político o constitucional, y no se puede predicar de cualquier persona jurídica desde la que se haya cometido un delito*». Especialmente crítico con esta interpretación de QUINTERO OLIVARES se muestra GONZÁLEZ RUS en GONZÁLEZ RUS, J. J. «Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 –caso Filesa–)», *Actualidad Penal*, n.º 27, 2000, pp. 12-15.

²¹ Hay que matizar, a este respecto, que QUINTERO OLIVARES («La criminalidad organizada y la función...», *op. cit.*, pp. 179 y 181) expresa, ya antes de la reforma del 2010, sus dudas acerca de la necesidad del tipo de asociación criminal del art. 515.1º CP: «...*el delito de asociación ilícita sirvió de instrumento represivo contra las más variadas formas de disidencia política. Actualmente es, al menos formalmente, un delito contra los derechos fundamentales y libertades públicas. Su permanencia en el Código Penal de 1995 resultaba comprensible quizás por no romper una tradición, y, en todo caso, parecía una consecuencia lógica del derecho fundamental de asociación... [...] Pero [...] no parece tan evidente [...] que la tutela del derecho de asociación y el abuso del mismo requieran de este específico tipo penal*».

²² VELASCO NÚÑEZ, E. «Crimen organizado y grupo criminal...», *op. cit.*, pp. 1-3. La lista de ejemplos de extralimitaciones al derecho de asociación que el magistrado recoge en su artículo es más extensa que la *supra* recogida («*organizaciones paramilitares, grupúsculos ideológicos violentos discriminatorios y racistas, bandas, tribus urbanas y pandillismo violento*»). No obstante, nos hemos limitado a mencionar los tres últimos ejemplos por entender que los otros se subsumirían en otros tipos de asociación ilícita del art. 515 CP diversos de la asociación criminal (art. 515.1º CP), que aquí analizamos.

²³ Art. 515.5º CP: «*Son punibles las asociaciones ilícitas que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello*».

Consecuentemente, podemos afirmar que, una vez instaurada la democracia e incorporado al texto punitivo un delito de organización criminal, desconocemos qué ámbito de aplicación exclusivo ostentaría el delito de asociación criminal del art. 515.1º CP. Ante la manifiesta incapacidad para atribuirle un ámbito propio que justifique el mantenimiento de la figura consideramos procedente su supresión del CP.

2. Delito de grupo criminal

Artículo 570 ter 1. «*Quiénes constituyeren, financiaren o integren un grupo criminal serán castigados: a) Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves; b) Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave; c) Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de faltas, debiéndose imponer en este último caso la pena en su mitad inferior, salvo que la finalidad del grupo fuera la perpetración reiterada de la falta prevista en el número 1 del artículo 623, en cuyo caso podrá imponerse la pena en toda su extensión.*

A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas».

El legislador del 2010 considerando insuficiente el castigo de la participación en organizaciones criminales incorpora a continuación del art. 570 bis CP el delito de grupo criminal con el objeto, según se expone en la exposición de motivos de la ley de reforma, de punir fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad que no reúnen los requisitos estructurales de la vieja asociación criminal y la actual organización criminal. De esta forma vienen a definirse por exclusión los grupos criminales en el art. 570 ter CP, requiriéndose como únicos elementos para la apreciación del tipo la unión de más de dos personas y el objeto delictivo, que vuelve a abarcar tanto a delitos como a faltas.

Si criticábamos la definición jurisprudencial de asociación criminal y legal de organización criminal por su excesiva amplitud, las objeciones a este respecto en torno a la presente figura se multiplican. La definición residual que la misma hace de grupo criminal es, a mi juicio, manifiestamente contraria al principio de taxatividad penal, y con ello al principio de seguridad jurídica²⁴. Además, considerar como manifestación de criminalidad organizada a grupos esporádicos, que carezcan de una sólida organización o en los que no exista reparto de tareas entre sus integrantes supone desconocer el significado e importancia del fenómeno.

Por otro lado, no se entiende la inclusión en el CP de este precepto. Los textos internacionales en materia de armonización jurídica no exigían su tipificación, y el posible auge de este tipo de grupos en los últimos años en España no parece suficiente como para criminalizar, con

²⁴ Prácticamente la unanimidad de la doctrina ha coincidido en criticar el tipo de grupo criminal en este sentido. Destacan GONZÁLEZ RUS (GONZÁLEZ RUS, J. J. «La criminalidad organizada...», *op. cit.*, pp. 29 y 30), SÁINZ CANTERO CAPARRÓS (SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Sistema de Derecho Penal español, Parte Especial*, Dykison, Madrid, 2011, pp. 1203-1204) y SUÁREZ LÓPEZ (SUÁREZ LÓPEZ, J. M. «Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada», *Anales de Derecho*, n.º 30, 2012, p. 103).

todos los problemas de legitimación que ello conlleva en relación a la identificación del bien protegido, la mera integración en el grupo.

IV. CONCLUSIONES

En línea con las actuales tendencias represivas que vienen haciendo del Derecho Penal recurso de primer orden en la lucha contra nuevos peligros y amenazas sociales, el legislador de 2010, ante el auge preocupante de la criminalidad organizada transnacional, introduce en 2010 los delitos de organización y grupo criminal en el CP.

Lo cierto es que, aunque este fenómeno venía ya entonces siendo castigado por el clásico delito de asociación criminal del art. 515.1º CP, de orígenes políticos, el nuevo delito de organización criminal del art. 570 bis CP, creado específicamente para afrontar el crimen organizado, se adecua más a los perfiles de este fenómeno. La desvinculación del nuevo delito con el ejercicio abusivo del derecho de asociación, la sustitución del término equivoco «asociación» por el de «organización» y la incorporación por primera vez de una definición legal del fenómeno hacen al tipo de organización criminal más idóneo de cara a la represión del crimen organizado.

Sin embargo, a pesar de este juicio introductorio favorable se encuentran deficiencias importantes en la configuración del tipo, principalmente en la definición de organización criminal, que hacen conveniente una revisión del precepto. Y es que, en concordancia con el afán represivo legislativo de que hablábamos, se definen exagerada y desproporcionadamente las organizaciones criminales, abarcando fenómenos de una gravedad moderada o leve, sin vinculación con la criminalidad organizada. A este respecto entendemos que la inclusión de toda clase de delitos, y sobre todo faltas, en el objeto de la organización es manifiestamente desproporcionada y debe ser revisada. La exigencia contenida en las definiciones de organización criminal de los textos internacionales de que el objeto delictivo esté constituido por delitos que tengan atribuida una pena mínima de 4 años podría ser el referente a seguir en esa revisión, con la premisa básica de la supresión de las faltas. Considero que también sería procedente realizar ulteriores restricciones de la definición que la hagan más respetuosa con los principios de taxatividad, proporcionalidad, seguridad jurídica y *ultima ratio*. En este sentido, las propuestas de GONZÁLEZ RUS²⁵ de incluir como elementos definitorios de la organización, junto a los ya presentes, la actuación a nivel transnacional y el ánimo de lucro me parecen muy interesantes.

La supresión de las referencia a las faltas del art. 570 bis CP²⁶ que el nuevo proyecto de reforma, actualmente en fase de tramitación, realiza, que podría acogerse en principio con entusiasmo, no responde sino a motivos meramente formales. Y es que si se analiza el proyecto en su conjunto, se constata que la citada supresión no persigue reducir el ámbito del tipo, sino meramente eliminar el término «faltas» de él toda vez que suprime estas infracciones del CP²⁷. Esta supresión de las faltas es, sin embargo, engañosa pues en su mayoría pasan a constituir delitos

²⁵ Propuestas presentadas en la Conferencia sobre el tema La regulación penal de la criminalidad organizada en España celebrada el día 11 de marzo de 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

²⁶ También suprime la referencia a las faltas de los arts. 515.1º CP (asociación criminal) y 570 bis CP (grupo criminal).

²⁷ Ver apartado XXVIII de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de reforma actualmente en tramitación.

leves²⁸, nueva categoría que se quiere introducir por el legislador precisamente para dar cabida a las anteriores faltas que se estima necesario mantener. De esta forma el tipo seguiría siendo desproporcionadamente amplio. Las tendencias actuales manifestadas en el ámbito penal, y más concretamente, en el área de la criminalidad organizada, reveladoras de un afán represivo en la materia hacen además temer ulteriores endurecimientos y expansiones de los tipos penales.

En lo que respecta al tipo de asociación criminal, privado de su anterior ámbito de aplicación por el nuevo tipo de organización criminal y sin poder identificársele un ámbito alternativo a que ser destinado, su mantenimiento carece de sentido, siendo conveniente su supresión del CP.

Por último, en relación al tipo del art. 570 CP, la definición residual que el mismo recoge de grupo criminal es palmariamente contraria a los principios más básicos del Derecho Penal, fundamentalmente el de taxatividad, por lo que urge su supresión del texto punitivo. Ello sin considerar la desconexión del tipo con el crimen organizado, reservado a manifestaciones de extraordinario potencial lesivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ANARTE BORRALLO, E. «Conjeturas sobre la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, J.C. y ANARTE BORRALLO, E. *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, pp. 13-58.
- CANCIO MELIÁ, M. «El injusto en los delitos de organización: peligro y significado», *Icade*, n.º 74, 2008, pp. 245-287.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Comisión de Estudios e Informes, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.
- CÓRDOBA RODA, J. «Libertad de asociación y Ley penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 30, 1977, pp. 5-18.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Circular 2/2011 sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales*.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1978.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS. «La delincuencia organizada en Europa: extensión, factores facilitadores y rasgos principales», en *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN), Documento de Seguridad y Defensa, n.º 48, Ministerio de Defensa, 2012, pp. 11-31.
- GONZÁLEZ RUS, J. J. «Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 –caso Filesa–)», *Actualidad Penal*, n.º 27, 2000.
- GONZÁLEZ RUS, J. J. «La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma», *Anales de Derecho*, n.º 30, 2012, pp. 15-41.
- QUINTERO OLIVARES, G. «La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita», en FERRÉ OLIVÉ, J. C. y ANARTE BORRALLO, E. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, pp. 177-190.

²⁸ El informe al Anteproyecto de ley orgánica de reforma realizado por el Consejo General del Poder Judicial así lo pone de manifiesto en su p. 18 *in fine*.

- SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J. E. *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- SUÁREZ LÓPEZ, J. M. «Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada», *Anales de Derecho*, n.º 30, 2012, pp. 90-117.
- VELASCO NÚÑEZ, E. «Crímen organizado y grupo criminal: tras la reforma del Código Penal en la LO 5/2010», *La Ley Penal*, n.º 86, 2011, pp. 5-16.
- ZÚNIGA RODRIGUEZ, L. *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009.

La gestión y el destino de los bienes decomisados en Italia, ¿un posible modelo para España?

ANA E. CARRILLO DEL TESO¹ (España)

Investigadora de Doctoranda, Universidad de Salamanca, España

RESUMEN: La última reforma del Código Penal dispone la introducción de una Oficina de Recuperación y Gestión de Activos en España que se encargue de los bienes decomisados a las organizaciones criminales, cuyas concretas funciones y organización se regulan en el Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre. Sin embargo, por su novedad y carencia de bagaje, nos fijamos en la larga experiencia de Italia en la lucha contra el crimen organizado y la corrupción como posible referencia. Con este fin, haremos un breve análisis de la compleja normativa italiana en materia de decomiso (*confisca*), para a continuación centrarnos en la Ley n. 109 de 7 de marzo de 1996, de disposiciones en materia de gestión y destino de bienes embargados y decomisados. Por último vamos a estudiar la estructura de la *Agenzia Nazionale per l'Amministrazione e la Destinazione dei Beni Sequestrati e Confiscati alla Criminalità Organizzata* (ANBSC), así como sus puntos fuertes y carencias.

Palabras clave: recuperación de activos, decomiso, leyes antimafia, crimen organizado.

ABSTRACT: The latest reform of the Criminal Code introduces an Asset Recovery Office in Spain, which will be in charge of forfeited profits from criminal organisations, and whose specific functions and organisation are regulated in the Royal Decree 948/2015, of October 23rd. However, because of its novelty and lack of grounding, we look at the long-standing experience of Italy in the fight against organised crime and corruption as a possible reference. For this purpose, we analyse briefly the complex Italian legislation on forfeiture (*confisca*), to then focus on the Law n. 109 of March 7, 1996, for the management and destination of seized and forfeited assets. Finally we study the structure of the *Agenzia Nazionale per l'Amministrazione e la Destinazione dei Beni Sequestrati e Confiscati alla Criminalità Organizzata* (ANBSC) as well as their strengths and weaknesses.

Key words: asset recovery, forfeiture, antimafia legislation, organized crime.

SUMARIO: I. Introducción. II. Notas esenciales sobre el decomiso en Italia. III. El destino de los bienes. IV. La introducción de la *Agenzia Nazionale per l'Amministrazione e la destinazione dei*

¹ Personal Investigador en Formación (Programa FPU-MECD), Universidad de Salamanca.

Beni Sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (ANBSC). V. Las perspectivas de reforma. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Es ampliamente conocido que una de las principales estrategias político criminales en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado es la recuperación de activos, en especial en el marco de la Unión Europea² y a nivel internacional tras las Convenciones de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000³ (Convención de Palermo) y contra la Corrupción de 2003⁴ (Convención de Mérida). Se trata de desincentivar la delincuencia con ánimo de lucro precisamente atacando aquello que persigue, evitando que los autores y su entorno puedan disfrutar de ganancias obtenidas mediante el delito –o, siguiendo la estrategia de la Unión Europea, garantizar que el *delito no resulte provechoso*–, pero también se trata de restablecer el orden patrimonial lícito. Así, en la Convención de Palermo se dedican los artículos 12, 13 y 14 a esta materia, mientras que en la Convención de Mérida todo el Capítulo V (de los artículos 51 al 59) desarrolla la recuperación de activos.

Han sido muchos los instrumentos internacionales⁵ y, sobre todo europeos⁶, que han apostado por el fortalecimiento y la expansión de las medidas destinadas a la recuperación del producto del delito y que han tenido una influencia directa en la regulación española del decomiso⁷. Es una materia que requiere aún un importante desarrollo y consolidación en este país en cada una de sus fases; especialmente la etapa final: una vez que se ha ejecutado el comiso, ¿qué ocurre con los bienes decomisados?, ¿qué uso se les va a dar?, ¿quién se va a encargar de su gestión?, etc. Un ejemplo es la sentencia en primera instancia del Caso Malaya dictada por la Audiencia Provincial de Málaga⁸, que ilustra la carencia de una regulación racional y adaptada a las demandas sociales. En la misma se incluía la siguiente consideración de los magistrados: «No es justo que como consecuencia de

² V. gr. Comunicación de la Comisión de la Unión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo «Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que «el delito no resulte provechoso»», Bruselas, 20 de noviembre de 2008. COM (2008) 766.

³ Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, firmada por España el 13 de diciembre de 2000 y ratificada el 21 de febrero de 2002 (BOE de 29 de septiembre de 2003).

⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, firmada por España el 16 de septiembre de 2005 y ratificada el 9 de junio de 2006 (BOE de 19 de julio de 2006).

⁵ Aparte de los ya citados, el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, firmado por España el 8 de noviembre de 1990 y ratificado el 6 de octubre de 1998 (BOE de 21 de octubre de 1998) o el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, firmado por España el 20 de febrero de 2009 y ratificado el 21 de junio de 2010 (BOE de 26 de junio de 2010).

⁶ Por citar los más recientes, la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (DOUE L 68/49 de 15 de marzo de 2005) o la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea (DOUE L 127/39 de 29 de abril de 2014).

⁷ El decomiso es la herramienta para la recuperación del producto de la delincuencia en España. Tradicionalmente en un segundo plano, se llevan a cabo importantes reformas en 2003 y 2010; aunque la más relevante es la que acomete la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

⁸ Audiencia Provincial de Málaga (Sección 1ª), Sentencia n.º 535/2013 de 4 de octubre de 2013, Tomo 5, p. 96.

los actos y conductas aquí enjuiciadas, el pueblo de Marbella se encuentre endeudado durante años con Hacienda y la Seguridad Social, mientras que el dinero y los bienes decomisados reviertan en otras localidades distintas. El Tribunal cree respetuosa y humildemente y por ello así lo acuerda, que los bienes aquí decomisados, así como el importe de las multas satisfechas, sean utilizados para abonar esas deudas con las entidades públicas reseñadas, salvo mejor criterio de la Superioridad». El posterior recurso del Fiscal ante el Tribunal Supremo incluyó esta disposición por ser contraria a la legalidad, ya que el destino de estas cantidades era el Tesoro Público según el art. 13 del Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores⁹. La sentencia del Tribunal Supremo, efectivamente, dejó sin efectos las referencias a destinar los bienes decomisados y el importe de las multas satisfechas a abonar las deudas generadas para con el Ayuntamiento de Marbella¹⁰.

Este era un aspecto necesitado de una mejora urgente, al igual que la gestión de los bienes. En este sentido, la Exposición de Motivos de la reciente y polémica Ley Orgánica 1/2015 dice lo siguiente: «para mejorar la gestión de los activos intervenidos, se revisa la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se crea una Oficina de Recuperación y Gestión de Activos a la que corresponderá realizar las actuaciones necesarias para gestionar, del modo económicamente más eficaz, la conservación, realización o utilización de los bienes intervenidos». Si bien es cierto que efectivamente se prevé una reforma de la LECrim en este aspecto, ya la LO 5/2010¹¹ introdujo una disposición al respecto, el art. 367 *septies* LECrim, que habla de una Oficina de Recuperación de Activos con consideración de Policía Judicial, y cuya organización, funcionamiento y diferentes facultades quedaban pendientes de desarrollo reglamentario, el cual nunca llegó a elaborarse. En esta ocasión, sin embargo, sí se ha procedido a la regulación de la Oficina de Gestión y Recuperación de Activos a través del Real Decreto 948/2015, de 23 de octubre¹². De hecho, el último acto del Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, en la pasada legislatura fue la inauguración de la ORGA, un día antes de que el Real Decreto se publicase en el BOE y con la oficina vacía¹³.

La utilidad de los organismos de recuperación de activos (ORA) no se ciñe a la administración final de los bienes, sino que son un importante coadyuvante en el rastreo y localización del patrimonio criminal, tarea que puede sobrepasar a los órganos judiciales encargados. Como expone ISIDORO BLANCO¹⁴, para que estos organismos tengan éxito deben estar dotados de

⁹ Caso distinto es el de los bienes derivados del narcotráfico, que tienen régimen propio, según la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados (BOE núm. 129, de 30 de mayo de 2003).

¹⁰ STS (Sala de lo Penal) n.º 508/2015, de 27 de julio de 2015

¹¹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010).

¹² BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

¹³ Como recogieron los medios españoles, v. gr.: «Rajoy: “Que ningún delincuente pueda disfrutar de lo robado”», edición digital de El País, 23 de octubre de 2015; «Rajoy inaugura la oficina de recuperación de activos “para que ningún delincuente pueda disfrutar de lo robado”», edición digital de El Mundo, 23 de octubre de 2015.

¹⁴ Vid. BLANCO, Isidoro. «Armonización-aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito». En ARANGÜENA FANEGO, Coral (Dir.). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial*. Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 349-378; «La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos». *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho*

personal especializado, tanto formado en investigaciones financieras para poder rastrear los bienes, como juristas experimentados para la efectiva aplicación del decomiso. Además es necesario que tengan acceso a bases de datos, o la posibilidad de investigar conjuntamente con otros organismos. A ello hay que sumar la conveniencia de una relación fluida con las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) –que en España es el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias o SEPBLAC– y con otros ORA¹⁵, una de las prioridades de la Unión Europea en la materia.

Lo cierto es que a pesar de la aprobación *in extremis* de la regulación de la ORGA, ésta carece de experiencia y aún desconocemos incluso con qué dotación de recursos humanos va a contar, por la vaguedad en algunos puntos del Real Decreto que la regula. Por ello, aún podemos mirar a los países de nuestro entorno en busca de referencias. En este sentido, puede ser muy interesante el caso italiano, por su bagaje de décadas de lucha contra la corrupción, la mafia y el crimen organizado, además de ser un país próximo y perteneciente a la misma cultura jurídica de Derecho continental. Fue pionera, junto con Estados Unidos, en la utilización del comiso (en su caso *confisca*) para la neutralización de las ganancias de las organizaciones criminales y goza de una regulación desarrollada, aunque compleja, al respecto. Sin embargo, en lo que queremos hacer hincapié en el presente trabajo es en las disposiciones sobre el destino de los bienes decomisados y en la estructura y funcionamiento de su organismo de recuperación de activos, la *Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata* (ANBSC).

II. NOTAS ESENCIALES SOBRE EL DECOMISO EN ITALIA

«Cosa più brutta della confisca dei beni non c'è [...]. Quindi la cosa migliore e quella di andarsene»¹⁶

Como decíamos, el italiano es el primer ordenamiento europeo en el que se usa el decomiso como instrumento contra la criminalidad organizada¹⁷. En el combate a las organizaciones de tipo mafioso, la sola imposición de una pena privativa de libertad se había revelado como insuficiente. Era necesaria la neutralización de sus ganancias para evitar su reinversión en futuras actividades criminales, para evitar también que su poder se extienda al sistema económico legal y

Penal, 2007, A-01; «La reforma del comiso en el Código Penal español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos». En GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Limites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*. Valladolid: Lex Nova, 2012.

¹⁵ Aunque España no cuente con un ORA como tal, sí cuenta con puntos de contacto. Con el fin de cumplir con la Decisión del Consejo 2007/845/JHA, de 6 de diciembre de 2007, fueron designados el Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO) y la Fiscalía Especial Antidroga, según el documento 7811/09 CRIMORG 42 de 19 de marzo de 2009. Cfr. VV. AA. *Libro blanco de mejores prácticas sobre recuperación de activos*. Madrid: Ministerio del Interior, 2012, p. 297.

¹⁶ «No hay nada peor que el decomiso [...]. Así que lo mejor va a ser que nos vayamos». Palabras de Francesco Inzerillo, exponente de uno de los clanes más importantes de Palermo. En COPPOLA, Alessandra, RAMONI, Ilaria. *Per il nostro bene. La nuova guerra di liberazione, viaggio nell'Italia dei beni confiscati*. Milán: Chiarelettere, 2013.

¹⁷ Ampliamente, sobre el recorrido histórico de la *confisca*, vid. MAUGERI, Anna Maria. *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*. Milán: Giuffrè, 2001, pp. 19-64.

lo capture. Con el tiempo, las «modernas» formas de decomiso se han aplicado también a otras clases de delincuencia lucrativa con gran potencial de daño a la sociedad, como la corrupción y la evasión fiscal. Algunos cálculos aproximados estiman los ingresos de las mafias en 25.700 millones de euros de media al año; el coste de la corrupción en 60.000 millones de euros al año y el de la evasión fiscal en más de 120.000 millones de euros al año¹⁸.

En cuanto a las diferentes categorías de decomiso en el ordenamiento italiano, podemos diferenciar dos grandes tipos: las formas penales, aquellas que se imponen en un proceso penal, asociadas a una condena; y las formas de *confisca preventiva*, que se imponen en un proceso autónomo. No obstante, en la doctrina y jurisprudencia italianas se ha llegado al consenso de que no hay una única forma de *confisca*, abstracta y genérica, sino que es una institución jurídica caracterizada por el «poliformismo»: existen tantas *confiscas* como leyes que las configuran¹⁹.

I. Confisca penal

En el Código Penal italiano el régimen común se establece en el art. 240, dentro de las medidas de seguridad patrimoniales²⁰ (categoría sin equivalente directo en España). En este artículo se dispone primero una regla general de comiso facultativo: en caso de condena el juez puede decretar el comiso de las cosas que sirvieron para cometer el delito o que constituyan el producto o beneficio del mismo. Mientras que el producto es el resultado «empírico» del delito, el fruto directo de su consumación; el beneficio es el fruto indirecto, la ventaja económica derivada del ilícito penal²¹. Sin embargo, se establece el comiso obligatorio de las cosas que constituyeran el precio del delito, entre otros.

Este régimen general no era adecuado para hacer frente a las nuevas formas de criminalidad, en primer lugar por su carácter facultativo, además de las dificultades que supone diferenciar entre precio y beneficio y el estricto nexo entre el delito cometido y el bien, ya que sólo es posible decomisar por esta vía los bienes que son consecuencia directa del delito²². Por este motivo, se introducen en parte especial casos específicos de *confisca*, entre ellos en el art. 322 *ter*, para los delitos previstos de los arts. 314 a 322, esto es, malversación, *concussione* (delito consistente en una especie de cohecho pasivo más coacciones) y cohecho o corrupción de funcionario público. En este caso, la *confisca* es obligatoria, y se prevé también su ejecución por valor equivalente al del precio o beneficio. En el art. 416 bis se establece la *confisca* obligatoria de los bienes relacionados

¹⁸ En MENDITTO, Francesco. «Le confische nella prevenzione nel contrasto alla criminalità “da profitto” (mafie, corruzione, evasione fiscale). Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa». *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 Febbraio 2015, pp. 1-2.

¹⁹ Cfr. MENDITTO, Francesco. «Le Sezioni Unite verso lo “statuto” della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale». *Diritto Penale Contemporaneo*, 26 maggio 2014, p. 7, con referencia a jurisprudencia constitucional reiterada desde los años 60.

²⁰ Como sucede en España, la naturaleza jurídica de la *confisca* también es discutida por la doctrina, que la consideran más bien una sanción *sui generis* o una pena accesoria. Cfr. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale*. 6º Ed. Bologna: Zanichelli 2009, pp. 845-848.

²¹ Cfr. MAUGERI, Anna Maria. «I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato», en MAUGERI, Anna Maria (coord.). *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*. Milán: Giuffrè, 2008, pp. 3-127, sobre la amplitud de estos conceptos, definida por la jurisprudencia italiana.

²² MENDITTO, Francesco. 2015. *Op. cit.*, pp. 16-17.

con las asociaciones de tipo mafioso, sean internas o extranjeras. También en el art. 648 *quater* se prevé el comiso obligatorio de los bienes derivados del lavado de activos.

Respecto a las leyes especiales, hay que destacar el art. 12 *sexies* del Decreto Ley de 8 de junio de 1992, n. 356, introducido mediante el Decreto Ley n. 399 de 20 de junio de 1994, convertido con modificaciones por la Ley n. 501 de 8 de agosto de 1994. En el mismo se recogen hipótesis particulares de *confisca* en la lucha contra el poder económico de la criminalidad organizada. En realidad, se trata de la *confisca allargata* o decomiso ampliado: la sustracción por parte del Estado de los bienes, dinero u otras utilidades del condenado por un elenco de delitos, cuya proveniencia no está justificada cuando tengan un valor desproporcionado con la actividad económica lícita que el condenado acredita llevar a cabo. Los requisitos para su aplicación son, entonces, la titularidad o disponibilidad de los bienes (también mediante intermediario, ya sea una persona física o jurídica), la desproporción entre el valor del patrimonio y el rédito o la actividad económica, la falta de justificación del origen de los bienes y la condena por un determinado delito, incluido en una lista cerrada. Estos delitos son, de nuevo, los relacionados con la corrupción pública, con las asociaciones para delinquir o de tipo mafioso, además de la esclavitud, trata de personas, extorsión o secuestro con este fin, usura, receptación o blanqueo.

A estos presupuestos por vía interpretativa se añadió otro: el nexo de derivación causal entre el delito por el que se condena y el bien. Corresponde a un intento de la doctrina y la jurisprudencia de reducir la esfera aplicativa de esta tipología de decomiso. De esta manera, el ámbito de aplicación confluiría con el del art. 240 C.P. Sin embargo, este presupuesto no casa bien con el tenor de la norma, que se basa en la presunción de que quien realiza actividades en el marco de una organización mafiosa obtiene todos sus bienes de estas actividades²³.

2. *Confisca preventiva*

Esta tipología preventiva se introduce por primera vez en la Ley n. 575 de 31 de mayo de 1965, conocida como Ley Antimafia, mediante la Ley n. 646 de 13 de septiembre de 1982. El actual Código de las Leyes Antimafia y de las medidas de prevención (Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 2011, n. 159) prevé la *confisca allargata* y el *sequestro o confisca per equivalente* en los arts. 24 y 25.

Esta medida, más que a prevenir la peligrosidad social, tiende a evitar la acumulación de riqueza derivada de actividades ilícitas de la «empresa mafiosa» para impedir que ésta, además de seguir financiando otras actividades ilícitas, altere el sistema económico y capture tanto la actividad económica social como el poder político. Por este motivo se establece el embargo y decomiso de bienes que están a disposición directa o indirecta de sujetos sobre los que hay indicios de pertenencia a una organización criminal²⁴. De esta manera se configura como una *actio in rem*, como un proceso sobre el patrimonio sin necesidad de que la persona afectada haya sido condenada, cuando no se demuestra la legítima proveniencia del bien.

Cuando se introdujo en 1982 tenía un inconfundible carácter accesorio, ya que debía ir unida a la adopción de una medida de prevención personal, según los artículos 2 bis y 2 ter de

²³ MAUGERI, Anna Maria, 2001, *op. cit.*, pp. 319 y ss.

²⁴ *Ibid.*, p. 346.

la l.n. 575/65, con base en la peligrosidad cualificada de la persona con indicios de pertenencia a asociación mafiosa. El fundamento de la *confisca* preventiva, entonces, no era tanto el origen ilícito de los bienes sino que fueran disponibles por personas consideradas socialmente peligrosas. Con la reforma de la l.n. 55/1990 se añaden dos hipótesis de aplicación de medidas patrimoniales en el caso de que no se aplicaran medidas personales: en primer lugar, a las personas en prisión preventiva o libertad vigilada que no podían ser destinatarias de una medida de prevención personal por incompatibilidad y, en segundo lugar, a las personas que se encontrasen en el extranjero. Ya en el 2008, mediante el *decreto legge* n. 92, convertido en la *legge* n. 125, se reforma la Ley Antimafia para introducir el llamado *principio di applicazione disgiunta*, según el cual las medidas patrimoniales se pueden aplicar independientemente de las personales, también en el caso de muerte del sujeto destinatario de la medida (en este caso el proceso sigue contra los herederos o causahabientes). Esto unido al hecho de que en caso de las medidas de prevención se aplica la ley en vigor en el momento de su imposición, y a su paulatina extensión a otros casos de delincuencia con ánimo de lucro, más allá de los supuestos de asociación mafiosa, han convertido a la *confisca* preventiva en una medida particularmente eficaz en la recuperación de activos ilícitos²⁵. La doctrina italiana con frecuencia considera a estas formas modernas de decomiso una vía de simplificación o aligeramiento, cuando no inversión, de la carga de la prueba²⁶; incluso las llega a considerar «penas de sospecha²⁷». Sin embargo, ha recibido el aval de la Corte Constitucional italiana y del TEDH²⁸.

III. EL DESTINO DE LOS BIENES

A mediados de los 90 se aprobó una norma innovadora sobre la reutilización de bienes decomisados que hizo de Italia un ejemplo a seguir, la Ley n. 109 de 7 de marzo de 1996, de disposiciones en materia de gestión y destinación de bienes secuestrados o confiscados. Es ejemplar desde su mismo origen, ya que fue aprobada con el impulso de la Asociación Libera²⁹ en colaboración con otras organizaciones, que presentaron una iniciativa legislativa popular tras recoger más de un millón de firmas³⁰. En la misma se establece como norma general que los bienes confiscados son devueltos al Estado. Pero su verdadera importancia recae en la disposición sobre los bienes muebles, que según su tenor serán:

- Mantenedos en el patrimonio del Estado para fines de justicia, de orden público y de protección civil.
- Transferidos al patrimonio del Ayuntamiento donde esté sito el inmueble, para fines institucionales o sociales. El Ayuntamiento, a su vez, podrá administrar directamente el bien o asignarlo *a título gratuito* a comunidades, entes, organizaciones de voluntariado,

²⁵ Cfr. MENDITTO, Francesco. 2014. *Op. cit.*, pp. 1-18.

²⁶ Cfr. BALSAMO, Antonio. «Il “Codice Antimafia” e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?». *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 Luglio 2012, p. 2; MAUGERI, Anna Maria, 2001, *op. cit.*, p. 57.

²⁷ FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Op. cit.*, pp. 870 y ss.

²⁸ MENDITTO, Francesco. 2015. *Op. cit.*, p. 15.

²⁹ Ver *infra*.

³⁰ Cfr. MENDITTO, Francesco. «Quale futuro per i beni immobili sequestrati e confiscati? Proposte essenziali per ridurre le criticità esistenti». *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 4.

cooperativas sociales o a comunidades terapéuticas y centros de recuperación y cuidado de tóxico-dependientes.

- Transferidos al patrimonio del Ayuntamiento donde el inmueble esté sito, si ha sido confiscado por el delito del art. 74 del Texto Único aprobado con Decreto del Presidente de la República de 9 de octubre de 1990, n. 309 (Ley en materia de disciplina de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, prevención, cuidado y rehabilitación de los diferentes estados de tóxico-dependencia).

Por su parte, las empresas confiscadas, que también se mantienen en el patrimonio del Estado, son destinadas al alquiler, siempre eligiendo la opción que permita mantener un mayor nivel de ocupación, y evitando que caiga en manos de parientes, cónyuges, afines o personas que convivan con el destinatario del decomiso. Las empresas también podrán ser vendidas, cuando se estime una mayor utilidad para el interés público, motivo por el que también cabe la posibilidad de liquidarlas.

A su vez, las sumas de dinero se destinan a un fondo para el suministro de contribuciones destinadas a la financiación, total o parcial, de proyectos de gestión institucionales, sociales o de interés público de los bienes inmuebles, así como de actividades de recuperación de barrios degradados, prevención y recuperación de condiciones de marginalidad o penuria, intervención en la escuela mediante cursos de educación en la legalidad o promoción de la cultura empresarial y actividades para jóvenes desocupados.

Se pretende no sólo pasar de la clásica administración *estática* en la que recaían los bienes confiscados (su mera conservación) a una *dinámica*, en la que realmente se aprovechen los mismos³¹; sino también aportar una carga simbólica. Este simbolismo vendría dado por la visibilidad del nuevo uso de los inmuebles confiscados, en no pocas ocasiones bastiones de jefes mafiosos, que se convierten en sede de importantes labores sociales. Además se trata en todo momento de evitar cierta «nostalgia» por el crimen organizado, que los ciudadanos puedan pensar que la mafia daba trabajo y dinero mientras que el Estado lo quita³². Este refuerzo del consenso de los ciudadanos con la legalidad se consigue también mediante el desarrollo económico de grandes zonas del territorio nacional, eliminando factores nocivos³³. Sobre el «simbolismo» de la atribución de los bienes a entes locales se ha pronunciado la Corte Constitucional italiana, para la que «la restitución a los entes locales –que soportan el coste más alto de la “emergencia mafiosa”– de los recursos económicos ilícitamente adquiridos por las organizaciones criminales representa, de hecho, un instrumento fundamental para contrarrestar su actividad, con el objetivo de debilitar la raigambre social de estas organizaciones y de favorecer un consenso más amplio y generalizado de la opinión pública con la intervención represiva del Estado para el restablecimiento de la legalidad³⁴». Sin embargo, han surgido voces escépticas con la medida, que consideran que los entes locales son demasiado permeables a la infiltración de las

³¹ BALSAMO, Antonio. «La istituzione dell’Agenzia Nazionale per l’Amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata». *Cassazione Penale*, fasc. 6, 2010, pp. 2095 y ss.

³² VV. AA. *Op. cit.*, p. 121.

³³ BALSAMO, Antonio. 2010. *Op. cit.*, p. 2096. MENDITTO, Francesco. 2013. *Op. cit.*, p. 12, sobre el apoyo de la Corte Constitucional.

³⁴ Sentencia de la *Corte Costituzionale*, n.º 34 de 2012.

organizaciones criminales –aunque sea indirectamente– y si no había motivo para esta infiltración, esta asignación los puede convertir en objetivo de las organizaciones³⁵.

El uso social de los bienes confiscados ha sido valorado también por la Unión Europea. El Parlamento, en una Resolución de 25 de octubre de 2011³⁶, consideraba que «la reutilización para fines sociales de los activos confiscados permite que las estrategias de lucha contra la delincuencia organizada adopten un enfoque positivo a fin de que los activos confiscados dejen de considerarse un recurso sustraído a una organización delictiva para representar un factor doblemente constructivo, tanto por lograr la prevención de la delincuencia organizada como por su efecto para promover el desarrollo económico y social». Del mismo modo, en la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea se considera el deber de los Estados de «estudiar la posibilidad de tomar medidas que permitan que los bienes decomisados se utilicen con fines de interés público o con fines sociales. Dichas medidas podrán incluir, entre otras cosas, la posibilidad de destinar tales bienes a proyectos en materia de aplicación de la ley y prevención de la delincuencia, así como a otros proyectos de interés público y utilidad social».

En esta tarea ha sido inestimable la aportación de la antes mencionada Asociación Libera³⁷, cuya primera iniciativa fue precisamente la recogida de firmas para la Ley 109/1996. Libera, *nomi e numeri contro le mafie*, constituye un auténtico pulmón para la sociedad civil en la lucha contra la mafia, consiguiendo que nazca una conciencia colectiva sobre la necesidad del decomiso como vía para recuperar lo que el crimen organizado le quita a la sociedad³⁸. Es así como nace la auténtica cultura de la legalidad: con la implicación de la sociedad civil en la creación de leyes útiles, atacando la identificación falsamente construida de las organizaciones criminales con la sociedad. Esto es, la posición antimafia debe hacerse extensiva a todos los ciudadanos y no quedarse en las instituciones, y esta es la auténtica bondad de Libera.

IV. LA INTRODUCCIÓN DE LA *AGENZIA NAZIONALE PER L'AMMINISTRAZIONE E LA DESTINAZIONE DEI BENI SEQUESTRA TI E CONFISCATI ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA* (ANBSC)

La Ley 109/1996 no sólo establecía el destino de los bienes decomisados reformando la Ley Antimafia (ley de 31 de mayo de 1965, n. 575) sino que también incluía disposiciones sobre la gestión y los administradores de estos bienes. Su punto fuerte era el intercambio de información y la interacción entre el órgano jurisdiccional y la administración nombrada. Sin embargo, no cesaban los problemas, sobre todo por la dilación de los tiempos en la concesión de los bienes, que eran un obstáculo para su aprovechamiento. Era necesaria una reforma que fomentara la rapidez y la efectiva utilización del patrimonio para fines institucionales y sociales. De esta forma,

³⁵ Cfr. MAZZAMUTO, Marco. «L'Agenzia Nazionale per l'Amministrazione e la Gestione dei Beni Sequestrati e Confiscati alla Criminalità Organizzata». *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 dicembre 2015, pp. 38-39.

³⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea (2010/2309(INI)).

³⁷ Toda la información sobre la misma en el sitio web www.libera.it.

³⁸ Sobre las etapas de esta cultura del decomiso en Italia, FONDAZIONE TERTIO MILLENNIO ONLUS. *Dal bene confiscato al bene comune*. 2ª Ed. Roma: Ecra, 2013.

y de nuevo recogiendo las propuestas de asociaciones como Libera³⁹, se aprobó el Decreto Ley n. 4 de 2010, convertido en la Ley n. 50 de 2010, que instituye la ANBSC. Poco tiempo después su regulación sería subsumida en el Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 2011, n. 159, el Código de las Leyes Antimafia, en los arts. 110 a 113⁴⁰.

La *Agenzia* tiene personalidad jurídica de derecho público y cuenta con autonomía organizativa y contable. Depende del *Ministro dell'interno* y está sujeta al control de la *Corte dei Conti*, el tribunal de cuentas italiano (art. 110). Entre sus funciones se encuentra la recogida de datos relativos a los bienes embargados y confiscados al crimen organizado durante los procesos penales y preventivos, recogida de datos sobre el estado de los bienes, la programación de la asignación y el destino de los bienes, el análisis de los datos recabados y de las dificultades relativas a esta fase. También debe auxiliar a la autoridad judicial en la administración y custodia de los bienes embargados durante el procedimiento preventivo y penal en el caso de los delitos a los que se refiere el art. 51 apartado 3 bis del Código de Procedimiento Penal y del art. 12 sexies del Decreto Ley de 8 de junio de 1992, n. 356; y administrar y adjudicar estos mismos bienes una vez se determine su decomiso. Estas previsiones fueron modificadas en la conversión del Decreto Ley en Ley, ya que en un principio la ANBSC se hacía cargo enteramente de la administración de los bienes desde el mismo embargo. Sin embargo se estimó que sería más eficaz no sustraer por completo la función de la autoridad judicial en esta fase ya que podía incrementar el riesgo de presiones externas ilícitas⁴¹. Hay opiniones críticas con la amplitud de funciones de la *Agenzia*, especialmente en su papel de auxiliar de la autoridad judicial, primero porque no son necesarias para sus fines, y segundo porque puede haber problemas de constitucionalidad por colisionar con el derecho a un juez imparcial, al estar asesorado por una parte interesada⁴².

En cuanto a su organización, consta de tres órganos: Director, Consejo Directivo y Consejo de Revisores. El Director es elegido entre los prefectos y nombrado mediante Decreto del Presidente de la República, bajo propuesta del Ministro del Interior tras la deliberación del Consejo de Ministros. El Consejo Directivo está presidido por el Director y está compuesto por un Magistrado designado por el Ministro de Justicia, un Magistrado designado por el Procurador Nacional Antimafia, y dos expertos cualificados en materia de gestión empresarial y patrimonial designados por acuerdo del Ministro del Interior y el Ministro de Economía. Por último, el Consejo de Revisores está constituido por tres miembros efectivos y dos suplentes, nombrado mediante Decreto del Ministro del Interior entre los inscritos en el Registro de Revisores Contables (un miembro efectivo y otro suplente serán nombrados por el Ministro de Economía). Por tanto, cuenta con una composición mixta, caracterizado por la cooperación interinstitucional⁴³.

³⁹ En el Manifiesto de los Estados Generales del Antimafia de 2009 se reafirmaba la urgencia de «instituir una agencia nacional para la gestión de bienes sustraídos a las mafias, de modo que se asegure la rapidez y la transparencia en la asignación de la riqueza restituida a la colectividad» (consultable en <http://www.contromafie.it/contromafie-2009/>).

⁴⁰ *Vid.* MENDITTO, Francesco. «La disciplina transitoria del codice antimafia e le competenze dell' Agenzia Nazionale dopo l'emanazione dei regolamenti previsti dall' art. 113 del d.lgs. 159/11». *Diritto Penale Contemporaneo*. 15 marzo 2012.

⁴¹ BALSAMO, Antonio. 2010. *Op cit.*

⁴² *Vid.* MAZZAMUTO, Marco. 2015. *Op. cit.*, pp. 13 y ss.

⁴³ BALSAMO, Antonio. 2010. *Op cit.*

Las medidas en los ámbitos de la administración, asignación y destino de los bienes se toman sobre la base de las directrices que permiten a la Agencia llevar a cabo la planificación y la asignación del destino de lo decomisado o la aprobación de los planes generales de disposición de los bienes decomisados, que requiera el cambio del uso previsto de los mismos, a pesar de los instrumentos de planificación y el control de la utilización de los activos, por parte de entidades privadas y públicas, de conformidad con las disposiciones para la asignación y destino. También podría revocar la medida en caso de fallo o uso irregular de la partida en comparación con el propósito indicado⁴⁴. Se prevé, con el fin de cooperar con otras instituciones y con la sociedad civil, que sujetos externos a la agencia puedan intervenir en las reuniones del Consejo directivo, como representantes de la administración pública, entes y asociaciones interesadas o la autoridad judicial.

Según algunos autores, la ANBSC es un ente de estructura «ligera»⁴⁵, ya que se puede valer de las Prefecturas territoriales competentes para las actividades de administración y gestión de los bienes; de la Agencia de la Propiedad Estatal; de otras administraciones y entes públicos para el desarrollo de sus funciones y puede nombrar comisarios cuando sea necesario. Parece que el recurso a otros organismos es inevitable teniendo en cuenta la gran cantidad de tareas que se le asignan y la dotación orgánica tan escasa con la que cuenta (30 personas). De hecho mediante la Ley de 24 de diciembre de 2012, n. 229, se introdujo el art. 113 bis con disposiciones dirigidas a garantizar la funcionalidad de la *Agenzia*, para intentar paliar esta carencia.

Por otro lado, en un ejercicio de transparencia, la ANBSC cuenta con un sitio web en el que plasman su actividad⁴⁶ y detallan su organización, los balances anuales, los bienes confiscados por regiones y provincias, los decretos de destinación y estadísticas (aunque la última es del 7 de enero de 2013). Según la Relación de 2012 (la última consultable), a 31 de diciembre de 2012 los bienes inmuebles confiscados definitivamente eran 11.238. De estos, el 87,03% de los bienes destinados fueron transferidos al patrimonio indisponible de entes territoriales, en la mayoría de los casos los Ayuntamientos en los que se hallaban los bienes (5.010), y se destinaron un 36,87% a fines sociales, un 18,35% a asociaciones y un 14,68% a alojamiento para indigentes. El 30,11% restante se emplearon en fines institucionales: seguridad, asistencia pública, oficinas y escuelas. Sin embargo, en cuanto a los bienes en gestión, no eran pocas las dificultades: de los 3.995 inmuebles gestionados, 2.819 presentan problemas. El principal es la presencia de hipotecas y otros gravámenes. Otra dificultad es el pésimo estado de manutención en el que se encuentran los bienes, o el decomiso parcial, que lleva a compartir el bien con la familia del destinatario de la *confisca*⁴⁷.

Vemos que a pesar de los esfuerzos, son aún muchos los obstáculos y los aspectos a mejorar. Entre estas mejoras estarían el fomento de la rapidez de los procesos judiciales, la uniformización de las disciplinas del embargo preventivo y el decomiso y el fortalecimiento de la ANBSC, con una estructura acorde a sus funciones y objetivos⁴⁸.

⁴⁴ MENDITTO, Francesco. 2013. *Op. cit.*, p. 5.

⁴⁵ BALSAMO, Antonio. 2010. *Op. cit.*

⁴⁶ www.benisequestraticonfiscati.it

⁴⁷ Sobre concretos bienes confiscados y las dificultades que surgen en torno a los mismos: COPPOLA, Alessandra y RAMONI, Ilaria. *Op. cit.*

⁴⁸ MEDITTO, Francesco. 2013. *Op. cit.*, pp. 16-20.

V. LAS PERSPECTIVAS DE REFORMA

El 11 de noviembre de 2015 se aprobó por la Cámara de los Diputados el texto de la reforma del Código Antimafia (Decreto Legislativo n. 159/2011), que actualmente se encuentra en el trámite ante el Senado⁴⁹. En cuanto a lo tratado en este trabajo, esta reforma –de gran calado⁵⁰– amplía los sujetos destinatarios de medidas de prevención personal y patrimonial a las personas sobre las que haya indicios de asistencia a los miembros de asociaciones mafiosas y de numerosos delitos contra la Administración Pública. Además, se introduce un nuevo control judicial de las empresas sobre las que persiste el peligro de infiltración mafiosa, y se realizan modificaciones en sede de administración de los bienes embargados para asegurar su desocupación. Se lleva a cabo una reforma de la organización de la Agenzia, que queda bajo la supervisión de la Presidencia del Consejo. Asimismo, se revisan las disposiciones sobre tutela de terceros afectados por la gestión de los bienes. En sede de *confisca allargata* se incluye la imposibilidad de justificar el origen legítimo de los bienes con ingresos provenientes de evasión fiscal, y se introduce el decomiso sin condena definitiva para algunos casos, siempre que se certifiquen las circunstancias que habrían llevado a una condena.

VI. CONCLUSIONES

No basta con una buena regulación del decomiso si no se complementa con un órgano que facilite la función de gestión para que los bienes no caigan en desuso y se pierdan; como no es suficiente la creación de este órgano si no se le dota de recursos humanos y técnicos suficientes, así como de las necesarias potestades de actuación. En este sentido, España tenía una buena oportunidad para aprender de la experiencia ajena y crear un ORA que cumpliera todos los requisitos imprescindibles para su buena marcha. Sin embargo, la tendencia de los últimos años, con reformas procesales «a coste cero» y nula inversión en la Administración de Justicia no hace presagiar un cambio de rumbo.

El uso social como vía, no tanto para el aprovechamiento del bien, sino para la visibilización de la cultura de la legalidad, es el camino a seguir. Es lógico que en Italia se haya puesto el acento en la reutilización de los bienes derivados de las organizaciones de tipo mafioso; y tampoco es desdeñable la labor que en España ha realizado el Plan Nacional Antidroga, al que se destinan parte de los bienes derivados del narcotráfico. Sin embargo, creemos que hay que ir más allá, y no sólo extender el ámbito de los ORA a la gestión de todos los bienes derivados de actividades delictivas, sino también la reutilización con fines sociales y de combate a la delincuencia de estos bienes siempre que sea posible.

Lo que desde luego consideramos reseñable y digno de admiración es la implicación de la sociedad civil mediante organizaciones que impulsen la cultura de la legalidad hasta el punto de influir en la legislación mediante iniciativas legislativas populares, informes y estudios o encuentros entre todos los sectores sociales implicados

⁴⁹ Consultable en http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/testi/46203_testi.htm

⁵⁰ Ampliamente, sobre la misma, MENDITTO, Francesco. «Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 (cd. Codice Antimafia) e della confisca allargata. Il disegno di legge approvato l'11 novembre 2015 dalla Camera dei Deputati». *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 dicembre 2015. También, MAZZAMUTO, Marco. «Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese versus misure amministrative di completamento dell'appalto: brevi note sulle modifiche in itinere al codice antimafia». *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 aprile 2016.

BIBLIOGRAFÍA

- BALSAMO, Antonio. «Il “Codice Antimafia” e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?». *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 Luglio 2012.
- . «La istituzione dell’Agenzia Nazionale per l’Amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata». *Cassazione Penale*, 2010, fasc. 6: pp. 2095 y ss.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. «Armonización- aproximación de las legislaciones en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito». En ARANGÜENA FANEGO, Coral (Dir.). *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial*. Valladolid: Lex Nova, 2010, pp. 349-378.
- . «La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos». *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2007, A-01.
- . «La reforma del comiso en el Código Penal español: especial referencia al comiso ampliado y a los organismos de recuperación de activos». En GÓMEZ TOMILLO, Manuel (Dir.). *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*. Valladolid: Lex Nova, 2012.
- COPPOLA, Alessandra y RAMONI, Ilaria. *Per il nostro bene. La nuova guerra di liberazione, viaggio nell’Italia dei beni confiscati*. Milán: Chiarelettere, 2013.
- ESPOSITO, Mario. «Un caso di truffa delle etichette: l’uso alternativo delle misure di prevenzione patrimoniali». *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, fasc. 5: pp. 3518 y ss.
- FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale*. 6ª Ed. Bologna: Zanichelli 2009.
- FONDAZIONE TERTIO MILLENNIO ONLUS. *Dal bene confiscato al bene comune*. 2ª Ed. Roma: Ecra, 2013
- FRIGERIO, Lorenzo. «La confisca dei beni alle mafie. Luci e ombre di un percorso civile». *Aggiornamenti Sociali*, 2009, fasc. 1: pp. 38-48.
- MAUGERI, Anna Maria. «I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato», en MAUGERI, Anna Maria (coord.). *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*. Milán: Giuffrè, 2008, pp. 3-127.
- . *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*. Milán: Giuffrè, 2001.
- . «Le sezioni unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l’applicabilità del principio di irretroattività; la necessità della «correlazione temporale»». *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 aprile 2014.
- MAZZAMUTO, Marco. «L’Agenzia Nazionale per l’Amministrazione e la Gestione dei Beni Sequestrati e Confiscati alla Criminalità Organizzata». *Diritto Penale Contemporaneo*, 11 dicembre 2015.
- . «Misure giurisdizionali di salvataggio delle imprese versus misure amministrative di completamento dell’appalto: brevi note sulle modifiche in itinere al codice antimafia». *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 aprile 2016.
- MENDITTO, Francesco. «Gli strumenti di aggressione ai patrimoni illecitamente accumulati dalle organizzazioni di tipo mafioso: normativa, prassi e criticità dei procedimenti giudiziari –sequestro e confisca, penale e di prevenzione– e amministrativi –destinazione e utilizzazione dei beni–, con particolare riferimento all’istituzione dell’Agenzia Nazionale e al Testo Unico delle misure di prevenzione». *Diritto penale contemporaneo*, 28 enero 2011.

- «La disciplina transitoria del codice antimafia e le competenze dell’Agenzia Nazionale dopo l’emanazione dei regolamenti previsti dall’art. 113 del d.lgs. 159/11». *Diritto Penale Contemporaneo*, 15 marzo 2012.
 - «Le confische nella prevenzione nel contrasto alla criminalità «da profitto» (mafie, corruzione, evasione fiscale). Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa». *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 Febbraio 2015.
 - «Le sezioni unite verso lo «statuto» della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale». *Diritto Penale Contemporaneo*, 26 maggio 2014.
 - «Quale futuro per i beni immobili sequestrati e confiscati? Proposte essenziali per ridurre le criticità esistenti». *Diritto penale contemporaneo*, 27 settembre 2013.
 - «Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 (cd. Codice Antimafia) e della confisca allargata. Il disegno di legge approvato l’11 novembre 2015 dalla Camera dei Deputati». *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 dicembre 2015.
- VV. AA. *Libro blanco de mejores prácticas sobre recuperación de activos*. Madrid: Ministerio del Interior, 2012.

Contornos de un «modelo tipo» de expolio de las riquezas de las naciones como crimen de Derecho Internacional

MARCELO A. CASTILLO MONTERREY (Nicaragua)
Doctor Junior, Universidad de Salamanca, España

RESUMEN: Aquí se aborda la construcción de un modelo tipo de expolio de las riquezas nacionales con el propósito de sentar las bases para su definición como un crimen de Derecho Internacional. Para ello se hace un análisis previo de los criterios que justifican la incriminación de este comportamiento como un crimen de Derecho Internacional. Asimismo, se aborda la conveniencia de ampliar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional para estas conductas.

Palabras clave: Corrupción, expolio, Derecho Penal Internacional.

ABSTRACT: This article analyses the construction of a model type of Indigenous Spoliation in order to lay the basis for its definition as a crime under international law. To do a preliminary analysis of the criteria that justify the criminalization of this behavior as a crime under international law is made. Also, this article analyzes the desirability of extending the jurisdiction of the International Criminal Court for these behaviors.

Key words: Spoliation, Corruption, International Criminal Law.

SUMARIO: I. Los criterios de justificación en la figura del expolio como crimen de Derecho Internacional. II. Contornos objetivos de un «modelo tipo» de expolio de las riquezas de las naciones como crimen de Derecho Internacional. III. Epílogo.

I. LOS CRITERIOS DE JUSTIFICACIÓN EN LA FIGURA DEL EXPOLIO COMO CRIMEN DE Derecho Internacional

La literatura especializada afirma que el Derecho Penal Internacional tiene la función de proteger los más altos valores jurídicos de la comunidad internacional en su conjunto contra crímenes tan graves que amenazan la paz, la seguridad y el bienestar de la

humanidad¹. En este trabajo se parte de la idea que la gran corrupción y en particular los actos de expolio, son capaces de afectar el desarrollo económico y sociopolítico de los países que las padecen, incluso, pueden llevar a esas naciones a la bancarrota. Un saqueo organizado y sistemático o a gran escala de las riquezas y recursos de una nación por parte de los jefes de Estado, funcionarios de mayor nivel y los grandes agentes económicos, ataca de forma sistemática y masiva a los derechos humanos de la población. El hecho en cuestión no afecta, por tanto, exclusivamente a víctimas individuales, sino que representa *una amenaza para la comunidad internacional en su conjunto al atentar contra los intereses más importantes de la comunidad internacional*. De este modo, el expolio «es entendido aquí como un saqueo sistemático o a gran escala de las riquezas y recursos de una nación por parte de los jefes de Estado, funcionarios de mayor nivel y los grandes agentes económicos, que según la magnitud del daño causado puede lesionar *las bases económicas de una sociedad* y poner en peligro la paz, la seguridad y bienestar de la humanidad»².

La forma de destrucción total o parcial de los fundamentos esenciales de la vida económica de una sociedad se realiza, precisamente, a través del ataque a los bienes que integran las riquezas nacionales de esa sociedad. El expolio, tal como fue definido por las Naciones Unidas: «entraña vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, amenaza la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados». El expolio es la negación de los derechos económicos, sociales y culturales de grupos humanos enteros. Estas son acciones de sometimiento a condiciones de vida destructivas, las cuales no matan de manera inmediata, pero que a la larga pueden producir la muerte de miembros de un grupo poblacional. Apropiándonos de los argumentos del Tribunal para la antigua Yugoslavia, no resulta difícil sostener que cuando los ataques a la propiedad o riqueza son tan graves que destruyen la base económica de la existencia de una parte de la población determinada, y, si no se cometen por motivos discriminatorios ni destructivos contra un grupo poblacional, sino que se cometen por motivos puramente desposesorios, pueden constituir un crimen de expolio. No cabe duda que estos actos tienen una gravedad similar a otras acciones que constituyen crímenes de lesa humanidad³.

Evidentemente, todas estas circunstancias son amenazas en sí mismas, pero que además, son el caldo de cultivo en el que aumentan las probabilidades de que surjan otras amenazas, como los conflictos civiles, con las cuales se refuerzan mutuamente en un ciclo mortífero. El evitar estas trágicas consecuencias es una función político-criminal esencial del Derecho Penal Internacional que ya no puede ser más soslayada.

La relación con la comunidad internacional que da al expolio el carácter internacionalmente trascendente y hace de su castigo una cuestión que atañe a la comunidad internacional, surge tanto a partir del ataque a intereses «internacionales», como, porque la manifestación transfronteriza del crimen hace aparecer como necesaria o, en todo caso, apropiada una acción interestatal coordinada.

¹ TRIFFTERER, Otto. «Preamble». En el mismo (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observation's Notes, Article by Article*-. 2ª ed. Múnich: C. H. Beck-Hart-Nomos, 2008, p. 8, nm 9; seguido por WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 82-83.

² CASTILLO, Marcelo. «El expolio de las riquezas nacionales: nuevos retos para el Derecho Penal Internacional». En Demetrio Crespo, Eduardo (Ed.)/Maroto Calatayud, Manuel (Coord.). *Crisis financiera y Derecho penal económico*. Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2014, pp. 211-232.

³ En TPIY, sentencia de 29 de julio de 2004 (Blaškić, AC), parág. 149, la Cámara de Segunda Instancia se plantea la cuestión si esos actos tienen una gravedad similar a otras acciones que constituyen crímenes de lesa humanidad.

La relación con la comunidad internacional y la necesidad de la internacionalización de los mecanismos de protección de las riquezas nacionales resulta, por una parte, de la jerarquía de los intereses afectados; cuya protección es un interés común de todos (o la mayoría) de los Estados. Las violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos es el objeto de ataque que le confiere a la conducta la dimensión internacional. Por consiguiente, la apropiación masiva del patrimonio público por su gravedad amenaza a los valores fundamentales de la comunidad internacional, esto es: la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. El ataque a los intereses fundamentales de la comunidad internacional otorga al primero una dimensión internacional y lo eleva a la categoría de crimen de Derecho Internacional⁴.

Por otra parte, la internacionalización se enraza en dos razones más bien prácticas. Consideraciones de utilidad ante la naturaleza transnacional de estos delitos sugieren la internacionalización de la persecución y sanción penal de los mismos, porque su persecución por parte del Estado individual aislado no promete éxito alguno. En segundo lugar, estamos ante el típico caso de los crímenes reforzados por las estructuras estatales, que generalmente no son adecuadamente perseguidos y sancionados por el Estado víctima de los hechos porque la persecución de los autores está en manos de los propios autores. En consecuencia, si la obligación de castigar estos hechos correspondiera sólo al Estado donde se cometen, tal situación equivaldría muchas veces a hacer de los propios autores los jueces de sus actos y hacerles entrar en una zona de autocontradicción⁵. En consecuencia, la prevención y castigo del expolio es indudablemente una tarea de la comunidad internacional y, por esta razón el Derecho Internacional, y especialmente el Derecho Penal Internacional, tiene una justificación específica en este caso para configurar una norma que le permita traspasar el «blindaje de la soberanía estatal»⁶.

Sobre la base de estos presupuestos generales, y debido a la falta de adecuación de las figuras jurídicas tradicionales para garantizar el grado suficiente de tutela, parece oportuno mejorar los marcos normativos internacionales y emprender esfuerzos encaminados a definir las posibles líneas maestras de un crimen de Derecho Internacional de expolio a la luz del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y a definir los mecanismos para vigilar si los Estados Miembros del mismo cumplen los compromisos que se asuman, y determinar y remediar las deficiencias legislativas e institucionales en la materia.

Por tanto, resulta necesario contar con una definición autónoma, propia del expolio como crimen contra la humanidad. Para construir esta definición –como la de toda conducta que se trate de definir como crimen de Derecho Internacional–, hay que tener en cuenta de forma determinante al Derecho Internacional General, siempre que sus principios rectores sean trasladables al Derecho Penal Internacional.

A partir de aquí, la labor a enfrentar es esbozar los rasgos que debería presentar el tipo objetivo de expolio como crimen de Derecho Internacional. No sin antes advertir que para emprender el intento de elaborar un crimen de Derecho Internacional del expolio, hay que tener en cuenta las circunstancias de política mundial, porque, como todo el Derecho Internacional Público, de éstas depende su aplicación eficaz.

⁴ WERLE, Gerhard, *op. cit.*, p. 83.

⁵ *Ibidem*, p. 144.

⁶ *Vid.*, con referencias, *Ibidem*, pp. 82-83.

II. CONTORNOS OBJETIVOS DE UN «MODELO TIPO» DE EXPOLIO DE LAS RIQUEZAS DE LAS NACIONES COMO CRIMEN DE Derecho Internacional

El Derecho Penal Internacional (DPI, en adelante) ha experimentado una tardía codificación de las reglas generales de imputación propias. En consecuencia, hasta ahora solo se han construido los contornos de una teoría del delito específica para este ordenamiento⁷. No obstante lo anterior, actualmente la elaboración dogmática de una teoría del delito específica para el DPI se encuentra inmersa en un vertiginoso desarrollo, que tomó un impulso inicial con la instalación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y luego se ha tornado raudo con la entrada en funcionamiento de la Corte Penal Internacional⁸ (CPI, en adelante). Avanzar en la precisión y madurez dogmática de esta teoría que ofrezca reglas de validez general para la imputación de un injusto penal internacional, que abarque y ordene de forma sistemática los elementos estructurales comunes a todos los crímenes de forma universalmente eficiente y comprensible, es uno de los desafíos centrales para la jurisprudencia y la ciencia penal en el ámbito del Derecho Penal Internacional⁹.

Por ende, los presupuestos fundamentales de una parte general del DPI, que deba esperar y merecer aceptación, son: «apertura frente a los diferentes ordenamientos jurídicos y comprensibilidad y practicabilidad de las reglas propuestas»¹⁰. Esto explica que, desde la perspectiva del «*law in books*», en el Estatuto de la CPI se renunciara al uso de conceptos pertenecientes a los grandes sistemas jurídicos (*civil law* y *common law*), pero sin dejar de tomar elementos propios de ambos sistemas y se trató de unificarlos en un concepto de crimen específico para el DPI¹¹. Por otro lado, desde un punto de vista del «*law in action*», lo fundamental de una parte general del DPI, que pretende validez universal más allá de la teoría de las fuentes, es ser, también, eficiente, simple y comprensible.

Para efectos de lo que aquí interesa, en cuanto a los presupuestos de la responsabilidad individual (*offence*), sin ahondar en el profundo debate en torno a las diferencias y equivalencias categoriales existentes entre las respectivas estructuras sistemáticas del delito elaboradas en ambos sistemas jurídicos, a riesgo de una excesiva simplificación, basta con decir que el *actus reus* y el *mens rea* del derecho angloamericano se equiparan, respectivamente, a las usuales formas del tipo objetivo («*objektiver Tatbestand*») y del dolo («*kriminelles Bewußtsein*») en el derecho continental europeo¹².

⁷ *Vid.*, en este sentido, por ejemplo, Antonio Cassese, conferencia inédita citada según McDONALD, Gabrielle Kirk/SWAAK-GOLDMAN, Olivia. Introduction. En ellos mismos (eds.). *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*. Vol. I: Commentary. La Haya: Kluwer Law International, 2000, p. xiii: «...international criminal law is, in general, still quite rudimentary and lacks the specificity of most municipal criminal law». En este sentido son seguidos por AMBOS, Kai. *La parte general del Derecho Penal Internacional: Bases para una elaboración dogmática* (trad. de Ezequiel Malarino). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, pp. 38, 48, 64 y ss.

⁸ MUNOZ CONDE, Francisco. Prólogo. En WERLE, Gerard, *op. cit.*, pp. 31-32; WERLE, Gerard, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁹ *Vid.*, WERLE, Gerard, *op. cit.*, pp. 245 y ss.

¹⁰ AMBOS, Kai, *op. cit.*, p. 49.

¹¹ *Vid.*, en este sentido, WERLE, Gerard, *op. cit.*, p. 247; AMBOS, Kai, *op. cit.*, pp. 73 y ss., 384 y ss. También, previamente, CLARK, Roger S. «Subjektive Merkmale im Völkerstrafrecht». *ZStW*, vol. 114 (nº 2), 2002, pp. 372-376, nota 13.

¹² *Vid.*, ampliamente sobre las diferencias entre ambos sistemas, *ibidem*, pp. 383 ss. También, con anterioridad, NILL-THEOBALD, C. «Die Straffreistellungsdiskussion im Bereich des materiellen Völkerstrafrechts».

A. *Aspecto externo del hecho (actus reus)*

El aspecto externo de los crímenes de Derecho Penal Internacional se configura por los elementos materiales («*material elements*») o presupuestos que determinan la forma de aparición externa del hecho. Estos elementos objetivos, como señala WERLE, «pueden ser descriptivos o normativos, estar referidos al autor o al hecho»¹³.

El art. 30 del ECPI contiene en el párrafo 2 los términos conducta («*conduct*») y consecuencias («*consequence*») y el párrafo 3 del mismo precepto contiene el término circunstancia concomitante («*circumstances*»). En virtud de esta norma la doctrina asume que estos son los elementos materiales del delito¹⁴; el término *conducta* se refiere a una acción u omisión, generalmente los tipos penales precisan también la producción de determinadas *consecuencias* derivadas de la conducta, así como cualquier otra *circunstancia concomitante* contenida en la definición del crimen de que se trate y que no se refiere ni a la conducta ni a las consecuencias. Estos tres elementos materiales integran el *actus reus*, esto es, al tipo objetivo.

a. Conducta (acción y omisión):

Bajo el término «conducta» se entiende normalmente una acción u omisión en la cual se propone incurrir el autor¹⁵. Expresado en términos dogmáticos, la letra a) del art. 30.2 se refiere a la *actividad immanente a todo delito*¹⁶.

La conducta humana que presupone el expolio como crimen de Derecho Internacional la entendemos como cualquier *acto de sustracción de las riquezas de un Estado dirigido a la desposesión antijurídica* de la población mediante la comisión de delitos individuales como la malversación o apropiación indebida, la prevaricación, el cohecho y en general a través del abuso de poder, cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático o como parte de un ataque a gran escala contra esas riquezas.

El elemento «ataque» describe una línea de conducta (*course of conduct*), en la que se deben integrar los hechos individuales que integran el hecho global. Para que se produzca este elemento no es necesario el ejercicio de violencia contra la población civil. «Más bien al contrario, cualquier forma de abuso de la población civil puede ser subsumido en el término ‘ataque’»¹⁷.

b. Consecuencias

Algunos crímenes de Derecho Internacional prohíben la conducta, otros crímenes prohíben no sólo la conducta sino que también las consecuencias que se producen causalmente y otros crímenes prohíben la producción de las consecuencias sin especificar una conducta en

ZStW, vol. 109, n.º 4, 1997, pp. 955 y ss; *Vid.*, también previamente en el mismo sentido, VEST, Hans. «Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht?», ZStW, vol. 113, n.º 3, 2001, p. 472.

¹³ WERLE, Gerard, *op. cit.*, p. 252.

¹⁴ Por ejemplo y entre muchos otros, CLARK, Roger S., *op. cit.*, p. 381.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 380-383, nota 29.

¹⁶ AMBOS, Kai, *op. cit.*, p. 392.

¹⁷ Así, con amplia reseña jurisprudencial, WERLE, Gerard, *op. cit.*, pp. 476-477, nota 1664.

particular^{18/19}. En este sentido, la mayoría de los crímenes exigen como presupuesto, además de la conducta prohibida, la producción de determinadas consecuencias. De suerte que, «por consecuencias se entienden todos los efectos de la conducta punible; incluso los delitos de mera actividad pueden tener ‘consequences’»²⁰. De modo que, las consecuencias pueden gravitar en un resultado de lesión efectiva²¹ o en la mera puesta en peligro de los intereses jurídicos más importantes para la comunidad internacional²².

El párrafo 2. a) del art. 30 ECPI parte de las consecuencias conectadas a la mayoría de tipos. El término «*consequence*» debe ser entendido aquí en el sentido del «resultado» que se produce solamente en los delitos de resultado²³.

En concreto, en el caso del expolio, las consecuencias que gravitan en un resultado de lesión efectivo son los concretos resultados de los delitos individuales anteriormente citados y que se materializan como hecho global en la puesta en peligro de los fundamentos económicos, sociales y políticos de un Estado que los mismos producen. Pero, según lo afirmado en líneas superiores, la destrucción efectiva de estos fundamentos no es necesaria. De modo que, el elemento internacional que caracteriza al expolio como un tipo de los crímenes de Derecho Internacional radica en la exigencia objetiva de un hecho global en el sentido de amenaza o de destrucción de los fundamentos esenciales de la economía de una sociedad o parte de esta.

c. Circunstancias

Normalmente, junto con los conceptos de *conducta* («*conduct*») y *consecuencia* («*consequence*»), los crímenes de Derecho Internacional requieren además la concurrencia de otras *circunstancias* («*circumstance*»²⁴) externas concomitantes²⁵. Aquí con el concepto de «circunstancia» se alude a las realidades descritas en los elementos del tipo. De particular importancia es la inclusión de este aspecto en los elementos materiales del crimen, lo cual ha dado lugar a acalorados debates, teniendo en cuenta que la literatura en el ámbito del *common law* apenas ayuda a aclarar este concepto²⁶. En ese sistema jurídico con este concepto se entienden los hechos objetivos o normativos que resultan de los requisitos del tipo de un determinado delito según lo establecido en la letra de la ley²⁷. Por ejemplo, en un delito sexual, el sexo y la edad de la víctima. En el expolio serían hechos normativos, por ejemplo, la definición de qué se entenderá por bienes y recursos que integran las riquezas nacionales; la condición de Jefe de Estado, Ministro, como cualificación autónoma respecto a la de funcionarios públicos.

¹⁸ Así, PIRAGOFF, Donald K. y ROBINSON, Darryl, «Art. 30. Mental element». En TRIFFTERER, O. (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observaciones’ Notes, Article by Article*-. 2ª ed. Múnich: C. H. Bechh-Hart-Nomos, 2008, p. 859.

¹⁹ Por ejemplo, En el Estatuto CPI artículo 6 (b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.

²⁰ *Vid.*, con ulterior referencia, WERLE, Gerard, *op. cit.*, p. 253.

²¹ Art. 8.2.a) iii) Del Estatuto CPI: «Infligir deliberadamente grandes sufrimientos...».

²² Art. 8.2. b) x) Del Estatuto CPI: poner gravemente en peligro la salud que estén en poder del perpetrador.

²³ AMBOS, Kai, *op. cit.*, p. 392.

²⁴ Art. 30 (3) del Estatuto CPI.

²⁵ AMBOS, Kai, *op. cit.*, p. 394; En la misma línea, WERLE, Gerard., *op. cit.*, pp. 255-256.

²⁶ *Vid.*, ilustrativamente, CLARK, Roger S., *op. cit.*, pp. 382-383.

²⁷ *Vid.*, con ulterior referencia, AMBOS, Kai, *op. cit.*, p. 394.

Estas circunstancias concomitantes desempeñan un rol fundamental en la calificación del expolio como crimen de Derecho Internacional. Esto es así, porque en este caso, las circunstancias de contexto o también llamadas elementos contextuales («*contextual elements*») se convierten en presupuestos objetivos que le confieren al hecho individual una dimensión internacional²⁸. En este crimen los elementos contextuales se derivan de forma inmediata de la propia definición que del mismo aquí hacemos: el presupuesto del «modelo tipo» de expolio lo constituye el hecho de que la conducta típica se lleva a cabo en el marco de un ataque sistemático o a gran escala contra las riquezas nacionales.

d. Hecho global

La cuestión clave que define un delito como crimen de Derecho Internacional viene determinada por sus elementos constitutivos. El Derecho Penal Internacional es ante todo «derecho penal individual», porque siempre toma en cuenta «actos criminales individuales»²⁹. Pero, cuando la suma de estos actos va más allá de lo individual y se cometen como parte de un ataque sistemático o en gran escala contra las riquezas nacionales, entonces, se genera un elemento contextual denominado abreviadamente como «hecho global» que da paso a un crimen de Derecho Internacional³⁰. En otras palabras, como ya hemos mencionado en otro lugar de este trabajo, los crímenes de Derecho Internacional tienen como elemento común el denominado «elemento internacional»³¹.

Por consiguiente, los llamados elementos contextuales («*context-element*») o circunstancias de contexto, para el DIP se convierten en presupuestos objetivos que confieren al hecho individual una dimensión internacional y a la conducta que lo provoca la subsiguiente calificación como crimen de Derecho Internacional. En los crímenes de Derecho Internacional los elementos contextuales se derivan de forma inmediata de la propia definición de estos crímenes: el presupuesto lo constituye el hecho de que la conducta típica se lleva a cabo en el marco de un ataque sistemático o en gran escala contra personas u objetos³². Una circunstancia de contexto común de estos crímenes es su producción dentro de un Estado no de Derecho.

Los hechos individuales de apropiación del patrimonio público se deben considerar crímenes de Derecho Internacional si se comenten en el marco de un ataque sistemático o en gran escala (hecho global). Los hechos individuales de desposesión deben, por tanto, formar parte de una relación funcional de conjunto, los cuales son cometidos de forma sistemática dentro de un Estado no de derecho.

A continuación se analiza el aspecto externo del hecho global del expolio, es decir, «patrimonio público» y el elemento «ataque generalizado o sistemático». Además, teniendo en cuenta que el ECPI introduce el elemento político como aspecto externo en la definición tanto de los delitos de lesa humanidad (art. 7.2), así como en los crímenes de guerra (art. 8.1), analizaremos la oportunidad de incluir este aspecto en la definición del «modelo tipo» de expolio.

²⁸ *Vid.*, con ulterior referencia, WERLE, Gerard, *op. cit.*, pp. 84-85, 255.

²⁹ VEST, Hans, *op. cit.*, p. 462.

³⁰ WERLE, Gerard, *op. cit.*, pp. 469-470.

³¹ *Ibidem*, p. 84.

³² *Vid.*, en similar sentido, *ibidem*, p. 255.

d.1) El ataque sistemático o en gran escala

Los crímenes internacionales requieren ineludiblemente de un contexto de acción colectiva («*kollektiven Aktionszusammenhang*»). Técnicamente, esto se expresa mediante la exigencia de una comisión sistemática o en gran escala de un crimen determinado³³. El contexto sistemático o comisivo en gran escala de la actividad criminal es un elemento del tipo objetivo³⁴. Como tal, tiene que ser alcanzado por el elemento subjetivo.

Así, todos los crímenes de Derecho Internacional requieren un contexto colectivo (*kollektive Kontext*) de ejercicio de violencia sistemática o masiva. Este contexto colectivo compone una «presunción constitutiva» (*Hintergrundannahme*) para los crímenes de lesa humanidad³⁵. De este modo, en estos crímenes el contexto colectivo o de violencia organizada (*Gesamttat*) que amenaza a la paz, seguridad y bienestar de la humanidad consiste en la violación sistemática o masiva de derechos humanos fundamentales de la población civil³⁶.

En el caso concreto del expolio, se amenaza la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad cuando se vulneran los derechos económicos, sociales y culturales de la población civil al atacar de forma sistemática o masiva los fundamentos económicos del Estado al cual pertenece esa población. El hecho global cuestiona a la humanidad como tal, en el sentido de un «estándar mínimo de las reglas de la coexistencia humana»³⁷.

Siguiendo el criterio introducido por ECPI para otros crímenes, en el caso del expolio proponemos que ambas características típicas sean formuladas de manera alternativa entre sí. Aunque en la práctica generalmente coinciden los dos criterios, siendo difícil separar el uno del otro³⁸. Como criterio o «elemento internacional» el primer criterio alternativo (un ataque sistemático) requiere que los crímenes se cometan de manera sistemática, esto se refiere a la naturaleza cualitativa de los ataques. Es decir, que con ello se hace alusión a la naturaleza organizada de los actos de desposesión y sirve para excluir del ámbito del crimen los hechos aislados³⁹. Este criterio alternativo puede cumplirse con una serie de ataques que de hecho se lleven a cabo, con un solo ataque que se lleve a cabo como el primero de una serie de ataques proyectados, o con un solo ataque de extraordinaria magnitud. Esto último contiene el segundo criterio alternativo que requiere que los crímenes se cometan en gran escala, es decir que los actos criminales se dirijan contra un porcentaje significativo del patrimonio de un Estado como resultado de una serie de ataques o como resultado de un solo ataque masivo que cause un expolio de las riquezas nacionales.

Cuando el hecho global es producto de una serie de ataques, «el elemento ‘ataque’ describe una línea de conducta, en el que se deben integrar los hechos individuales»⁴⁰. Esta línea de conducta debe implicar la «comisión múltiple» de actos desposesorios de las riquezas nacionales.

³³ VEST, Hans, *op. cit.*, p. 467.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*, p. 462.

³⁶ Así, WERLE, Gerard, *op. cit.*, pp. 84-85.

³⁷ WERLE, Gerard, *op. cit.*, pp. 468-469.

³⁸ *Vid.*, en similar sentido, por ejemplo, TPIY, sentencia de 3 de marzo de 2000 (Blaškić, TC) parág. 207; TPIY, sentencia de 14 de diciembre de 1999 (Jelisić, TC), parág. 53; TPIR, sentencia de 7 de junio de 2001 (Bagi-lishema, TC), parág. 77.

³⁹ WERLE, Gerard, *op. cit.*, pp. 477-478.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 475.

La comisión múltiple conlleva menos exigencias que el ataque «generalizado» o una comisión a gran escala. Así, puntualiza WERLE que «una comisión múltiple existe tanto cuando se cometen en varias ocasiones una misma acción típica como cuando se comenten distintas alternativas típicas. Para ello no se requiere que un mismo autor actúe en todos los casos»⁴¹.

El carácter «generalizado» («*widespread*» o «*Weitverbreitet*») o «a gran escala» del ataque debe ser interpretado como un elemento cuantitativo del hecho global⁴². La CDI ha reconocido acertadamente no solo los efectos acumulativos de una serie de tratos inhumanos, sino también el efecto de un único acto de extraordinaria magnitud como constitutivos de un crimen contra la humanidad⁴³. El Tribunal Internacional para Ruanda (ICTR, por sus siglas en inglés) en el caso *Akayesu* ha interpretado «generalizado» en el sentido del art. 3 del Estatuto ICRT como «masivo, frecuente, a gran escala, llevado a cabo colectivamente con gravedad considerable y dirigido contra una multiplicidad de víctimas»⁴⁴.

La generalidad o masividad del ataque se deriva, principalmente, a partir de la cantidad de víctimas o de las riquezas nacionales o de su extensión sobre un ámbito geográfico amplio. E incluso, un ataque generalizado puede serlo una sola acción cuando ésta tiene como víctima a un gran número de personas civiles o entraña vasta cantidad de activos⁴⁵. La calificación del ataque como «sistemático» es de naturaleza cualitativa. Se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia por mera coincidencia. Exige que las acciones individuales se deriven de un plan previo o de una política⁴⁶. El autor debe conocer, por tanto, que se está llevando a cabo un ataque (a gran escala o sistemático) contra las riquezas nacionales y que su hecho representa una parte de este ataque.

Por su parte el ICTR definió el concepto de «sistemático» como «concienzudamente organizado y siguiendo un patrón regular sobre la base de una política común con la participación sustancial de recursos públicos o privados». No se requiere que esta política deba ser formalmente adoptada como política de Estado o de una organización. Debe haber, sin embargo, algún tipo de plan o política preconcebidos⁴⁷. Sobre este último aspecto volveremos *infra*.

d.2) Las riquezas nacionales como objeto del hecho global

Los crímenes internacionales pueden dirigirse contra personas u objetos. En el caso de que los ataques se dirijan a objetos, estos deben tener una naturaleza colectiva. Lo que se quiere poner de relieve es el carácter colectivo del crimen y la exclusión de ataques contra personas o bienes individuales y de actos aislados.

El tipo de expolio valdría por igual para tiempos de guerra como de paz. No se protege, a diferencia de lo que sucede en los crímenes de guerra, los bienes, las propiedades y otros derechos

⁴¹ *Ibidem*, p. 477.

⁴² VEST, Hans, *op. cit.*, p. 468; seguido por WERLE, Gerard, *op. cit.*, p. 477.

⁴³ *Id.*, con ulterior referencias, VEST, Hans, *op. cit.*, p. 468, nota 46.

⁴⁴ Prosecutor v. Akayesu. Case ICTR-96-4-T. Septiembre 2, 1998.

⁴⁵ WERLE, Gerard, *op. cit.*, pp. 477-478.

⁴⁶ Así lo interpretan tanto la Comisión Internacional y la jurisprudencia. Al respecto, *vid.*, WERLE, Gerard, *op. cit.*, pp. 478-479, nota 1674.

⁴⁷ Expresamente, VEST, Hans, *op. cit.*, pp. 468 y ss.; WERLE, Gerard, *op. cit.*, pp. 484-485.

frente al enemigo, ni se pretende proteger con esta figura los bienes pertenecientes a un Estado ocupado o plaza tomada por asalto en un conflicto armado de orden tanto internacional como interno, sino que, con esta figura se trataría de proteger las riquezas nacionales frente a los propios gobernantes del Estado al cual pertenecen estas. d.3) El elemento político

El Derecho Internacional Consuetudinario no exige ningún «elemento político» adicional al «ataque generalizado y sistemático» como condición de punibilidad que limite la definición de los crímenes. Sin embargo, los arts. 7.2. a) y 8.1, ambos del ECPI, exigen respectivamente que el ataque se lleve a cabo «de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política» o que se cometa como parte de un «plan o política o como parte de la comisión en gran escala de los crímenes de guerra». La formulación de este «elemento político» en estos crímenes fue realizada con la intención de dejar claro que no se incluían en la definición de los mismos hechos aislados cometidos por individuos⁴⁸.

Asimismo, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha destacado con claridad que el elemento político no es un elemento autónomo en la definición del crimen ni tampoco es necesario para probar la existencia de un ataque sistemático o a gran escala⁴⁹. En este sentido, la CPI en sus primeras decisiones sobre la materia, ha señalado que el elemento político no es independiente del crimen, pero puede ser de utilidad para la constatación del hecho global⁵⁰. Además, esto no convierte al elemento político en un elemento del tipo.

En concreto, la existencia de una condición de punibilidad como política de Estado, a nuestro modo de ver, no corresponde exigir en el tipo de expolio. Porque tal como aquí su configuración ha sido propuesta, los elementos «riquezas nacionales» y «sistemático o a gran escala» comprenden ya requisitos mínimos cuantitativos y cualitativos suficientes para excluir hechos aislados cometidos por individuos. El requisito de la planificación va implícito en la exigencia de un hecho global. El elemento político que en los mencionados artículos introduce el ECPI es en esencia, si se interpreta como aquí se hace de forma amplia, una ilustración de la exigencia del hecho global. Esta interpretación amplia no es más que una elaboración de lo que ya se incluye en el elemento contextual del crimen, del «ataque sistemático o a gran escala sobre las riquezas nacionales»⁵¹.

La política del Estado o de la organización puede consistir, como acertadamente subraya WERLE, «en la adopción de una función directiva en la comisión del crimen o en un apoyo activo del hecho global o incluso en su tolerancia». Así lo ha considerado la jurisprudencia internacional en múltiples decisiones, para quien es suficiente con la tolerancia para cometer el delito⁵².

⁴⁸ Proyecto de Código de 1996, comentario al art. 18, parág. 5. Es en este proyecto donde la formulación hecha del «elemento político» encontró inspiración. *Vid.*, además, WERLE, Gerard, *op. cit.*, p. 480.

⁴⁹ Así, por ejemplo, TPIY, sentencia de 12 de junio de 2002 (Kunarac et al., TC), parág. 98; TPIY, sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parág. 225; TPIY, sentencia de 29 de julio de 2004 (Blaškić, AC), parág. 120; TPIY, sentencia de 17 de diciembre de 2004 (Kordić y Čerkez, AC), parágs. 98 y 120; TPIY, sentencia de 10 de mayo de 2005 (Semanza, AC), parág. 269.

⁵⁰ CPI, decisión de 27 de abril de 2007 (Harun y Kushayb, PTC), parág. 62; CPI, decisión de 10 de junio de 2008 (Bemba Gombo, PTC), parág. 33.

⁵¹ *Vid.*, en similar sentido, WERLE, Gerard, *op. cit.*, p. 483.

⁵² *Ibidem*, p. 483, nota 1693.

III. EPÍLOGO

No es posible concluir en este trabajo un análisis acabado sobre un tema con tantas aristas como el que nos ocupa. Pero de todo lo hasta aquí dicho podemos extraer algunas conclusiones en consonancia con el propósito que nos hemos planteado: sentar las bases para la construcción de un futuro crimen de expolio de las riquezas nacionales como crimen de Derecho Internacional.

En nuestra opinión y a la luz de los argumentos expuestos *supra*, nada obsta para que sea reconocido el expolio de los recursos naturales y riquezas nacionales como un grave crimen que constituye una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Así, se protegería a las poblaciones frente a estos hechos macrocriminales cometidos desde las estructuras estatales u organizaciones con estructuras similares a los Estados.

Sin embargo, no puede obviarse que la creación del crimen de expolio como un crimen de Derecho Internacional suscita problemas complejos. Así, se desvela la necesidad imperiosa del establecimiento de garantías institucionales para que la figura de expolio de las riquezas nacionales lejos de servir a la desestabilización de las relaciones internacionales, contribuya a la causa de la justicia y la paz en la sociedad internacional a lo que modernamente se denomina *gobernanza global*. Esta garantía, como no puede ser de otra manera, solo es proporcionada por las Naciones Unidas en cuanto estructura institucional de la comunidad internacional. De ahí que a la hora de examinar la posibilidad de calificar el expolio como crimen de Derecho Internacional, dicha posibilidad deberá ser analizada atendiendo a las facultades de la CPI y considerando seriamente la pertinencia de modificar el Estatuto de Roma para incluir expresamente el expolio de las riquezas nacionales dentro de la jurisdicción de la CPI.

Llegados a este punto, podemos concluir que la protección del patrimonio de los Estados contra ataques graves, sistemáticos o masivos es una tarea global, cuya efectiva tutela no puede depender de la capacidad del Estado víctima para sancionar eficazmente estos ataques y recuperar las riquezas expoliadas. A luz de esto, se hace necesaria la regulación del expolio por el Derecho Penal Internacional para castigar internacionalmente esta conducta y recuperar las riquezas saqueadas.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai. *La parte general del Derecho Penal Internacional: Bases para una elaboración dogmática* (trad. de Ezequiel Malarino). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- CASTILLO, Marcelo. «El expolio de las riquezas nacionales: nuevos retos para el Derecho Penal Internacional». En Demetrio Crespo, Eduardo (Ed.) y Maroto Calatayud, Manuel (Coord.). *Crisis financiera y Derecho penal económico*. Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2014, pp. 211-232.
- CLARK, Roger S. «Subjektive Merkmale im Völkerstrafrecht». *ZStW*, Vol. 114, n.º 2, 2002, pp. 372-402.
- McDONALD, Gabrielle Kirk y SWAAK-GOLDMAN, Olivia. «Introduction». En McDONALD, Gabrielle Kirk y SWAAK-GOLDMAN, Olivia (eds.). *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The Experience of International and National Courts*. Vol. I: Commentary. La Haya: Kluwer Law International, 2000, pp. xiii-xiv.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. Prólogo. En WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- NILL-THEOBALD, Christiane. «Die Straffreistellungsdiskussion im Bereich des materiellen Völkerstrafrechts». *ZStW*, vol. 109 (n.º 4), 1997, pp. 950-972.
- PIRAGOFF, Donald K. y ROBINSON, Darryl. «Art. 30. Mental element». En TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observaciones’ Notes, Article by Article*-. 2ª ed. Múnich: C. H. Bechk-Hart-Nomos, 2008, pp. 849-861.
- TRIFFTERER, Otto, «Preamble». En TRIFFTERER, Otto (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observaciones’ Notes, Article by Article*-. 2ª ed. Múnich: C. H. Bechk-Hart-Nomos, 2008, pp. 1-14.
- VEST, Hans. «Humanitätsverbrechen-Herausforderung für das Individualstrafrecht?», *ZStW*, vol. 113 (n.º 3) 2001, pp. 457-498.
- WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

Crímenes de odio e intolerancia: Los desafíos de crear una Cultura de Paz

MÁRCIO RICARDO FERREIRA¹ (Brasil)

Investigador Práctico, Universidad de Coimbra, Portugal

RESUMEN: Grupos radicales fundamentalistas practican actos de violencia y crueldad contra seres humanos en razón de su raza, color, religión y orientación sexual. Atentados como estos han aumentado el repudio y la tensión mundial en relación ante la proliferación de los *Crímenes de Odio e Intolerancia*, causando inseguridad y miedo en la población. Así, el presente trabajo tiene por objetivo demostrar que tales delitos son una realidad que debe ser combatida, garantizando las libertades y el respecto a la dignidad humana. Por tanto, una de las formas efectivas de comprometer pronto a las personas la tolerancia y el respeto por el prójimo, es la efectividad de las políticas educativas para que vuelvan valores sociales en la defensa de una *Cultura de Paz*.

Palabras clave: intolerancia, violencia, cultura de paz, diversidad y educación.

ABSTRACT: Radical fundamentalist's groups practice acts of violence and cruelty to human beings because of their race, color, religion or sexual orientation. Attacks like these have increased the repudiation and the global tension, regarding the proliferation of Hate Crimes and Intolerance, causing insecurity and fear in the population. Thus, this work has the purpose to demonstrate that such crimes are a reality to be tackled, ensuring the freedoms and respect for human dignity. Therefore, one of the effective ways to instill early in people for tolerance and respect for others, is the effectiveness of educational policies aimed at the return of social values in defense of a Culture of Peace.

Key words: intolerance, violence, culture of peace, diversity, education.

¹ Posgrado en Derecho Penal y Criminología por la UFPR – Universidad Federal del Paraná y por el ICPC – Instituto de Criminología y Política Criminal – Curitiba/Pr; Posgrado en Derecho Penal y Procesal Penal por la UBA – Universidad de Buenos Aires – Argentina; Master en Ciencias Jurídico-criminales por la FDUC – Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra – Portugal; Doctorando en Derecho por la Universidad de Salamanca – España. Profesor de Derecho Penal, Procesal y Criminología en la ciudad de Curitiba – Brasil.

SUMARIO: I. Introducción. II. Crímenes de odio: *prejuicio, conflictividad y violencia*. 2.1. (In)tolerancia religiosa y el sectarismo. III. El derecho a la paz. 3.1. Educar para la paz. IV. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

*«La verdadera tolerancia está en jamás permitir
que la violencia y la opresión
intimiden el respeto y la dignidad de la vida humana
y la igualdad entre las personas».*

Daisaku Ikeda

Cierta vez, el pacifista Mahatma Gandhi comentó: *Puedo hasta estar dispuesto a morir por una causa, pero nunca matar por ella!* De facto, conocido como «La Gran Alma», el maestro hindú llegó a poner su propia vida en riesgo en favor de la paz entre los hombres. Al percibir que la violencia se propagaba en la India, el maestro indiano practicó ayuno al punto de bordear la muerte. Su objetivo fue sensibilizar a sus seguidores a no practicar la violencia.

Aun así, después de un siglo, el hombre parece no haber aprendido nada con los horrores de la guerra. Se constata en la sociedad actual una inversión de valores sociales que desencadena la desunión y falta de respeto entre los individuos. Hay un aumento de la intolerancia en la sociedad contemporánea, que vivencia la desaparición de valores como la solidaridad, el respeto y la tolerancia, dando lugar al etnocentrismo ideológico.

Acertadamente, Hannah Arendt demuestra las dificultades que se presentan por hábitos diferentes en culturas diversificadas. *La condición humana de la pluralidad es la paradójica pluralidad de seres singulares*². Delante de esas consideraciones, es fundamental el combate a las visiones etnocéntricas³ propagadoras de la falta de respeto, desprecio e intolerancia, ocasionando en casos más extremos actitudes prejuiciosas, radicales y xenóforas.

El avance de la hostilidad contra algunas personas en razón de sus elecciones personales y orientación ideológica, coloca en evidencia la preocupación mundial en torno al asunto. Hassemer en el mismo tono crítico menciona que: *El que la violencia, el riesgo y la amenaza se hayan convertido en los fenómenos centrales de la percepción social, tiene importantes e inevitables consecuencias en la actitud que adopta la sociedad ante la violencia*⁴.

Nada justifica el asesinato de civiles inocentes, en Francia, Palestina, Afganistán, Irak, Libia, Siria, Nigeria y en ningún país del mundo. Este estudio trata de algunas cuestiones emblemáticas que circunscriben los crímenes de odio, más también los desafíos para una cultura de paz

² Citada por HARENDT, CYFER, «Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação». ALMEIDA y PERRONE-MOISÉS, 2002, p. 24.

³ El etnocentrismo suele implicar la creencia de que el grupo étnico propio es el más importante, o que algunos o todos los aspectos de la cultura propia sean superiores a los de otras culturas.

⁴ HASSEMER, «El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”». (1990-1991, p. 185).

y tolerancia. En la actualidad, hay muchos avances y conquistas en el ámbito socio-político, relacionadas con la diversidad sexual, étnica, religiosa, lingüística, entre otras. Sin embargo, esa misma visibilidad ha producido prácticas sociales violentas demostradas en discursos de odio e intolerancia.

Así, se pretende presentar de forma sintética una noción sobre los crímenes de odio y sus prácticas opositoras de la diversidad, enfatizando la intolerancia religiosa. A continuación se refleja el derecho a la paz con el objetivo de demostrar que su significado va más adelante de la ausencia de guerras, debatiendo sobre los desafíos para una educación de transformación de los valores de una cultura de guerra y violencia para valores de paz y diálogo.

II. CRÍMENES DE ODIOS: PREJUICIO, CONFLICTIVIDAD Y VIOLENCIA

«No hagas al otro aquello que no te gustaría que hicieran a ti.»

Confucio.

*Aunque la violencia haya permeado toda la historia de la humanidad, este objeto de estudio es relativamente reciente*⁵. El crimen de odio y de intolerancia se traduce en la hostilidad o agresión física contra algunas personas en razón de su raza, color, orientación sexual, incapacidad física o creencias religiosas.

Es, por lo tanto, un crimen consubstanciado en un acto motivado, en el todo o en parte por el odio, por la intolerancia o por prejuicios. *Esta violencia puede considerarse una limitante, puesto que actualmente existe una amplia intolerancia dogmática, étnica, sexual, etcétera, que propicia que constantemente se generen brotes de índole discriminatoria y, en consecuencia actos violentos cuyo reflejo, en múltiples ocasiones es incorporado a los problemas o conflictos del entorno de la propia unidad familiar por algunos de sus miembros*⁶.

Un ejemplo bárbaro en la historia de la humanidad fue el periodo nazi que con Adolf Hitler y sus discursos antisemitas, ambicionaba insertar la pureza de la raza aria, además del exterminio de inocentes en los campos de concentración, fijando la idea de odio a los inferiores. *Las víctimas de Hitler y de Stálin no fueron muertas para la conquista y colonización del territorio que ocupaban. Muchas veces fueron muertas de una manera mecánica, aburrida, sin el estímulo de emociones humanas, siquiera del odio*⁷.

AL-ZUHILI, en un tono crítico, hace la siguiente reflexión:

La guerra sólo debe emprenderse en defensa propia, para prevenir injusticias y repeler agresiones. No se debe mutilar las personas, ni hacerles pasar hambre y sed, torturarlas, abusar gravemente de ellas, agredirlas o saquear sus bienes, violando la sanidad de la hermandad humana, salvo en caso necesario y para protegerse contra agresiones. (AL-ZUHILI, 2005, p. 181)

⁵ ALMEIDA PRADO. *O mosaico da violência: a perversão na vida cotidiana*, 2004, p. 14.

⁶ CARBONELL. *La violencia familiar y los Derechos Humanos*, 2002, p.50.

⁷ BAUMAN. *Modernidade e Holocausto*, 1998, p. 116.

La llamada intolerancia asesina también formó parte de la realidad de Voltaire que se empeñó en combatirla. Para él la intolerancia era un crimen de fanatismo que iba contra la humanidad. El filósofo iluminista criticaba vehementemente los horrores y la irracionalidad de la barbarie, anunciando la tolerancia como un marco de civilidad. En su entender, el motor generador de la intolerancia en toda su extensión es el fanatismo⁸.

BOBBIO, por su parte dice:

Una cosa es el problema de la tolerancia de creencias u opiniones diversas, que exige una reflexión. Otra cosa es el problema de la tolerancia delante de aquel que es diverso por razones físicas o sociales, que pone en primer plano el tema del prejuicio y de la consecuente discriminación. La primera deriva de la convicción de poseer la verdad; la segunda se fecunda generalmente en un prejuicio (BOBBIO, 2002, p. 19).

Según BOBBIO, la creencia en una verdad absoluta es la raíz de la intolerancia política o religiosa y es también fuente de prejuicios y discriminación. Para él, es posible ser tolerante sin ser escéptico. Admite que toda la verdad es personal, y, la tolerancia, basada en el respeto a esas premisas como un deber moral⁹.

Además, es fundamental observar que la intolerancia atormenta y degrada al hombre, además de traer una fuente inagotable de males a toda la sociedad. En síntesis, lo que parece poder afirmarse es que: *La sociedad, amenazada por el delito y la violencia, se ve entre la espada y la pared*¹⁰.

El odio es un sentimiento que habita en el ser humano¹¹ y, en la medida de su intensidad, destruye vidas y crea vínculos irreparables. El más sobresaliente, seguramente es el malestar psicológico derivado del miedo, del dolor y del sufrimiento de las víctimas. *La víctima, a veces, pasa a aislarse de la convivencia social y pasivamente aceptar o conformarse con la pérdida, sin reconocerse como sujeto de derechos*¹².

Bajo la perspectiva psicológica, es interesante presentar un manual elaborado por la Procuraduría-General de la provincia de Ontario en el Canadá sobre las consecuencias nefastas que los crímenes de odio pueden ocasionar¹³: El primero de ellos es el efecto sobre las personas que causa un daño psicológico y afectivo repercutiendo sobre la identidad y la valorización personal de la víctima, ambos acentuados por el grado de violencia normalmente mayor del crimen de odio en

⁸ VOLTAIRE. *O Tratado sobre a Intolerância*, 2000, p. 132.

⁹ BOKANY. *Do Preconceito aos Crimes de Ódio: as marcas da intolerância na metrópole paulista*, 2013.

¹⁰ HASSEMER. *Persona, Mundo y Responsabilidad – bases para una teoría de la imputación en el derecho penal*. 1999, p. 41.

¹¹ El hecho sugiere, que el odio comunitario mortífero siempre estuvo entre nodos y probablemente nunca dejará de existir y que en ese punto la única importancia de la modernidad fue que, al contrario del que prometía y de la expectativa generalizada no apartó suavemente las aristas sabidamente ásperas de la coexistencia humana y por lo tanto no puso un fin definitivo a la inhumanidad del hombre para con el hombre. (BAUMAN. *Modernidad e Holocausto*, 1998, pp. III-II2).

¹² COMPARATO. *Direitos Humanos – estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato*, 2010, p. 62.

¹³ MINISTÈRE DU PROCUREUR GÉNÉRAL. *Crime Haineux Et Discrimination* MANUEL DES POLITIQUES DE LA COURONNE. Province De L'ontario, 21 mars 2005. Disponible em: <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/crim/cpm/2005/HateCrimeDiscrimination.pdf>. Acesso em 17/03/2015. (*Traducción nuestra*).

relación al crimen común. El segundo efecto es aquel sobre el grupo elegido, terror generalizado en el grupo al que pertenece la víctima inspirando el sentimiento de vulnerabilidad sobre los demás miembros, que podrán ser las próximas víctimas.

De esta forma, los crímenes de odio no son practicados solamente contra individuos, sino contra toda una colectividad que rompen los pactos sociales existentes. El prejuicio y el odio por otro lado acostumbran a esconder un profundo desconocimiento por el prójimo para justificar la discriminación por los diferentes como forma de intolerancia. En este sentido, la violencia aparece no sólo como mero fenómeno de la agresión física, sino también como lenguaje y, como acto de comunicación¹⁴. En general, los intolerantes se consagran como superiores que ven a los demás como seres inferiores. Además, según HARROFF-TAVEL: *Las ciudades atraen cada vez más a los grupos armados y son el escenario de diversas manifestaciones de violencia, cuyos actores suelen tejer vínculos entre sí*¹⁵.

Los crímenes de intolerancia son motivados por el prejuicio. Delitos cometidos cuando el criminal selecciona intencionalmente la víctima en función de su pertenencia a cierto grupo. La etapa final de este proceso es la intolerancia, configurada como un conjunto de prácticas y acciones discriminatorias, en que la forma de ser y actuar del otro no es respetada y soportada y el agente discriminador impone una actitud ofensiva por medio de la violencia física o psíquica, manifestando el odio, fanatismo y actitudes ideológicas totalitarias muchas veces traducidas en crímenes.

*La violencia es un firme elemento integrante de nuestra experiencia cotidiana. Quien vive con otros, sabe lo que es la violencia y nunca estará seguro ante ella*¹⁶. La intolerancia hace la vida impersonal y violenta en virtud de la inversión de valores, de la competición entre individuos relativamente cerrados en pequeños grupos preocupados únicamente con su preservación propia, rechazando características externas.

De esta manera, los grupos intolerantes actúan fortaleciendo las contradicciones sociales al agredir al otro, impidiendo con eso el ejercicio de la ciudadanía e individualidad de los que consideran diferentes.

De gran valor son las palabras de BAUMAN el cual hace una referencia entre la «modernidad y el holocausto» afirma que: *la modernidad produjo la nivelación de las diferencias, por lo menos en su apariencia exterior, de cuya clase aún son hechas las distancias simbólicas entre grupos segregados. De ahí, los desencuentros que marcan las diferencias*¹⁷.

La tolerancia, como acepción ética universal consiste en la aceptación por la diversidad y por el respeto por las diferentes opiniones, creencias o culturas aunque no compartan la misma opinión. Mencionando la significativa lección de Friedrich Nietzsche: *No hay hechos eternos, como no hay verdades absolutas*. Se hizo urgente combatir tal síndrome conectado al odio debido a que la intolerancia crece en varias partes del globo, matando personas inocentes en sus múltiples disfraces y en gran escala, causando el aumento de la violencia.

¹⁴ PEREIRA, RONDELLI, SCHOLLHAMMER, HERCHMANN, *Linguagens da violência*. Editora Rocco, Rio de Janeiro, 2000, p. 147.

¹⁵ HARROFF-TAVEL. «La Violencia y La Acción Humanitaria en Medios Urbanos: nuevos desafíos, nuevos enfoques», *Linguagens da violência*. Editora Rocco, Rio de Janeiro, 2010, p. 228.

¹⁶ HASSEMER. *Persona, Mundo y Responsabilidad – bases para una teoría de la imputación en el derecho penal*. 1999, p. 39.

¹⁷ BAUMAN. *Modernidade e Holocausto*, 1998, p. 80.

I. (IN) Tolerancia religiosa y el sectarismo¹⁸

«La libertad religiosa es un patrimonio social que necesita ser debidamente resguardado para que extremistas no cometan crímenes en nombre de Dios»¹⁹

La intolerancia religiosa ha sido responsable de las más sangrientas páginas de la historia de la humanidad²⁰, presentando resultados pavorosamente catastróficos, efecto de la incoherencia de actos de odio étnico y religioso. Por medio de una breve remisión histórica, se puede decir que el cristianismo es marcado por la intolerancia desde sus orígenes. En la antigüedad, las autoridades romanas persiguieron los cristianos, en la Edad Media, la inquisición y las Cruzadas persiguieron los herejes.

Las primeras manifestaciones de intolerancia religiosa son encontradas a partir de la Edad Media con la Inquisición de la Iglesia Católica. *Después de la aparición del cristianismo y el discurso de la existencia de un Dios único, las prácticas intolerantes comenzaron a surgir en virtud de las diferentes opiniones sobre los dioses*²¹. El simple hecho de no aceptar que el otro piense o actúe diferente cuando el asunto es religión es motivo para que algunos radicales promuevan actos de violencia²².

En este contexto, solamente el régimen laico podría garantizar que tantas posiciones políticas y doctrinas religiosas pudieran convivir, sin que ninguna religión se impusiera de manera totalitaria sobre las demás. *Creencias y prácticas religiosas no son sólo moldeadas por contextos culturales en los cuales se originan, funcionan y evolucionan, pero también influyen fenómenos culturales*²³.

La intolerancia religiosa puede ser considerada unas de las mayores causas por del aumento de la violencia mundial, clasificada como crimen de odio que hiere gravemente la libertad y la dignidad humana. Habitualmente, se manifiesta a través de un conjunto de acciones arbitrarias que originan de ideologías y actitudes agresivas contra otros grupos devotos de creencias y prácticas diversas a las suyas²⁴.

¹⁸ Visión estrecha, intolerante e intransigente de grupos obstinados e inflexibles en la defensa de sus doctrinas. El término vale también para el individuo cerrado al diálogo.

¹⁹ Frase pronunciada por líderes de diversas religiones que participaron del acto que lucha por la creación de un Plan Nacional de Combate a la Intolerancia Religiosa en el día 21/01/2015 en la sede de la Asociación Brasileña de Prensa (ABI) en el centro del Río de Janeiro.

²⁰ SILVA JÚNIOR. «Cotidiano e Tolerância» en SESC/SP. Seminário Internacional de Cultura y (in) Tolerância.

²¹ ROUANET. «O eros da diferença», 2003.

²² «La libertad religiosa es un patrimonio social que necesita ser debidamente resguardado para que extremistas no cometan crímenes en nombre de Dios». Frase pronunciada por líderes de diversas religiones que participaron del acto que lucha por la creación de un Plan Nacional de Combate a la Intolerancia Religiosa en el día 21/01/2015 en la sede de la Asociación Brasileña de Prensa (ABI) en el centro del Río de Janeiro.

²³ MİR-HOSEINI. «Criminalização da Sexualidade: lei de Zina como violência contra as mulheres em contextos mulçumanos». 2011, p. 10.

²⁴ Todas las visiones de la sociedad como un jardín definen parte de la población como hierbas dañina. Que, como cualesquier hierbas dañina, deben ser segregadas, contenidas, impedidas de proliferar, removidas y mantenidas fuera de los límites de la sociedad, si todos esos medios se revelen insuficientes, ellas deben ser muertas. (BAUMAN. *Modernidade e Holocausto*, 1998, p. 116).

Muchos fueron los pensadores que escribieron sobre el problema de la intolerancia. Para LOCKE, por ejemplo, los intolerantes no deben ser tolerados, deben ser punidos. La comunidad no debería permitir grupos que persiguen, torturan, roban y matan otros por diferencias de opiniones u otras diferencias.

Según el autor:

En suma, todo lo que la ley permite en la vida diaria debe ser permitido a cualquier iglesia en el culto divino. Que por esos motivos nada sufran la vida, el cuerpo, la casa o la propiedad de quienquiera que sea. Nadie debe ser transformado en objeto de odio o sospecha debido a las faltas de otras personas, pero únicamente por sus propios maleficios. Deben ser punidos y suprimidos los hombres que son sediciosos, asesinos, ladrones, adúlteros, calumniadores, etc. Pero aquellos cuya doctrina es pacífica y cuyas conductas son puras e impolutas deben estar en términos de igualdad con sus conciudadanos (LOCKE, 1978).

En síntesis, la crítica de LOCKE es la fusión Iglesia y Estado. Afirma que las disputas religiosas revelan más la lucha entre hombres para alcanzar el poder que por la defensa de sus creencias. Para el filósofo inglés, tolerancia no significa indiferencia. No basta sólo «soportar» los otros, porque importa defender la tolerancia, propagarla, difundirla, hacer de ella un principio a fin de avanzar en la convivencia y evitar las persecuciones y las torturas en nombre de la verdad subjetiva. *No es la diversidad de opiniones (lo que no puede ser evitado), pero rechaza la tolerancia con los que tienen opinión diversa, lo que se podría admitir, que dio origen a la mayoría de las disputas y guerras que se han manifestado en el mundo cristiano a causa de la religión* (LOCKE, 1978).

Al desarrollar su argumentación, ROUSSEAU (1712-1778), filósofo suizo iluminista del siglo XVIII, se sentía perseguido por los católicos, por los protestantes y por los ateos. Atribuía al «fanatismo» la real causa de su persecución, aunque sus obras fueron consideradas contra las costumbres morales y religiosos de la época.

De igual manera, con las tesis de VOLTAIRE, donde escribió el Tratado Sobre la Tolerancia (1763), motivado por la injusticia de la intolerancia religiosa contra su amigo Jean Calas, en Toulouse, en 1762, acusado de matar al propio hijo, debido a la gana de este de abandonar el protestantismo y confesar el catolicismo. Todo indica que el hijo de Calas cometió suicidio motivado por la frustración de no poder ejercer la profesión de abogado, prohibida a los no católicos. Jean Calas ocultó la causa de muerte del hijo por el tratamiento dado a los suicidas en la época y fue considerado el ejecutor del ahorcamiento, acusado de haberlo estrangulado por odio contra la religión católica. Fue condenado a muerte, en la rueda de los suplicios, por parricidio.

Conmovidó con tales acontecimientos, VOLTAIRE criticó duramente la intolerancia, el fanatismo y el dogmatismo, defendiendo la razón y la filosofía de la tolerancia. En sus estudios evidencia que la intolerancia religiosa no es justificada ni por la tradición ni por la doctrina. Para el autor, la tolerancia religiosa es una exigencia de las sociedades civilizadas, en que, la razón debilita la ignorancia, los prejuicios y el fanatismo²⁵.

El concepto de tolerancia que adoptamos aquí es lo que se sostiene en el reconocimiento de la dualidad humana que implica, simultáneamente, igualdad y diferencia. Tolerar, en esa perspectiva,

²⁵ VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*. 2000, p. 38.

*será justamente la conciliación entre esas dos dimensiones con base en una reivindicación de valoración y respeto universal de ambas*²⁶.

*Para que la intolerancia religiosa se manifieste es necesario de entrada, que exista la desaprobación en cuanto a la creencia y en cuanto a las ideas del otro y, posteriormente, que existan medios a través de los cuales se impida al otro manifestar su creencia*²⁷. Actualmente vemos la manifestación de la intolerancia religiosa a través del fanatismo religioso y del fundamentalismo, que transforman la religión en el principal autor de la intolerancia²⁸.

La Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión» (Art. 18), «de opinión y de expresión» (Art. 19) y que la educación «favorezca la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos» (Art. 26).

De todo lo expuesto, es fundamental la propagación de una cultura de paz, finalmente «somos todos Humanos». *Somos, por lo tanto, musulmanes, sintoístas, católicos, brahmanistas, budistas, protestantes, judíos, espíritas, esotéricos, agnósticos, umbandistas, ateos... Somos, por fin, Seres Humanos*²⁹. *Debemos tener la convicción que independientemente de las varias maneras por las cuales las personas llaman al Creador, sea de Dios, Alá, Jehová, Olodum, El Gran Espíritu, La Diosa, Brahman la intención de él es una solamente: que sus hijos e hijas vivan en Paz, como hermanos*³⁰.

III. EL DERECHO A LA PAZ

*«No hay camino para la paz,
la paz es el camino».*

Mahatma Gandhi

Remitiendo brevemente a la historia, la actuación y las grandes preocupaciones sobre la problemática de la paz versaban en el inicio de la década 80 del siglo XX, a la cuestión armamentista, sin embargo, actualmente se percibe una ampliación del concepto de paz en sus múltiples dimensiones, conectando profundamente las cuestiones del militarismo, del desarrollo y del subdesarrollo económico, de la degradación ambiental y de la violación a los derechos humanos.

En este sentido, el significado de paz va muy adelante de la ausencia de guerras, inclusive Guimarães recuerda que *la paz se opone no a la guerra, más a la violencia, siendo la guerra una de*

²⁶ CYFER. «Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação» en ALMEIDA y PERRO-NE-MOISÉS, 2002, pp. 24-25.

²⁷ ROUANET. «O eros da diferença», 2003.

²⁸ «El intolerante o el perseguidor es aquel que olvida que un hombre es su semejante y que lo trata como un bicho cruel porque él tiene una opinión diferente de la suya. (...) El intolerante debe ser mirado en todos los lugares del mundo como un hombre que sacrifica el espíritu y los preceptos de su religión a su orgullo...» (SANTOS, *O outro como problema: o surgimento da tolerância na modernidade*, 2010, p. 209).

²⁹ REZENDE JUNIOR. *Diversidade Religiosa e Direitos Humanos*, 2004, p. 18.

³⁰ *Idem*, p. 10.

*las tantas –pero no única– expresiones de violencia*³¹. De esta manera, se comprende la paz como una condición de vida en que las personas desean todas las dimensiones de la existencia humana, como la política, lo social, lo psicológico y lo personal. Tal como se ha evidenciado, el derecho a la paz no debe ser limitado solamente a la ausencia de guerra, sino también, a la insuficiencia de otros derechos, a la seguridad y al de ser protegidos de toda la violencia en oposición a los derechos humanos.

Idealmente, la paz es inconmensurable y representa el índice de desarrollo de la sociedad y el bienestar de las personas que la constituyen. La violencia está directamente conectada a las desigualdades sociales, a las relaciones de derechos y deberes de los ciudadanos, a la educación y a la socialización de los individuos. *La violencia, el riesgo y la amenaza son hoy fenómenos centrales de la percepción social. Cada vez con mayor intensidad aparece la seguridad ciudadana como un bien jurídico, alimentando una creciente industria al respecto*³².

El derecho a la paz constituye un derecho fundamental y un deber de toda la humanidad en la búsqueda por la convivencia pacífica entre los hombres. La diversidad cultural es sin duda nuestra mayor riqueza, son valores universales, los cuales deben ser transmitidos y garantizados a toda humanidad. El derecho de ser diferente. *En un conflicto entre diferentes valores e intereses, aquel protegido por el derecho prevalece sobre los demás, o tiene una buena razón para prevalecer*³³.

La omisión del Estado en las cuestiones referentes a la violencia y a la seguridad, en el sentido de garantizar lo que él aún preconiza, genera tensión en la sociedad civil, motivada por el sentimiento de exclusión y desprotección. El hecho de estar excluido de un derecho legítimo promueve en los ciudadanos un sentimiento de injusticia y minoración de la ciudadanía. Así, el sistema jurídico debe ser reivindicado siempre que una idea o acción herir los principios fundamentales de la democracia e integridad de la vida humana.

Imperioso mencionar que aunque ocurran resistencias y polémicas en el que concierne a concebir la paz como un derecho fundamental en los sistemas jurídicos, hay algunos estados que ya lo consagraron en sus constituciones, como por ejemplo el dispuesto en el artículo 22 de la Constitución Colombiana de 1991: «*La paz es un derecho de obligatorio cumplimiento*».

La consolidación y efectividad de las instituciones democráticas es el camino para promover una Cultura de Paz. Así, está claro que el sistema democrático es un requisito fundamental para asegurar la tutela del derecho humano a la paz. Como bien observó Federico Mayor: «*la paz, el desarrollo y la democracia, forman un triángulo interactivo, cuyos vértices se refuerzan mutuamente*»³⁴.

Es desafiadora la misión de transformar hombres adoctrinados para una cultura ancestral de violencia heredada en las guerras, para una cultura de paz y amor al prójimo. Erradicar todas las formas de violencia, sobre todo, aquellas referentes a los crímenes de odio y de intolerancia es una ambición calentada por la mayoría de los grandes centros urbanos. Defender el derecho

³¹ GUIMARÃES. *Educação para a paz: sentidos e dilemas*. 2011, p. 188.

³² HASSEMER. *Persona, Mundo y Responsabilidad – bases para una teoría de la imputación en el derecho penal*. 1999, p. 40.

³³ COMPARATO. *Direitos Humanos – estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato*, 2010, p. 66.

³⁴ MAYOR. «Derecho Humano a la Paz germen de un futuro posible», 1997, p. 4.

humano a la paz es presupuesto necesario para el derecho a la vida en su sentido amplio es «*derecho síntesis y se concibe como un derecho base para la existencia de los demás y, por ende, sin paz la existencia de los otros derechos fundamentales resulta ilusorio*»³⁵.

Aún con tantos problemas, no todo son obstáculos y dificultades, durante la historia tuvimos muchos ejemplos de compromisos con la libertad, con la justicia y con la paz, sin recurrir a la fuerza física e iniciativas violentas, como los ejemplos de Mahatma Gandhi y Martin Luther King. Por fin, bueno recordar las sabias palabras de Gandhi en su discurso de negación a actos violentos, que decía: «*Qué fácil es empuñar un arma, un fusil, una bomba, pero qué difícil es demostrar las propias ideas sólo con la palabra, oral o escrita, en paz y hasta con la fuerza del silencio*»³⁶.

I. *Educar para la paz*

«*Cuando se estudia poco, se dispara mucho*».

Calle 13

La violencia protagonizada por los jóvenes es una realidad innegable, en especial en las periferias, en las favelas y los suburbios están en el centro del problema de violencia, sean como víctimas, sean como protagonistas. Para los jóvenes, la convivencia con los compañeros tiene una importancia primordial en su proceso de socialización y formación. Este conocimiento va progresando a través de las informaciones que los jóvenes reciben del medio entre los cuales están la familia, la escuela, la religión o el círculo de amigos.

Fue partiendo de esta concepción que el Interaccionismo Simbólico de BLUMER (1969) defendió que los desvíos y las conductas violentas surgen en función de la educación deficitaria por parte del ambiente familiar, haciendo que el joven adquiera conducta en consonancia con su vivencia diaria. Según el autor, los seres humanos actúan en relación a las cosas con base en los significados que ellos atribuyen a esas cosas. Son, por lo tanto, jóvenes y niños con ausencia de referencias positivas.

Por lo anterior, se constata que padres desatentos, ausentes y negligentes en su función, ciertamente colaboran para la edificación de hijos con serias confusiones mentales, estrictamente conectados a las frustraciones sociales y de comportamiento diferenciado.

El sujeto se define a partir de las relaciones que establece. El individuo es la unidad particular entre los cuales, se mezclan la vida, la experiencia y la conciencia, en una relación entre la racionalidad y la subjetividad. Así, no se trata simplemente de «integrar» o «interaccionar» con el otro, el diferente, el extranjero, pero sí de comprenderlo y acogerlo en su diversidad.

De hecho, la falta de interacción con el otro da margen para el prejuicio que se origina de la desinformación sobre el otro, mientras que permanezca sólo como un juicio personal,

³⁵ ROJAS. *El Derecho a la Paz y la Constitución Política*, 2009.

³⁶ QUEVEDO. Disponible en: <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/derechoPaz.pdf> Acceso en: 07/03/2015.

preconcebido, queda en el campo del prejuicio. Sin embargo, transcurren de ahí actitudes prejuiciosas, en que, ideas preconcebidas son puestas en práctica, creando distinción, clasificación y segregación, colocando el otro en situación de inferioridad por medio de la humillación.

*La inseguridad en el mundo moderno está cada vez más conectada al ascenso de la violencia que, por su parte, promueve la base y el fortalecimiento de un imaginario del miedo*³⁷. A través de preocupaciones como estas es que la ONU ³⁸ busca promover la cooperación entre las naciones por medio de la educación, de la ciencia y de la cultura, buscando favorecer el respeto universal a la justicia, al estado de derecho y las libertades fundamentales. El ideal es que: «*En la aldea global*» las diferentes culturas se aproximen, y personas de distintas formas de vida formen parte de un paisaje crecientemente cercano³⁹.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, así establece en el art. 26° n. 2.2. La educación debe visar a la plena expansión de la personalidad humana y al refuerzo de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales y debe favorecer a la comprensión, a la tolerancia y a la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales o religiosos, así como el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

La clave es intentar construir planillas de educación intercultural que busquen desalentar prácticas sociales e ideológicas de exclusión racial y cultural presentes en las instituciones educativas. Así, se pretende solamente, afirmar la idea de que la educación puede ayudar a la sociedad a vivir mejor, creando en la cabeza de los jóvenes y niños en fase de desarrollo una cultura de amor y paz.

Además, se hace necesario una educación de calidad para combatir la ignorancia, el prejuicio y el odio, que son las raíces de la discriminación y del racismo. La educación es el mejor camino para fomentar una cultura de paz y construir sociedades inclusivas. Finalmente como bien acordó Nelson Mandela, «*nadie nace odiando otra persona por el color de su piel, por su origen o aún por su religión. Para odiar, las personas necesitan aprender, y se pueden aprender también a odiar, ellas pueden ser enseñadas a amar*».

Aún bajo el mismo prisma, la libertaria Sudafricana Nadine Gordimer, advierte que: *Ya aprendemos que la tolerancia puede ser enseñada, pero es preciso que se base en cambio del estatus económico. La tolerancia sólo crece en estómago lleno*⁴⁰.

De este modo, es manifiesto el papel desempeñado por el conocimiento, fundamental a la superación del miedo que acarrea prejuicio y discriminación. Para tanto, la juventud necesita conocer desde pronto sus derechos y deberes frente a la sociedad. Sólo así, se fortalecerán axiológicamente en la medida en que pasan a comprender el contexto que generan valores como forma de aceptar su papel de ciudadano frente a la sociedad.

³⁷ TEIXEIRA Y SILVEIRA PORTO. «Violência, insegurança e imaginário do medo». 1998, pp. 51-52.

³⁸ Con el objetivo de propagar la tolerancia y el fin de la violencia por el intermedio de programas educativos, los Estados miembros proclamaron el día 16 de noviembre el Día Internacional para la Tolerancia.

³⁹ HIRMAS. *Educación y Diversidad Cultural – lecciones desde la práctica innovadora en América Latina*. UNESCO, 2008, p. 41.

⁴⁰ GORDIMER. *Ninguém Para Me Acompanhar*, 1996, p. 142.

El respeto pleno por los derechos humanos y libertades fundamentales es un compromiso de todos, adhiriendo a los principios de libertad, justicia, democracia, tolerancia, solidaridad, cooperación, pluralismo, diversidad cultural, diálogo y comprensión a todos los niveles de la sociedad. Tal como fue evidenciado por FISCHMANN: *el sentido de la tolerancia es lo de la valorización de la diversidad humana y lo de la búsqueda de vivir con el otro de forma respetuosa, saludable, pautado en la resolución de problemas y desacuerdos por la vía del diálogo*⁴¹. De hecho, el respeto por las libertades fundamentales sólo acontecen en democracias, y estas, no se constituyen sin el soporte y la aclaración de la idea de tolerancia.

En esa misma línea, CALVO, FERNÁNDEZ y ROBSON señalan que:

Una sociedad efectivamente democrática como es sabido debe garantizar no sólo los valores de la igualdad y de la libertad, sino también tutelar una convivencia social comunitaria, más allá de las meras proclamaciones verbales. El papel de las instituciones educativas y de la escuela por medio de su sentido de comunidad abierta y tolerante propicia un espacio socio-político esencial para la creación de conductas y acciones de tolerancia (CALVO, FERNÁNDEZ E ROSÓN, 1993, p. 5).

La transformación de los valores de una cultura de guerra y violencia para valores de paz y diálogo son los mayores desafíos de la humanidad y de las instituciones educativas formales e informales. Esa transformación ocurrirá cuando el hombre despierte por los verdaderos valores de la vida, capaz de comprender el significado de las diferencias que comienzan en la familia y se multiplican por el mundo. *La educación por la tolerancia es la virtud que nos enseña a vivir con el diferente. Aprender con el diferente, a respetar al diferente*⁴².

La revolución por la paz, diría el Ghadhi, comienza en nosotros mismos, porque así como todas las formas de violencia, es en nosotros que puede estar su origen y, según ese discurso, *no se trata de aceptar o tolerar los matices expresivos culturales, sino de asumir la igualdad de la condición humana en base al diálogo mutuo y la relación de intercambio con el fin último de garantizar la libertad, la igualdad y la cohesión social, sin que ello suponga una renuncia identitaria*⁴³.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Se verifica en la actualidad un relativismo de todo y también así lo son los valores culturales. El relativismo de los valores humanos genera aumento de la diseminación de la intolerancia y de las diversas formas de violencias, sobre todo, en los crímenes de odio. De esta forma, en este mundo caracterizado por la diversidad, la intensificación de la intolerancia y de los conflictos representa una amenaza para todas las formas de vida en la tierra, una verdadera epidemia de odio.

Cuando se aborda el tema de los crímenes de odio e intolerancia las preguntas aún son más numerosas que las respuestas. El presente estudio, por su parte, no tuvo la pretensión de agotar

⁴¹ FISCHMANN. «Educação, Direitos Humanos, Tolerância e Paz», 2015, p. 70.

⁴² FREIRE. *A Tolerância na Educação*, 1994.

⁴³ ESTEBAN, Moisés. «Identidades interculturales: caminando hacia la igualdad y la pluralidad en la Universidad Intercultural de Chiapas». En T. Vilá (Coord.). *Lengua, Interculturalidad e Identidad*, 2007, pp. 71-91. BESALÚ, Xavier y VILA, Ignasi. *La buena educación: libertad e igualdad en la escuela del siglo XXI*. Madrid: Catarata, 2007.

la discusión de este tema tan importante y abarcador. Se pretendió aquí una introducción al problema, un conducir sobre el debate de los crímenes de odio y reflexiones sobre los desafíos para sustituir una cultura de guerra por una cultura de paz.

De hecho, todos los actos de violencia e intimidación contra personas que ejercen su derecho a la paz y a la libertad de opinión, de creencia, configuran amenazas para la consolidación democrática. La tolerancia y la responsabilidad se consolidan en los derechos humanos, en el pluralismo cultural y el estado de derecho.

La Paz, más que un concepto puede ser entendida como un valor humano y comprendida como la suma de valores, actitudes y comportamientos que reflejan el respeto a la vida, a la dignidad y a los derechos de la persona.

La edificación de una cultura de paz debe ser basada en la tolerancia, en la solidaridad, justicia social, eliminación de prejuicios, igualdad de derechos, respeto por la diversidad, en el reparto cotidiano, en el respeto a todos los derechos individuales, en la búsqueda de soluciones creativas para los problemas, por medio del diálogo, de la negociación y de la mediación.

Imperioso decir que la lucha por la consolidación de todo ese ideal, de forma alguna significa la eliminación de los conflictos, toda vez que estos son inherentes al hombre. En la realidad, debe ocurrir un proceso de cambio de conciencia de cada ser humano para la estructuración de una verdadera cultura de paz.

Erradicar los crímenes de odio y de intolerancia es un clamor urgente y exige cambios por parte de los que consideran sus verdades absolutas únicas e intocables y, en ese caso, válida son las palabras de William Shakespeare: *No existe lo bueno o lo malo, es el pensamiento que los hace así.*

Las discriminaciones, el exterminio y las demás formas de intolerancia no deben jamás ser aceptados como mera fatalidad, pero si como consecuencia directa de elecciones de seres humanos pensantes y, por eso, puede ser objeto de análisis críticas, cambios y responsabilidades⁴⁴.

Es esencial la creación de medidas y leyes que prioricen los derechos humanos y el combate a los crímenes de odio e intolerancia. Por tanto, entre varias maneras, se debe implantar políticas educativas en conjunto con varios sectores de la sociedad para la tolerancia y para la paz. Es fundamental que haya formas de estimular a los jóvenes a la tolerancia y el amor por el prójimo. En virtud de eso, buscar medidas de recate y afirmación de valores humanos en la educación es esencial, pues, como es sabido el ser humano es capaz de amar como de odiar, tanto de tolerar cómo (in)tolerar, tanto de promover la guerra como fecundar la paz.

Se concluye que el combate a todas las formas de violencia, física, psicológica, sexual y patrimonial es una prioridad no sólo nacional, sino también internacional y, si la sociedad global se moviliza en búsqueda de paz de la misma manera como se movilizan para la guerra, se erradicará la violencia humana y en su lugar tendremos la paz. Solamente con un proyecto común para la humanidad será posible convivir con las diferencias y proseguir en el diálogo en la construcción de la paz.

⁴⁴ CYFER. Op. cit., pp. 37-38.

Por fin, vale citar las sabias palabras de VOLTAIRE: *Ese texto sobre la tolerancia es una petición que la humanidad presenta muy humildemente al poder y a la prudencia. Siembro un grano que algún día podrá producir una gran cosecha. Esperemos todo del tiempo, de la bondad del rey, de la sabiduría de sus ministros y del espíritu de razón que comienza a esparcir por toda parte su luz*⁴⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever Ser na Dialética dos Opostos de Hengel*. Coimbra: Almedina, 2010.
- ALMEIDA, Guilherme Assis y PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito Internacional dos Direitos Humanos – instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002.
- ALMEIDA PRADO, Maria do Carmo Cintra de. *Mosaico da Violência: a perversão na vida cotidiana*. São Paulo: Vetor, 2004.
- AL-ZUHILI, Jeque Wahbeh. *El Islam y El Derecho Internacional*. International Review – Of de Red Cross, Revista Internacional de La Cruz Roja, n.º 857, año 2005.
- BAUMAN, Zygmund. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1998.
- BOKANY, Vilma Luiza. *Do Preconceito aos Crimes de Ódio: as marcas da intolerância na metrópole paulista*. Dissertação de Mestrado da Universidade Católica de São Paulo, 2013. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/8/TDE-2013-08-14T08:34:17Z-14004/Publico/Vilma%20Luiza%20Bokany.pdf – Acesso em 07/03/2015.
- BOURDIEU, P. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONELL, Ricardo Ruiz. *La violencia familiar y los derechos humanos*. Comición Nacional de Los Derechos Humanos, México, 2002.
- CHEROUD, Heloísa Sanches Querino. *A Liberdade Religiosa nos Estados Modernos*. Coimbra: Almedina, 2012.
- CYFER. «Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação» en ALMEIDA y PERRONE-MOISÉS, 2002, pp. 24-25.
- «Educación y religión: los caminos de la tolerancia. Prospects: quarterly review of comparative education»; XXXIII, 2. 2003; pp. 139-217.
- FREIRE, Paulo. *A Tolerância na Educação*. Rio de Janeiro, IFCS, 1994.
- FISCHMANN, Roseli. «Educação, direitos humanos, tolerância e paz». Universidade de São Paulo. Paidéia, 2001, 11(20), p. 70. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/paideia/v11n20/o8.pdf>. Acesso em 13-03-2015.
- GORDIMER, Nadine. *Ninguém Para Me Acompanhar*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1996.
- GONÇAVES, Marco Antônio. *Educação para a paz num contexto hipermoderno - IX ANPED SUL*, Seminário de Pesquisa em Educação da Região Sul, 2012. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/272/855>. Acesso em 03/03/2015.
- GUERREIRO, Sara. *As Fronteiras da Tolerância - Liberdade Religiosa e Proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Almedina, 2005.

⁴⁵ VOLTAIRE. 2000, p. 136.

- GUIMARÃES, Marcelo Rezende. *Educação para a paz: sentidos e dilemas*. 2ª Ed. Caxias do Sul, RS: Educ, 2011.
- HASSEMER, W. «El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”». Estudios penales y criminológicos, Número 15, pp. 181-198. (1990-1991)
- . *Persona, Mundo y Responsabilidad – bases para una teoría de la imputación en el derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Editorial Temis: Bogotá, 1999.
- HARROFF-TAVEL, Marion. «La Violencia y La Acción Humanitaria en Medios Urbanos: nuevos desafíos, nuevos enfoques». *International Review – Of de Red Cross, Revista Internacional de La Cruz Roja*, n.º 877, año 2010.
- HIRMAS R., Carolina. *Educación y Diversidad Cultural – lecciones desde la práctica innovadora en América Latina*. Santiago, Chile: UNESCO, 2008.
- LOCKE, J. *Carta Acerca da Tolerância*. Clube do Livro Liberal, Ed Abril, Os Pensadores, 1978.
- MAYOR, Federico. «Derecho Humano a la Paz germen de un futuro posible», en *Diálogo, Derecho Humano a la Paz: Germen de un Futuro Posible*, UNESCO, n.º 21, México, junio de 1997.
- MENEZES, Paulo. «Tolerância e religiões» in: TEIXEIRA, Faustino (org.) *O diálogo inter-religioso como afirmação da vida*, São Paulo: Paulinas, 1997.
- MIR-HOSSEINI, Ziba. «Criminalização da Sexualidade: lei de Zina como violência contra as mulheres em contextos mulçumanos». *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. N.º 15, v.8 Conectas, Dez. 2011.
- QUEVEDO, Marcela Gutierrez. Disponible en: <http://www.tiempodelsderechos.es/docs/derecho-Paz.pdf> Acceso en: 07/03/2015.
- REZENDE JUNIOR, José. *Diversidade Religiosa e Direitos Humanos. Secretaria Especial dos Direitos Humanos*. Vida & Juventude, Brasília: 2004.
- RIBEIRO, António Sousa. *Representações da Violência*. Coimbra: Almedina, 2013.
- ROJAS, L. *El Derecho a la Paz y la Constitución Política*, UNED, 2009.
- ROUANET, Sérgio Paulo. «O eros da diferença». *Revista Espaço Acadêmico*, n.º 22, ano II, Março de 2003. Disponible en: <http://www.espacoacademico.com.br/022/22crouanet.htm>.
- SANI, Ana Isabel. *Violência, Agressão e Vitimação*. Coimbra: Almedina, 2013.
- SANTOS A.C. (org.) *O outro como problema: o surgimento da tolerância na modernidade*. São Paulo, Alameda, 2010.
- SANTOS, Rita; ROQUE, Sílvia y MOURA, Tatiana. «Conexões perdidas: representações de género, violência (armada) e segurança na Resolução 1325». *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 2012.
- SILVA, Enio Waldir da. *Sociologia Jurídica*. Coleção: Direito, Política e Cidadania. Ijuí: Editora Unijuí, 2012.
- SILVA JÚNIOR, «Cotidiano e Tolerância», en *SESC/SP. Seminário Internacional de Cultura y (in) Tolerância*. Disponible en: <http://www.sescsp.org.br/sesc/conferencias/subindex.cfm?Referencia=2826&ParamEnd=4>.
- TEIXEIRA, Maria Cecília Sanches; SILVEIRA PORTO, Maria do Rosário. «Violência, insegurança e imaginário do medo». *Cadernos Cedes*, ano XIX, n.º 47, dezembro/98 – Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v19n47/v19n47a05.pdf> - acesso em 07/03/2015.
- VOLTAIRE, François Marie Arouet de. *Tratado sobre a tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- WIEVIORKA, Michel. «O novo paradigma da violência». *Tempo Social: Rev. Sociologia*, USP, 1997.

El discurso de la discriminación y los delitos de odio

JAVIER GARCÍA RODRÍGUEZ (España)

Investigador Doctorando, Universidad de Cádiz, España¹

RESUMEN: El Ministerio del Interior ha cifrado en 1.172 los Delitos de odio que, en el año 2013, se produjeron en España (la mayoría por orientación o identidad sexual y xenofobia). Hacia dónde se dirige Europa en la lucha contra la intolerancia. ¿Verdaderamente sabemos diferenciar en qué consisten los Delitos de odio, o donde están los límites de la Libertad de Expresión que pueden alimentar el Discurso del odio a lo diferente?

Palabras clave: Discurso de odio, Delitos de odio, Discriminación, Intolerancia, Xenofobia.

ABSTRACT: Ministry of Interior has estimated that 1.172 Hate Crimes happened in Spain in 2013 (mostly by sexual orientation or identity and xenophobia). Where is Europe heading in the fight against intolerance? Do we really know what Hate Crimes consist in, or what are the boundaries of Freedom of Speech that can feed the hate speech that attacks what is different?

Key words: Hate Crime, Hate speech, Discrimination, Intolerance, Xenophobia.

SUMARIO: I. Introducción. II. El «Discurso del Odio». III. Los «Delitos de Odio». IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

• Cómo puede llegarse a odiar a alguien a quién no se conoce? Odiarlo por el color de su piel, rechazarlo por su orientación sexual, desearle cualquier mal por su religión, llegar a perpetrar ese mal contra él por ser discapacitado o por dormir en cajeros, odiar a alguien porque no nos gusta cómo piensa o cómo viste... y si se odia, se insulta, se agrede o hasta se asesina impulsado por ese odio.

¹ Abogado ejerciente del Ilustre Colegio de Cádiz.

Según el DRAE, odio es la «*antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea*»² por su parte, el diccionario de El Mundo habla de «*Sentimiento de aversión y rechazo, muy intenso e incontrolable, hacia algo o alguien*»³. Podría decirse de estas dos definiciones, que el odio (al igual que la acción penal⁴) se divide en dos esferas, una interna e incontrolable en la que la persona siente de manera irrefrenable e inconsciente una aversión hacia un sujeto, proponiendo anticipadamente la realización de un fin, y otra que no siempre acaba exteriorizándose pero que al menos, en la mente de la persona se lleva a cabo.

Existen odios que pueden llegar a ser socialmente aceptados (como el antifascismo) y otros que son rechazados socialmente (como la misoginia)⁵. El origen de muchos de los prejuicios generadores de odio pueden ser fundamentados en cualquier tipo de ataque o vulneración previa de derechos, otros encuentran su origen en nuestra propia imaginación, algunos nos han sido transmitidos de generación en generación; a través de grupos sociales, por la propia tradición cultural, o la interpretación religiosa, y en ocasiones, estos prejuicios son fruto de una exposición de hechos aparentemente imparcial por los medios de comunicación, que buscan la provocación en su receptor⁶.

II. EL «DISCURSO DEL ODIO»

Para analizar el discurso del odio deberíamos partir de la existencia de tal en distintos niveles de nuestra sociedad, y dejar a un lado el uniforme de hipocresía con el que a diario disfrazamos la realidad; sólo así podremos darnos cuenta objetivamente de lo que sucede a nuestro alrededor. Muchos de nosotros nos creemos con más derecho que otros⁷ (por ser más jóvenes, tener un currículum más abultado o haber nacido en el mismo país donde vivimos) esto es palpable en nuestro día a día, en nuestras pretensiones de acceso laboral (*primero han de ser los españoles los que trabajen*), en el ámbito sanitario (*asistimos a inmigrantes ilegales que vienen a nuestro país a beneficiarse de nuestra Seguridad Social*⁸) o el sistema educativo (*en las guarderías y colegios*

² Ver en: <http://lema.rae.es/drae/?val=odio> (Fecha de consulta 22/01/2015)

³ Cfrt en: http://diccionarios.elmundo.es/diccionarios/cgi/diccionario/lee_diccionario.html?busca=odio&diccionario=1&submit=Buscar+ (Fecha de consulta 22/01/2015)

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 242 y ss.

⁵ MARTÍN HERRERA, David. (2012), «Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el 'Hate Speech' se convierte en 'Hate Crime'». *Asociación de Constitucionalistas de España, XI Congreso*. (2013) (p. 01:1-01:17), p. 01:5. Disponible en <http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/M2Com-DavidMartinHerrera.pdf> (Fecha de consulta 04/02/2015).

⁶ Medios de comunicación cuyo gran poder y responsabilidad no sólo radica en la información contada, sino en «según» es desarrollada esa información y «cómo» es acercada a nosotros.

⁷ Según un estudio realizado por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) en 2008, casi la mitad de los españoles opina que deberían tener más derechos que los inmigrantes «*el porcentaje de españoles que responde afirmativamente a ese tipo de preguntas crece de forma imparable, poniendo de relieve que la crisis económica está disparando el grado de xenofobia y rechazo a los inmigrantes, a quienes muchos autóctonos ven ya como rivales para acceder a las prestaciones y servicios sociales*». Ver en: http://www.elconfidencial.com/archivo/2008/09/29/espana_99_espanoles_primero_mitad_opina_tiene_derechos_inmigrantes.html (Fecha de consulta 03/01/2015).

⁸ Según el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, su artículo 3 ter detalla la asistencia sanitaria en situaciones especiales para extranjeros no autorizados como residentes en España, recogiendo

públicos dan preferencias a gitanos y moros)⁹. Esa adulterada creencia nos da el falso derecho a juzgar sobre cómo los demás deberían pensar, actuar, sentir, llevar su vida, o lo que es peor, con comentarios como el que acabamos de leer en *cursiva*, fomentamos, a veces sin darnos cuenta, el «Discurso de Odio»¹⁰.

Al hacer esto, no solo reducimos de manera injusta la maravillosa complejidad del otro¹¹, sino que muy probablemente tendamos a adoptar una atención selectiva de su imagen; es decir, que solo veamos aquello que corrobore nuestra hipótesis sobre ese individuo (o colectivo) y a desechar todo aquello que no se ajuste a dicha hipótesis, adoptando una percepción del «otro» mucho más rígida. Sociológicamente y trasladándonos ya a un plano grupal, estaríamos ante lo que se conoce como etnocentrismo cultural, calibrando positivamente las cualidades del endogrupo, para evaluar negativamente las características del exogrupo (sometido generalmente a una estereotipación)¹², justo en este punto es donde florece el «Discurso de Odio». Un discurso basado en burdas simplificaciones o exageraciones absurdas que normalmente son acompañadas de mentiras, calumnias y el doble rasero para juzgar los hechos, un discurso destinado a un público ávido de escándalo y que acaba por no cuestionar su contenido.

Analizamos aquí, un odio público hacia cierto grupo que podría acabar manifestándose en una acción personal contra uno o varios miembros de ese colectivo odiado. Un odio que calificaríamos de «abstracto»; porque se centraría en una tipología colectiva genérica (homosexuales, musulmanes, indigentes,...), y de «personal»; ya que simultáneamente establece una relación directa entre odiado y odiador¹³. La consecuencia de un odio prototípico es una lógica aversión hacia aquellas personas cuya identidad tienen esos rasgos¹⁴. «*Si somos cabalmente homófobos, antisemitas, misóginos, racistas, anticomunistas o antiamericanos, no parece que podamos, a la vez, apreciar a un homosexual, a un judío, a una mujer, a alguien de una raza que despreciamos, a un comunista o aun norteamericano*»¹⁵.

tan solo los casos de urgencia por enfermedad grave o accidente, asistencia al embarazo y sólo los menores de edad recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

⁹ El artículo 35.2 del Decreto 149/2009, de 12 de mayo (Junta de Andalucía), recoge los criterios del orden de admisión a educación infantil, primando entre todos estos tres criterios: 1) el riesgo del menor por las circunstancias sociofamiliares, 2) hijos de mujeres atendidas en centros de acogida para víctimas de violencia de género, y 3) hijos de víctimas de terrorismo. Los restantes criterios hacen referencia a familias monoparentales o numerosas, discapacidad del menor, existencia de hermanos en el mismo centro, proximidad al lugar de trabajo o renta anual familiar.

¹⁰ El mencionado estudio del CIS revela que «el 41% de los encuestados considera que los españoles deberían tener preferencia a la hora de recibir atención médica en la sanidad pública, porcentaje que se eleva hasta el 54% en el caso de la elección del colegio de sus hijos». http://www.elconfidencial.com/archivo/2008/09/29/espana_99_espanoles_primer_mitad_opina_tiene_derechos_inmigrantes.html (Fecha de consulta 07/03/2015).

¹¹ «Intentar entender al otro significa destruir los clichés que lo rodean, sin negar ni borrar su alteridad» ECO Umberto, *Construir al enemigo*, 1ª edic. Barcelona, Lumen 2012, p. 35.

¹² COLINA, Carlos. «Las paradojas del odio» *Razón y Palabra*, febrero-abril, 2010, vol. 15 (núm. 71), p. 1 a 13. Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey Estado de México. P. 1. Ver en: <http://www.redalyc.org/pdf/1995/199514914023.pdf> (Fecha de consulta 16/03/2015).

¹³ Paradójicamente, ciertos odios, no solo producen divergencias sino que sirven para cohesionar grupos afines a un odio común. Como dijo el poeta Jorge Luis Borges: «*La amistad une, pero también el odio sabe juntar*».

¹⁴ COLINA, Carlos. «Las paradojas del odio». Op. cit., pp. 2 y 3.

¹⁵ BRICEÑO LEÓN, Roberto; ÁVILA, Olga y CAMARDIEL, Alberto (Eds). *Inseguridad y violencia en Venezuela - Informe 2008*, Caracas, Editorial Alfa Laco, 2009, p. 42.

Internet se ha convertido en una herramienta clave para difundir este discurso, son más de 1.500 las páginas que fomentan el odio contra lo diferente y promueven el asociacionismo en esta materia¹⁶. Tal es así, que se ha llegado a acuñar la expresión «*ciberodio*» para referirse a la propaganda de índole racista y xenófoba difundida por medio de sistemas informáticos.¹⁷ Este «*ciberodio*» puede presentarse de múltiples maneras, no solo hablamos de páginas web específicas disfrazadas de informativas, sino de foros de discusión, redes sociales o *mails* propagandísticos que llegan a irrumpir en cuentas de correo privadas. Y su discurso puede aparecer de cualquier forma imaginable: en juegos *on line* donde el usuario adopta un papel activo (normalmente violento), en cualquier tipo de expresión artística (fotografía o letras de música), en videos y montajes caseros de evidente contenido discriminatorio... en definitiva, a través de cualquier medio de expresión propagandístico que haga uso de los altavoces de Internet; un espacio de comunicación de infinitas posibilidades, bajo coste, anónimo en muchas ocasiones y con un potencial expansivo de mensajes a nivel global.

A pesar de ello, nuestro Código Penal (CP.) no contempla específicamente Internet como herramienta a través de la cual se puedan cometer actos de odio y discriminación¹⁸. Ello no quiere decir que la libertad técnica que posibilita internet ampare, desde un punto de vista jurídico, las conductas que están perseguidas fuera de la red, pero si encontraremos mayores dificultades que en el mundo *off line*, para poder enfrentarnos a dichas acciones: en los límites establecidos de la libertad de expresión e información y en general, en la dificultad de frenar con normas nacionales algo que se produce en un medio global o en el complejo orden probatorio de los hechos (por ejemplo, en el momento de determinar la responsabilidad)¹⁹.

El peso de Internet en este tipo de discurso es primordial, pero no solo la Red incurre en difundir la argumentación del odio. Los medios de comunicación se han convertido en modernos tribunales de la «Santa Inquisición», emitiendo veredictos condenatorios basándose en opiniones o declaraciones parciales, a veces sin ser suficientemente cotejadas, apoyándose en testimonios aislados o sin respetar la máxima fundamental del derecho: «la carga de la prueba recae en el acusador y no en el acusado»²⁰.

¹⁶ Información extraída de la página oficial de la ONG ACCIÓN SOCIAL <http://www.plataformaong.org/noticias/583/Espana/se/convierte/en/la/sede/europea/en/la/lucha/contra/los/delitos/de/odio>, que el 27 de Noviembre de 2014 organizó una Conferencia a nivel internacional bajo el título «juntos contra el discurso y los delitos de odio». En concreto, estos datos aparecen reflejados en el vídeo sobre los Delitos de Odio realizado por CONTRAMEDIA FILMS para la Embajada Noruega en España dentro de la campaña #nohatespain <https://www.youtube.com/watch?t=28&v=vmSsvW'sHDGw> (Fecha de consulta 14/12/2015).

¹⁷ SIEBER, Ulrich. «La lucha contra el odio en Internet. Fundamentos técnicos, jurídicos y estratégicos para un concepto de prevención», en *Revista de Ciencias Penales*, 2001-2002, núm. 4, pp. 165-179, p. 169.

¹⁸ MORETÓN TOQUERO, M.^a Aránzazu. «El ciberodio, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión» en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Mayo de 2012. Núm. 27, pp. 1-18, 12 y ss.

¹⁹ La Red posibilita la comunicación anónima, a través de la encriptación, el acceso no identificado, reenvío de información, etc... y también posibilita que en el proceso comunicativo participen personas que pueden localizarse en diferentes países (extradición de responsables).

²⁰ Probablemente, tras el estudio de los delitos de odio y sus distintas formas de discurso, esté persiguiendo mis propias sombras, aún así siempre resulta llamativa la forma que de narrar tienen los sucesos de impacto todos los medios de comunicación. Por cada noticia delictiva (robo, violación, asesinato) la mayoría de los medios sienten esa básica necesidad de contarnos la nacionalidad o incluso el origen extranjero que tiene el «supuesto autor de los hechos» (*el asesino confeso de origen marroquí... la policía ha detenido a dos ciudadanos colombianos...*),

Ante la exclusión de contemplar el «*ciberodio*» de forma específica en la legislación, la mayoría de países optan por solucionar los conflictos que surgen a través de Internet mediante la aplicación de la legislación general, incluyendo la Red entre los «medios de comunicación». Algo que en concretas conductas podría resultar equiparable, pero cada vez se dan más situaciones que requieren de una respuesta específica²¹.

Al pensar en un discurso, no solo debemos quedarnos en las palabras, sino que deberíamos entenderlo de un modo mucho más amplio; así en manifestaciones del Secretario de Estado de Seguridad (Francisco Martínez), se tendrá en cuenta la «*propaganda, estandartes, banderas de carácter extremista, o que el incidente haya ocurrido en el entorno de un determinado lugar de culto o establecimiento de un grupo minoritario*». Así mismo, para determinar la inclusión en esta clase de delitos, se atenderá a «*la relación del sospechoso con grupos ultras violentos, de manera particular en el ámbito deportivo, la aparente gratuidad de una agresión o la enemistad histórica*» y a detalles del agresor, tales como «*posibles tatuajes, vestimenta o su estética*»²².

Ni qué decir tiene, que esta no es una problemática nueva, pero sí que de algún modo, la crisis económica ha traído consigo una crisis de valores, que se ha traducido entre muchos aspectos, en el crecimiento a nivel europeo de partidos de extrema derecha que han elaborado sus programas electorales en base a este discurso²³.

algo que rara vez sucede si quien delinque es de origen nacional. Ello provoca, que casi de manera inconsciente, después de escuchar la noticia de un suceso desagradable, deseemos que quien lo haya cometido sea alguien ajeno a nuestro país, cultura o raza. Es nuestro peculiar falso consuelo.

²¹ Pensemos, por ejemplo, en los correos en cadena de contenido discriminatorio o en la irrupción en foros de mensajes de tal índole. Para estos nuevos espacios y como sistema de seguridad preventivo se han creado publicación de normas de acceso a foros, moderadores de estos foros, filtros que permiten detectar y evitar expresiones no deseadas, exigencia de identificación a participantes, sistemas de calificación de fiabilidad de información de contenido de las páginas web para diferenciar la información de calidad de la mera propaganda. Cfr. en MORETÓN TOQUERO, M.^a Aránzazu. «El ciberodio, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión». Op. cit., p. 15.

²² Ver en: <http://www.europapress.es/nacional/noticia-tatuajes-vestimenta-agresor-contaran-tramitar-delitos-odio-nuevo-protocolo-policial-20141215145022.html> (Fecha de consulta 16/12/2014).

²³ Para José Antonio Díaz, catedrático de Ciencias Políticas de la UNED, la ultraderecha gana adeptos en Europa porque algunas capas de la sociedad necesitan identificar un enemigo al que culpar de la crisis. «*La derecha fascista utiliza el miedo al diferente para crecer. Ofrecen soluciones fáciles (y falsas) que aportan seguridad. Lanzan un mensaje muy simple y por tanto fácil de vender*». Cfr. en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/04/23/espana/1335185364.html> (Fecha de consulta 02/04/2015).

En la actualidad existen diversos partidos ultraderechistas que van ganando adeptos en Europa, como puede ser el caso de *Amanecer Dorado* (Grecia) –consolidado como tercera fuerza, a pesar del encarcelamiento de una parte de su cúpula, acusada de asesinatos y de incitación al odio– *Frente Nacional* (Francia) –su líder, Mariene Le Pen, ha conseguido tener la cuarta parte de los votos en Francia, con su plataforma de lucha contra la inmigración y declaraciones como: «*el Sr. Ébola podría solucionar el problema de la inmigración en Europa en tres meses*» o «*las cámaras de gas nazi fueron un pequeño detalle*»– el *Partido Nacionaldemócrata* (Alemania) –cercano a los grupos neonazis, consiguió un escaño– el *Partido por la Libertad* (Holanda) –tercera fuerza con cuatro escaños en el Parlamento, su líder, Wilders es conocido por sus críticas al islam y ha hecho campaña para poner fin a la inmigración musulmana en los Países Bajos y repatriar a los musulmanes que viven actualmente allí. Una de sus citas: «*el Islam es el caballo de Troya en Europa. Si no detenemos la islamización ahora, Eurabia y Holanrabia serán sólo cuestión de tiempo*»– Otros partidos de ultraderecha con empuje en Europa son el *Partido Croata de los Derechos*, el *Partido Popular* (Dinamarca), *Movimiento por una Hungría mejor* «*Jobbik*», *Partido de la Libertad* (Austria), o los partidos *Todo* (Letonia) y *Orden y Justicia* (Lituania).

En defensa de este discurso, son varios los que justifican toda clase de argumentación, apelando al Derecho de Libertad de Expresión. Sin lugar a duda, uno de los logros del s. XX, internacionalmente amparado bajo la cobertura de los art. 18 y 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y especialmente por el art. 19 del Pacto Internacional de

Sin embargo, a pesar del empuje de la extrema derecha, y pese a que varios fueron los partidos radicales que obtuvieron éxitos en los distintos países europeos, finalmente no consiguieron un acuerdo para formar su propio grupo en el Parlamento Europeo. Cfr. en http://noticias.lainformacion.com/mundo/en-el-nuevo-parlamento-europeo-la-extrema-izquierda-tiene-voz-y-la-extrema-derecha-solo-votos_OVztFxoGo7GL5f6Ska8B71/ y en http://www.huffingtonpost.es/2014/05/26/partidos-ultraderecha_n_5392885.html (Fecha de consulta 12/04/2015). N España formaciones de nuevo cuño como Plataforma per Catalunya (PxC) o España 2000 aglutinan el voto de muchos ciudadanos descontentos que se sienten abandonados por los partidos mayoritarios. Frente a organizaciones clásicas de la extrema derecha, como Falange Española de las J.O.N.S. o Democracia Nacional, que sufren un retroceso, estas opciones crecen hasta el punto de que PxC se ha convertido, tras las últimas elecciones municipales, en la sexta fuerza política de Cataluña. PxC, liderada por Josep Anglada, no esconde su aversión a la inmigración y al Islam, a los que responsabiliza del aumento de la violencia y el paro. En las elecciones municipales de 2011 experimentó un aumento de votos del 500% respecto a 2007 y pasó de 16 a 69 concejales en toda Cataluña. Su lema es muy sencillo: «*Primero están los de casa*». PxC ha experimentado un rápido desarrollo, en parte, gracias a sus contactos con los partidos europeos con los que comparten objetivos. Así, mantienen estrechas relaciones con el FPÖ austriaco, la Liga Norte italiana, el VlaamsBelang belga o el Frente Nacional de Marine Le Pen.

Por su parte España 2000, formación anti islamista, ya es sexta fuerza política en Valencia, con cinco concejales en 2011 frente a los dos que logró en 2007. Al igual que a Anglada, a Juan Luis Rebato, su presidente, no le gusta que les definan como xenófobos y ultraderechistas. Ambos prefieren definir sus proyectos como identitarios y populistas. «*Somos un partido social patriota y defendemos el elemento preferencial, es decir, primero se da trabajo al español*», explica el líder de España 2000, quien no duda en asegurar que «*el Islam es incompatible con la democracia europea*». Cfr. en <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/04/23/espana/1335185364.html> (Fecha de consulta 12/04/2015).

Estos partidos políticos de reciente emergencia culpa de la crisis, en gran medida, al fenómeno inmigratorio y de políticas sociales que en España se están llevando a cabo actualmente. Así, por ejemplo España2000, asegura en su programa, que existen diez claves para salir de la crisis y convertirse en una gran nación, de entre las cuales, llaman la atención tres de ellas: «1.- *Reformar la Ley de Extranjería. Repatriación de los excedentes de inmigración...sus países deben hacerse cargo de ellos lo antes posible. Nuestra economía no puede mantenerlos.* 2.- *Situar a los españoles primero: el bien máspreciado de una nación son sus ciudadanos y el estado debe garantizarles un nivel de vida digno a cambio de su lealtad con la nación...* 3.- *Defender nuestro modo de vida. Frente a los intentos de crear una sociedad de personas sin arraigo y con un único modelo cultural proponemos la defensa de la identidad nacional...*».

En su misma página y bajo el impactante título «*Ni uno más, con 6 millones de parados sobran 6 millones de inmigrantes*», elaboran un análisis sobre la actualidad del panorama laboral e inmigratorio, manejando e interpretando datos extraídos de la OPI, INE y de algún periódico de tirada nacional. Aseguran entre otras cosas que «*el mantenimiento de la inmigración en España asciende en torno a 40-50.000 millones de euros al año...*», la evidencia de que tras el boom del ladrillazo la inmigración pasaría de ser una losa, a ser un lastre insuperable como lo es hoy, y concluyen con que «*el drama de nuestro país no es solamente que tenemos casi 6.000.000 de parados sino que tenemos a más de 6.000.000 de inmigrantes en sus ¾ partes completamente improductivos*».

Otro apartado fomenta de manera directa y sin tapujos una visión sesgada del mundo musulmán, con el título «*Frenemos el Islam, que Europa no se convierta en su próxima conquista*», nos presenta un decálogo de motivos por los cuales el Islam no ha de ser tratada como cualquier otra religión, afirmando que el «*motor del islam es la guerra santa, ...que es incompatible con el estilo europeo y perjudicial para la convivencia cívica...además de ser una amenaza para todos ya que en Marruecos es habitual la creencia de que Al Andalus es un territorio usurpado por los herejes (nosotros)...esta religión genera atraso y el islam es intolerante...*». Ver en: http://espana2000.org/?page_id=2, http://espana2000.org/?page_id=18y en: http://espana2000.org/?page_id=26 (Fecha de consulta 12/04/2015).

Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)²⁴. Efectivamente, este Derecho dará cobertura no sólo a las ideas e informaciones que son aceptadas favorablemente o consideradas inofensivas, sino también a aquellas que pueden llegar a molestar o a inquietar al Estado o a una parte de la población, pues el pluralismo y una verdadera sociedad democrática así lo requieren²⁵. A pesar de ello, la protección reservada a la Libertad de Expresión no resulta ilimitada, ni estamos ante un derecho absoluto a través del cual puedan difundirse frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, tal y como ocurre con los discursos racista o xenófobos, los cuales resultan de imposible cobertura, al menospreciar *per se*, a determinados grupos de personas por sus especiales características. Proteger este tipo de actuaciones bajo la cobertura del art. 20.1 CE implicaría reconocer que la Constitución, «permite la violación de unos de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad» y la dignidad de la persona, «el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana»²⁶. De igual forma, quedarán excluidos de la protección de la Libertad de Expresión todo «ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal»²⁷, y todo ello en pos de la seguridad pública, la prevención del delito y la protección de la reputación y los derechos ajenos²⁸. Así mismo, el Tribunal Constitucional (TC.) sentencia que «ni el ejercicio de la libertad ideológica ni de la libertad de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social»²⁹.

En definitiva, consistirá en la aplicación del menos común de los sentidos al momento de confrontar derechos tan fundamentales como son la Libertad de Expresión frente al Derecho a vivir al margen de ningún tipo de miedo o intimidación, el Derecho a la Igualdad Social o

²⁴ MARTÍN HERRERA, David. (2012). «Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el ‘Hate Speech’ se convierte en ‘Hate Crime’», op. cit., p. 01:8.

²⁵ Este pronunciamiento acerca de la Libertad de Expresión es compartido tanto por Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como por la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) y el Tribunal Constitucional español (TC). Ver en MARTÍN HERRERA, David. (2012), «Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el ‘Hate Speech’ se convierte en ‘Hate Crime’», op. cit., p. 01:8 y ss.

²⁶ STC 214/1991 de 11 de noviembre FJ8. «Afirmamos en el FJ 8 de aquella importante Sentencia que el artículo 20.1 CE no garantiza el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la Historia y del mundo tendente a menospreciar y discriminar a personas o grupos en un discurso antisemita, racista o xenófobo pues ello viola la dignidad de la persona humana, que es (en el art. 10.1 CE) uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Más contundente, si cabe, fue la STC 176/1995 cuando, en su FJ 5, apostilló que la libertad de expresión es un valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución, pero que un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional (SSTC 170/94 y 76/95)» Cit. en: TAJADURA TEJADA, Javier. «Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007». *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria (R.V.A.P.)* 2008. núm. 80, pp. 233-255. p. 249.

²⁷ STC 214/1991 de 11 de noviembre FJ8. Análogamente a esta sentencia, el CIDH declara fuera del amparo de la Libertad de Expresión «toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio que constituya incitación a la violencia» así como toda «incitación directa y pública al genocidio» Ver en: MARTÍN HERRERA, David. (2012), «Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el ‘Hate Speech’ se convierte en ‘Hate Crime’». Op. cit., p. 01:8.

²⁸ Art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

²⁹ STC 101/1990 de 11 de noviembre Libertad de expresión y derecho al honor (Caso Violeta Friedman).

el Derecho a la Dignidad excluyente de cualquier discriminación. De ello, no solo se deduce que no todos los derechos han de ser igualmente valorados, sino que el «Discurso del Odio» (sea frente al colectivo que sea) no es equiparable a cualquier otro punto de vista legítimo que pudiera aparecer en una opinión dentro de un Discurso Público³⁰.

III. LOS «DELITOS DE ODIO»

El término «Delitos de Odio» no existe como tal en nuestra actual normativa penal y su definición exacta puede variar de un país a otro. A pesar de ello, podríamos conceptualizar el término como «*todas aquellas infracciones penales o administrativas contra las personas por razón de raza, etnia, religión, edad, discapacidad orientación sexual o cualquier otro factor como las diferencias ideológicas*»; es decir, toda manifestación de intolerancia que pudiera venir precedida o sucedida de una acción³¹.

Este tipo de acciones se han venido perpetrando a lo largo de nuestra historia, existiendo etapas que han favorecido el incremento exponencial del odio³². En Europa existe una larga tradición de intolerancia, y los europeos compartimos una historia empapada de esclavitud, colonialismo e inmigración, motivo probable por el cual aún a día de hoy, no exista una definición legal y social de los delitos de odio en Europa, ya que cada país responde a los crímenes de odio dependiendo de su situación social y temporal³³. Con todo, a principios de los años ochenta

³⁰ Tan sólo habría que mirar nuestra historia, recordar que la propaganda y difusión de puntos de vista racistas (en otra época de crisis) dio origen a una de las etapas más oscuras de la Europa del s. XX. Precisamente, estos hechos tan recientes son el motivo por los que, según José Antonio Díaz (catedrático de Ciencias Políticas de la UNED), la extrema derecha no acaba de despegar en España ya muchos aún no han podido olvidar la historia reciente, al igual que ocurre en Alemania. «*Existe un rechazo general porque no ha pasado mucho de la dictadura, pero con el tiempo ese recuerdo se irá matizando*» Ver en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/04/23/espana/1335185364.html> (Fecha de consulta 02/04/2015).

³¹ Definición propia extraída del término amplio desarrollado en la Introducción del «Informe sobre la evolución de Delitos de Odios en España (2013)» elaborado por el Gabinete de Coordinación y estudio de la Secretaría del Estado de Seguridad del Ministerio del Interior –Gobierno de España– p. 1. Cfr. en: http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/documentacion_descargaFichero?bibliotecaDatold=4063

³² Etapas destacadas de la historia como la *persecución a los cristianos en el imperio romano, la solución final a los judíos por los nazis, la limpieza étnica en Bosnia o el genocidio de Ruanda*. Cit. en: MARTÍN HERRERA, David. (2012). «Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el ‘Hate Speech’ se convierte en ‘Hate Crime’», Op. Cit. p. 01:2, o cualquiera de las etapas descolonizadoras o la globalización. «*Los intentos de globalización de todos los imperios y colonizaciones, se llevaron a cabo desde la anulación de la diferencia y la imposición de una homogeneidad arbitraria, todo lo cual aumentaba el resentimiento, la lucha de contrarios, y han imposibilitado anular la violencia entre grupos*» Vid. GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther; ROMÁN MAESTRE, Begoña y GARCÍA SOLÉ, Marc. «Sociedad abierta y delitos de odio en la era de la globalización», *Eguzkilore*, Número 17, San Sebastián, 2003. «*Sabemos que el siglo XX fue el del advenimiento de los movimientos globalizantes. No sólo en lo económico y lo político, sino en lo cultural al intentarla uniformidad ideológica. Pero mientras las fronteras geopolíticas se hicieron laxas para algunos, otras fronteras, especialmente las culturales, se endurecieron. La tensión vino entonces a concentrarse en las consecuencias de los desplazamientos mundiales y en el renacimiento de los racimos*» Vid. ANIYAR DE CASTRO, Lola. «Los Crímenes de Odio: Discurso político y delincuencia violenta en Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la Criminología Crítica en Venezuela en los inicios del siglo XXI», *Capítulo Criminológico*, vol. 36, n.º 2, 2008. Cit. en: MARTÍN HERRERA, David (2012). «Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el ‘Hate Speech’ se convierte en ‘Hate Crime’», op. cit. p. 01:6.

³³ GOODEY, Joanna. «Racist Crime in the European Union: Historical Legacies, Knowledge Gaps, and Policy Development» en: GOODEY, Joanna. AROMAA Kauko *Hate Crimes. Papers from the 2006 and 2007*

comenzó a introducirse en las legislaciones de algunos países anglosajones, normas específicas para intentar combatir lo que llamaron «*hate crimes*», encontrándonos tres décadas más tarde con un marcado desinterés político, social, legislativo y jurídico por poner freno, no sólo a esta clase de delitos, sino al discurso del odio que lo antecede («*hate speech*»)³⁴.

La criminalización de estas acciones conllevará la conjugación de dos realidades, por un lado la «naturaleza de la conducta» que ha de ser criminal³⁵, y por otro la «interpretación del odio» que de modo específico ataca a un sujeto o colectivo concreto³⁶. Hechos que provocan un efecto estigmatizador en la víctima, a la par que generan un impacto emocional superior al generado por el resto de crímenes comunes,³⁷ y un mensaje de alarma hacia los demás integrantes de la comunidad al que pertenece la víctima³⁸; ya que las características personales del ofendido (íntimamente ligadas a su dignidad personal) son también las características de su colectivo.

Desde 1995, nuestro CP castiga este tipo de conductas de una manera «mixta», uniendo a la tipificación de la acción específica, un agravante genérico para los tipos delictivos comunes³⁹. Además, de esta agravante genérica, se recogen algunos tipos autónomos que llevan aparejado el elemento discriminatorio y por lo tanto una pena más severa⁴⁰, en lo que sería una otorgación de garantía criminal, por parte del CP, a los derechos de libertad, igualdad y dignidad que fueron consagrados previamente por nuestra Constitución.

Stockholm Criminology Symposiums, Criminal Justice Press. Helsinki, Núm. 57, 2008, pp. 16-28, p. 17 y ss. Cfr. en http://www.middlebury.edu/media/view/147451/original/Hate_Crime.pdf.

³⁴ MARTÍN HERRERA, David (2012), «Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el 'HateSpeech' se convierte en 'HateCrime'», op. cit. p. 01:1.

³⁵ Tal y como señala la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Cit. en: «Leyes de delitos de odio: una guía práctica», elaborado por la OSCE y publicada en Movimiento Contra la Intolerancia: *Cuadernos de Análisis*, núm. 32. Cfr. en: http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/cuadernosanalisis/cuadernos_analisis.asp

³⁶ MORETÓN TOQUERO, M.^a Aránzazu. «El ciberodio, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión», op. cit. pp. 3 y ss.

³⁷ Para poder visualizar mejor este nuevo concepto, podríamos compararlo a lo ocurrido con la denominada «Violencia de Género», no se inventaron hechos nuevos (las lesiones, amenazas, coacciones o vejaciones siempre habían existido) pero sí empezaron a protegerse bienes jurídicos diferentes a la integridad física o moral, como son la preservación de la paz en el ámbito familiar, el respeto mutuo o la igualdad entre hombre y mujer dentro de la pareja. Con la tipificación de los «Delitos de Odio» se pretenderá proteger de un modo genérico la No Discriminación, ya sea de forma individual o como medio para la protección de un colectivo determinado.

³⁸ MARTÍN HERRERA, David. (2012), «Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el 'Hate Speech' se convierte en 'Hate Crime'», op. cit. p. 01:2.

³⁹ Art. 22.4º CP: La agravante genérica de motivación racista o xenófoba: «Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad».

⁴⁰ Art. 510 y ss. CP: *La provocación a la discriminación, al odio o a la violencia (510.1)... Las injurias discriminatorias o la difusión de informaciones injuriosas (510.2)... La denegación a una persona (o grupo) de una prestación a la que tuviera derecho (511.1 y 511.2)...Asociacionismo que promuevan la discriminación, el odio o la violencia entre personas, grupos o asociaciones(515.5º)*. Y que todo lo expuesto se lleva a cabo *contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía*. Obviando en este trabajo los tipos recogidos por nuestra normativa penal en el Título XXIV, relacionados con los Delitos contra la Comunidad Internacional (contra el Derecho de gentes, genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado), art. 605 y ss. CP.

Según el informe sobre la evolución de esta clase de delitos en España, en el año 2013 se produjeron 1.172 incidentes relacionados con estos delitos⁴¹:

Por homofobia (orientación/identidad sexual)	452
Por racismo o xenofobia	381
Por discapacidad	290
Por creencias o prácticas religiosas	42
Por aporofobia (mendigos, indigentes,..)	4
Por antisemitismo	3
TOTAL	1.172

Los tipos penales que se dieron para lesionar a estos colectivos fueron diversos; y excluyendo el «Abuso sexual», que estaba muy relacionado con hechos cometidos contra la «Orientación o identidad sexual», el resto de delitos se mostraba muy repartido respecto al ámbito concreto de comisión⁴²:

Abuso sexual	164
Lesiones	149
Amenazas	114
Agresión sexual	91
Actos racistas e intolerantes en el deporte	83
Hurto	67
Agresión sexual con penetración	64
Vejaciones Leves	58
Exhibicionismo	32
Resto	350
TOTAL	1.172

Quizá si valoramos este número de denuncias (1.172) de forma aislada no sean generadoras de una gran alarma social, más aún si lo comparamos con las más de 27.000 denuncias interpuestas por razón de Violencia de Género, o con las 219.776 condenas que se impusieron en nuestro país por la comisión de todo acto delictivo⁴³. Lo que realmente debería preocuparnos es la falta de sensibilización con estas acciones, ya que al igual que ocurriera con la Violencia de Género,

⁴¹ «Informe sobre la evolución de Delitos de Odios en España (2013)», op. cit. p. 7.

⁴² Idem. p. 8.

⁴³ Datos de condenados en el año 2013. Cotejados en la página oficial del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), ver en: <http://www.ine.es/> (Fecha de consulta 22/12/2014).

la sociedad aún no es consciente de la problemática que suscita este tema, ni aún tenemos las herramientas para detectar, controlar y actuar frente a esta otra lacra que siempre ha existido en cualquier sociedad⁴⁴; el rechazo hacia lo diferente.

Es por ello, que entre el 60% y el 90% de las víctimas de delitos motivados por sentimientos de odio no denuncian su situación (datos de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales –FRA-) ⁴⁵. La mayoría de las víctimas no denuncian porque creen que nada va a cambiar si lo hacen y porque sucede tan a menudo, que piensan que de nada va a servir el denunciarlo. La homofobia es el «Delito de Odio» más extendido en nuestra sociedad (452), según una encuesta de la Agencia Europea de Derechos Humanos sobre homofobia, el 32% de los encuestados cree que denunciar no servirá para nada, un 16% no denunciaría por miedo a las represalias, e incluso a un 15% le daría vergüenza denunciar por miedo a revelar su identidad sexual. En palabras de Elvira Tejada (Fiscal contra Delitos de odio): «creo que no se fían del sistema, creen que el Estado y las Instituciones no van a ser capaces de protegerles»⁴⁶. Este hecho es algo perfectamente comprensible, si pensamos en acciones de marcada connotación xenófoba u homófoba (por ser las más conocidas) como pueden ser insultos en público, amenazas o incluso agresiones leves, que con la actual regulación del CP no van a pasar de ser calificados como una falta; esto es, varios días de localización permanente o una multa de escasa entidad. Por no entrar a valorar los datos estadísticos sobre delitos ligados a la aporofobia (4), ¿realmente pensamos que personas que duermen entre cartones y buscan su comida entre las sobras de los demás, que son marginadas por toda la sociedad (a veces incluso por las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) acudirán a comisaría o al juzgado a presentar denuncia ante una posible lesión de su dignidad?

La última memoria de la Fiscalía General, reconoce expresamente que este tipo de agresiones no están debidamente catalogadas. No tenemos herramientas jurídicas para combatir esta clase de delitos. Aun así, el actual informe analizado es un pequeño paso hacia la exposición del problema de manera pública por parte del Estado. En materia de prevención, algunas unidades de policía local están llevando a cabo programas especializados en prevenir la divulgación del «Discurso de Odio», así por ejemplo, en Fuenlabrada (Madrid) existe el programa «borrar odio», consistente en eliminar de las fachadas mensajes degradantes dirigido a cualquier colectivo. El Consejo de Europa, por su parte ha creado la campaña «No hate speech» contra la intolerancia en Internet y colabora con nuestras administraciones en la preparación y

⁴⁴ En la actualidad se están implantando medidas para homogeneizar los informes policiales relacionados con los crímenes de odio, así por ejemplo, el F.B.I trabaja de manera fragmentada las investigaciones con el llamado «*bias crime*» (sesgo criminal), entendiendo por tales aquellas «*actitudes u opiniones negativas preformadas hacia grupos de personas, basadas en su raza, religión, discapacidad, orientación sexual u origen nacional o étnico*», pero no hay que olvidar que al igual que el crimen, el odio va mutando, y pueden existir multitud de «*biases*», no solo los recogidos por el F.B.I. o por el propio informe sobre la evolución de los Delitos de Odio. Ver en: MARTÍN HERRERA, David (2012). «Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el ‘Hate Speech’ se convierte en ‘Hate Crime’». Op. cit., pp. 01:2 y 01:3. Así, detectar de forma temprana esta clase de odio en acciones dirigidas contra cualquier tipo de colectivo no clasificado como de «riesgo» (personas ricas, hipsters o alcohólicos por ejemplo), sería de una gran dificultad técnica y personal, además de la ambigüedad que supondría juzgar estos hechos conforme a un tipo delictivo «de odio» que podría convertirse en el gran cajón desastre donde introducir cualquier acción violenta contra una persona encuadrable dentro de un colectivo (deportistas, raperos, políticos, abogados, ...).

⁴⁵ «Informe sobre la evolución de Delitos de Odios en España (2013)». Op. cit., p. 2.

⁴⁶ <https://www.youtube.com/watch?t=28&v=vmSsvWshDGw> Loc. cit., p. 4.

sensibilización policial y judicial. Desde Fiscalía General se ha creado un grupo de 50 fiscales repartidos por cada provincia española, especializados en atender y detectar los Delitos de odio. Al mismo tiempo el Ministerio del Interior está colaborando con el de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en la creación de un Mapa de Discriminación. En el plano pedagógico se han dispuesto programas de preparación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que ha supuesto la formación de 400 agentes especializados⁴⁷. En definitiva, actualmente se viene trabajando de forma integral, al menos de manera preventiva, contra este tipo de delitos, y ello a pesar de no tener aún tipificación expresa.

IV. CONCLUSIONES

En la lucha contra la discriminación, parecemos estar avanzando en ciertos campos, pero no podemos protegernos del discurso y los delitos de odio sólo con la redacción de un informe del Ministerio del Interior; esto son solo estadísticas. Borrar insultos y amenazas escritas contra un colectivo en una fachada, no hace más que dejar limpia una pared a la espera de albergar una nueva frase de odio. 400 policías y 50 fiscales especializados no servirán más que para poder contabilizar denuncias y delitos que a día de hoy carecen de respuesta específica.

Combatir los «Delitos de Odio» ha de convertirse en la defensa de los valores comunes en nuestra democracia. Lo peor que puede sucederle a una sociedad como la nuestra, es encontrar la respuesta del silencio ante la violación de derechos; y ello sucede si el ciudadano cree estar desamparado ante un ataque discriminatorio. Si realmente aspiramos a respetar la diversidad, el pluralismo y la dignidad de cada ser humano, existen muchas formas de intentar ser una sociedad mejor; en la batalla contra el discurso y los delitos de odio, es importante diferenciar el vehículo motor de los ataques para comprender el mejor control de sus consecuencias.

Así, ante el llamado «*ciberodio*» deberán primar nuestros esfuerzos en la instauración de todo tipo de medidas de prevención y control extrajudicial ya que, por los motivos expuestos anteriormente, posiblemente no sea factible jurídicamente una tipificación que englobe toda acción discriminatoria, o sancionar conductas que hayan podido llevarse a cabo desde cualquier punto del planeta⁴⁸. Los Delitos de odio que se perpetren *in si tu*, sin necesidad de ningún tipo de soporte electrónico, no presentaría mayor problemática que la tipificación expresa en nuestra normativa penal y el establecimiento de medidas de protección integral contra sus víctimas, siempre sin perder de vista el principio de *última ratio*, debiendo aparecer en aquellos supuestos

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ A la problemática de la determinación de la responsabilidad, a la coautoría de personas en diferentes países, a su posible contradicción con la libertad de expresión e información o al tratamiento de la Red como un medio de comunicación más, se le sumaría una problemática legislativo-internacional, ya que requerirá del diálogo internacional y de la consecución de unos estándares mínimos que respondan a la salvaguarda de unos principios comunes para la adopción de unas medidas jurídicas. *Por ello, y por la amplitud del medio, se hacen aconsejables otro tipo de controles de carácter extrajurídico como los códigos de conducta reconocidos mundialmente, a los que pudieran acogerse las empresas de comercio electrónico o los proveedores de Internet, y otras acciones preventivas como, por ejemplo, medidas de información activas (tanto a las posibles víctimas como a los usuarios en general); o instrumentos de seguimiento como, por ejemplo, las estadísticas, que permitan su análisis y, en su caso, su persecución por profesionales especializados.* MORETÓN TOQUERO, M.^a Aránzazu. «El ciberodio, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión», op. cit., p. 16.

en que los demás mecanismos jurídicos hayan fallado, lesionando con ello bienes jurídicos protegidos.

Al parecer, seguimos muy lejos de aceptarnos los unos a los otros, percibiendo la irremediable sensación de que el «*odio siempre nos acompañará*». Responder racionalmente frente a él, es el reto que parecemos estar dispuestos a asumir todo pueblo democrático; una complicada labor ésta de despreciar un sentimiento; y es que, la relación social que establece el odio suele ser bidireccional y recursiva⁴⁹.

Como dijera el escritor Michel de Montaigne, definitivamente «*odio cruelmente la crueldad*»⁵⁰. La rechazo en todas sus formas, especialmente la que se viene mostrando ante lo diferente; aunque es posible que ese «mi desprecio» a tanta intolerancia, no sea más que otro discurso de odio que otros tengan que padecer como suyo.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías y Artículos

- ANIYAR DE CASTRO, Lola. «Los Crímenes de Odio: Discurso político y delincuencia violenta en Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la Criminología Crítica en Venezuela en los inicios del siglo XXI», *Capítulo Criminológico*, vol. 36, n.º 2, 2008.
- «Informe sobre la evolución de Delitos de Odios en España (2013)» elaborado por el Gabinete de Coordinación y estudio de la Secretaría del Estado de Seguridad del Ministerio del Interior –Gobierno de España–. Cfr. en: http://explotacion.mtin.gob.es/oberaxe/documentacion_descargaFichero?bibliotecaDatoId=4063.
- BRICEÑO LEÓN, Roberto; ÁVILA, Olga y CAMARDIEL, Alberto (Eds.). *Inseguridad y violencia en Venezuela – Informe 2008*, Caracas, Editorial Alfa Lacsó, 2009.
- COLINA, Carlos. «Las paradojas del odio» *Razón y Palabra*, febrero-abril, 2010, vol. 15 (núm. 71), pp. 1-13.
- DE MONTAIGNE, Michel Eyquem. *Ensayos*. Edición digital basada en la de París, Casa Editorial Garnier Hermanos, [s.a.]. Ver en: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/usuario/Escritorio/14156396-michel-de-montaigne-ensayos-libro-1.pdf>.
- ECO, Umberto. *Construir al enemigo*, 1ª ed. Barcelona, Lumen, 2012.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther; ROMÁN MAESTRE, Begoña y GARCÍA SOLÉ, Marc. «Sociedad abierta y delitos de odio en la era de la globalización», *Eguzkilore*, Número 17, San Sebastián, 2003, pp. 121-132.
- GOODEY, Joanna. «Racist Crime in the European Union: Historical Legacies, Knowledge Gaps, and Policy Development» en: GOODEY, Joanna. AROMAA Kauko *Hate Crimes. Papers from the 2006 and 2007 Stockholm Criminology Symposiums*, Criminal Justice Press. Helsinki, Núm.

⁴⁹ Para THIEBAUT C. desafortunadamente, «*el odio siempre nos acompañará*», no sólo como reducción de nuestras complejidades, sino como la otra cara de nuestras convicciones y de nuestras decisiones. Ver en COLINA, Carlos, «Las paradojas del odio», op. cit., p. 6.

⁵⁰ DE MONTAIGNE, Michel Eyquem. *Ensayos*. Edición digital basada en la de París, Casa Editorial Garnier Hermanos, [s.a.]. Ver en: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/usuario/Escritorio/14156396-michel-de-montaigne-ensayos-libro-1.pdf>.

57, 2008. Pág. 16 a 28. Cfr. en http://www.middlebury.edu/media/view/147451/original/Hate_Crime.pdf.

«Leyes de delitos de odio: una guía práctica, elaborado por la OSCE y publicada en Movimiento Contra la Intolerancia»: *Cuadernos de Análisis*, núm. 32. Cfr. en: http://www.movimiento-contra-laintolerancia.com/html/cuadernosanalisis/cuadernos_analisis.asp.

MARTÍN HERRERA, David. «Constitucionalidad del Discurso de Odio. Cuando el ‘Hate Speech’ se convierte en ‘Hate Crime’» (2013). *Asociación de Constitucionalistas de España, XI Congreso* (p. 01:1-01:17).

MORETÓN TOQUERO, M.ª Aránzazu. «El ciberodio, la nueva cara del mensaje de odio: entre la ciber-criminalidad y la libertad de expresión» en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Mayo de 2012, n.º 27, pp. 1-18.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, 8ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

SIEBER, Ulrich. «La lucha contra el odio en Internet. Fundamentos técnicos, jurídicos y estratégicos para un concepto de prevención», en *Revista de Ciencias Penales*, 2001-2002, n.º 4, pp. 165-179.

TAJADURA TEJADA, Javier. «Libertad de expresión y negación del genocidio: Comentario crítico a la STC de 7 de noviembre de 2007». *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria (R.V.A.P.)* 2008, n.º 80, pp. 233-255.

Páginas Web

http://diccionarios.elmundo.es/diccionarios/cgi/diccionario/lee_diccionario.html?busca=odio&diccionario=1&submit=Buscar

<http://espana2000.org/>

<http://lema.rae.es/drae/?val=odio>

http://noticias.lainformacion.com/mundo/en-el-nuevo-parlamento-europeo-la-extrema-izquierda-tiene-voz-y-la-extrema-derecha-solo-votos_OVztFxoGo7GL5f6Ska8B71/

http://www.elconfidencial.com/archivo/2008/09/29/espana_99_espanoles_primer_mitad_opina_tiene_derechos_inmigrantes.html

<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/04/23/espana/1335185364.html>

<http://www.europapress.es/nacional/noticia-tatuajes-vestimenta-agresor-contaran-tramitar-delitos-odio-nuevo-protocolo-policia-20141215145022.html>

http://www.huffingtonpost.es/2014/05/26/partidos-ultraderecha_n_5392885.html

<http://www.ine.es/>

<http://www.plataformaong.org/noticias/583/Espana/se/convierte/en/la/sede/europea/en/la/lucha/contralos/delitos/de/odio>

<http://www.youtube.com/watch?t=28&v=vmSsvWsHDGw>

Notas sobre temporalidad e imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad a propósito de la querrela argentina por crímenes del franquismo

DIEGO LUNA (Argentina)

Investigador Máster, Universidad de Buenos Aires, Argentina¹

RESUMEN: Acudo a un marco conceptual de corte iusfilosófico que reconoce filiación egológica y hermenéutica, para desde allí hablar de memoria histórica, impunidad, justicia y temporalidad humana. Desde esas nociones examinaré ciertas críticas que se formulan sobre los fundamentos jurídicos de la imprescriptibilidad, señalando en particular la función ideológica que cumple la crítica de corte iusnaturalista. Luego haré una somera mención del caso español, a propósito de la querrela argentina por los crímenes del franquismo. Para terminar, una reflexión que vincula la fundamentación iusfilosófica con el problema, de especificidad jurídico penal, relativo a la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad.

Palabras clave: temporalidad, imprescriptibilidad, lesa humanidad, franquismo, jurisdicción universal.

ABSTRACT: Beginning from a jusphilosophical framework that recognizes egological and hermeneutics filiation, and from there to speak of historical memory, impunity, justice and human temporality. From these notions I will examine certain criticisms made on the grounds of the non-applicability, appointing in particular the role of ideological criticism iusnaturalist. Then I will make a brief mention of the Spanish case regarding Argentina's judicial process for the crimes of Francoist regime. Finally, a reflection that links legal-philosophical foundation with the problem, criminal legal specificity concerning the non-applicability of crimes against humanity.

Key words: temporality, non-applicability, crimes against humanity, francoism, universal jurisdiction.

¹ Docente investigador en los Departamentos de Filosofía del Derecho y Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Consejo Consultivo del Departamento de Derecho Penal y Criminología.

SUMARIO: I. Introducción. II. Una justificación marginal. III. Memoria histórica, impunidad y olvido. IV. La temporalidad humana y el problema de la imprescriptibilidad. V. Un recurrente ideologismo de la justicia divina. VI. Dos palabras sobre la querrela argentina por los crímenes del franquismo. VII. Para terminar.

*«No, el perdón no está hecho para los puercos y las puercas.
El perdón murió en los campos de la muerte»*

Vladimir Jankélévitch

I. INTRODUCCIÓN

A cudo a un marco conceptual de corte iusfilosófico que reconoce filiación egológica y hermenéutica, para desde allí hablar de memoria histórica, impunidad, justicia y temporalidad humana. Desde esas nociones examinaré ciertas críticas que se formulan sobre los fundamentos jurídicos de la imprescriptibilidad, señalando en particular la función ideológica que cumple la crítica de corte iusnaturalista. Luego haré una somera mención del caso español, a propósito de la querrela argentina por los crímenes del franquismo. Para terminar, una reflexión que vincula la fundamentación iusfilosófica con el problema, de especificidad jurídico penal, relativo a la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad.

II. UNA JUSTIFICACIÓN MARGINAL

No busco certezas ni respuestas unívocas. Me basta con reflexionar sobre lo que pongo por delante como objeto de conocimiento. La elección del tema de reflexión implica ya la asunción de una posición marginal en el sentido señalado por MESSUTI, de renunciamiento a ocupar la posición central. Centralidad que identifico con los temas recurrentes para el pensamiento penal, acaparado (o distraído, según se mire) en gran medida por la dogmática penal y la teoría del delito.

CALVEIRO identifica entre los rasgos característicos de la actual configuración hegemónica, la presentación del problema de la seguridad con dos escenarios bélicos: la «guerra» contra el terrorismo internacional y la «lucha» contra la delincuencia². No resulta difícil advertir, entonces, en lo que corresponde a los académicos, la función legitimante en esa configuración de la hegemonía neoliberal que cumplen los penalistas académicos cuando dedican el mayor porcentaje de sus esfuerzos a esos temas, en detrimento del terrorismo de Estado y los crímenes de lesa humanidad.

No es casual, en cuanto expresión del pensamiento jurídico calculante, que la pretensión de certeza campe en el desarrollo de esas preocupaciones. La emergencia de la duda, de lo contingente como correlato de la única certeza posible, es la seguridad de la muerte y la finitud del ser humano. Desde la perspectiva de MESSUTI: «En la criminología marginal la persona humana

² CALVEIRO, Pilar. *Violencias de Estado. La guerra antiterrorista y la guerra contra el crimen como medios de control global*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012, pp. 47 y ss.

adquiere un valor fundamental. No la persona ‘jurídicamente’ creada, sino la persona de carne y hueso. La persona que se reconoce finita e intenta superar su finitud, pero no negándola, sino incorporando el ‘deber ser’ en el proyecto coexistencial»³.

No en vano AFTALIÓN señaló con agudeza: «Por alguna extraña desviación, se ha creído indispensable, para la resolución de los problemas más nimios, enfocarlos a la luz de conceptos y teorías cuya terrible complicación obliga a preguntarse sobre su sentido y necesidad»⁴. No extraña la crítica lapidaria contra el enmarañado dogmatismo de los penalistas, de quien supo reflexionar temprana y críticamente sobre el saber de los juristas desde su perspectiva egológica⁵. AFTALIÓN era tributario de esa teoría general del derecho llamada teoría egológica, que en palabras de COSSIO: «Nos vino a decir que el Derecho está en el hombre de carne y hueso; en ese hombre cuya grandeza consiste en saber soñar en medio de sus sufrimientos»⁶. Creo conveniente, entonces, explicitar éste nuestro punto de partida iusfilosófico, como perspectiva marginal, hermenéutica y egológica, que pretende hacerse cargo de la nota de finitud del ser humano y sus preocupaciones, incorporando así a la reflexión jurídica la persona en cuanto deber ser existencial⁷.

Esta dimensión existencial de lo jurídico vinculada con la especificidad de los crímenes de lesa humanidad y la jurisdicción universal, se enmarca en una noción más amplia de «memoria histórica» como contrapunto social de la obligación internacional frente a los crímenes internacionales. La memoria histórica confiere a la justicia «universalidad temporal», así como la jurisdicción universal le confiere «universalidad espacial». Acentuar la obligación de los Estados de investigar los crímenes cometidos en su territorio no significa renegar de la jurisdicción universal, sino insistir en la exigencia de ese deber, con la conciencia de que los ciudadanos no tienen por qué verse obligados a peregrinar en busca de justicia en tribunales de otros países⁸.

III. MEMORIA HISTÓRICA, IMPUNIDAD Y OLVIDO

El principio de jurisdicción universal encuentra fundamento no sólo en el hecho de que haya sido decisivo en la lucha contra la impunidad de los crímenes internacionales en ausencia de tribunales penales internacionales, sino que en la actualidad sigue siendo necesario en la medida en que la Corte Penal Internacional tiene jurisdicción limitada. En ausencia de este

³ MESSUTI, Ana. «Criminología marginal y Derechos Humanos». *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 1994, n.º 8, pp. 54 y 58.

⁴ AFTALIÓN, Enrique. «Prólogo». En HALL, Jerome. *Criminología* (trad. de Juan Carlos Puig). Buenos Aires: Depalma, 1963, pp. IX-X. Años más tarde diría Aftalión: «El positivismo de la primera hora, con todos sus defectos, ofrecía un blanco fácil a muchas críticas pero ocurrió que los defectos de ese positivismo fueron reemplazados por los defectos de una temática doctrinaria complicada que nos trajo problemas tremendos, muchas veces innecesarios...». Comunicación de Enrique Aftalión, en *Cuadernos de los Institutos. IV Jornadas Nacionales de Derecho Penal. Organizadas por el Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1979, n.º 135, p. 104.

⁵ Cfr. AFTALIÓN, Enrique. *Crítica del saber de los juristas*. La Plata: UNLP, 1951, *passim*.

⁶ COSSIO, Carlos. «Discurso del Doctor Carlos Cossio». En COMISIÓN NACIONAL DE CULTURA. *Distribución pública de premios y becas*. Buenos Aires: 1947, pp. 29-30.

⁷ VILANOVA, José. *Proyecto existencial y programa de existencia*. Buenos Aires: Astrea, 1974, *passim*.

⁸ MESSUTI, Ana. *Un deber ineludible. La obligación del estado de perseguir penalmente los crímenes internacionales*. Buenos Aires: Ediar, 2013, p. 150.

principio, la impunidad sería, en muchas ocasiones, la regla al tratarse de hechos cometidos desde el Estado con su participación, o bien, con su connivencia⁹.

Hablo de impunidad como fuente de injusticia y del principio de jurisdicción universal, como vehículo de las aspiraciones de memoria, verdad y justicia. En el proceso de administrar justicia se da la encrucijada de la rememoración ilimitada y la del olvido, con su injusticia. Recurro a palabras de JANKÉLÉVITCH: «Ante crimen tan repugnante (...) un hombre de corazón no se pregunta de qué modo disculpará a los culpables o excusará a los horribles verdugos: el movimiento natural de un hombre de corazón es el de indignarse y luchar apasionadamente contra el olvido»¹⁰.

La pena como instrumento de la memoria para hacer presente el drama de lo incancelablemente ocurrido y proyectar su no repetición en el futuro, encuentra en la justicia la aporía de su imposición para calcular lo incalculable. No hay proporción entre el delito y la pena. Y no hay justicia o pretensión de ella, sin considerar la muerte en el horizonte existencial: «La justicia es indisoluble de la finitud. Es la finitud la que exige que haya justicia en esta tierra, y sólo puede ser justo quien tenga presente esa finitud»¹¹.

La *espera* envuelve tensión, pero se mantiene en el campo de lo lógicamente anticipable, asumiendo cierto tono pasivo en la seguridad de un futuro anunciado cuya realización no depende directamente de nosotros. En cambio, la *esperanza* presta vibraciones a la vida, es promesa dichosa, demanda una lucha sostenida y se constituye como anhelo e influye para que aquello acontezca¹². Aunque quepa distinguir entre las dos nociones, los hechos históricos, la historia vivida, el dolor de las víctimas y sobrevivientes, con necesidad de justicia, se presenta transmutado en algo así como una *espera esperanzada*.

IV. LA TEMPORALIDAD HUMANA Y EL PROBLEMA DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

La aspiración de afianzar la justicia y consolidar la paz interior, a las que alude el preámbulo constitucional argentino, en cuanto ello encarna un drama vivenciado por la actual conformación social argentina y española, también tiene su cuota de participación junto a las motivaciones personales, políticas e ideológicas de los actores involucrados. Se trata del problema trascendental de la memoria histórica.

Esta cuestión se vincula con la repercusión de la noción de imprescriptibilidad, en cuanto ella implica un problema de aplicación de las normas jurídicas en el tiempo en función de valoraciones jurídicas vigentes. Se ha postulado con elocuencia que «los campos de la muerte son incompatibles con ese tipo de debate y de coteo filosóficos»¹³. Sin embargo, la obligación de

⁹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. «Principio de justicia penal universal versus principio de jurisdicción penal internacional». En PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.). *El principio de Justicia Universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 82.

¹⁰ JANKÉLÉVITCH, Vladimir. *Lo imprescriptible*. Barcelona: Muchnik Editores, 1987, p. 41.

¹¹ MESSUTI, Ana. *La justicia deconstruida*. Barcelona: Bellaterra, 2008, p. 249.

¹² AISENSON KOGAN, Aída. «La significación de la espera y la esperanza». En ROVALETTI, María Lucrecia (ed.). *Temporalidad. El problema del tiempo en el pensamiento actual*. Buenos Aires: Lugar Editorial, 1998, p. 184.

¹³ JANKÉLÉVITCH, *ob. cit.*, p. 36.

penar crímenes de guerra y de lesa humanidad, ha planteado uno de los problemas más discutidos desde los últimos años del siglo XX, que ha sido –precisamente– el de la prescripción¹⁴.

Hay quienes sostienen que en el Derecho Penal Internacional, la paz social es más fácilmente alcanzable si se prescinde de la prescripción, cuando menos, respecto de los delitos internacionales de mayor gravedad, esto es, aquellos que lesionan directamente al ser humano e implican una negación del mismo, tal como los crímenes de guerra o de lesa humanidad¹⁵.

Sin embargo, si se castiga con efecto retroactivo una conducta hasta entonces lícita, es indudable que se resiente, junto al valor seguridad, el valor de justicia, porque es evidente que nada se puede reprochar a quien «viola» una ley inexistente. De ahí que el derecho penal contemporáneo, consecuente con esta idea liberal de justicia, condene las leyes penales *ex post facto*. Este principio se encuentra establecido en casi todas las constituciones vigentes¹⁶. Así, las Constituciones de Argentina y España en los artículos 18 y 9.3, en cuanto prescriben, respectivamente: «*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*»; «*La Constitución garantiza el principio de legalidad (...), la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*».

Para alcanzar la llamada «justicia retroactiva»¹⁷ puede recurrirse a diversos mecanismos, no sólo al establecimiento de leyes *ex post facto*. Uno de ellos es el recurso a la costumbre internacional como fuente jurídica de la imprescriptibilidad, que rinde sus frutos en la medida en que se refiera a crímenes cometidos en un período histórico contemporáneo o un pasado medianamente reciente. No es lo mismo pretender la imprescriptibilidad de antiguos sacrificios tribales, para su posterior juzgamiento a través del tamiz de las valoraciones actuales, que juzgar los crímenes cometidos contra la humanidad en un presente existencial más o menos dilatado y actualizable. En la medida en que el presente existencial en que nos encontramos situados y situacionados como generación hace poco probable –por imperio de la finitud humana– el cuestionamiento de conflictos más lejanos en el tiempo, la tesis de la costumbre internacional resulta apta para la finalidad política y social que se persigue¹⁸.

¹⁴ ZAFFARONI, E. Raúl; Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 199.

¹⁵ LLEDÓ VÁZQUEZ, Rodrigo. *Derecho internacional penal*. Santiago: Ediciones Congreso, 2000, p. III.

¹⁶ AFTALIÓN, Enrique; José VILANOVA y Julio RAFFO. *Introducción al Derecho*. 4ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot/LexisNexis, 2004, pp. 795-796.

¹⁷ Lo retroactivo es la pretensión de «hacer justicia», en el sentido axiológico de una determinada valoración jurídica como pacificación social respecto de hechos del pasado. Al respecto, NINO, Carlos S. *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Emecé, 1997, *passim*.

¹⁸ Zaffaroni sostiene que aun considerando como *ius cogens* la norma de imprescriptibilidad con anterioridad a la «Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad» de 1968, «no podría sostenerse su vigencia más que desde comienzos del siglo XX, por lo menos para algunos de estos crímenes. De este modo, si las acciones por crímenes contra la humanidad anteriores a esa fecha no se hubiesen extinguido por muerte de sus autores, debería considerarse que se hallan prescriptas a su respecto. Es verdad que esta última cuestión parece meramente especulativa e incluso un tanto absurda, porque sería imposible que alguno de los autores de la conquista del continente o algún encomendero o tratante de esclavos del siglo XIX estuviese vivo». ZAFFARONI, E. Raúl. «Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad». En ANITUA, Gabriel Ignacio; Agustina IGLESIAS SKULJ; José Antonio RAMOS VÁZQUEZ y Mónica ZAPICO BARBEITO (coords.). *Derecho Penal Internacional y Memoria Histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*. Buenos Aires: Di Plácido, 2012, pp. 61-62.

Tal como lo explica ZAFFARONI, toda pena presupone un conflicto, pero no un conflicto con valor histórico o anecdótico, sino un conflicto que, si bien siempre es pasado, debe seguir siendo vivenciado conforme a su esencia conflictiva. Es decir, debe tener vigencia en la vivencia de los que sufren sus consecuencias y, en general, de quienes lo protagonizaron. Si bien el poder punitivo no resuelve casi nunca los conflictos, está claro que –en el mejor de los casos– puede suspenderlos, sería demasiado irracional admitir que la pena quiera suspender un conflicto que ya está suspendido por el transcurso del tiempo¹⁹.

Los crímenes respecto de los cuales no puede sostenerse que correspondan a conflictos suspendidos, es decir, a conflictos que hayan dejado de ser vivenciados, para pasar a ser meramente históricos, constituyen –por eso mismo– una excepción a la regla de prescripción (crímenes de guerra y de lesa humanidad): «Si bien es cierto que, con el paso del tiempo, también en ellos los protagonistas han cambiado, la magnitud y la significación del conflicto hacen que la sociedad entera lo siga vivenciando, y no sólo las sociedades nacionales, sino la comunidad internacional misma»²⁰. De estos crímenes inhumanos puede decirse que «sus consecuencias perdurables no aparecen de entrada sino que se desarrollan en el tiempo y no dejan de amplificarse»²¹.

Desde esta postura que comparto, puede afirmarse que el fundamento del instituto de la prescripción, tanto de la acción como de la pena, radica en «la irracionalidad de una respuesta punitiva a un conflicto que ha perdido su carácter de tal como vivencia y sólo conserva carácter histórico»²².

BACIGALUPO destaca que la debilidad de los fundamentos de la prescripción revela la necesidad de replantearnos la cuestión del paso del tiempo y la incidencia que debe acordársele en la persecución del delito, ya que el poder del tiempo es extraordinariamente relativo. La imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, de lesa humanidad o del delito de genocidio, pone de manifiesto que la prescripción no es una institución necesaria y que el tiempo no siempre opera favoreciendo el olvido²³.

Reflexiona MESSUTI que las víctimas y familiares, quienes serían los más interesados en activar los procesos, se encuentran a menudo paralizadas por la misma dimensión de los crímenes: por un lado, por la necesidad de olvidar para seguir viviendo; por otro, siempre hay cierto sentimiento de culpabilidad. Normalmente y esto es lo que se observa actualmente en España, son los descendientes, individualmente o a través de ONG, quienes intentan cumplir el «deber de memoria» ante los tribunales.

En estos crímenes se requiere del transcurso del tiempo, al contrario de lo que ocurre con los delitos comunes, para que la sociedad sienta la necesidad del castigo de esos graves crímenes, ante una cultura de los derechos humanos y la imposibilidad de convivir con el recuerdo de las atrocidades con los brazos cruzados²⁴. Dice JANKÉLÉVITCH sobre Auschwitz: «Tratándose de

¹⁹ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *ob. cit.*, p. 882.

²⁰ *Ibid.*, p. 883.

²¹ JANKÉLÉVITCH, *ob. cit.*, p. 20.

²² ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *ob. cit.*, p. 884.

²³ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y Estado de derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 37.

²⁴ MESSUTI. *Un deber...*, pp. 562-563.

un crimen en escala mundial, las pruebas no se debilitan con el tiempo sino que, al contrario, se multiplican. Y la emoción pública, a su vez, no se atenúa con el pasar de los años sino que crece constantemente: muchos frívolos que no querían creer han debido enterarse (...) por mucho que irriten o cansen a los demás; muchos años hacen falta aún para que nos repongamos de nuestro estupor, para que el misterio de este odio demencial quede enteramente dilucidado»²⁵.

Todo ello pareciera corroborarse desde una perspectiva historiográfica, desde la que puede sostenerse que de la misma manera que el tiempo depende de la velocidad, la distancia temporal entre dos eventos resulta igualmente relativa si los ritmos con que pasa así lo imponen. Los cambios se producen más rápidamente en unos niveles de la actividad social que en otros²⁶. Es así que «el pasado necesita que se lo ayude, necesita ser recordado a los olvidadizos, a los frívolos, a los indiferentes, necesita que sin cesar nuestras celebraciones lo salven de la nada, o que por lo menos retrasen el no-ser al que está destinado; el pasado necesita que nos reunamos adrede para conmemorado: porque el pasado necesita de nuestra memoria...»²⁷.

La construcción histórico-jurídico-política de la imprescriptibilidad obedece a necesidades de justicia entre seres humanos. En palabras del por entonces Procurador General de la Nación, Esteban Righi, al dictaminar en la causa «Derecho» ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la categoría de crímenes de lesa humanidad «*en conjunción con sus efectos de imprescriptibilidad y jurisdicción universal, nace como respuesta a las manifestaciones más terribles del poder estatal pervertido e infractor de los derechos humanos más básicos*»²⁸. Por eso ha de ser también humana en su limitación temporal. No por una preferencia axiológica, sino por necesidad ontológica.

V. UN RECURRENTE IDEOLOGISMO DE LA JUSTICIA DIVINA

Hay quienes consideran –tal el caso de Pastor– que la prescripción es una auto-limitación temporal al ejercicio del poder punitivo: «más allá de un determinado tiempo el ejercicio del poder penal estatal deja de pertenecer al catálogo de recursos legítimos con los cuales el Estado democrático puede intentar resolver, de algún modo, los conflictos políticos y sociales (...) La imprescriptibilidad, dado el carácter todavía finito de la existencia humana, supone, culturalmente, una pretensión de llevar el poder penal del Estado hasta la eternidad (...) Una pretensión de justicia a ultranza y más allá de los tiempos, es contraria a la naturaleza política de la persona». Y concluye: «por lo tanto, la imprescriptibilidad sería así considerada una contraparadoja del Estado constitucional de derecho que contradice todo humanismo»²⁹.

Pareciera que PASTOR tiene en claro el carácter finito de la condición humana, pero no se hace cargo de sus consecuencias en un saber sociocultural como lo es el Derecho en general y el

²⁵ JANKÉLÉVITCH, *ob. cit.*, pp. 28 y 58.

²⁶ CARABIAS TORRES, Ana María. *Salamanca y la medida del tiempo*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2012, p. 48.

²⁷ JANKÉLÉVITCH, *ob. cit.*, p. 62.

²⁸ D. 1682. XL. Recurso de hecho en «Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal –causa N.º 24.079–», Dictamen del 01/09/2006.

²⁹ PASTOR, Daniel R. *Tensiones ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?* Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, pp. 117-118.

Derecho Penal en particular. No hay pretensión de «eternidad» en la imprescriptibilidad de la persecución de crímenes de lesa humanidad: no puede haberla por la misma razón de ser esa, una pretensión humana. Lo *eterno* es justamente ajeno a lo *humano* y lo humano es ontológicamente limitado en el tiempo.

Imprescriptible no es sinónimo de eterno. Que la acción emergente de un hecho fuere considerada imprescriptible, sólo viene a decir que la posibilidad de persecución de sus autores no habrá de clausurarse mientras dure como vivencia conflictiva esa pretensión en un determinado presente existencial compartido por la comunidad. Un juicio penal por los actuales crímenes de lesa humanidad de esta parte del mundo, llevado a cabo por los ciudadanos latinoamericanos del siglo XXV sería tan viable como enjuiciar hoy el *genocidio* de la conquista de América. Más allá de la segura muerte de todos sus protagonistas, y en parte por eso mismo, no subsistiría un presente existencial que actualizarse con signo positivo, el valor convivencial implicado en la noción de imprescriptibilidad. A lo sumo perduraría la necesidad de verdad con su valor histórico, pero no jurídico penal. Claro que el racionalismo diría, para esquivar el problema, que se trataría de un simple caso de extinción de la acción por muerte del imputado. Pero en el ejemplo, todavía sería indispensable contar con el certificado de defunción de Cristóbal Colón, entre otros³⁰.

La única justicia real no es la que va más allá de la muerte y de los tiempos (eternidad), sino la que volviéndose desde la muerte hacia el presente existencial³¹, se mueve dentro de ese estrecho margen vital que otorga la existencia humana como proyecto de vida o coproyecto societario. La cuestión de la justicia como valor jurídico no resulta ajena al tiempo existencial del hombre con su finitud inmanente³². El recurso a expresiones tales como «justicia a ultranza» o «eternidad», lleva implícita la idea de que tal pretensión escaparía a las cualidades humanas, remitiendo a entidades metafísicas o deidades omnipresentes que estarían más allá de los tiempos.

³⁰ Resulta ilustrativo y curioso lo resuelto el 11/12/03 por el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 12 de la Ciudad de Buenos Aires, causa n.º 13.586/2003, en la que se solicitó la investigación de los instigadores, cómplices, partícipes y encubridores –directos e indirectos– de la aniquilación sistemática de los indígenas autóctonos de esta tierra por parte de enviados del Reino de España (sic), por el despojo y genocidio de comunidades enteras, tipificados como homicidios, robo, violación y usurpación agravada para nuestra legislación. En esa ocasión, la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N.º 6 –a cargo de Eduardo Freiler– se abstuvo de requerir la instrucción por considerar que una investigación penal tendiente a atribuir y/o deslindar responsabilidades por el genocidio perpetrado contra pueblos indígenas por parte de la Corona Española a partir del proceso de conquista llevado a cabo con el arribo de Cristóbal Colón el 12 de octubre de 1492, deviene imposible por cuanto quienes llevaron adelante tales hechos, tanto material como ideológicamente, han fallecido. Por su parte, el Juez Sergio Torres sostuvo: «*resultando imposible la realización de una investigación penal tendiente a atribuir o deslindar responsabilidades a los autores, partícipes o encubridores de los sucesos acontecidos en el mentado período histórico, considero que una respuesta a la pretensión formulada por el denunciante, bien podría ser dada a través de un organismo público que tenga como objeto específico la protección de los pueblos indígenas*»; por lo que resolvió «*desestimar las presentes actuaciones que llevan el nro. 13.586/2003 del registro de la Secretaría Nro. 24 de este Tribunal, por no poder proceder (art. 180 in fine del Código Procesal Penal de la Nación)*».

³¹ COSSIO, Carlos. *Panorama de la teoría egológica del derecho*. Buenos Aires: UBA, 1949, pp. 38-39.

³² «...en nuestro futuro indeterminado encontramos a la muerte cerrando el horizonte del tiempo existencial. Y a la verdadera justicia no se llega saltando más allá de la muerte, sino que la cuestión se sitúa en sentido inverso. Se trata de retroceder desde la muerte para iluminar el sentido de la vida humana en sus concretas posibilidades de realización plenaria». LUNA, Diego. «La noción de tiempo existencial como superación del positivismo jurídico en la razonabilidad de la pena». En ZAFFARONI, E. Raúl (dir.). *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 219.

Entonces la posibilidad de perseguir crímenes sin considerar la extinción de tal pretensión por el transcurso del tiempo, no estaría reservada a los hombres, sino sólo a Dios³³.

El planteo no es novedoso. Basta con recordar el documento que los militares argentinos dieron a conocer en 1983, titulado *Documento final de la Junta Militar sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo*. Allí calificaban su accionar como «actos de servicio», asumiendo que «se cometieron errores que como sucede en todo conflicto bélico pudieron traspasar, a veces, los límites del respeto a los derechos humanos fundamentales, y que quedan sujetos al juicio de Dios en cada conciencia, y a la comprensión de los hombres». El documento de la Junta Militar auspiciaba la impunidad a través del apartamiento de la justicia de los hombres sobre ciertas acciones que sólo podrían estar sujetas al juicio de Dios. Llamativamente, la tesis de PASTOR conduciría a las mismas consecuencias.

El planteo de PASTOR no es inocuo. Avalaría una cuota más de impunidad en este continente, en cuya historia el fenómeno de la impunidad ha tenido un protagonismo especialmente dramático³⁴. Piénsese en la resistencia de los tribunales uruguayos en revisar el pasado reciente de la República Oriental del Uruguay. Se ve así que el temor metafísico de PASTOR es ideológico, en cuanto presenta una realidad distorsionada que –sin perjuicio de las intenciones del autor– sólo puede redundar en favor de quienes resultarían beneficiados por la impunidad consecuente a la renuncia del ejercicio de lo que él llama «justicia eterna». No hay que hacer un gran esfuerzo para caer en la cuenta de que esos personajes serían los mismos de siempre³⁵.

La defensa de posiciones no sólo ha sido lanzada solapadamente bajo ideologías iuspositivistas como la de PASTOR, sino explícitamente desde tradicionales plataformas ideológicas como el iusnaturalismo tomista. Así se ha llegado a sostener que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que propició el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura (1976-1983), ha puesto en crisis –entre otros– el principio de legalidad, lo cual habría devenido, como consecuencia de un *neopunitivismo mesiánico* de algunos activistas de los derechos humanos, en la instauración de un «derecho penal del enemigo» en nuestra cultura jurídica³⁶.

³³ DIANA, Nicolás y Gonzalo KODELLA. «Seguridad jurídica vs. Derechos humanos (o, en la sombra de la justicia)». *La Ley*, 2005-A: p. 828.

³⁴ ESER, Albin y Helmut KREICKERP. Prefacio. En AMBOS, Kai y Ezequiel MALARINO (eds.). *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2003, p. 13.

³⁵ Hace medio siglo Cossio señalaba que en Argentina los supremos centros de poder se radican en las fuerzas armadas, en los jerarcas de la Iglesia Católica y en los potentados del capitalismo internacional. «Este esquema se confirma –decía– tan pronto como se ponga atención que son los tres personajes que siempre salen gananciosos cualquiera sea el giro que tomen nuestras crisis institucionales. Las revoluciones al estilo latinoamericano registradas durante el siglo XX parecen haber existido para darles más poder cada vez». COSSIO, Carlos. *Ideología y Derecho*. Buenos Aires: inédito, 1962, p. II.

³⁶ SABELLI, Héctor E. y Alfonso SANTIAGO (h.). *Tiempo, Constitución y ley penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, *passim*.

VI. DOS PALABRAS SOBRE LA QUERRELLA ARGENTINA POR LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO

La tesis criticada en el acápite anterior, por supuesto tampoco sería inocua para el caso español. Hay que decir que desde 2010 se tramita en los tribunales argentinos una querrela en la que se pretende el juzgamiento de crímenes cometidos en España durante la guerra civil y el franquismo: abarca crímenes de lesa humanidad cometidos entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977³⁷. Según SLEPOY, la enorme presión social alentada por la actuación de tribunales extranjeros, determinó que se empezaran a derrumbar los muros de impunidad en las sociedades afectadas y que las jurisdicciones locales empezaran a cumplir su función receptando denuncias y querrelas, procesando a los responsables y emitiendo las primeras condenas. La aplicación efectiva del principio de jurisdicción universal se reveló entonces como un instrumento formidable para combatir mundialmente la impunidad. Toca ahora su aplicación a los responsables de los crímenes cometidos por y durante el franquismo³⁸.

En palabras de ZAPICO BARBEITO, no nos encontramos ante un asunto del pasado, algo que sólo ha de ser juzgado por el paso del tiempo y los historiadores. Estamos ante víctimas reales, fosas reales, restos mortales reales de miles de desaparecidos cuyas familias no los han olvidado. No hay, ni nunca habrá, olvido y perdón sin justicia porque el tiempo no cura las heridas producidas por crímenes tan execrables y ultrajantes como son las desapariciones forzadas en un contexto de crimen contra la humanidad³⁹.

Dice JANKÉLÉVITCH para Auschwitz lo que sería aplicable para el horror franquista: «El tiempo que lo lima todo, el tiempo que desgasta la tristeza como erosiona montañas, el tiempo que favorece el perdón y el olvido, el tiempo que consuela, el tiempo liquidador y cicatrizador, no atenúa en nada la colosal hecatombe: al contrario, no cesa de reavivar su horror»⁴⁰.

Explica ANITUA que la situación de crisis actual de España puede ser pensada desde tres ejes: crisis del modelo globalizador, crisis del modelo de integración europeo, y crisis del modelo «transicional» español. Esa transición política que dejó intacto el poder económico de la parasitaria casta oligárquica que se había beneficiado de la guerra y de la dictadura; a la vez que mantuvo el poder fáctico de las burocracias judiciales y militares, renunciando a juzgar, y aun a recordar, los crímenes de la dictadura y de los vencedores en la guerra⁴¹. Este contexto de impunidad y olvidacionismo coloca en una particular situación histórica la emergencia de la querrela argentina.

³⁷ MESSUTI, Ana. «La querrela argentina: la aplicación del principio de justicia universal al caso de las desapariciones forzadas». En ESCUDERO ALDAY, Rafael y Carmen PÉREZ GONZÁLEZ (eds.). *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*. Madrid: Trotta, 2013. De la misma autora: «Aplicación del Derecho Penal Internacional en la Argentina. A propósito de la querrela para investigar los crímenes del franquismo». En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año I, n.º 1: pp. 89-101.

³⁸ SLEPOY, Carlos. El principio de jurisdicción universal y su aplicación en la persecución de responsables de crímenes contra la humanidad». En *Viento Sur*, n.º 126: p. 46.

³⁹ ZAPICO BARBEITO, Mónica. «La investigación penal de los crímenes del franquismo: ¿posible y/o deseable?». En ANITUA, IGLESIAS SKULJ, RAMOS VÁZQUEZ y ZAPICO BARBEITO, *ob. cit.*, p. 471.

⁴⁰ JANKÉLÉVITCH, *ob. cit.*, pp. 27-28.

⁴¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. «Prólogo: La memoria y la justicia penal. Reflexiones desde Argentina sobre los problemas de España». En ANITUA, IGLESIAS SKULJ, RAMOS VÁZQUEZ y ZAPICO BARBEITO, *ob. cit.*, p. 13.

En opinión de BERGALLI, la amnistía española «ha constituido una losa infranqueable para abrir investigaciones relativas a los crímenes cometidos por el franquismo, a lo largo de la transición; algunos cuestionan hoy que tal ley sólo benefició a los supervivientes del régimen»⁴². TERRADILLOS vincula amnistía con impunidad, lo cual parece evidente, pero también con memoria. Señala que la ley de Amnistía nació con la pretensión de hacer inviable la persecución de los crímenes del franquismo, mientras que la denominada ley de Memoria Histórica, con la de recuperar la historia, pero dejando al margen la nulidad radical de las condenas de demócratas por parte del aparato represivo del franquismo⁴³.

Transcurridos cuarenta años de dictadura y otros tantos –prácticamente– de democracia, se funden en el presente, *espera y esperanza*; no sólo del pueblo español, sino de la comunidad internacional. En las últimas décadas, el lugar que debía ocupar la verdad respecto de los crímenes del pasado ha pretendido ser llenado por el silencio y, en algunos casos, la negación, en ausencia de una investigación exhaustiva e imparcial sobre los crímenes cometidos con independencia del bando al que hubieran pertenecido los autores de tales crímenes o sus víctimas⁴⁴.

Durante años el Estado español ha olvidado sus obligaciones nacionales e internacionales en la lucha contra la impunidad, la investigación de la comisión sistemática de violaciones de derechos humanos y el reconocimiento del derecho de las víctimas a la justicia. Resulta impactante la omisión manifiesta de los Jueces y Fiscales de España de sus deberes de perseguir e investigar estos delitos durante décadas, permitiendo la continuación silenciosa de estos crímenes, haciendo caso omiso al derecho a la verdad de las familias y desconociendo el más mínimo esfuerzo para poner fin a este sufrimiento⁴⁵.

De ahí que, tal como lo destaca ZAPICO BARBEITO, por tratarse de crímenes contra la humanidad y en vista del incumplimiento del Estado español de sus obligaciones internacionales, son susceptibles legítimamente de ser perseguidos universalmente y ser juzgados por otros países –como ocurre ahora en Argentina– que consideren su jurisdicción concurrente o complementaria a la española⁴⁶.

VII. PARA TERMINAR

Apenas he pretendido reflexionar sobre el tema de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, enfocando el asunto desde una mirada que no suele ser la más común o la que campea entre las preocupaciones de los penalistas dogmáticos. De ahí la fundamentación inicial de mi punto de vista iusfilosófico y mi posicionamiento desde una criminología marginal.

La problemática que involucra la temporalidad humana, aunque no se comulgue con las diversas perspectivas iusfilosóficas desde las cuales puede ser abordada, no suele estar presente

⁴² BERGALLI, Roberto. «El genocidio franquista y las razones detrás del caso». Diario *Página12* del 20/04/10. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/subnotas/144217-46361-2010-04-20.html>.

⁴³ TERRADILLOS BASOCO, Juan. «Justicia penal de transición, impunidad y memoria». En ANITUA, IGLESIAS SKULJ, RAMOS VÁZQUEZ y ZAPICO BARBEITO, *ob. cit.*, p. 352.

⁴⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *España: poner fin al silencio y a la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y del régimen franquista*. Madrid: 2005, p. 63.

⁴⁵ ZAPICO BARBEITO, *ob. cit.*, pp. 461, 463-464.

⁴⁶ *Id.*, p. 465.

entre las preocupaciones centrales del saber jurídico penal. Tampoco creo haber dicho algo novedoso en el asunto, sino más bien y tan sólo haber realizado el esfuerzo de conjugar algunas ideas ajenas que creo pueden confluir, aportando una mirada enriquecedora del asunto.

Por último cabe involucrar el rol de los jueces. Con palabras de DOUGLAS PRICE: «La insoportable levedad, la ausencia de peso en el existir, se ha puesto de manifiesto de modo terrible durante muchísimas veces en el siglo XX y varias ya en lo que va del XXI. Y en casi todas ellas jueces vestidos de jueces, tratados como jueces, han legitimado la daga del verdugo con los argumentos del derecho o algo así como el derecho»⁴⁷. La reflexión sobre la función de los jueces, aunque genérica pero certera, tampoco es novedad y lamentablemente no sorprende que ello sea así. Hace tiempo COSSIO había sentenciado con su claridad filosófica: «No bastan la erudición técnica y la honestidad personal, para ser un juez. Se requiere a la par una clara vocación por la justicia. Sin esto último, ningún juez puede ser un buen juez»⁴⁸.

En la actualidad que impone el intento de juzgamiento de los crímenes del franquismo por tribunales argentinos, frente a la actitud olvidacionista de algunas autoridades judiciales y gubernamentales españolas, pareciera que para no pocos sería oportuno aquello de que «después de la prescripción, el olvido debería en cierto modo hacerse oficial y normativo»⁴⁹. Frente a ello se opone la aspiración de JASPERS quien, en la hora alemana, confiaba en que emergiera «una conciencia ético-política y se entienda que el tipo de crímenes que aquí, entre nosotros, se han evidentemente cometido, no pueden prescribir (...) La salida no es otra que la imprescriptibilidad. Todo lo demás, difumina el problema»⁵⁰.

ZAPICO BARBEITO sintetiza: «Muchos pensaron y aún piensan que el camino para la reconciliación es el paso del tiempo, el silencio y el olvido. Que hay que aprender a mirar al presente y al futuro y olvidar el pasado. Muchos son aun los que piensan que el inicio de las investigaciones no sólo es innecesario sino criminalizable. Pero los familiares, a pesar del tiempo y los esfuerzos del Estado por acallar sus demandas, nunca han podido olvidar a las 114.266 personas desaparecidas. Padres, madres, enterrados en fosas comunes, en campos y cunetas por todo el Estado»⁵¹.

La elocuencia de JANKÉLÉVITCH para Auschwitz, aunque no ya desde el plano jurídico sino moral, no deja de parecer aplicable al caso español: «Cuando un acto niega la esencia del hombre en tanto que hombre, la prescripción tendente a absolverlo en nombre de la moral contradice ella misma a la moral. ¿No es contradictorio y hasta absurdo invocar aquí el perdón? Olvidar este crimen gigantesco contra la humanidad sería un nuevo crimen contra el género humano»⁵².

⁴⁷ DOUGLAS PRICE, Jorge. «Juicios al mal radical Crímenes de lesa humanidad y justicia en la transición democrática argentina». *Revista Filosofía del Derecho*, Año I, n.º 2, pp. 19-20.

⁴⁸ COSSIO, Carlos. «La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época». *La Ley*, 1962, Tomo 108, p. 1092.

⁴⁹ JANKÉLÉVITCH, *ob. cit.*, p. 50.

⁵⁰ AUGSTEIN, Rudolf; JASPERS, Karl y BISSO, Andrés (tr.). «Para el genocidio no hay fecha de prescripción: Entrevista de Rudolf Augstein a Karl Jaspers». En *Aletheia*, vol. 2, n.º 3, p. 10. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.5009/pr.5009.pdf. Traducción de la entrevista aparecida originalmente en *Der Spiegel*, 1965, n.º 11. Disponible en: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-25803766.html>.

⁵¹ ZAPICO BARBEITO, *ob. cit.*, p. 471.

⁵² JANKÉLÉVITCH, *ob. cit.*, p. 27.

Con todo, no deja de parecerse paradójico o al menos contradictorio, el hecho de que la reflexión propuesta encuentre fundamento en vertientes iusfilosóficas (egología, hermenéutica) que reconocen filiación más o menos existencialista. Ese existencialismo de un Heidegger a quien se le reprocha tanto más lo callado que lo dicho, encabezando esa camada de intelectuales alemanes «demasiado ocupados por el ‘estar’ y por el ‘proyecto existencial’ (...) Aparentemente su ‘existencialismo’, como dicen, no llega hasta allí»⁵³. Ese existencialismo que, al parecer, no llegaba hasta ese oscuro rincón de la intelectualidad en el que no había otra opción que pronunciarse sobre lo indecible de los crímenes nazis y de Auschwitz como su paradigma.

Cabe enfatizar, finalmente, la aspiración que formulara Amnistía Internacional hace unos años: «Para que la actual y las siguientes generaciones se reconozcan en una sociedad que cerró sus heridas y dejó de ver la verdad sobre los crímenes del pasado como una amenaza, la respuesta del Estado debe ser lo más completa posible con vistas a asegurar la memoria colectiva, dignificar a las víctimas y remediar los daños y sufrimientos padecidos»⁵⁴.

Todo es cuestión de tiempo, el tiempo para el olvido y el tiempo para la memoria. El olvido de la prescripción y el recuerdo de lo imprescriptible. La esperanza de justicia y el tiempo esperado para hacer presente, reavivándolo a cada segundo, el horror padecido por las víctimas, que se impone, por la fuerza de los hechos, ante la mirada del incrédulo o del olvidadizo. Todo eso, como tiempo o como justicia, como injusticia o como olvido, está en manos de los jueces, españoles o argentinos, en cuya levedad o gravedad de su existir está el hacerse cargo del sufrimiento de seres humanos de carne y hueso. El cargo de conciencia que genera la conciencia del cargo de juez.

BIBLIOGRAFÍA

- AFTALIÓN, Enrique. *Crítica del saber de los juristas*. La Plata: UNLP, 1951.
- . Prólogo. En HALL, Jerome. *Criminología*. Buenos Aires: Depalma, 1963, pp. VII-XVI.
- AFTALIÓN, Enrique; José VILANOVA y Julio RAFFO. *Introducción al Derecho*. 4ª edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.
- AISENSON KOGAN, Aída. «La significación de la espera y la esperanza». En ROVALETTI, María Lucrecia (ed.). *Temporalidad. El problema del tiempo en el pensamiento actual*. Buenos Aires: Lugar Editorial, 1998, pp. 183-187.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *España: poner fin al silencio y a la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y del régimen franquista*. Madrid: 2005.
- ANITUA, Gabriel Ignacio; Agustina IGLESIAS SKULJ; José Antonio RAMOS VÁZQUEZ y Mónica ZAPICO BARBEITO (coords.). *Derecho Penal Internacional y Memoria Histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*. Buenos Aires: Di Plácido, 2012.
- AUGSTEIN, Rudolf; JASPERS, Karl y BISSO, Andrés (tr.). «Para el genocidio no hay fecha de prescripción: Entrevista de Rudolf Augstein a Karl Jaspers». En *Aletheia*, Vol. 2, n.º 3.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y Estado de derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

⁵³ *Id.*, p. 54.

⁵⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL. *España: poner fin al silencio y a la injusticia. La deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y del régimen franquista*. Madrid: 2005, p. 65.

- BERGALLI, Roberto. «El genocidio franquista y las razones detrás del caso». en *Diario Página12* del 20/04/10.
- CALVEIRO, Pilar. *Violencias de Estado. La guerra antiterrorista y la guerra contra el crimen como medios de control global*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012.
- CARABIAS TORRES, Ana María. *Salamanca y la medida del tiempo*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2012.
- COSSIO, Carlos. «Discurso del Doctor Carlos Cossio». En COMISIÓN NACIONAL DE CULTURA. *Distribución pública de premios y becas*. Buenos Aires: 1947, pp. 27-33.
- . *Ideología y Derecho*. Buenos Aires: inédito, 1962.
- . «La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época». En *La Ley*, 1962, Tomo 108, pp. 1088-1092.
- . *Panorama de la teoría egológica del derecho*. Buenos Aires: UBA, 1949.
- DIANA, Nicolás y Gonzalo KODELLA. «Seguridad jurídica vs. Derechos humanos (o, en la sombra de la justicia)». En *La Ley*, 2005-A, pp. 824-829.
- DOUGLAS PRICE, Jorge. Juicios al mal radical. Crímenes de lesa humanidad y justicia en la transición democrática argentina. En *Revista Filosofía del Derecho*, Año I, n.º 2, pp. 19-57.
- ESCUADERO ALDAY, Rafael y Carmen PÉREZ GONZÁLEZ (eds.). *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*. Madrid: Trotta, 2013.
- ESER, Albin y Helmut KREICKERP. Prefacio. En AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (edits.). *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2003, pp. 13-22.
- JANKÉLÉVITCH, Vladimir. *Lo imprescriptible*. Barcelona: Muchnik Editores, 1987.
- LUNA, Diego. «La noción de tiempo existencial como superación del positivismo jurídico en la razonabilidad de la pena». En ZAFFARONI, E. Raúl (dir.). *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*. Buenos Aires: Ediar, 2012, pp. 205-237.
- LLEDÓ VÁZQUEZ, Rodrigo. *Derecho internacional penal*. Santiago: Ediciones Congreso, 2000.
- MESSUTI, Ana. «Aplicación del Derecho Penal Internacional en la Argentina. A propósito de la querrela para investigar los crímenes del franquismo». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año I, n.º 1, pp. 89-101.
- . «Criminología marginal y Derechos Humanos». *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 1994, n.º 8, San Sebastián, pp. 53-58.
- . *La justicia deconstruida*. Barcelona: Bellaterra, 2008.
- . *Un deber ineludible. La obligación del estado de perseguir penalmente los crímenes internacionales*. Buenos Aires: Ediar, 2013.
- NINO, Carlos. *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Emecé, 1997.
- PASTOR, Daniel. *¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?* Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.). *El principio de Justicia Universal: fundamentos y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- SABELLI, Héctor E. y Alfonso SANTIAGO (h.). *Tiempo, Constitución y ley penal*. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008.
- SLEPOY, Carlos. «El principio de jurisdicción universal y su aplicación en la persecución de responsables de crímenes contra la humanidad. En *Viento Sur*, n.º 126, pp. 43-50.
- VILANOVA, José. *Proyecto existencial y programa de existencia*. Buenos Aires: Astrea, 1974.
- ZAFFARONI, E. Raúl; Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Un reto inaplazable de la justicia penal del siglo XXI: La búsqueda de la paz a través de la Corte Penal Internacional

GABRIELA PALLÍN IBÁÑEZ (España)

Investigador Práctico, Universidad Pontificia Comillas, España¹

RESUMEN: Este trabajo pretende abordar uno de los retos de nuestro recién estrenado siglo: la justicia internacional y su contribución al mantenimiento de la paz. Dada las características de este estudio, no pretendo evidentemente, agotar el tema, sino realizar una aproximación a este debate, que considero muy interesante desde el punto de vista teórico y práctico. Para ello, en primer lugar se realizará una aproximación a la Corte Penal Internacional, para continuar con el estudio de la aplicación del principio de justicia universal en nuestro país y en otros países de nuestro entorno y concluir con la visión personal que ofrezco sobre la temática tratada.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, Genocidio, Jurisdicción Universal, Naciones Unidas, mantenimiento de la Paz.

ABSTRACT: This work aims to approach one of the challenges of our brand new century: international justice and its contribution to peacekeeping. Given the nature of this study, obviously I do not pretend to address all aspects of this theme, but I do seek an approach to this debate, which I consider very interesting from a theoretical and practical point of view. In order to do that, first we will make an approach to the International Criminal Court to continue our study with the application of the universal justice principle in our country and in foreign countries, and we will conclude with a the personal vision on the treated subject.

Key words: International Criminal Court, Genocide, Universal Jurisdiction, United Nations, Peacekeeping.

¹ Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Alumna de Doctorado, Universidad Pontificia Comillas.

SUMARIO: I. Antecedentes a la Corte Penal Internacional. II. Regulación de la Corte Penal Internacional. III. La aplicación del principio de justicia universal en España. IV Conclusiones.

I. ANTECEDENTES A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Si siguiendo los postulados de CABEZUDO RODRÍGUEZ² encontramos los precedentes inmediatos a la Corte Penal Internacional en los Tribunales internacionales de Nuremberg y de Tokio, para enjuiciar las responsabilidades en que incurrieron respectivamente los jefes del III Reich alemán y de su homónimo japonés, surgidos tras el fin de la Segunda Guerra Mundial.

En 1948 La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio³ y estableció un Comité especial para la elaboración del estatuto de una jurisdicción penal internacional de carácter permanente, que llegó a preparar un proyecto entre 1951 y 1953.

También son precedentes de la Corte los Tribunales internacionales creados paralelamente en 1993 y 1994 por las Naciones Unidas para el enjuiciamiento de los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia y en Ruanda. Estos tribunales ad hoc han jugado un importante papel en el ámbito de la justicia internacional, suponiendo la Corte Penal Internacional un paso más y esperamos que definitivo en este ámbito.

La principal diferencia de estos tribunales y la Corte Penal Internacional, es que los primeros están condicionados por su dependencia financiera de las propias Naciones Unidas mientras que la Corte Penal Internacional es un órgano jurisdiccional que goza de independencia económica, como garantiza la Parte XII de su propio Estatuto y además tiene una vocación permanente y no se trata de un tribunal temporal.

En todo caso, no es hasta 1989 que en la Asamblea General de la O.N.U. los representantes de Trinidad y Tobago proponen que se retome la idea de un tribunal de estas características que había quedado aparcada durante décadas. Como consecuencia de esta intervención se instituye un Comité preparatorio cuyas labores desembocaron en la Conferencia de Roma de 1998, aprobándose el Convenio para la creación de la Corte Penal Internacional el 17 de julio⁴, siendo el mismo fruto de la combinación de la tradición jurídica del *common law* y del derecho continental europeo, constando de un Preámbulo y 128 artículos estructurados en trece Partes. El Estatuto fue aprobado con el apoyo de 120 Estados, 21 abstenciones y 7 votos en contra, cuya oposición resultó notable ya que entre los países que no reconocieron a la Corte se encontraban dos con gran proyección internacional y ambos miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la O.N.U., Estados Unidos de Norteamérica y la República Popular China⁵. No tengo duda que el principal motivo de estas dos superpotencias para no apoyar la Corte Penal

² CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. *La Corte Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 21-22.

³ Convenio de 9 de diciembre 1948 al que se adhirió España por Instrumento de 13 de septiembre 1968, siendo su referencia en Westlaw.ES: RCL 1969\248.

⁴ Siendo su referencia en Westlaw.ES: RCL 2002\1367.

⁵ También votaron en contra Israel, Qatar, Yemen, Libia e Irak, si bien Israel e Irán firmaron el Convenio con posterioridad, en concreto el 31 de diciembre de 2000.

Internacional proviene de su intención de proteger a sus Gobiernos y nacionales de un posible enjuiciamiento por delitos contra los derechos humanos que hayan cometido o puedan cometer en un futuro. Así, el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica aprobó el 2 de agosto de 2002, la *American Servicemembers Protection Act*⁶ que prohíbe a los gobiernos y a los organismos federales, estatales y locales estadounidenses, la asistencia a la Corte, prohíbe la extradición de cualquier nacional de los Estados Unidos a la Corte y se prohíbe a los agentes del Tribunal llevar a cabo investigaciones en los Estados Unidos. Además, se autoriza al presidente de los Estados Unidos a utilizar todos los medios necesarios y adecuados para lograr la liberación de cualquier personal estadounidense o aliado detenido o encarcelado a solicitud de la Corte Penal Internacional. Pese a este rechazo que claramente debilita a la Corte Penal Internacional, considero que dada la aceptación e implantación que ya goza esta Institución es cuestión de tiempo que Estados Unidos finalmente asuma la jurisdicción de la Corte Penal Internacional ya que puede obtener más beneficios de su participación en la misma que desventajas. En este sentido opina FLETCHER⁷ los norteamericanos ya han perdido la oportunidad de tener un compatriota entre los primeros dieciocho jueces de la Corte y pronto deberían asumir que las ventajas de invocar la jurisdicción de la Corte, ya que si bien ello podría provocar que los Estados Unidos tuvieran que aceptar acciones contra sus propios soldados por crímenes de guerra, también podrían influenciar la jurisprudencia de la Corte y obtendrían múltiples beneficios para su imagen como país en el resto del mundo al someter sus acciones a la justicia internacional.

Nuestro país suscribió el Estatuto de la Corte Penal Internacional en Roma el 18 de julio de 1998 y dos años después de la aprobación del mismo, España procedió a su ratificación. La Ley por la que se autorizó la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional es la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre⁸.

II. REGULACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La estructura de la Ley es sencilla: la Exposición de Motivos, un Artículo único, una Disposición adicional y una Disposición final.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, hace un resumen conciso del Estatuto de la Corte Penal Internacional cuyos principales puntos destacamos a continuación: La Corte nace como institución independiente, aunque vinculada con el sistema de las Naciones Unidas, dotada de personalidad internacional y con la capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones, teniendo su sede en La Haya. La Corte no sustituye a las jurisdicciones penales nacionales conforme al principio de complementariedad por lo que la jurisdicción de la Corte solo se ejercerá de manera subsidiaria, cuando el Estado competente no esté dispuesto a enjuiciar unos determinados hechos o no pueda hacerlo efectivamente. Respecto de este principio de complementariedad elegido para el ejercicio de la función jurisdiccional

⁶ Información obtenida del Departamento de Estado de los Estados Unidos en <http://www.state.gov/t/pm/rls/orhr/misc/23425.htm>.

⁷ FLETCHER, G. P. «Comentario final: algunos apuntes sobre el futuro de la relación entre los Estados Unidos y la Corte Penal Internacional», en OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional ¿dónde investigar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 641-645.

⁸ Publicada en el BOE de 5 octubre 2000, siendo su referencia en Westlaw.ES: RCL 2000\2262.

de la Corte Penal Internacional se muestra muy crítico FERNANDES⁹ que considera que para que esta institución alcance los objetivos de justicia universal que persigue debería optarse por una jurisdicción concurrente entre la jurisdicción interna y la de la Corte, pero siendo preferente esta última, de modo que los juicios nacionales complementarían la labor de la Corte en el combate a la impunidad de los crímenes internacionales y no al revés como ahora ocurre. Nos mostramos de acuerdo con esta opinión.

También es relevante señalar que la Corte no es competente para enjuiciar a Estados, sino a personas físicas (no se incluyó la propuesta de algunos países de enjuiciar a personas jurídicas), ni tampoco para enjuiciar hechos aislados, sino violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas de manera extensa o continuada. En relación a la competencia material de la Corte, el Estatuto la limita a los crímenes más graves para la comunidad internacional, es decir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y la agresión. Las tres primeras categorías de crímenes se tipifican en el propio Estatuto conforme a las tendencias más modernas del Derecho Internacional Penal, estando prevista una posterior redacción de un instrumento denominado Elementos de los Crímenes, que tendrá como objetivo precisar aún más el contenido de esas figuras delictivas, con objeto de ayudar a la Corte a interpretar y aplicar estos preceptos. Respecto del crimen de agresión, la competencia de la Corte queda diferida hasta que, al menos siete años después de la entrada en vigor del Estatuto, una Conferencia de Revisión adopte, por una mayoría especialmente calificada, una disposición que defina dicho delito y regule las modalidades del ejercicio de la competencia de la Corte respecto del mismo. La jurisdicción de la Corte será obligatoria para los Estados partes, los cuales aceptarán automáticamente esa jurisdicción por el hecho mismo de ratificar o adherirse al Estatuto. La iniciativa de la acción penal corresponde en exclusiva al Fiscal, una vez que se haya puesto en marcha el mecanismo de activación de la Corte por alguna de las tres vías previstas para ello: por impulso de un Estado parte; por impulso del Consejo de Seguridad; o por iniciativa del Fiscal, siempre que cuente con la autorización de la denominada Sala de Cuestiones Preliminares. Además, el Estatuto recoge en su articulado una serie de principios generales del Derecho Penal que habrán de orientar la actuación de la Corte: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, la irretroactividad *ratione personae*, la responsabilidad penal individual, la exclusión de los menores de dieciocho años de la competencia de la Corte, la improcedencia de toda distinción basada en el cargo oficial, la responsabilidad de los jefes y otros superiores, la imprescriptibilidad de los crímenes, el elemento de intencionalidad, las circunstancias eximentes de responsabilidad penal: error de hecho y de derecho, y cumplimiento de órdenes superiores y disposiciones legales.

Respecto a su regulación orgánica, la Corte, que tiene como idiomas oficiales los mismos que los de las Naciones Unidas (árabe, chino, español, francés, inglés y ruso), si bien como matiza Ambos¹⁰, los idiomas de trabajo serán el inglés y el francés, se estructura en la Presidencia, las Secciones, la Fiscalía y la Secretaría. Junto a los órganos judiciales y a la Secretaría, el Estatuto reconoce importantes funciones a una Asamblea de los Estados Partes, a la que corresponderá, entre otros cometidos, los de adoptar los instrumentos de desarrollo del Estatuto, las eventuales

⁹ FERNANDES, J. M. *La Corte Penal Internacional: soberanía versus justicia universal*, editorial Reus, Madrid, 2008, p. 187.

¹⁰ AMBOS, K. *La Corte Penal Internacional*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 17.

reformas de éste, elegir magistrados (Ambos¹¹ señala que los dieciocho magistrados de carrera con que cuenta la Corte son elegidos en votación secreta por la Asamblea de Estados Partes sobre la base de dos listas de candidatos, no siendo posible su reelección) y fiscales, aprobar el presupuesto de la Corte y las normas de ejecución presupuestaria, supervisar la gestión administrativa y financiera, así como guiar la relación de la Corte con las Naciones Unidas y otras instancias internacionales y asegurarse de que los Estados cooperan efectivamente con la Corte cuando ésta recabe su colaboración.

El Estatuto configura un sistema de doble instancia, una vez concluida la fase de instrucción. En cuanto a las penas, el Estatuto establece que la Corte podrá imponer a la persona declarada culpable una pena de reclusión por un número determinado de años que no exceda de treinta o, en casos excepcionales, la reclusión a perpetuidad, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del delito cometido y las circunstancias personales del condenado. Además, la Corte podrá imponer multas y el decomiso del producto y los bienes procedentes del crimen, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe. Las penas privativas de libertad se cumplirán en un Estado designado por la Corte en cada caso, sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado a aquélla su disposición a recibir condenados en sus establecimientos penitenciarios, disponibilidad, que como ya dijimos, puede estar sometida a ciertas condiciones. El Estatuto regula tres formas de cooperación de los Estados: la entrega de personas a la Corte, el auxilio judicial internacional, para la aportación de documentos, realización de pruebas, entre otros supuestos y la ejecución de las sentencias de la Corte.

III. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL EN ESPAÑA

La Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre autorizó la prestación del consentimiento del Estado español, de conformidad con la previsto en el artículo 93 de la Constitución española, a los efectos de ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Esta autorización se expresa concretamente en el único artículo que contiene la Ley, al que se acompaña una disposición adicional única que recoge una declaración manifestando la disposición de España a recibir personas condenadas por la Corte en los establecimientos penitenciarios de nuestro país siempre que la duración de la pena de prisión impuesta no exceda de la máxima admitida por nuestra legislación, declaración permitida expresamente en el artículo 103 del Estatuto, al tiempo que necesaria como veíamos anteriormente por las previsiones del artículo 25.2 de la Constitución, que exige que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estén orientadas a la reeducación y reinserción social del condenado. Por último la Disposición final señala la entrada en vigor de esta Ley al día siguiente al de su publicación en el BOE.

En el año 2003 con objeto de profundizar en la cooperación de nuestro país con la Corte Penal Internacional se aprobó la Ley Orgánica 18/2003, de 10 diciembre¹², cuyo objeto fue regular las relaciones de cooperación entre el Estado español y la Corte Penal Internacional en el ejercicio de la jurisdicción y funciones encomendadas a esta institución por el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 y su normativa complementaria, mediante la atribución de competencias a los órganos estatales españoles y el establecimiento de procedimientos internos adecuados,

¹¹ *Ibidem*, p. 16.

¹² Publicada en el BOE de 11 diciembre 2003 siendo su referencia en Westlaw.ES: RCL 2003\2876.

aplicables en lo no previsto en el Estatuto y sus normas complementarias, en particular las reglas de procedimiento y prueba, así como en los acuerdos específicos de cooperación que España pueda celebrar con la Corte. Con carácter supletorio a esta Ley se aplican las normas orgánicas y procesales de aplicación general en nuestro país.

Paralelamente al apoyo que España ha otorgado a la Corte Penal Internacional, los órganos judiciales españoles, fundamentalmente la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, así como el Tribunal Constitucional, como supremo garante de nuestra Carta Magna, se han pronunciado sobre la aplicación del principio de justicia universal en nuestro territorio.

Probablemente el caso más importante por su repercusión internacional es el conocido como caso Pinochet que se inició a raíz de la decisión del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, que pretendía obtener la extradición a España de Augusto Pinochet, Jefe de Estado de Chile desde 1974 hasta 1990 por, como nos recuerda MARTÍN CANIVELL¹³, torturas, asesinatos y desapariciones de individuos a gran escala, que afectaban también a ciudadanos españoles, en el marco del golpe de estado ocurrido el 11 de septiembre de 1973 en Chile (por el que se derrocó al Presidente Allende, democráticamente elegido) y los años en el que Augusto Pinochet ostentó el poder del Estado Chileno. Las autoridades españolas expidieron un mandato de detención internacional contra Pinochet el 16 de octubre de 1998 y ese mismo día un juez inglés dictó una orden de detención provisional contra él, en virtud de la *Extradition Act* inglesa de 1989. Esta petición de extradición dirigida a las autoridades británicas fue resuelta en vía judicial por el Tribunal de la Cámara de los Lores del Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, compuesto finalmente por siete miembros y en las audiencias, la República de Chile se presentó y fue admitida como parte procesal para defender no solo la inmunidad de Pinochet, que era senador de su país por aquel entonces, sino para defender la soberanía del estado chileno. En todo caso, la decisión última denegando la extradición solicitada y acordando la libertad de Pinochet alegando razones humanitarias llegó dieciséis meses después de la mano del ministro del interior británico. ORTIZ DE LA TORRE¹⁴ señala que esta decisión se anunció concretamente el 11 de enero de 2000 y se ratifica definitivamente el 2 de marzo de ese mismo año, en uso de las prerrogativas que le confiere al ministro del interior británico el art. 12.2 de la *Extradition Act* inglesa. Llega a la conclusión este autor de que los Tribunales españoles carecen de competencia judicial penal internacional para enjuiciar este caso y de ahí que abogue por la implicación de toda la Comunidad internacional sin excepción para que se establezcan las bases para evitar la impunidad de este tipo de delincuentes, evitando que estados individuales asuman esta misión sin la autorización de las Naciones Unidas o de la Corte Penal Internacional. Propone asimismo que debe reformarse la LOPJ en el sentido de que la Audiencia Nacional no sea el único órgano jurisdiccional competente en nuestro país para enjuiciar estos delitos, si no que cualquier juzgado de instrucción pueda asumir la investigación de los mismos en virtud de denuncia o querrela por el agraviado o a instancia del Ministerio Fiscal, para conseguir con ello una mayor amplitud de criterio en la aplicación de la determinación de la competencia judicial penal internacional. Respecto de esta última propuesta no podemos mostrarnos más en

¹³ MARTÍN CANIVELL, J. «El caso Pinochet en el Tribunal de la Cámara de los Lores», en BACIGALUPO ZAPATER, E. (director), *El derecho penal internacional*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 39-42.

¹⁴ ORTIZ DE LA TORRE, J. A. T. «Reflexiones sobre el caso Pinochet: ¿tienen competencia los Tribunales españoles?», *Actualidad penal*, núm. 30, Vol. II, 2002, pp. 624.

desacuerdo, ya que consideramos que los juzgados de instrucción de nuestro país no gozan de medios materiales suficientes para hacerse cargo de causas tan complejas como las que estamos analizando, teniendo en cuenta la carga de trabajo que ya pesa sobre los mismos, máxime cuando la mayor parte de los juzgados de instrucción de este país son órganos mixtos con competencias también en Primera Instancia del orden jurisdiccional civil.

Tras el caso Pinochet, diversas víctimas o personas relacionadas con víctimas de violaciones de los derechos humanos han presentado en la última década denuncias ante las autoridades judiciales españolas. Algunos de los casos abiertos en España en virtud del principio de justicia universal han sido los siguientes¹⁵:

En relación con Argentina se abrieron dos casos, el de Ricardo Cavallo, ex militar argentino, que fue extraditado en marzo de 2008, con la autorización de la Audiencia Nacional, a su país de origen, donde está siendo juzgado y el de Adolfo Scilingo, que supuso en su momento uno de los hitos en la aplicación del principio de jurisdicción universal por tribunales españoles. La sentencia núm. 16/2005¹⁶ dictada por la Sala de lo Penal, Sección 3ª, de la Audiencia Nacional el 19 de abril de 2005 en el llamado caso Scilingo, en el que se enjuiciaron crímenes cometidos en el ámbito del golpe militar que tuvo lugar en la República Argentina en la década de 1970 y en la que se condena al acusado a 640 años de prisión por la comisión de delitos de lesa humanidad, lo que supone la primera condena en nuestro país por este delito tipificado en el art. 607 bis del CP. Esta sentencia fue posteriormente casada parcialmente por la Sala de lo Penal, Sección 1ª del Tribunal Supremo en la sentencia núm. 798/2007¹⁷ de 1 octubre, como veremos más adelante.

GIL GIL¹⁸ se muestra sumamente crítica con la citada sentencia núm. 16/2005 de la Audiencia Nacional por varios motivos. En primer lugar, porque si bien considera que los hechos imputados son constitutivos de crímenes contra la humanidad, se les aplica erróneamente en su opinión un precepto, el del art. 607 bis del CP, que entró en vigor en 2004 cuando los hechos imputados ocurrieron hace más de treinta años. Compartimos con esta autora que la aplicación de este precepto legal al caso Scilingo atenta contra el principio de legalidad consagrado en el art. 9.3 de la Constitución española y contra el art. 25.1 de la misma y el art. 2 del CP. Por su parte, la Audiencia en la sentencia argumenta que no supone una infracción del principio de legalidad, pues los crímenes de lesa humanidad existían en la costumbre internacional en el momento de la comisión de los hechos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional conforme a reiterada doctrina del mismo, entre todas, la sentencia núm. 150/1989¹⁹ de 25 septiembre, dictada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, vincula el principio de legalidad penal reconocido en el art. 25.1 de la Constitución con el imperio de la Ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también en el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica. En concreto, el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador

¹⁵ Conforme a los datos obtenidos de la organización Amnistía Internacional del año 2011 en <http://www.es.amnesty.org/campanas/justicia-internacional/jurisdiccion-universal/casos-ante-los-tribunales-espanoles/> siendo la fecha de último acceso el 14 de abril de 2013.

¹⁶ Siendo su referencia en Westlaw.ES: JUR\2005\132318.

¹⁷ Siendo su referencia en Westlaw.ES: RJ\2009\4711.

¹⁸ GIL GIL, A. «La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 7, 2005, pp. 1-6.

¹⁹ Siendo su referencia en Westlaw.ES: RTC\1989\150.

comprende una garantía de orden material y alcance absoluto, que se traduce en la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). GIL GIL²⁰ manifiesta que en esta sentencia, que venimos analizando, a la Audiencia Nacional se le olvida que no es un órgano internacional aplicando normas internacionales ni tampoco un órgano nacional aplicando normas de Derecho internacional sino un órgano jurisdiccional español aplicando su propio Derecho, y por tanto sujeto al mismo. Además también critica esta autora la doctrina sentada por esta sentencia en la que se afirma la competencia para conocer del delito de lesa humanidad por aplicación del principio de justicia universal a pesar de que este delito no fue introducido en el art. 23.4 de la LOPJ hasta el año 2009, a través de la LO 1/2009 de 3 de noviembre. Por último, la Audiencia Nacional no argumenta en absoluto la clase de participación del acusado en los hechos (si es autor por acción, por omisión, o es cooperador necesario o mero cómplice), y además aplica el vigente código penal con el código penal de 1973, ya que le condena por el art. 607 bis del Código Penal de 1995, introducido en el año 2004, pero le aplica el límite de 30 años del art. 70.2 del Código Penal de 1973 vigente en la época de producción de los hechos.

Como hemos dicho, esta sentencia fue posteriormente casada parcialmente por la Sala de lo Penal, Sección 1ª del Tribunal Supremo en la sentencia núm. 798/2007 de 1 octubre, citada anteriormente. La mayor parte de la sentencia del caso Scilingo se mantuvo si bien fue anulada parcialmente en extremos destacados: por un lado, se estimó que no resulta de aplicación al caso el artículo 607 bis del Código Penal, acordándose que se dictará una segunda sentencia en la que, absolviendo por el delito de tortura, se condene al recurrente como autor de 30 delitos de asesinato y de un delito de detención ilegal. Además el Tribunal Supremo también valoró si era de aplicación el Código de 1973 derogado, en atención a la fecha de los hechos o si resulta más favorable el Código vigente, dado que la condena que se impone lo es por treinta delitos de asesinato por lo que debe precisarse el máximo de cumplimiento efectivo, llegando a la conclusión que la decisión de la Audiencia Nacional de aplicar el límite de 30 años del art. 70.2 del Código Penal de 1973 vigente en la época de producción de los hechos es errónea y a pesar de no haber sido oído el acusado sobre este particular, resulta más beneficioso para el mismo el Código Penal de 1995. Además el Tribunal Supremo establece que el acusado debe ser condenado como cómplice de los secuestros efectuados en ese tiempo, situándolo en 255 supuestos, dado que, a pesar de que de los hechos probados resultaría una cifra superior, es aquella a la que se refieren las acusaciones cuando mencionan las detenciones ilegales en sus conclusiones definitivas. En cualquier caso, establecida la responsabilidad, la pena es irrelevante dada la condena por hechos más graves por encima de los límites máximos legalmente establecidos.

En relación con Cuba se presentaron varias querellas por supuestos delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, torturas y terrorismo contra Fidel Castro Ruz, Raúl Castro Ruz, Osmani Cienfuegos y Carlos Amat.

Respecto a Guinea Ecuatorial se presentó una querella contra Teodoro Obiang, presidente de Guinea Ecuatorial por hechos supuestamente constitutivos de crímenes internacionales que también fue inadmitida a trámite en diciembre de 1998, invocando el principio de inmunidad de los jefes de Estado en ejercicio.

²⁰ GIL GIL, A. «La sentencia de la Audiencia Nacional (...)», op.cit., pp. 8-18.

Otro caso destacado en el ámbito de la aplicación del principio de justicia universal en nuestro país es el llamado caso Guatemala, también conocido como Genocidio maya. En diciembre de 1999 se presentó querrela ante la Audiencia Nacional por la Premio Nobel de la Paz Rigoberta Menchú junto a otros defensores de los derechos humanos, por supuestos delitos de genocidio, torturas, terrorismo, asesinato y detención ilegal cometidos entre 1978 y 1986 por los generales y mandatarios guatemaltecos Efraín Ríos Montt, Carlos Mejía Víctores y otros, que dio lugar a que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la sentencia núm. 327/2003 de 25 febrero²¹, hiciera una interpretación restrictiva del principio de justicia universal en nuestro país al exigir una conexión entre el delito perseguido e intereses españoles. En opinión de GIL GIL²² esta sentencia plantea la cuestión de la compatibilidad entre el principio de justicia universal y otros principios como el de no intervención en asuntos de otros Estados, propios también del Derecho internacional público y además critica esta sentencia por introducir requisitos para la aplicación del principio de justicia universal no previstos en la Ley española. A esta crítica se suma también la de RUEDA FERNÁNDEZ²³ que considera que con sentencias como esta difícilmente será posible una aplicación efectiva del principio de jurisdicción universal en nuestro país si se concibe la aplicación del mismo fuera de los principios esenciales que lo fundamentan y aboga por un decidida firmeza en la aplicación de este principio para que España no se convierta en un paraíso judicial para los responsables de los crímenes más atroces que atentan contra la conciencia de la comunidad internacional. La propia sentencia contiene un voto particular de un amplio número de magistrados que aboga por la aplicación efectiva del principio de jurisdicción universal en este caso.

Estas objeciones a la denominada Sentencia Guatemala fueron respaldadas por el Tribunal Constitucional en sentencia núm. 237/2005 de 26 septiembre²⁴ dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional que anuló esta sentencia, así como el Auto de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 que la Sentencia Guatemala avalaba por considerar que ambas resoluciones vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes en su vertiente de acceso a la jurisdicción consagrado en el art. 24.1 Constitución, por lo que procedió a otorgarles el amparo y, en consecuencia, anular las citadas resoluciones, continuando en la actualidad la investigación por estos crímenes en la Audiencia Nacional. el Tribunal Constitucional estableció la competencia de la Audiencia Nacional en virtud de la jurisdicción universal. Se solicitó la extradición de varios acusados, que Guatemala denegó.

También debemos mencionar el conocido como caso Perú, en el que la Audiencia Nacional rechazó en junio de 2001 la competencia para conocer de los supuestos delitos de genocidio, terrorismo, torturas y detenciones ilegales cometidos en Perú por Alberto Fujimori, Alan García y Vladimiro Montesinos. La decisión fue confirmada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en sentencia núm. 712/2003 de 20 mayo²⁵, en la que el Alto Tribunal entiende que

²¹ Siendo su referencia en Westlaw.ES: RJ\2003\2147.

²² GIL GIL, A. «La sentencia de la Audiencia Nacional (...)», op. cit., p. II.

²³ RUEDA FERNÁNDEZ, C. «La boicoteada consolidación del principio de jurisdicción universal en el ámbito del ordenamiento jurídico español: el «Genocidio Maya» ante el Tribunal Supremo», *Boletín Aranzadi Penal*, n.º 6, 2003, pp. 7-8.

²⁴ Siendo su referencia en Westlaw.ES: RTC\2005\237.

²⁵ La sentencia argumenta, siendo su referencia en Westlaw.ES: RJ\2003\3910, que: «...el cambio político acontecido en el Perú ha determinado la iniciación de procesos penales contra varios de los querrelados, alguno

se debe ceder la competencia a una jurisdicción preferente como la del territorio, cuando esta efectivamente haya comenzado la persecución del delito, posición que junto a GIL GIL²⁶ entendemos muy razonable.

Respecto de la República Popular China se han presentado dos querellas por supuestos delitos de genocidio y torturas cometidos desde el año 1990 por autoridades de la República Popular de China contra personas pertenecientes o simpatizantes de la organización Falun Gong, que fueron inadmitidas a trámite por la Audiencia nacional. El Tribunal Constitucional dictó sentencia en 2007 declarando la competencia de los Tribunales españoles para conocer e investigar los hechos. También en junio de 2005 se presentó querrela por presuntos delitos de genocidio, torturas, terrorismo y delitos de lesa humanidad contra dirigentes del Partido Comunista Chino responsables de la represión en Tíbet a finales de los 80 e inicios de los 90. La Audiencia Nacional declaró en 2006 la competencia de la jurisdicción española, calificando los hechos de genocidio.

En julio de 2003 se admitió a trámite la querrela presentada por la familia de José Couso, cámara de televisión muerto en el ataque al Hotel Palestina en Irak por parte de fuerzas norteamericanas. En octubre de 2005, se dictó orden de busca y captura internacional contra tres militares norteamericanos. La Audiencia Nacional ordenó el archivo del caso por no apreciar la existencia de «dolo». La decisión fue revocada por el Tribunal Supremo en 2006, pero la Audiencia Nacional dejó sin efecto los procesamientos en 2008.

Respecto del conflicto en Ruanda en febrero de 2005 se interpuso querrela por supuestos delitos de genocidio y terrorismo cometidos contra ruandeses, congoleños y españoles, víctimas de acciones llevadas a cabo por el Frente Patriótico Ruandés en 1994. En febrero de 2008 la Audiencia Nacional dictó auto de procesamiento y órdenes de detención internacional contra 40 personas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y terrorismo. Se excluyó al Presidente Kagame, por su condición de jefe de Estado en activo.

En junio de 2005 se presentó una querrela por presuntos delitos de genocidio, de lesa humanidad, terrorismo y torturas por hechos ocurridos entre 1996 y 2000 en la zona fronteriza con Panamá donde tuvieron lugar operaciones militares y paramilitares contra indígenas y personas afrodescendientes. La querrela fue inadmitida por la Audiencia Nacional al estimar que existían suficientes garantías suficientes de ser juzgadas en Colombia. El Tribunal Constitucional archivó definitivamente las actuaciones en 2008.

En septiembre de 2006 se presentó querrela por delitos de tortura y genocidio contra gobernantes, militares y otras autoridades marroquíes responsables del mantenimiento del orden en el territorio del Sahara Occidental. La Audiencia Nacional admitió a trámite la querrela en octubre de 2007. La querrela presentada contra el Rey de Marruecos Hassan II por hechos supuestamente constitutivos de crímenes internacionales fue inadmitida a trámite en diciembre de 1998 por inmunidad del acusado, un jefe de Estado en ejercicio de su cargo.

de los cuales se encuentra o ha encontrado en prisión y otros, muy relevantes, en situación de rebeldía. En consecuencia no puede aceptarse que concurra en el momento actual la necesidad de intervención de la jurisdicción española en virtud del principio de jurisdicción universal, por lo que el recurso debe ser desestimado».

²⁶ GIL GIL, A.: «La sentencia de la Audiencia Nacional (...)», op. cit., p. 15.

En 2007 se presentó querrela por tortura en forma de violación sexual por los hechos ocurridos en mayo de 2006 durante la represión de las revueltas de Atenco, en México. La querrela fue inadmitida en 2008 por entender que las autoridades mexicanas han demostrado su voluntad de investigar los hechos.

También se ha presentado una querrela presentada por víctimas españolas de los campos de concentración nazis por supuestos delitos de genocidio y delitos de lesa humanidad contra cuatro oficiales del régimen nazi. La Audiencia Nacional admitió a trámite la querrela en 2008, calificando los hechos de genocidio.

En junio de 2008 se presentó querrela contra el Ministro de Defensa israelí y seis personas bajo sus órdenes por el bombardeo en 2002 de la casa del presunto dirigente de Hamas, Sala Shehaden, que causó la muerte de 15 personas, la mayoría niños, y 150 heridos por un supuesto delito de lesa humanidad. La Audiencia Nacional ha abierto diligencias previas indeterminadas por estos hechos.

La Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal ha producido recientemente un importante cambio en este panorama en relación con la regulación y planteamiento de la llamada justicia universal en nuestro país.

La exposición de motivos de esta ley señala que el sentido que inspira la reforma es que la extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos, delimitándose con claridad, con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía.

La persecución de delitos cometidos fuera de España tiene, tras la reforma, un carácter excepcional que justifica que la apertura de los procedimientos deba condicionarse a la presentación de querrela por el Ministerio Fiscal o la persona agraviada por el delito.

También se delimita con carácter negativo la competencia de los tribunales españoles, definiendo con claridad el principio de subsidiariedad. En ese sentido, se excluye la competencia de los tribunales españoles cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un Tribunal Internacional o por la jurisdicción del país en que hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, en estos dos últimos casos siempre que la persona a que se imputen los hechos no se encuentre en España o, estando en España vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional, en los términos y condiciones que se establecen.

En todo caso, los jueces y tribunales españoles se reservan la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el Estado que la ejerce no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo. La valoración de estas circunstancias corresponde a la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, y se llevará a cabo conforme a los criterios del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Además esta nueva regulación introduce límites a la jurisdicción española que deben ser aplicados a las causas actualmente en trámite.

Anteriormente a la entrada en vigor de Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, España se convirtió en uno de los Estados pioneros, aunque ni mucho menos el único, en la persecución de crímenes contra la humanidad, aunque paradójicamente el Estado español se ha mostrado muy tímido en la reparación de las víctimas de la guerra civil y la dictadura franquista. Son muchos los autores, entre ellos GIL GIL²⁷ que consideran que la hora de castigar estos crímenes ha pasado, fundamentalmente por la extinción de la responsabilidad penal de la mayor parte de los responsables que ya han fallecido pero eso no quiere decir que no se puedan adoptar medidas para impartir justicia. En este sentido TAMARIT SUMALLA²⁸ destaca que el Comité de Derechos humanos de la ONU, ha lamentado los obstáculos con que han tropezado las familias de las víctimas en sus gestiones judiciales y administrativas para obtener la exhumación de los restos y la identificación de las personas desaparecidas, recomendado la derogación de la Ley de amnistía (Ley 46/1977, de 15 de octubre), la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura y permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y en su caso, indemnizarlas. Fallecidos los máximos responsables de estos crímenes, este autor asume que la hora de la justicia penal ha pasado, pero no debe descartarse la anulación de la Ley de amnistía o de una interpretación de la misma acorde a la Constitución y al Derecho internacional, así como la creación de una Comisión de la verdad con el mandato de elaborar un censo de víctimas y un relato de las causas y consecuencias del terror, sin que se considere a las víctimas por su adscripción a un bando u otro de la Guerra Civil española, si no por su condición de víctimas.

Un paso importante en ese sentido ha sido la aprobación de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, conocida como Ley de la Memoria Histórica²⁹, cuyo objeto es conforme al art. 1 de la misma: «reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura, promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar, y adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre los ciudadanos, todo ello con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones de españoles en torno a los principios, valores y libertades constitucionales. Mediante la presente Ley, como política pública, se pretende el fomento de los valores y principios democráticos, facilitando el conocimiento de los hechos y circunstancias acaecidos durante la Guerra civil y la Dictadura, y asegurando la preservación de los documentos relacionados con ese período histórico y depositados en archivos públicos.» Si bien, consideramos que se deben dar más pasos en este sentido.

En todo caso, como nos recuerda la sentencia núm. 237/2005 de 26 septiembre, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional que citábamos anteriormente, la Ley española no es la única legislación nacional que incorpora un principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, pudiendo citarse las de países como Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999, que extiende la jurisdicción

²⁷ GIL GIL, A. «Justicia transicional en España», en TAMARIT SUMALLA, J. (coord.), *Justicia de Transición, Justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, p. 161.

²⁸ TAMARIT SUMALLA, J. *Justicia de Transición, Justicia penal internacional y justicia universal* Atelier, Barcelona, 2010, pp. 66-69.

²⁹ Publicada en el BOE de 27 diciembre 2007, siendo su referencia en Westlaw.ES: RCL\2007\2355.

universal al genocidio, habiendo establecido el 12 de febrero de 2003 el Tribunal Supremo de Bélgica, conforme manifiesta RUEDA FERNÁNDEZ³⁰, que ese delito será perseguido cualquiera que sea el lugar donde se hubiera cometido, no exigiendo la presencia del inculcado en territorio Belga), Dinamarca (art. 8.6 de su Código Penal), Suecia (Ley relativa a la Convención sobre el genocidio de 1964), Italia (art. 7.5 CP italiano) o Alemania (el art. 6 CP alemán y su Código de crímenes contra el Derecho internacional de 26 de junio de 2002 promulgado con la finalidad de adaptar el Derecho penal alemán al Estatuto de la Corte Penal Internacional, en cuyo artículo primero se dispone que sus preceptos se aplicarán a los crímenes en él contemplados, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra incluidos en el Estatuto de la Corte, incluso cuando el delito sea cometido en el extranjero y no tenga relación alguna con Alemania.

IV. CONCLUSIONES

Para concluir, me gustaría resaltar las palabras recogidas por el voto particular formulado por los magistrados don Joaquín Delgado García, don José Antonio Martín Pallín, don Cándido Conde-Pumpido Tourón, don José Antonio Marañón Chávarri, don Joaquín Giménez García, don Andrés Martínez Arrieta y don Perfecto Andrés Ibáñez en la sentencia núm. 327/2003 de 25 febrero, que ya hemos citado en este trabajo, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo: «El ejercicio de la jurisdicción universal, al desterrar la impunidad por los grandes crímenes contra la humanidad, como lo es el Genocidio, contribuye a la paz y a la humanización de nuestra civilización. Es cierto que no devuelve la vida a las víctimas, ni puede conseguir que todos los responsables sean enjuiciados. Pero puede ayudar a prevenir algunos crímenes y a enjuiciar a algunos de sus responsables. Con ello contribuye a la consecución de un mundo más justo y seguro, y a consolidar el Derecho Internacional, en lugar de la violencia, como forma habitual de solucionar los conflictos».

Si bien suscribimos íntegramente estas palabras que acabamos de enunciar, no preguntamos a quién debe corresponder la aplicación de la jurisdicción universal, a los tribunales internos de Estados particulares o por el contrario es más adecuado para el logro de una verdadera justicia universal que esta labor la asuma la Corte Penal Internacional en aquellos casos en que el territorio donde han tenido lugar los crímenes a perseguir no lleve a cabo el enjuiciamiento de los mismos con las debidas garantías. Nuestra opinión es clara al respecto, coincidimos con aquellos sectores de la doctrina, que estiman que los tribunales nacionales no pueden pretender ser una Corte Penal Internacional, ya que no tiene ni capacidad jurídica, material ni política para llevar a cabo esta tarea. De hecho, hemos visto a lo largo de este trabajo que son muchas las causas que a lo largo de los años se han abierto en nuestro país por crímenes contra la humanidad pero pocas son las que han conseguido llegar a una sentencia que declare la responsabilidad en los crímenes enjuiciados. Además nos hemos encontrado con resoluciones sumamente contradictorias, ya que en unos casos, el afán por impedir la impunidad de ciertos crímenes atroces ha dado lugar a interpretaciones equivocadas o excesivamente amplias de las leyes, teniendo en cuenta que la lucha contra la impunidad no puede hacerse a costa de nuestro Estado de Derecho. Al mismo tiempo nos encontramos con otras resoluciones de nuestros tribunales que tratan de evitar la proliferación de procesos por este tipo de delitos ante la jurisdicción española, lo que puede dar

³⁰ RUEDA FERNÁNDEZ, C. «La boicoteada consolidación (...)», op. cit., p. 8.

lugar a la impunidad de sus responsables. En este punto nos preguntamos por qué unas querellas son admitidas y otras no. No podemos olvidar que los tribunales nacionales no son ajenos a los conflictos diplomáticos con ciertos países. Además nos preguntamos cómo es posible que la justicia española haya venido enjuiciando crímenes cometidos en otros países pese a las leyes de amnistía dictadas en los mismos y no asuma la investigación de la vulneración de los derechos humanos ocurrida en nuestro país durante la Guerra Civil y la dictadura alegando la aplicación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía. Es cierto que probablemente en nuestro caso, dado el tiempo transcurrido, no sea posible enjuiciar la mayor parte de esos crímenes pero son muchas las iniciativas que todavía quedan pendientes en materia de investigación y reparación de estos crímenes, siendo contradictorio que se haya empleado tiempo y recursos en hacer justicia para otros y olvidemos esta labor en nuestra propia casa, lo que puede verse como una intromisión en la soberanía de otros países tan democráticos como el nuestro.

Nuestro ejemplo, el de un país democrático con problemas para enjuiciar su propia historia, pone de manifiesto que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional es completamente necesaria. Si incluso en países democráticos, no digamos ya en los que no lo son, surgen dificultades de enjuiciar estos crímenes por los propios afectados pues puede existir una falta de objetividad, responder a un ánimo revanchista o por el contrario ser laxos en la persecución de los mismos por diversos motivos como falta de independencia frente a las instituciones estatales o de otro tipo que pudieran tener responsabilidad en los mismos, es por ello que, como ya decíamos a lo largo de este trabajo se hace necesaria una mejora de la Corte Penal Internacional en el sentido de que la jurisdicción de la Corte sea la que prevalezca sobre la interna de los distintos estados.

Para el impulso decidido de la Corte Penal Internacional es imprescindible la adhesión del mayor número de países posible y evidentemente de países de la relevancia de Estados Unidos de América. Cada vez serán más los países que no se quieran quedar atrás y pretendan participar activamente en la Corte para influir en la misma, a través de la elección de magistrados, como ya hacen los estados fundacionales de la misma, entre los se encuentra el nuestro.

Espero no pecar de optimista si digo que considero que a esta institución, que prácticamente acaba de nacer, le queda un gran camino por recorrer pero que lo más difícil ya está hecho, y que con los años, la solución aportada por la misma se verá como irrenunciable por el conjunto de la Comunidad Internacional. Por primera vez se ha optado, a diferencia de lo que sucedía con los tribunales penales internacionales que habían sido creados hasta ahora (que fueron instituidos para resolver situaciones concretas y con carácter temporal), por la constitución de una jurisdicción penal internacional con vocación de generalidad y permanencia, lo que supone un paso decisivo en el desarrollo del orden internacional.

Por todos estos motivos, entendemos que la Comunidad Internacional debe fomentar de forma decidida la actividad de la Corte Penal Internacional de modo que esta no se rija por el principio de oportunidad, ni por intereses políticos, todo lo contrario, debe servir para impedir la impunidad ante los crímenes de lesa humanidad, de modo que contribuya a la prevención de los mismos en la medida de lo posible y a la consecución de un orden internacional más justo y pacífico o al menos se encamine en esa dirección, a fin de que esta institución pueda jugar un papel especialmente relevante en la comunidad internacional del siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, K. *La Corte Penal Internacional, Rubinzal-Culzoni*, Buenos Aires, 2007.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. *La Corte Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2002.
- FERNANDES, J. M. *La Corte Penal Internacional: soberanía versus justicia universal*, Reus, Madrid, 2008.
- FLETCHER, G. P. «Comentario final: algunos apuntes sobre el futuro de la relación entre los Estados Unidos y la Corte Penal Internacional», en OLÁSULO, H., *Corte Penal Internacional ¿dónde investigar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003 (tr.: OLÁSULO, H.), pp. 641-645.
- GIL GIL, A. «Justicia transicional en España», en TAMARIT SUMALLA, J. (coord.), *Justicia de Transición, Justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010, pp. 143-174.
- GIL GIL, A. «La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, pp. 1-18.
- MARTÍN CANIVELL, J. «El caso Pinochet en el Tribunal de la Cámara de los Lores», en BACIGALUPO ZAPATER, E. (director), *El Derecho Penal Internacional*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 37-66.
- ORTIZ DE LA TORRE, J. A. T. «Reflexiones sobre el caso Pinochet: ¿tienen competencia los Tribunales españoles?», *Actualidad penal*, núm. 30, vol. II, 2002, pp. 619-654.
- RUEDA FERNÁNDEZ, C. «La boicoteada consolidación del principio de jurisdicción universal en el ámbito del ordenamiento jurídico español: el «Genocidio Maya» ante el Tribunal Supremo», *Boletín Aranzadi Penal*, n.º 6, 2003, p. 1-8.
- TAMARIT SUMALLA, J. *Justicia de Transición, Justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Barcelona, 2010.

On a Universal Criminal Policy: For a Prospective Approach to the International Criminal Justice

RUI CARLO DISSENHA (Brasil)

Doctor Junior, Universidad de Sao Pablo, Brasil

RESUMEN: La justicia penal internacional, basada en la necesidad absoluta de punición para los crímenes universales (una política meramente penal), no ha dado los frutos prometidos: la prevención de esos delitos más graves. Además, su crecimiento exagerado puede constituir un riesgo para un modelo jurídico democrático y humanista. Así, es necesario repensar esta política penal para implicar también una perspectiva prospectiva, ocupada del desarrollo social. Esta nueva propuesta, basada en el reconocimiento de que también los déficits democráticos y jurídicos-humanista pueden causar los crímenes universales, vincula la comunidad internacional a la corrección de estos problemas, disuadiendo eficazmente tales crímenes. Esto es posible a través de una acción sinérgica y sistémica que une tribunales penales y organismos de la ONU en la corrección de las causas criminogénicas.

Palabras clave: Política Criminal, Justicia Penal Internacional, Derechos Humanos, Crímenes Universales, Derecho Penal Internacional.

ABSTRACT: International criminal justice, which is based on the absolute need of universal crimes punishment (a merely penal policy), has not produced the promised fruits, especially the prevention of those serious crimes. Moreover, its overstated growth can constitute a risk to a democratic and humanist legal model. It is necessary to rethink this international criminal policy in order to involve, besides than a limiting punishment, a prospective perspective, concerned with social development. This prospective proposal, based on the recognition that democratic and legal-humanist deficits may cause universal crimes, links the international community to the correction of such problems, effectively deterring crimes. It is possible through a new synergic and systemic action linking criminal courts and the UN bodies in the correction of criminogenic causes.

Key words: Criminal policy, International Criminal Justice, Human Rights, Universal Crimes, International Criminal Law.

SUMARIO: 1. Foreword. II. On the need of a criminal policy on the international plan. III. The prospective plan of international criminal justice. IV. Conclusions on how to build a universal criminal policy.

I. FOREWORD

After the Second World War, notably, a reasonable consensus has been formed in the international field on the need and utility of repression of universal crimes¹. Both the Nazi Holocaust and its eastern version, conducted by Japanese forces, gave rise to a two-front process: the imperative need for recognition of a minimum core of universally valid human rights and the demand for the constitution of an international criminal justice capable of processing, judging and punishing those responsible for the more severe crimes which plague humankind. While the first part became real through the Universal Declaration of Human Rights and the substantial incorporation of international treaties on human rights that has followed, the international criminal justice materialization had to wait for the end of Cold War to come to light. However, once the international policy has allowed it, the development of international criminal justice was surprising: less than 10 years have passed by between the constitution of international criminal courts *ad hoc* and the creation of the permanent International Criminal Court of the Rome Statute (ICC). Currently, although some mishaps can be recognized, one cannot deny that international criminal justice is active and has an institutional and popular international support.

However, not everything is perfect. International criminal justice, despite armed with a powerful apparatus and enjoying wide international support, seems to have failed to satisfactorily accomplish the proposed purposes. As one knows, the original belief was that the punishment of criminals would be able to prevent universal crimes. Nevertheless, as already warned by Criminal Law scholars, the *détterrence* proposal, based on the preventive function of sentence, does not seem to have produced better results². Furthermore, international criminal courts still have difficulties in finding, arresting, producing evidence and punishing offenders, therefore revealing a huge investment of time and money to produce inefficient results. In addition, international criminal justice is extremely selective and seems to always approach the same clients, featuring up what has become the so-called «Criminal Law of the Enemy», risking the creation of a further social control instrument for rich countries over the «not-having» collectivities.

In fact, the current model of international criminal justice is mainly based on a punitivist approach which does not produce great results. The criminal punishment, a concept that has always been in check as the univocal result of the repressive proposal, produces too little to victims. As an extremely limited form of justice, prosecution serves much more to the outcry (in a complex process of vindictive satisfaction that exceeds the local boundaries where the directly affected victims live) than to its ability to produce useful results to change the reality that

¹ For *universal crimes* this text infers the hard core of more severe crimes recognized internationally. As one knows, this set varies as per the doctrine. Nonetheless, it sounds correct to believe there is certain consensus on the importance to at least restrain genocide, crimes against humanity, war crimes and aggression crimes in those ways considered by the Rome Statute, which created the International Criminal Court.

² WIPPAN, David Wippman. «Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice». *Fordham International Law Journal* 23 (1999-2000): 474/475; REISMAN, W. Michael. «Acting Before Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder». *Case Western Reserve Journal of International Law* 40 (2007-2009), 58. Regarding the deterrence effect in general, Pavarini says that: «*the belief in the preventive effect (...) is nothing more than a delusion covered with good intentions*». PAVARINI, Massimo. «Un Diritto Penale Senza Stato». *Conference at Bologna University for the presentation of the book 'Introduzione al diritto penale internazionale*. Bologna, Italy, 12 March 2007.

originates universal crimes. In this sense, jurisdictional exercise is rather symbolic than useful. Actually, the wide range of factors producing such humanitarian catastrophes is not even remotely touched by the international criminal courts and prosecution of some scapegoats produces simple effects that disappear after a few years – if, effectively, there are any positive impacts.

This limited proposal is no longer consistent with a democratic model of criminal justice. Thus, it's essential to go farther, rethinking the current criminal proposal. Assuming that criminal justice is inherently political and, therefore, inevitable to the exercise of power, intending to eliminate international criminal justice is a chimera, also because it is both an impossible and risky ambition. Therefore it is important to adapt it to the current level of human rights international protection, offering it a countenance consistent to the legal-humanist proposal that animates International Law. Hence, the drafting of a new criminal policy that surpasses the mere prosecution perspective is crucial. It is essential to give room to a prospective approach: a positive perspective aiming to correct human rights deficits which allowed universal crimes. This text intends exactly to explore such possibility. Thus, initially, one debates the importance and need of a criminal policy, indicating the best proposal. Afterwards, the text discusses the role of a prospective perspective of a criminal policy convenient to the international plan that should animate, build and limit prosecution. Finally, ways are pointed out for a new methodology of international justice action that may produce effective, healthy and long-lasting results to a transitional justice.

II. ON THE NEED OF A CRIMINAL POLICY ON THE INTERNATIONAL PLAN

I. *The lack of an international criminal policy*

The notion of criminal policy refers to the set of principles and recommendations guiding state action dealing with crime, which shows the theme's importance³. In fact, in national Law, it is through an efficient criminal policy, designed according to constitutional purposes a State craves, that one can adequately regulate crime issues and guarantee a pacific social coexistence.

Originally, criminal policy and Criminal Law mix up⁴. The development of a criminal doctrine, however, divides such elements and provides them a clearly different role: to Criminal Law a *rechstaatlich-liberale Funktion* is reserved (ensuring uniform application of the penalty), while criminal policy would be responsible as a 'rational method to fight crime'⁵ – in a way that Criminal Law would be, in the classic words of *Von Liszt*, 'the impassable barrier of criminal policy'⁶.

The consequence of tight separation between these elements is the creation of several divergent crime policies⁷ that usually follow the characteristics of the social and political model

³ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 34.

⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les Grands Systèmes de Politique Criminelle*. Paris: PUF, 1992, p. 13.

⁵ ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Second edition. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 32

⁶ VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal – Tomo II*. Madrid: Editorial Reus, 1999, p. 71.

⁷ MOCCIA, Sergio. *Il Diritto Penale tra Essere e Valore: Funzione della Pena e Sistematica Teleologica*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 29.

to which they apply. In such condition, in a contemporary and well-designed version, DELMAS-MARTY indicates that criminal policy is 'the set of procedures by which the social body organizes responses to criminal phenomenon'⁸, therefore with another crucial function: it is criminal policy that enables a more complex sight to the criminal phenomenon, beyond the mere crime control and that is not restrained to the simple relation of deviation-criminalization. Hence, it is by this extended version of criminal policy that it is possible to humanize a repressive proposal, permitting to create an effectively democratic Criminal Law. Otherwise, criminal policy merely repeats and legitimates structures that foster current social and criminal conditions.

Thought in this way, the contemporary notion of criminal policy exceeds the legislator's role, reaching every operator of Law and even the theory of crime⁹. More than that, criminal policy begins to inspire the action of the Executive itself, providing the institutional manager the action guidelines to fighting crime. By interrelating with political sciences and with the configuration of the State, criminal policy takes over a crucial role of directing and restraining punitive power. Finally, by recognizing that criminal policy and Criminal Law are not opposite elements, but rather essentially complementary, a dialectic synthesis that gives prosecution direction is politically incorporated. Thus, Criminal Law becomes the way of transferring criminal-political purposes to the 'legal validity plan.'¹⁰

However, despite of the importance the theme has nowadays, the adoption of crime policies without the necessary depth is common. In this condition, crime policies are reduced to proposals of greater or lesser penalties, seeking solutions in attacking the effects of crime, not its causes. Criminal policies in Latin American countries¹¹, for example, tend to be chaotic: a reflection of the structural problems that can be found in those democracies. In such conditions, crime policies are distant from crime as a social phenomenon and mix up as a State punitive apparatus, imbued in what remains of a merely public perspective. As a consequence, they are reinforced as an echo of a punitivist speech, often selective and merely symbolic. A criminal policy designed this way ignores the ideological aspects underlying power to punish¹² and is transformed, sooner or later, in one way or another, in an inevitable violation of fundamental rights.

The same problem happens internationally. The lack of a criminal policy going beyond a merely repressive proposal, testified by success and unanimity achieved in processes of criminalization and international courts, tends to build a merely punitive transitional justice system, concerned about the effects, and ignoring the causes of universal crimes.

It is correct that an international criminal policy can be recognized in a somewhat embryonic form. If regionally it is possible to find certain more elaborated guidelines – as in the case of Europe – they are less evident in the international front. The constitution of a broad and

⁸ DELMAS-MARTY, *supra* n. 4 at 13.

⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 223.

¹⁰ ROXIN, *supra* n. 5 at 101.

¹¹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

¹² MOCCIA, *supra* n. 7 at 25.

complex international system of human rights¹³, especially after the Second World War, gave rise to the common obligation of repression of a handful of universal crimes, notably genocide, war crimes and crimes against humanity. Notorious is the force lent to the role of international criminal courts and to principles such as the *aut dedere aut judicare*, that implies the need of repression and the consequent intolerance to impunity.

This isn't little. Achievements represented by the construction of a set of tools for punishing those more severe crimes should be celebrated and nurtured, once they provide world population some encouragement, especially to the victims of these crimes. Nevertheless, they are insufficient, because they consolidate a huddle of allegedly generalizing and superficial propositions rather than an effectively rationalized plan.

This is a historical condition. International posture before universal crimes has always acted after the facts, as the massacres in Cambodia and Rwanda reveal. In both cases the international community watched them without preventing genocides and it has only constituted international courts¹⁴ to judge their effects years later. In this context it had to deal with obvious difficulties in producing evidence and acting in societies already accustomed to international oblivion.

As one knows, the merely punitive proposal does not work in crimes prevention, since it acts on the effects and not on the crimes causes. Particularities of the international community demand a more refined proposal in this regard, since the adoption of mere punishment may produce an international criminal undemocratic discourse and violates human rights because it is merely symbolic, ineffective and targeted at an enemy that will change as the general conditions of the international community also change. It is, therefore, an evidently - when not willingly - inoperative structure¹⁵.

The solution for this issue seems to be to design an adequate and functional criminal policy for the international plan, a policy not sustained only by the absolute repression obligation, i.e., by a merely punitive proposal. In fact, a proper criminal policy is the result of a complex network of values and principles, where two major outbreaks can be pointed out: limitation of state violence and the quest for social improvement by the recognition of crime phenomenon as the result of a broad spectrum of elements. Therefore, these are two major axes for the constitution of a universal criminal policy: one of them, negative, and the other, positive, and both directly linked to ensure human rights.

2. *The content of an international criminal policy*

It is in this sense that the Italian jurist Alessandro BARATTA¹⁶ plays an important role. Based on a proposal animated by a criminal abolitionism of heuristic effects¹⁷ the author recognizes the risks of exaggerated use of the *ius puniendi* and points out the need of punishment as

¹³ DELMAS-MARTY, supra n. 4 at 426.

¹⁴ REISMAN, supra n. 2 at 63/64.

¹⁵ Ibid., p. 85.

¹⁶ Cf. BARATTA, Alessandro. *Introduzione alla Sociologia Giuridico-Penale: Criminologia Critica e Critica del Diritto Penale*. Bologna: Lorenzini, 1980.

¹⁷ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 146.

ultima ratio. Even more important, the option for Baratta's work is specially justified by the connection of its criminal policy to human rights. In fact, before the huge international consensus represented by the legal-humanist after-war achievement, it is no longer possible to organize any legal action that is not written through the human rights grammar. Likewise, the exercise of the penalizing authority cannot be thought of separately from this axiological anthropocentric condition, after all, 'the struggle for the containment of structural violence is exactly the same struggle for the affirmation of human rights.'¹⁸

In this sense, one guides to a proper criminal policy according to some «strategic recommendations¹⁹»:

- (a). First, it is essential to distinguish *penal policy* and *criminal policy*²⁰. Assuming that penal exercise has an obvious political slant, the penal proposal must also be designed as a social change instrument aiming the democratic building of development and equality. This happens, firstly, by ensuring social groups the largest possible free space in a way not to universalize penal control as a method of conflict resolution. Absolute priority must also be given to recovering ways of solutions for these conflicts (e.g., by reconciliation institutionalization), which enables broadening the range of available solutions.
- (b). From the recognition that jail is a broke and useless institution, it is necessary to break the punitive model on which it bases upon, achieved by using other repressive proposals. Alternative punitive measures are reinforced, imprisonment time is reduced and prison conditions are revised, with a consequent viable reinsertion in the social environment.
- (c). It is also necessary to democratize prosecution, both by protecting new juridical interests and by popular participation in conflict resolution. This happens by the conversion of victims and general public (traditionally passive objects in the criminalization process) into active agents for criminal response: both through the decision on the use or not of criminal means and the choice of criminal means to be used. Obviously, always within the applicable legal-humanist boundaries.
- (d). Finally, for BARATTA, it is crucial to demystify the popular understanding about criminal phenomenon, since this is the condition giving rise to a merely symbolic criminal response. By responding to the community's vindictive claim to punish a few culprits, one focuses the criminal response on a collective response phenomenon for

¹⁸ BARATTA, Alessandro. «Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale». BARATTA, Alessandro Baratta (ed.) *Dei Delitti e Delle Pene: Il diritto penale minimo: la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale* anno III, n. 3 (1985), p. 447.

¹⁹ BARATTA, supra 16 at 202.

²⁰ To BARATTA, a «...programmatic distinction between *penal policy* and *criminal policy*, understanding the first as an answer to crime issues confined to the exercise of the State's punitive function (Criminal Law and its application, law enforcement and security measures), and understanding the latter, in a broad sense, as a policy of social and institutional transformation», is indispensable. *Ibid.*, p. 203.

merely symbolic actual results²¹ as it does not act on the problem's causes. The result is always the very same *crescendo* symbolic criminal response that has mass media effect as touchstone, creating social alarm²² and a consequent feeling of perpetual emergency²³.

In Baratta's proposals, a substantially limited content is obvious. Indeed, on first plan, such limitation happens due to the binding force conferred to protection by human rights in the Western legal model. Thus, an international criminal policy cannot ignore those classic boundaries recognized by due process and fair trial, by *ne bis in idem* and by *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, by imposing penalties that respect proportionality and humanity, etc. This limitative approach was already recognized internationally, in European initiatives, as an essential principle for a criminal policy²⁴.

However, on a second plan – with a prospective nature – it is essential to recognize that criminal response is not always absolute or crucial and that one has to go further. After all, the failure of the classic purposes of criminal punishments (retribution is the result of an exercise of absolute irrationality, that is only justified by the human vengeance assumption; prevention, as shown by the reaffirming crime growth, does not deter crimes) and the improper use of other neo-utilitarian means conferred to it (as the 'quest for the truth'²⁵ or 'national reconciliation'²⁶) point out that criminal response is at least *schizophrenic* and reveal the ineludible political nature of criminal sanction. For this reason, it should be limited as much as possible and replaced by other proposals different from those ending in criminal punishment, for which an *ultima ratio* condition is reserved. Especially because the reinforcement of a tendency for criminal punishment has yet another serious risk: punishment is one of the most efficient means, and one of the first steps, for the constitution of police states, authoritarian and violators of the human person's dignity.

Therefore it seems that criminal sanction can, possibly, be placed as a second option. Note that, here, «a second option» is not necessarily a derogatory nature. After all, punishment may be necessary, but its effects are certainly smaller than those caused by effective social changes that may act in the causes of universal crimes. Thus, it is essential to think beyond punishment in direction of a suitable international criminal policy.

²¹ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crímenes de Masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010.

²² BARATTA, supra 16 at 204.

²³ Cf. MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza – Tendenze Autoritarie nel Sistema Penale*. Seconda edizione. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1997.

²⁴ ASP, Peter, et al. «European criminal policy initiative. Manifesto sulla politica criminale europea». *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* v. 3 (2010): 1262-1277.

²⁵ SCHABBAS, William A. Penalties. CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R. W. D. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002, vol. II, 1520. In the ICTY's jurisprudence, cf. *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, no. IT-96-22-Tbis («Pilica Farm»). Trial Chamber Sentencing Judgement. Decision of 5 March 1998, par. 21.

²⁶ E.g., see ICTY's jurisprudence as in *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*, no. IT-96-22-T («Pilica Farm»). Trial Chamber Sentencing Judgement. Decision of 29th November 1996, par. 58.

III. THE PROSPECTIVE PLAN OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE

I. *The meaning of the prospective role*

It is well recognized by the most critical doctrine that *prevention* and *avoidance* of universal crimes have always received less attention when compared to *repression*²⁷. As the reaffirmed practice of genocides and crimes against humanity since Nuremberg identifies well, the mere repressive action, internationally, is, at best, insufficient. In fact, it just maintains the *status quo* without carrying out the necessary changes that could really avoid crimes. Therefore, and in the same way as in domestic criminal justice, international criminal justice has to worry about the universal crime issue from a holistic perspective and acting preemptively. So in order to escape from a merely penal policy it is necessary to identify, as in Baratta's proposal, the ways for effective crime avoidance.

This comprehensive work is taken from two fronts: one that seeks criminogenic factors, while the other is concerned with the development of strategies to combat human rights violations, then neutralizing its causes. And there is no other way to doing so but through elaborating a criminal policy capable of, as in Jorge de FIGUEIREDO DIAS words, determining the *if* and *how* of prosecution²⁸, always taking into account the local context, so to identify the best amount of necessary penal power. This need is especially sensitive in environments that have experienced major conflicts, as those ones characterizing universal crimes. As '*no one, of course, knows how to deter genocide or mass violence*,'²⁹ each case demands peculiar solutions, where prosecution may be necessary but not always mandatory. After all, sometimes other ways, such as reparations or truth commissions, can produce better effects. Therefore it is crucial, in the international response to universal crimes, to stay away from mandatory punishment and look for an idiosyncratic solution.

Indeed it seems that social, economic and political conditions enable and instigate universal crimes. No wonder that major war crimes, genocides and crimes against humanity happen in those countries taken as marginal or developing³⁰, notably in Africa, Asia and Latin America, regions where the legal-humanist deficit is proverbial. Political instability, reckless social conditions, economic exploitation, in short, any kind of misery is capable of triggering ethnic and social conflicts. States, mostly the poorest ones, despite recognizing their citizens a series of human rights, are not capable of conferring them adequate efficiency especially as it occurs with social rights³¹.

It is important to clarify that it doesn't mean doing social justice by means of international criminal justice. Important is recognizing that prosecution cannot exist isolated from a wider context that involves revitalization, correction and adjustment of human rights violations. It is

²⁷ REISMAN, *supra* 2 at 60.

²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal: sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 156.

²⁹ MINOW, Martha *Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence*. Boston/Massachusetts: Beacon Press, 1998, p. 145.

³⁰ CASSESE, Antonio. *I Diritti Umani Oggi*. Bari: Laterza & Figli, 2007, p. 168.

³¹ LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

in this sense that criminal proposal is inserted (always limited, as seen): in a larger perspective regarding the recognition of the problem that has produced or produces universal crime and in a set of measures capable of preventing or reducing universal crimes effects.

Once again from Baratta's proposal, this is what is being pointed out when one refers to 'social and institutional change policy'³². In this model, repression can be an instrument of social change in a democratic sense, as part of a larger project for social reconstruction. Therefore it is mandatory that international action proceeds cautiously before conflicts. It is essential to identify the best approach and to point out the criminogenic factors that one wants to prevent: if individual behavior is one of these factors, it is natural that criminal prosecution must be carried out, but it must never be performed isolated from a larger context of international action.

By the way, prevalence of domestic or communitarian order solutions must be part of the universal criminal justice process. Restorative justice is essential for this proposal, once it can recover the social fabric ripped through universal crimes and enable society's coexistence. Nonetheless, in such condition, restorative justice has little to do with criminal prosecution and this can no longer be its goal: here restorative justice is accompanied by repression as an extra measure that can possibly be adequate to that social conflict. After all it is on the restorative level that victims have room and play a central role. More than through prosecution, it is by adopting prospective measures that victims of universal crimes are ensured and, in a wide sense, the effects of the *responsibility to protect* are recognized. In addition, moving the victims' interests to a field of prospective and non-repressive action, i.e., out of the criminal proceedings, one finds their adequate niche. After all, it's not necessary that victims take part in criminal trials where traditionally they are not welcome. The historic structure of criminal trial does not hold victims in a good position beyond the one of witnesses, simply because repressive structure has not been designed properly to accommodate them.

In fact, despite identifying an obvious trend in international criminal justice to the identification of victims' rights and in the sense of including them in ongoing criminal proceedings³³ (as becomes clear in the determinations of the Rome Statutes with the possibility of establishing repairs³⁴, e.g.), this condition can cause serious problems. Especially the rights of the accused are in risk by the disruption of the traditional adversarial system³⁵. Besides, the victims' participation risks transforming criminal proceedings into vindictive movements that aim popular catharsis through the abstract return to the *Lynch Law*. But this is not all. The victims' participation may be frustrated by the impossibility of providing reparations. To the extent individuals are being judged (usually already stripped from power and, thus, claiming for free justice³⁶), it is at least doubtful whether they can provide reparations to thousands of victims. Second, victims can lose their credibility as witnesses because they could have other interests in lawsuits as the remedies themselves. By the way, a condition that is no longer new, for *syndicats de témoins* cases

³² BARATTA, supra 16 at 203.

³³ SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 172.

³⁴ ICC Statute, article 75.

³⁵ HEMPTINNE, Jérôme de y JORDA, Claude. «The Status and Role of the Victim». CASSESE, Antonio; GAETA, Paola y JONES, John R. W. D. (ed.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002, Vol. II, pp. 1388-1389.

³⁶ SCHABAS, supra 33 at 175.

are known by now at the ICTR, designed to establish common argumentative lines aiming to ensure specific interests to processes³⁷.

Clearly the international criminal justice shifted from a complete neglect of the rights and interests of victims (as occurred in the ICTY and ICTR) to its recognition as an important part of the process of peace restoration is a very worthwhile modification. And in that sense, the creation by the ICC of a financial fund for reparations to victims, who will *presumably*³⁸ receive voluntary donations, fines and an amount seized or lost by the offenders, is a very interesting development. But the inclusion of the victim in the process changes the key proposals of the criminal procedure and excessively risks the model of criminal justice that is aimed to be produced in a democratic system.

After all, it produces a semblance of efficiency (a handful of victims is compensated) while one forgets to correct the fundamental problems that allowed universal crimes to happen. Moreover, it doesn't seem appropriate that only those participating in criminal proceedings (certainly a minority) benefit from these fund compensations. It is evident that the multiplicity of universal crimes victims seems to demand a resource management less accustomed to criminal matters and more tied to the financial proposals. This, incidentally, combines quite well with a prospective proposal.

Moreover, for purposes of meeting the victims' claims, processes such as truth and reconciliation commissions and reparations programs are better than the punishment of some accused as responsible for the crimes. Both because they are capable (if truly independent) to move closer to the facts as they have actually occurred, as they can get greater social penetration. For all that, these institutions serve more clearly to the interests of social reconciliation than criminal trials do³⁹. Definitely, as advocates LAFER, one should not consider the option for truth commissions, under these conditions, as a 'second best.'⁴⁰.

Anyway, in addition to recognizing victims a proper role in the restoration process (and not merely a *symbolic* one), manifestation of the general principle of prevention is essential. After all, no criminal phenomenon of large proportions, as a universal crime, appears to occur suddenly: it is always the low (and sometimes foreseeable) result of a wide range of factors. In fact, it is possible that one or another dictator is behind these social conflicts, but what leads to the condition of becoming dictators or gives them political and popular support is perfectly recognizable and, if verified before the fact happens, can avoid crimes in the future. One should remember that is not unusual for the rising of dictatorships to be supported (and sometimes even armed) by rich countries. In this context, the international role goes far beyond repression: it is to recognize the conflicts that gave rise to the possibility of the universal crime occurrence. This recognition allows the elaboration of corrective proposals for difficulties faced

³⁷ ZAPALLÁ, Salvatore. *Human Rights in International Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 232.

³⁸ *Ibid.*, 230.

³⁹ MINOW, supra n. 29 at 127.

⁴⁰ LAFER, Celso. «Justiça, História, Memória: reflexões sobre a Comissão da Verdade». *Paper presented at the international meeting 'História Contemporânea: Memória, Trauma, Reparação'*. Rio de Janeiro, Brazil, 10th May 2012.

by the analyzed society, thus of humanizing policies and programs capable of preventing future universal crimes or, at least, to mitigate their effects.

2. *A prospective proposal: rethinking the United Nations role*

International criminal courts are not capable of performing such a complex program. These bodies already have enough difficulties to fulfill their mandates and simpler functions, consuming the scarce personal and financial resources available. However, neither can they act alone, as their direct action on field turns them into key figures in the analysis of criminogenic factors. The right path seems to be a direct association between international criminal courts (or similar punitive institutions) and international bodies able to perform these tasks. To this purpose, the best structure available nowadays is the one of the 'UN family'⁴¹ which, by the broad international representation it has, ensures an international democratic proposal and, therefore, the positive materialization of universal criminal policy. From the joint use of the existing UN institutions, building a prospective outlook for universal criminal policy becomes more viable, especially as the international criminal tribunals and the UN have acted in the same fields, interacting directly into transitional justice areas, albeit in reasonably independent forms, when not excluding.

Even if originally the UN has had a much greater concern with the guarantee of peace (as a «third party» between states⁴²), leaving the question of human rights as a national issue, in recent decades the UN has taken the issue of human rights as an essential basis for action. Therefore, it was very important to crystallize the notion that peace is not possible without the guarantee of human rights⁴³ (and vice-versa). Also the fact that new international conflicts are no longer in the East-West direction, but North-South, with an eminently economic nature, implied the recognition that acting towards the protection of human rights is a powerful tool in ensuring peace and in the avoidance of universal crimes. It was in this line that a new configuration for the protection mechanisms for human rights was determined at the UN, moving from a subordinate role to the position of a strong protagonist in application, security, control and strengthening of human rights. Even if this new UN movement can be criticized for its shallowness⁴⁴, the United Nations Human Rights Council (UNHRC) emerges as very important result.

The abandonment of the original Commission on Human Rights, linked to the Economic and Social Council (ECOSOC), to build a new branch dedicated to human rights issues is emblematic. Unsurprisingly ECOSOC never worked satisfactorily, because it never managed to work up to the need for international protection of human rights. Well, if a good role was played on the indirect plan of creation of treaties and a forum for debate on the humanitarian

⁴¹ BLOKKER, Niels M. y SCHERMES, Henry G. *International Institutional Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 1691.

⁴² BOBBIO, Norberto. «Il Terzo Assente». BOBBIO, Norberto. *Il Terzo Assente: Saggi e Discorsi sulla Pace e la Guerra*. Milano: Sonda, 1989, p. 217.

⁴³ BOBBIO, Norberto. «I diritti dell'uomo e la pace». *Ibid.*, p. 101.

⁴⁴ CASSESE, Antonio. «La riforma delle Nazioni Unite: un'occasione mancata». *Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* (2005). In: <http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/cassese.htm> (accessed 29 March 2015).

issue, little progress was made in direct protection of human rights, because their reporting procedures and their shy manifestations about violations perpetrated by governments produced poor results. The deficient structure of ECOSOC, coupled with political difficulties of the Cold War, led to the UN's ineffectiveness in this field. However, the fall of the Berlin Wall led to the issue's redesign and a strong body was formed which has the power to protect and promote universal respect for human rights, guaranteeing equality and freedom for all⁴⁵: the Human Rights Council of the United Nations. Determined by the General Meeting on April 3, 2006, in the words of the UN itself, the UNHRC is '*an intergovernmental body within the United Nations system responsible for strengthening the promotion and realization of human rights around the globe and deal with situations of human rights violations and make recommendations on them.*'⁴⁶.

The new model is auspicious. Consisting of a clearly and plural form, the Council will not be removed from the political struggle that characterizes the international chessboard, but will allow a minimum debate and, open to public participation, it will be able to, at least, identify important issues on the question of humanitarian violations. But, more than that, it will serve as a forum to consider human rights in a practical, clear and effective way, indicating paths and new perspectives to be taken, also identifying key issues to be resolved to ensure human rights.

Actually, it is time for the UN to take its place as a *third party* also in terms of criminal justice. In this case it will no longer act as mediator in conflict, where it acts as the third party that prevents war and brings peace because it allows rational discussion that avoids the use of violence. In this new role, it should serve as an element that helps the social rearrangement of shattered States in which the human rights violations prevail - especially those that pile up the condition of universal crimes. Thus, it is no longer a third party between States: it becomes a third party between states and their citizens, and also a third party between international criminal justice and those subjected to its effects.

Adjustments are necessary, of course, for the system of international criminal justice to be able to fulfill this complex role. A rapprochement between the UNHRC and the ICC or other international criminal tribunals, can serve to complement an international penal policy – which already exists – to turn it into a universal criminal policy by connecting the limitative aspect to the prospective perspective.

There are normative subsidies that allow this approach among institutions: if this possibility is expressed in the constitution of the UNHRC, it is also perfectly possible in the Rome Statute of the ICC. The Resolution n. 60/251, which created UNHRC, established that the new body '*Decides also that the Council should address situations of violations of human rights, including gross and systematic violations, and make recommendations thereon. It should also promote the effective coordination and the mainstreaming of human rights within the United Nations system*'⁴⁷. With regard to the ICC Statute, the possibility of relationship with the United Nations

⁴⁵ United Nations General Assembly Resolution n. 60/251 (3rd April 2006).

⁴⁶ United Nations Human Rights Council. *Background information on Human Rights Council*. In: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx> (accessed 29 March 2015).

⁴⁷ UNITED NATIONS. United Nations General Assembly Resolution n. 60/251 (3rd April 2006), p. 3.

is in the preamble⁴⁸ and should be performed as determined by Article 2⁴⁹. In fact, following the determination of these devices, an agreement was signed between the two international bodies⁵⁰ identifying how this relationship would be, and it is in force since July 22 2004.

This kind of cooperation has always been expected, also because the ICC is seen as a body that somehow has the same goals of the UN Charter⁵¹. However, the reading of the agreement identifies that the relation between the two institutions is superficial. Although one organism recognizes the other and commits to assist it, the established rules exist only to facilitate the work of each organization. There are, of course, rules for exchange of information, mutual aid, but there is no clear mention of the construction of *common policies*. In other words, institutions understand each other by means of respect and good neighbor practices, but without speaking the same language or setting the same goals.

Indeed, reading the agreement demonstrates the concern that one body does not hinder the performance of the other - which becomes very clear when reading Article 18, with reference to cooperation between the Prosecutor and the UN regarding the exchange of information. In fact, one cannot say that the development of agreements between the two bodies is uncomplicated⁵². This condition is explained by the context in which the Rome Statute was created. As the Statute always intended to move away from the model of the UN Tribunals for the former Yugoslavia and for Rwanda, it intended to have the independence of the new Court very clear, especially with regard to the UN⁵³.

The lack of a conducting wire prevents recognizing a *system* of international criminal justice and undermines the achievement of the purposes of both the ICC and the UN. The former will still perform only repressively (with dubious results, as seen earlier) and the latter will compete with another institution to achieve its purposes – even if, *a priori*, their ends are the same! In fact, although they meet somewhat common goals, the two bodies need greater practical cohesion – a clear example of how the bureaucratization of International Law can be detrimental to the purposes which it idealizes⁵⁴. Hence, the interaction between these bodies

⁴⁸ ‘Determined to these ends and for the sake of present and future generations, to establish an independent permanent International Criminal Court in relationship with the United Nations system, with jurisdiction over the most serious crimes of concern to the international community as a whole’, ICC Statute, Preamble.

⁴⁹ «Relationship of the Court with the United Nations: The Court shall be brought into relationship with the United Nations through an agreement to be approved by the Assembly of States Parties to this Statute and thereafter concluded by the President of the Court on its behalf». ICC Statute, article 2.

⁵⁰ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT; UNITED NATIONS. *Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations*. In: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/916FC6A2-7846-4177-A5EA-5AA9B6D1E96C/0/ICCASP3Res1_English.pdf (accessed 29 March 2015). The important third article of the Agreement states that: «The United Nations and the Court agree that, with a view to facilitating the effective discharge of their respective responsibilities, they shall cooperate closely, whenever appropriate, with each other and consult each other on matters of mutual interest pursuant to the provisions of the present Agreement and in conformity with the respective provisions of the Charter and the Statute».

⁵¹ CONDORELLI, Luigi y VILLALPANDO, Santiago. «Relation of the Court with the United Nations». CASSESE, Antonio; GAETA, Paola y JONES, John R. W. D. (ed.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002, Vol. I, p. 222.

⁵² *Ibid.*, pp. 224.

⁵³ *Ibid.*, pp. 220-221.

⁵⁴ See Koskenniemi's critical approach to the bureaucratization and the technocracy in International Law. KOSKENNIEMI, Martii. «The Effect of Rights on Political Culture». KOSKENNIEMI, Martii. *The Politics of International Law*. Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011, pp. 133-152.

cannot be a simple «co-operation», or «joint operation», in which they seek individualized purposes. The work of both institutions must be absolutely intertwined and dependent, cohesive and in unison: the ICC cannot act alone, nor the Human Rights Council may act independently of the ICC. It is necessary that they communicate, thereby establishing how each of the two organizations will develop the same objective using the same parameters. This is a systemic action which the adequate provision of international criminal justice depends on and the only way to see a criminal policy aimed at ensuring universal human rights materialized.

Thus, the step forward that should be given is a reconstruction of this Agreement (possible by the determinations of its text), extending cooperation to a cohesive political action. The exchange of information cannot be timely made, performed for each particular action, but must serve to identify the proposals of each of the institutions in order to achieve a single objective: the systemic guarantee of future crimes avoidance by the universal protection of human rights. So it internationally achieves a synergistic competency of human rights protection.

This could be accomplished, for example, by the common start of investigations based on information that is received by both the Prosecutor of the ICC and the UNHRC. The creation of joint working groups between the ICC Prosecutor and the experts of the UNHRC would allow a joint perquisition between the two bodies: at the same time the Prosecutor can review the appropriateness of the situation and the validity of cases to be filed while the UNHRC can perform studies and identification of human rights violations that could be prevented by establishing lines of action. This then created program would be immediately put into practice by bodies of the UN family, by interested countries, international organizations or even the country involved, concomitantly with the repression identified as necessary by the prosecutor of the ICC. In this condition, the discussion between the ICC prosecutor and the relevant bodies of the Human Rights Council could indicate the best way to solve the problem, which can only be identified in the particular case: what is the scope of repression (always inevitably selective), if there is need for amnesties and to what extent, on social measures to be adopted, on the kind of restoration needed, etc.

The mutual support between the two bodies would substantially broaden the effectiveness of both. But also very importantly, the exceptional performance of retributive justice would be justified because it would complement and not constitute the sole or main focus of operation and response of the international community. More than that, given the condition of *ultima ratio* that shall be recognized on the criminal action, criminal prosecution could be sometimes seen as irrelevant. After all, the «interest of justice»⁵⁵ that the Rome Statute speaks about may require only a prospective operation. This is, incidentally, the performance tending to work better, since the preventive inefficiency of international criminal justice is already notorious⁵⁶.

At the same time, the Court's freedom will be preserved. Indeed, to the extent that only the prosecutor must be in contact with the prospective proposal, the jurisdictional bodies will not be contaminated with any non-judicial measure, because they will only act when it becomes necessary (as required by the Prosecution). Therefore, the intrinsic binding activity will only

⁵⁵ ICC Statute, article 53 (2), «c».

⁵⁶ Cf. GUAZZALOCA, Bruno y PAVARINI, Massimo. *Corso di Diritto Penitenziario*. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004.

ensure that the exercise of the international *ius puniendi* is accompanied inexorably of prospective proposals that tend to actually produce positive results in avoidance of universal crimes. Moreover, these prospective proposals could have the quest for truth, reparation of damages to victims, restoration of community and social appeasement as scope. Criminal justice, free from the weights it does not concern with and that undermine the limited role exerted by criminal courts, would only have the function of applying fair penalties. It would be the end of some problems recognized in current international criminal courts, caused by the inclusion of victims in the process, which, in addition to greatly extend their duration, still officially include the inevitable claim for revenge in the process.

Finally, this proposal of a complex criminal policy has the advantage of not constituting itself in a *prêt-à-porter* solution. Adaptive to every reality, it will only be able to be drawn *in loco*. However, it will always involve five core guidelines to be developed with more or less force according to each situation: (i) a prospective policy in the strict sense (in the sense of prospecting important information about the surroundings of criminal cases, useful both in verifying the criminal responsibility and the idealization of efficient public policies); (ii) a questioning policy (to investigate, according to the model of a «truth commission», the damage actually caused by the events that gave rise to the conflict: identification of the victims, extent of damage, etc.); (iii) a pedagogical policy (able to produce re-education for human rights within the political and civil society); (iv) a psycho-care policy (able to reconstitute the concepts of citizenship, nationality and human dignity in the population by valuing the individual within his/her social group); (v) a remedial policy (which seeks to bring the victims to the position closest to the *status quo ante*, as well as increase social cohesion and stabilization). Only under these conditions it is possible to speak of an effective criminal policy that goes beyond the mere penal policy proposal – that's the model that can be called a *universal criminal policy*.

IV. CONCLUSIONS ON HOW TO BUILD A UNIVERSAL CRIMINAL POLICY

Finally, it is convenient to indicate that the ICC performance or any international criminal court focused the way here proposed, does not prevent the evils that criminal justice may cause. But at least it implies positive effects on it.

First, it provides a performance in various perspectives: enabling the understanding of problems and damages caused by universal crimes, recognizing and determining pedagogical practices for universal crimes avoidance, allowing the recognition of socioeconomic fractures that give rise or facilitate universal crimes, and ensuring the construction or reconstruction of new democratic proposals that ensure rights and legitimate political regimes. In fact, given the evident failure of the «penal solution», one can no longer claim that this must be the only appropriate response of the international society for universal crimes. Indeed, in the words of Cassese, '*it is not enough to react ex post, after the massacres occurred. One must create preventive mechanisms or mechanisms capable of blocking mass exterminations when of its birth*'⁵⁷.

Finally, it is worth mentioning that this new form of international criminal justice has also another important consequence: it increases the number of agents thinking about the conflict,

⁵⁷ CASSESE, *supra* 30 at 169.

therefore raising the level of democracy. Obviously, understanding that International Law is essentially a manifestation of politics, the construction of a universal criminal policy will not prevent this condition. But the involvement of a larger number of agents allows a democratic radicalism⁵⁸ that ensures discussion, debate and production of plural solutions, as is natural in the democratic model. Moreover, the mandatory participation of the UNHRC in applying international criminal justice will tend to indicate a path to universal criminal policy and to the inevitable politicization of international repression: it will be what one might call a humanitarian politicization, since animated by an axiological content of legal-humanist nature.

That's how one can win a new model of international criminal justice in which, far more than the criminal liability of some criminals, it guarantees the attempt to correct social inequities that prevent democracy and ensure humanitarian models. It's just how one can walk towards a *Kantian citizenship*: a real universal citizenship. Otherwise, the risk is to build a «international Penal State» that only serves as maintenance of a pernicious *status quo*. Well, the non-recognition that social rights constitute the minimum necessary to the identification of international citizenship transforms the State – and, in this case, the international power system – in a system which is purely criminal, authoritarian and violator of human rights and citizenship⁵⁹.

In the opinion of BOBBIO, the two major problems of our time are the issues of human rights and peace⁶⁰. By agreeing with the Italian professor, it becomes imperative to rethink the international criminal justice also in these terms. And if it is necessary, in the words of that author, to move the «social issue, which was born within States, i.e., with regard to the relationships between classes within a single State, to the relationship between States, i.e., making social issues a matter of planetary dimensions⁶¹», the prosecution cannot be conceived independently of the social issue that guarantees a minimum essential dignity to every human being. At least, not an honest criminal justice, the only that has room in a democratic international order.

BIBLIOGRAPHY

- ASP, Peter, et al. «European criminal policy initiative. Manifesto sulla politica criminale europea». *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* v. 3 (2010).
- BARATTA, Alessandro. *Introduzione alla Sociologia Giuridico-Penale: Criminologia Critica e Critica del Diritto Penale*. Bologna: Lorenzini, 1980.
- . «Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale». BARATTA, Alessandro Baratta (ed.). *Dei Delitti e Delle Pene*, anno III, n. 3 (1985).
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁵⁸ KOSKENNIEMI, Martii. «Human Rights, Politics and Love». KOSKENNIEMI, Martii. *The Politics of International Law*. Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011, p. 167.

⁵⁹ Zolo, referencing Wacquant, refers to the changing from the «Social State to the Penal State». ZOLO, Danilo. I diritti umani, la democrazia e la pace nell'era della globalizzazione. *Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* (2005), <http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/braga.htm> (accessed 29 March 2015).

⁶⁰ BOBBIO, supra n. 43.

⁶¹ Ibid., p. 101.

- BLOKKER, Niels M. y SCHERMES, Henry G. *International Institutional Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Il Terzo Assente*. BOBBIO, Norberto. *Il Terzo Assente: Saggi e Discorsi sulla Pace e la Guerra*. Milano: Sonda, 1989.
- . I diritti dell'uomo e la pace. BOBBIO, Norberto. *Il Terzo Assente: Saggi e Discorsi sulla Pace e la Guerra*. Milano: Sonda, 1989.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CASSESE, Antonio. *I Diritti Umani Oggi*. Bari: Laterza & Figli, 2007.
- . «La riforma delle Nazioni Unite: un'occasione mancata». *Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* (2005). In: <http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/cassese.htm>.
- CONDORELLI, Luigi y VILLALPANDO, Santiago. «Relation of the Court with the United Nations». CASSESE, Antonio; GAETA, Paola y JONES, John R. W. D. (ed.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les Grands Systèmes de Politique Criminelle*. Paris: PUF, 1992.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.
- GUAZZALOCA, Bruno y PAVARINI, Massimo. *Corso di Diritto Penitenziario*. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004.
- HEMPTINNE, Jérôme de y JORDA, Claude. «The Status and Role of the Victim». CASSESE, Antonio; GAETA, Paola y JONES, John R. W. D. (ed.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- KOSKENNIEMI, Martii. «Human Rights, Politics and Love». KOSKENNIEMI, Martii. *The Politics of International Law*. Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011.
- . The Effect of Rights on Political Culture. KOSKENNIEMI, Martii. *The Politics of International Law*. Portland/Oxford: Hart International Publishers, 2011.
- LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- . «Justiça, História, Memória: reflexões sobre a Comissão da Verdade». *Paper presented at the international meeting 'História Contemporânea: Memória, Trauma, Reparação'*. Rio de Janeiro, Brazil, 10th May 2012.
- MINOW, Martha. *Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence*. Boston/Massachusetts: Beacon Press, 1998.
- MOCCIA, Sergio. *Il Diritto Penale tra Essere e Valore: Funzione della Pena e Sistematica Teleologica*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006.
- . *La Perenne Emergenza – Tendenze Autoritarie nel Sistema Penale*. Seconda edizione. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1997.
- PAVARINI, Massimo. «Un Diritto Penale Senza Stato». *Conference for the presentation of the book Introduzione al diritto penale internazionale*. Bologna, Italy, 12 March 2007.
- REISMAN, W. Michael. «Acting Before Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder». *Case Western Reserve Journal of International Law* 40 (2007-2009).
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997.
- . *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. 2ND ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- SCHABBAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. Second edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

- . Penalties. CASSESE, Antonio; GAETA, Paola; JONES, John R.W.D. *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal – Tomo II*. Madrid: Editorial Reus, 1999.
- WIPPMAN, David Wippman. «Atrocities, Deterrence, and the Limits of International Justice». *Fordham International Law Journal* 23 (1999-2000).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crímenes de Masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2010.
- . *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1989.
- ZAPALLÁ, Salvatore. *Human Rights in International Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- ZOLO, Danilo. «I diritti umani, la democrazia e la pace nell'era della globalizzazione». *Jura Gentium – Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale* (2005), <http://www.juragentium.org/topics/wlgo/it/braga.htm>.

Pretendidas justificaciones de la cadena perpetua a la luz de las teorías sobre el fin de la pena

SILVIO CUNEO NASH (Italia)

Investigador Doctorando, Universitat Pompeu Fabra, España

RESUMEN: Muchas sociedades contemporáneas han ido suprimiendo y limitando la pena de muerte. Asimismo existe una tendencia a no aplicar penas privativas de libertad para delitos menores por los efectos criminógenos que éstas generan en los penados. Por otra parte, las penas perpetuas o extensas se mantienen y aumentan sin una justificación teórica o filosófico-jurídica de las mismas por parte de las leyes que las contemplan.

En este artículo intentaremos responder diversas interrogantes sobre las posibles justificaciones de la cadena perpetua, analizando las diversas teorías sobre el fin de la pena y viendo, con cada teoría, si es posible justificar la cadena perpetua u otras penas privativas de libertad de larga duración.

Palabras clave: cadena perpetua, prevención general, prevención especial, retribución, etapas del desarrollo psicosocial.

ABSTRACT: Many contemporary societies have suppressed and limited death penalty. There is also a tendency not to apply measures involving the deprivation of liberty for minor offences, because of the criminogenic effects these sanctions have on convicts. On the other hand, life sentences and very long sentences increase without having a theoretic or juridical-philosophical justification in the laws where they are applied or enhanced.

This paper tries to answer various questions about possible justifications for life sentence. It analyzes the different theories about the purpose of punishment, trying to determine if any of them can justify life sentence or long-time punishment.

Key words: life sentence, general prevention, special prevention, retribution, psychosocial development stages.

SUMARIO: I. Introducción. II. Compatibilidad entre cadena perpetua y teorías sobre el fin de la pena. III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Tras preguntarnos por la compatibilidad de las teorías sobre el fin de la pena con la cadena perpetua concluimos que desde algunas teorías relativas la justificación vendrá dada por datos fácticos que verifiquen el cumplimiento de los fines esperados. Para las teorías absolutas, en cambio, la cadena perpetua no resulta compatible. Esto, principalmente por dos razones: las teorías absolutas conciben a los delincuentes como personas responsables de sus actos y, en consecuencia, deben tratarlos como tales a la hora de juzgarlos, condenarlos y en todo momento en el que cumplan la pena, por lo que resultan incompatibles penas que deshumanicen al condenado. Por otra parte, la retribución a la hora de sancionar mira al *Yo*, a la identidad del sujeto, la que con el tiempo cambia, lo que necesariamente supone que en un momento ya no podremos retribuirle la culpa a un sujeto por un delito perpetrado después de tanto tiempo.

I. *Interrogantes en torno a la cadena perpetua*

La cadena perpetua y las penas privativas de libertad de extensa duración son cuestionables tanto por los devastadores efectos que generan en los penados¹ como por los elevados costos que significa su mantención en las sociedades actuales. Al respecto nos surgen diversas interrogantes sobre las que esperamos dar elementos para una mejor comprensión:

¿Cabe en una sociedad democrática una pena que suprime al penado? ¿Es la cadena perpetua un residuo de sociedades bárbaras? ¿Son menos democráticos los Estados que la contemplan como sanción? ¿Se puede justificar la cadena perpetua a la luz de alguna teoría sobre el fin de la pena? ¿El presidio perpetuo satisface los requerimientos utilitarios de la prevención general y especial? ¿Puede justificarse desde una perspectiva retribucionista? ¿Es compatible con el reconocimiento de la dignidad humana?

No existiendo estudios empíricos que demuestren que las cárceles puedan disminuir delitos, antes bien se ha demostrado que o los dejan inalterados o los aumentan. ¿Es compatible la cadena perpetua con la idea de reeducación?

Por otra parte, si no podemos condenar a nadie a perpetuidad, ¿qué hacemos con aquellos delincuentes que no pueden reinsertarse? ¿Es, en la realidad penitenciaria, distinta la pena que la medida de seguridad?

Además, si las teorías del tratamiento reeducador han fracasado e incluso se ha demostrado que la cárcel es criminógena, impulsa la reincidencia y genera un estigma social etiquetando al delincuente², ¿influirán estos estudios empíricos en cómo debemos justificar las penas?

¹ Sobre los efectos de las penas privativas de libertad, los estudios de campo se remontan a los años cuarenta del pasado Siglo. Sobre esto véanse: CLEMMER, *The Prison Community*, 1958 (originalmente publicado en 1940), GOFFMAN, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, 1992 (originalmente publicado en 1961), GOZZANO, *Compendio di psichiatria clinica e criminologica*, 1971, pp. 240-246, LIEBLING y MARUNA, «Introduction: the effects of imprisonment revisited», 2005, pp. 3 y ss.

² Sobre la teoría del etiquetamiento puede consultarse LARRAURI, «¿Para qué sirve la criminología?», 1999, pp. 8 y ss.

II. COMPATIBILIDAD ENTRE CADENA PERPETUA Y TEORÍAS SOBRE EL FIN DE LA PENA

A continuación intentaremos ver si la cadena perpetua puede justificarse según las diversas teorías sobre el fin de la pena. Partiremos analizando las teorías relativas o preventivas y luego las absolutas o retributivas. No examinaremos las teorías mixtas, las que para nosotros no pasan de ser una yuxtaposición de doctrinas absolutas y relativas. Para éstas, la justificación de la cadena perpetua puede ser mucho más estricta, porque requiere que se justifique desde una perspectiva absoluta y relativa, como lo hace ROXIN, o bien puede consistir en la combinación de criterios de fundamentación absolutos y relativos. Tampoco nos detendremos en las teorías negativas de la pena, puesto que como ellas niegan que la pena tenga legitimación, claramente no justifican la cadena perpetua.

Si bien autores como Rafael ALCÁCER³ distinguen para justificar las penas criterios empíricos o instrumentales de aquéllos valorativos o ético-políticos, para nosotros esta diferenciación no tendría gran importancia, porque respecto de las teorías relativas o preventivas, que sólo buscan generar algún efecto en el *futuro* y no suponen una desvaloración de un acto *pasado*, bastaría la comprobación empírica de eficacia de la pena para justificar o no una sanción. Por ejemplo, si un drástico aumento de penas para el delito de manejo en estado de ebriedad logra demostrar empíricamente que éste se reduce, podríamos decir que, desde una perspectiva preventivo-general –y quizá también especial–, dicha sanción encuentra justificación. Por otro lado, si tras un estudio histórico podemos concluir que la hoguera no logró disuadir a los iniciados en hechicería y que incluso supuso un fomento del estudio de la magia, para la brujería y la hechicería, dicha sanción, desde criterios preventivo-generales, no podría justificarse, pero sí desde criterios de prevención especial negativa, ya que el brujo que encontró la muerte en la hoguera no podrá seguir perpetrando delitos de nigromancia, al menos desde este mundo⁴. En conclusión, respecto de la prevención, como ésta no supone un desvalor de una conducta *del pasado*, sino sólo un instrumento tendiente a la evitación de delitos *futuros*, o como su nombre lo indica, a *prevenir* delitos, carece de sentido preguntarnos por alguna legitimación o justificación que diga relación con valores. Por otro lado, la retribución, consistiendo ésta en una desaprobación, en una desvaloración pública que se concreta en la pena, aquí sí tiene sentido hablar de justificación valorativa o ético-política, puesto que la retribución se mueve en el mundo de los valores.

³ ALCÁCER. «Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política». *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1998, p. 378.

⁴ El ejemplo, si bien parece caprichoso no lo es en absoluto, ya que cuando para el poder punitivo el enemigo era Satán, la muerte de brujas, magos y hechiceros se presentaba como una empresa piadosa. Sobre la muerte de Giordano Bruno en el año 1600 puede verse nuestro trabajo «Giuliano Montaldo y la pena de muerte», capítulo integrante de CUNEO, *Cine y Derecho penal*. Para ZAFFARONI «[d]esde su origen mismo, el poder punitivo mostró su formidable capacidad de perversión, montada –como siempre– sobre un perjuicio que impone miedo, en este caso, sobre la vieja creencia vulgar europea en los *maleficia* de las brujas, admitida y ratificada sin tapujos por los académicos de su tiempo». En, ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho penal*, p. 33. Sobre los pactos diabólicos véase OLMOS, Fray Andrés de, *Tratado de hechicerías y sortilegios*.

I *Las teorías relativas*

a) La prevención general

Para la prevención general (positiva y negativa) la cadena perpetua se puede justificar sólo si se comprueba empíricamente que ésta previene delitos. Esta formulación choca con dos problemas prácticos. Por una parte, parece difícil dicha compatibilización porque la experiencia demuestra que crímenes castigados durante grandes períodos de tiempo con penas severas se siguen cometiendo, lo que hace difícil conciliar cualquier pena con la prevención general. Y, por otro lado, resulta difícil saber si es la pena la que genera el efecto preventivo o si, más bien, la mayoría de las personas no suelen cometer delitos no por temor a una pena, sino por otro tipo de consideraciones de carácter ético. Si bien la prevención general no parece encontrar impedimentos axiológicos para justificar y defender la cadena perpetua, sí parece difícil demostrar que esta sanción consiga los efectos esperados.

Ya desde Beccaria se viene diciendo que la prevención de los delitos se consigue más por la *certeza* de la pena que por su *severidad*. Entonces, si el marqués lombardo tiene razón parece complejo otorgarle legitimidad a la cadena perpetua, al menos, desde la prevención general.⁵ En este mismo sentido, para SILVA SÁNCHEZ «mientras los incrementos en la *severidad* de las penas no tienen efectos preventivos comprobados, éstos si resultan del reforzamiento de los factores que inciden en una mayor *certeza* de la sanción (...) si el aumento de la certeza de las sanciones penales (y por tanto, en general, el aumento de la certeza de que el sistema penal funcionará satisfactoriamente) supone incrementos verificables en la eficacia preventiva de las normas, ello es indicativo de que el Derecho penal en su conjunto intimida más de lo que intimidaría su ausencia»⁶ 7.

El principal problema de la justificación empírica de la cadena perpetua radica en que dicha pena sólo se ha aplicado respecto de delitos de gran gravedad, y precisamente los autores de estos delitos son normalmente difíciles de amedrentar; por ende, la amenaza intimidatoria difícilmente producirá los efectos buscados por esta pena. Paradójicamente sería posible concluir que la cadena perpetua sería justificable, desde la prevención general, si se castigara con esta

⁵ La afirmación de que el Derecho penal no intimida ha sido sostenida por varios autores. Para MUÑOZ CONDE, «[e]n ningún caso se puede aceptar (...) que las leyes penales cooperan productivamente en el aumento o en la disminución de la criminalidad», *Derecho penal y control social*, p. 125; para BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, los efectos preventivo-generales no serían comprobables empíricamente, en *Lecciones de Derecho penal* (vol. I).

⁶ SILVA. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 352 y 353.

⁷ Diversos estudios han demostrado que más importante que la gravedad de la sanción lo es su probabilidad. Sobre el particular: LIEBERMAN. *Learning, Behavior and Cognition*, 1993; AZRAN. «Fixed Ratio Punishment», 1963; LANDE. «An Irresponsible Time Analysis of Variable-Ratio Punishment», 1981; entre otros. Otro factor importante disuasivo lo constituye la dilación, en el sentido que una sanción próxima a la perpetración de un delito puede ser más disuasiva que una más grave si es más inmediata. Al respecto: SOLOMON, TURNER y LESSAC. «Some Effects of Delay of Punishment on Resistance to Temptation in Dogs», 1968 y LOEWENSTEIN, «Out of Control: Visceral Influences of Behavior», 1996. Sobre el estudio de SOLOMON, TURNER y LESSAC, hay que ser sumamente cautos puesto que no nos parece que puedan ser comparables las reacciones de los animales sancionados con las de personas sancionadas. Resulta difícil, si no imposible, que un perro entienda el por qué de una sanción por algo que hizo hace una semana. En cambio creemos que un hombre puede entender el por qué de una sanción aplicada meses e incluso años después de la perpetración de su delito.

pena el manejo en estado de ebriedad o algún delito de cuello blanco. En cambio, parece difícil justificarla respecto de violaciones y asesinatos.

Tampoco nos atrevemos a afirmar que con esta pena se aseguren los fines de paz social buscados o queridos por la prevención general positiva, aunque podría argumentarse que esto sí se produce basado en antecedentes concretos. Al respecto desconocemos estudios empíricos que puedan acreditar esta eficacia preventivo general positiva y no nos imaginamos cómo podrían elaborarse. En conclusión, creemos que la cadena perpetua no podría justificarse en base a criterios de prevención general negativa y no tenemos una respuesta categórica respecto a su modalidad positiva.

b) La prevención especial

En principio, respecto a la prevención especial *negativa* sí podría justificarse la cadena perpetua, porque el sujeto inocuizado no podrá perpetrar delitos contra la comunidad libre. Sin embargo, como se habrá advertido de la afirmación anterior, esto supone desconocer la dignidad de las personas privadas de libertad, ya que su seguridad valdría nada o menos que la de quienes se encuentran en libertad. Lo único que se puede esperar de una pena privativa de libertad, de corta o de larga duración, es que los internos no puedan perpetrar delitos en la comunidad libre, pues, como observa HENTIG, «[n]umerosos delitos se producen en las cárceles, desde los comunes atentados contra la propiedad, hasta falsificaciones documentales y de moneda, extorsiones, tráfico ilegal de alcohol y estupefacientes, violaciones, riñas y, desde luego, homicidios»⁸. Hoy, además, se cometen múltiples delitos desde dentro de las cárceles hacia la comunidad libre, por ejemplo, estafas telefónicas. Asimismo, grupos de crimen organizado, mafias y narcotraficantes, suelen reclutar a sus *soldados* en las prisiones, los que, una vez libres, y por falta de otras oportunidades, entran rápidamente a las filas de estos grupos organizados. En estas circunstancias parece quimérico afirmar que la privación de libertad significa que el interno no cometerá delitos. Las cárceles distan mucho de ser un lugar donde se cumple una pena sólo privativa de libertad en la que sus presos conviven sin perpetrar crímenes preparándose para la tan anhelada reinserción social. Antes bien, todo lo contrario: los niveles de violencia y la constante comisión de delitos en la mayoría de las cárceles son muy superiores que en la comunidad libre,⁹ llegando incluso varios de los delitos perpetrados por los internos a tener repercusiones fuera de la cárcel (falsificación de moneda, tráfico de drogas, etc.). Sin embargo, es claro que al menos respecto de la sociedad libre las posibilidades de perpetrar delitos desde la cárcel son muy inferiores en relación con las que tiene un sujeto en libertad. Por ende, si esta teoría es capaz de desconocer la dignidad o la calidad de personas de los presos, bien podría justificarse para éstas la cadena perpetua¹⁰.

⁸ Citado por GUZMÁN DÁLBORA, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, p. 201.

⁹ Como solución al hacinamiento de las prisiones nigerianas las autoridades de dicho país habían decidido reanudar la ejecución de presos. Más información en: <http://www.amnesty.org/fr/library/asset/AFR44/010/2010/fr/68399f62-e72f-448a-8b51-fb532ca8f8a8/af440102010es.html>

¹⁰ La reserva de la categoría de *persona* sólo para algunos seres humanos ha sido defendida por diversos autores que, de una u otra manera, han legitimado un poder punitivo de carácter totalitario o con incrustaciones de corte autoritario. Por ejemplo, Carl SCHMITT como jurista del nacionalsocialismo y defensor del Estado absoluto participó en la creación de leyes tendientes a purificar al III Reich de la *contaminación judía*; o JAKOBS,

Para la prevención especial *positiva* podría justificarse la cadena perpetua sólo si consideramos que existen sujetos cuya resocialización es imposible. Es decir, esta teoría justificaría la cadena perpetua sólo respecto de los *delinquentes incorregibles*¹¹, utilizando la denominación de VON LISZT y de FERRI. Es decir, para que esta teoría, que profesa la resocialización, pueda justificar la pena perpetua, es necesario que crea en la existencia de *seres inferiores* a los que es necesario separar de la convivencia social.

2 *La retribución*

Para la retribución la cadena perpetua no puede justificarse, y esto por dos motivos vinculados entre sí. En primer lugar, porque si la retribución, como desvaloración, concibe a los delinquentes como personas responsables de sus actos, debe seguir entendiéndolos como tales a la hora de condenarlos y en todo momento en el que cumplan la pena. Es decir, para la retribución los delinquentes son personas porque responden de sus actos y al momento de responder, esto es, al cumplir la pena, siguen siendo personas, por lo que quedan fuera penas que deshumanicen al condenado. El segundo motivo por el que pensamos que la retribución no puede justificar la cadena perpetua es porque la retribución a la hora de sancionar mira al *Yo*, a la identidad del sujeto, la que, con el tiempo, cambia, lo que necesariamente supone que en un momento ya no podremos retribuirle la culpa a un sujeto por un delito perpetrado hace tanto tiempo. Partiremos analizando el primero de los motivos y reservaremos para el final la argumentación acerca del cambio de la identidad del sujeto por el paso del tiempo.

a) La retribución necesariamente lleva a una concepción de un Derecho penal antropológicamente fundado, un Derecho penal de hombre y para hombres¹², en el que no puede dejar de verse en el condenado a un semejante. Por eso las penas perpetuas son inadmisibles, por su radical inhumanidad, al paso que en el concepto de retribución está inscrita la persona como

para quien «un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede disfrutar de los beneficios del concepto de persona», en JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, p. 40. Tales concepciones, aunque se autodenominen «meramente descriptivas» y que ostenten asepsia científica abundan en la historia del Derecho penal y han contribuido a «[r]omar con naturalidad y hasta considerar revolucionarias la esterilización y la castración como medidas de policía preventiva, la profusión de penas de muerte, la ejecución de adolescentes, considerar delito la relación sexual con judíos o negros, los campos de concentración incluso para quienes no cometieron ningún delito», etc., en ZAFFARONI, «Introducción», p. 10. En el mismo sentido, observa MUÑOZ CONDE: «Grispigni describe la decidida aceptación en los textos jurídico-penales nacionalsocialistas de sanciones tales como la *esterilización* de enfermos con enfermedades hereditarias, asociales, alcohólicos, etc.; la *castración* de delinquentes sexuales peligrosos; y la aplicación a menores de edad peligrosos de penas previstas para delinquentes adultos, incluso la pena de muerte. Y describe y entiende esas reformas como la consecuencia de una concepción del derecho penal basado en la idea de peligrosidad y que no tiene otra misión que la defensa social» (en «Apéndice», pp. 102 y 103). El mismo GRISPIGNI no formula ninguna expresión, ni expresa ni tácita, «contra el hecho mismo de la esterilización o castración de delinquentes o asociales como sanción criminal», MUÑOZ CONDE, p. 106.

¹¹ Bien podría tratarse de sujetos indisciplinables.

¹² La denominación la tomamos de RIVACOBIA «Introducción al estudio de los principios cardinales de Derecho penal», pp. 57-72. Este artículo estaba destinado a ser la introducción de un libro que se titularía *Los principios cardinales del Derecho penal*, proyecto que quedó inconcluso tras la muerte de Rivacoba. Varias de las ideas que se plantean en esta parte del trabajo formarían parte de dicho libro, pero no llegaron a ser escritas por el autor. Las utilizaremos sin señalar cita, puesto que la fuente era el propio RIVACOBIA quien nos las transmitió en clases y en amenas conversaciones.

fin, no como medio. Esta concepción se opone tanto a quienes proponen, justifican o legitiman planteamientos que conciben la existencia de seres humanos que no sean personas como a un pretendido Derecho penal del enemigo¹³.

Esta primera limitación se funda en un *principio de humanidad* que concurre en toda retribución bien entendida¹⁴. Sobre la base de la seguridad y a través de ella se llega a la humanidad, a la comunidad pura, a la convivencia, que no es sólo coexistencia. El principio de humanidad supone también un sentido solidario, individualista, que no es egoísta, y que lleva a realizar la humanidad tanto en lo colectivo como en lo individual.

No se trata de una humanidad entendida como buenos sentimientos, sentimentalismo, ternura del corazón ni del lenguaje de las lágrimas, sino que de la humanidad del Derecho penal concebida en sentido objetivo. Esta humanidad, si bien tiene un sentido colectivo, culmina en un sentido individual, porque concibe al hombre como sujeto de dignidad, titular de un destino personal e intransferible, con capacidad de soñar y desplegar su actuar con una serie de posibilidades implícitas para hacer posible esa comunidad, esa convivencia.

Esto hace que lo que le dé sentido al Derecho penal sea precisamente este principio de humanidad. Por esto, el Derecho penal para esta concepción liberal tiene que ser mínimo, *ultima ratio* y tiene que llevar a un sentido reductivo, minimizador, que no necesariamente es abolicionista, porque efectivamente el individuo debe responder de sus actos cuando éstos ofendan de manera insoportable bienes jurídicos de valoración colectiva, pero porque debe primar el interés individual al colectivo: a la hora de penar, debe emplearse la mínima aflicción, sólo aquella que sea indispensable.

Un Derecho penal liberal, humanizado, que se aplique a una comunidad de seres libres, *librevolentes como autofines*, tiene necesariamente que ser un Derecho penal reducido y fragmentario. Un Derecho penal autoritario, en cambio, no es fragmentario.

Lo menos que se puede hacer, en virtud del principio de humanidad, es rebajar las penas, descriminalizar, despenalizar, desjudicializar conductas. Hay que sacar cosas del Derecho penal y propiciar modelos de resolución de conflictos.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, se debe tener presente que el proceso reductivo tiene una contrapartida, cual es la necesidad de crear nuevos delitos y nuevas penas. Sin embargo, a la hora de crear nuevos delitos, hay también que crear nuevas condenas que estén en sintonía con el principio de humanidad, penas humanas, de hombres y para hombres. Así como el abolicionismo revolucionario cuestionó la pena de muerte, hoy se debe discutir, además de la pena capital, las de privación de libertad, especialmente las de larga duración, y todas las penas que excluyan al penado.

En virtud del principio de humanidad se deben descartar penas que traten al delincuente como no-hombre, que lo excluyan, como la pena de muerte o la reclusión, que en períodos más o menos prolongados rompe con la convivencia y anula la personalidad. Una reclusión

¹³ Para ZAFFARONI «[t]odo discurso penal que acepta o legitima la existencia de enemigos no sólo arrastra un elemento de estado absoluto, sino que implica una semilla de genocidio, y si ningún accidente detiene el curso que desencadena, su resultado final es la masacre.» En «Introducción», p. 25.

¹⁴ MAYER, Max Ernest, se ocupa de la idea de humanidad como la idea del Derecho, en *Filosofía del Derecho*.

prolongada más allá de ciertos límites –15 años, por ejemplo– causa graves daños irreversibles de la personalidad. Penas de veinte o más años son, en los hechos, perpetuas, pues, aunque se vuelva a la libertad, se vuelve aniquilado.

Si bien nadie niega de plano el principio de humanidad, éste se deforma por las distintas maneras que adoptan los diversos ordenamientos. Como vimos en la parte dos de este trabajo, las doctrinas preventivistas no concuerdan con este principio, pues rebajan la humanidad y la dignidad del hombre, transformándolo en un mero instrumento para fines fijados por otros. En la retribución, en cambio, se concreta la desvaloración en la pena, pero no se excluye al penado de la convivencia.

Hay que tener presente las palabras de GOETHE, en el sentido de que *tanto si se ha de castigar, como si se ha de tratar con dulzura debe mirarse a los hombres humanamente*, en una comunidad de seres libres y fines en sí mismos. Y ser fin en sí es ser sujeto de dignidad. El reconocimiento de la dignidad es la base para designar la igualdad, puesto que en dignidad no hay nadie más digno, somos todos igualmente dignos. En dignidad se excluyen las jerarquías. El Derecho penal que no es liberal es sólo un fenómeno de poder, es puro poder punitivo y no Derecho.

Respecto a los límites máximos (necesarios para una bien entendida retribución) que debe tener una pena privativa de libertad, algunos autores se han aventurado a fijar un tiempo determinado. Así, si para GUZMÁN DALBORA «la exclusión irreversible y total de un sujeto de la libre relación jurídica, contradice el concepto de la pena por la culpabilidad, que se orienta a restituir esa relación»¹⁵, la pena debe limitarse y «[c]omo se estima que la degradación física y psíquica ya no tiene remedio después de diez o quince años, estos son también los límites máximos recomendados para las sanciones» privativas de la libertad¹⁶.

Para VON HIRSCH, que plantea una teoría del merecimiento aplicada en forma benigna, la prisión «debe estar limitada para delitos graves (fundamentalmente para delitos violentos y para los casos más graves de criminalidad de cuello blanco), y la duración de la privación de libertad para estos delitos debería ser de hasta 3 años –excepto para el homicidio, donde cinco años sería el límite normal–»¹⁷. Por su parte, KLEINIG basándose no tanto en una teoría del merecimiento como en la idea de trato humano y decente a los seres humanos, propone como límite máximo una pena de 25 años¹⁸.

b) La retribución mira al *Yo*, a la identidad personal del sujeto, la que con el tiempo cambia. Por ende, parece pertinente una pregunta ulterior sobre la identidad personal del *Yo*.

Afortunadamente, «[e]n el Derecho penal de nuestros días no se suele discutir la vigencia de un principio llamado de *personalidad de las penas*, según el cual la pena debe ser impuesta al sujeto considerado *responsable* del delito, que es quien tiene que soportarla»¹⁹ ²⁰. Este principio junto al de *responsabilidad por el hecho propio* integran el *principio de culpabilidad en sentido*

¹⁵ GUZMÁN DALBORA, José Luis. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, p. 200.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 204.

¹⁷ VON HIRSCH. *Censurar y castigar*, p. 80.

¹⁸ Citado en VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, p. 74.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ. «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal», p. 662.

²⁰ Al parecer, el primero en intuir este principio habría sido Dante ALIGHIERI. Así al menos lo piensa CARRARA, Francesco: «Dante criminalista», pp. 647 y ss.

*amplio*²¹ en base al cual sólo se puede penar al mismo sujeto que cometió el delito y que se consideró responsable tras un juicio penal. Al contrario, cuando la pena recae en un sujeto distinto al que perpetró el delito se vulnera el principio de culpabilidad. La exigencia de identidad del sujeto equipara identidad individual a identidad corporal²². Al parecer, lo que hay tras la exigencia de *identidad personal* y del principio de culpabilidad es la idea de merecimiento, esencial a toda retribución²³. Pero ¿qué es identidad personal?

Para contestar a esta pregunta habría que analizar, al menos, dos claras corrientes filosóficas: por una parte, los *empiristas o reduccionistas*, quienes en base a los cambios físicos y psíquicos que experimenta el sujeto con el paso del tiempo, niegan la identidad personal de éste en distintos momentos²⁴. Para ellos, no pudiendo afirmarse la existencia de una identidad personal, a lo sumo podría hablarse de «mera *comunidad* de estados mentales sucesivos, fases o etapas personales»²⁵. A partir de esta concepción procedería plantearse si podemos responsabilizar penalmente a un sujeto en un tiempo posterior a la comisión de un delito (en tiempo 2), entendiéndolo sucesor de ese *aparentemente mismo sujeto* por un delito cometido en un tiempo anterior (en tiempo 1). Como parece difícil sostener que no habría que responsabilizarlo, la pregunta más pertinente, a nuestro juicio, sería si a partir de algún cambio (paso de un determinado lapso de tiempo o de un hecho traumático) podríamos, o no, reducir o anular dicha imputación.

Para la otra corriente, la *metafísica*, sí existiría identidad personal en el sujeto en diversos momentos. Habría «una identidad personal sustancial basada en la permanencia de los componentes corporal y espiritual del sujeto (...) se trata de una permanencia esencial»²⁶. Como se comprenderá, para esta tesis ni el paso del tiempo ni hechos trascendentes cambiarían la esencia individual. Por ende, no habría ningún problema en atribuir responsabilidad por un delito pasado, aunque hayan transcurrido varios decenios, puesto que se trataría del *idéntico mismo sujeto*. Normalmente, para los distintos ordenamientos jurídico-penales «la identidad personal se imputa»²⁷. Sin embargo, parece necesario limitar dicho concepto normativista, por motivos prácticos y de justicia²⁸. La doctrina penal pasa por alto que el sujeto muta y asume que el sujeto siempre es el mismo (así se imputa); los límites temporales que se establecen por el Derecho penal están más relacionados con criterios prácticos que con una supuesta mutación del yo.

Según MERKEL, a los requisitos tácitos de la imputación penal pertenece la suposición de que los sujetos de actuaciones penales significativas permanecen en el curso del tiempo idénticos a sí mismos como personas²⁹. Sin embargo, para este autor en determinadas situaciones esta

²¹ SILVA SÁNCHEZ. «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal», p. 662.

²² *Ibidem.*, p. 662.

²³ En cambio las tesis preventivas bien pueden prescindir de la noción de merecimiento para conseguir los fines preventivos anhelados.

²⁴ Entre los sostenedores de esta postura se encuentran LOCKE y HUME. Para el primero, «quienes han olvidado su delito no merecen castigo». En SILVA SÁNCHEZ, «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal», pp. 666 y 680. Esta afirmación se debe a la concepción de LOCKE que desecha el criterio de la identidad corporal asumiendo el de la conciencia que se basa en los recuerdos. En MERKEL, «Personale Identität und die Gresen Strafrechlicher zurechnung», *Juristen Zeitung*, 1999, pp. 505-506.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ. «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal», p. 666.

²⁶ *Ibidem.*, p. 667.

²⁷ *Ibidem.*, p. 670.

²⁸ Por ahora no nos interesan los motivos prácticos.

²⁹ MERKEL. *Juristen Zeitung*, «Personale Identität und die Gresen Strafrechlicher zurechnung», 1999, p. 502.

afirmación resulta falsa o implausible. Para tratar el problema de la identidad en el tiempo –el que según MERKEL no ha sido suficientemente desarrollado por las ciencias penales– se remonta al mito griego, recogido por Plutarco, del barco de Teseo, que volvía desde Creta y al que retiraban una a una las tablas estropeadas, reemplazándolas por otras nuevas, hasta el punto que ya no conservaba ninguna de las originales. De esto surge la interrogante sobre si se trataría entonces del mismo barco después de que le han cambiado todas las tablas. Luego MERKEL agrega una variante al ejemplo: un marinero recoge todas las piezas que desechan para reemplazarlas por nuevas, y construye un barco exactamente igual al de Teseo. ¿Cuál de los dos sería entonces el barco original? Para Merkel cabrían tres respuestas posibles: el primero, el segundo o ninguno, ya que lógicamente no podrían ser los dos al mismo tiempo. El trasfondo de la cuestión reside en el dilema de si una vez que van cambiando las partes que componen un todo permanece la identidad.

Si trasladamos el ejemplo a los seres humanos, podemos decir que, al menos en el plano físico-biológico, las personas no conservamos ni una célula durante toda nuestra vida, pues todas están en permanente renovación. ¿Somos entonces las mismas personas después de un cierto período de tiempo o de una cierta cantidad de modificaciones³⁰?

Más aún, ¿qué pasa con los cambios que vamos sufriendo a nivel psicológico? ¿Alteran éstos también nuestra identidad del yo? Sobre el particular, MERKEL analiza los casos de Alzheimer y los de pérdida total de la memoria. ¿Sigue siendo el mismo aquél que ha perdido toda autonomía o toda vinculación con su pasado? Y, enlazándolo con nuestra investigación, ¿se puede sancionar a alguien que no recuerde nada de su delito? Para nosotros cobra importancia esta pregunta, además, en la fase de cumplimiento. Si el condenado pierde la memoria, ¿puede seguir cumpliendo la condena por algo que no recuerda? ¿Podemos afirmar que seguimos retribuyéndole la culpabilidad a un sujeto que no sabe por qué está cumpliendo una pena^{31 32}?

³⁰ MERKEL nos ilustra mediante la referencia a dos casos de ciencia ficción. En primer lugar, plantea el problema de la teletransportación. Una máquina almacena la información de todas nuestras células en un punto A, y la reproduce en un punto B. ¿Es la persona del punto B la misma que la que estaba en A? El segundo ejemplo responde a un caso de la vida real, llevado por el *BGH* en 1983 con el nombre de *Sirius-Fall*. Un hombre convence a una joven que ha sido elegida para transmutarse en un ser superior una vez que abandone su cuerpo actual. Si el cambio se hubiera producido, ¿seguiría siendo la joven la misma persona que antes? MERKEL, «Personale Identität und die Gesehen Strafrechlicher zurechnung», 1999, pp. 503-505.

³¹ MERKEL se refiere al caso de un hombre que, luego de tener un accidente en bicicleta, sufrió una pérdida total de la memoria y comenzó a pedalear mecánicamente sin rumbo fijo, bebiendo de baños abiertos, durmiendo al descampado y sin comer. Tras una semana de incesante camino se preguntó qué estaba haciendo y no supo responderse. MERKEL se pregunta: si este hombre hubiera cometido antes del accidente un delito, ¿podríamos condenarlo por él, aunque no lo recuerde? MERKEL, «Personale Identität und die Gesehen Strafrechlicher zurechnung», 1999, p. 509.

³² Si bien se trata de una situación distinta, en la que no hay pérdida de memoria, resulta interesante el caso chileno conocido como *El chacal de Nahueltoro*. En 1960, en la localidad de Nahueltoro (Chile), un alcohólico en estado casi de salvajismo mató a una mujer y a sus cinco hijos. Tras treinta y dos meses de cárcel, en los que el autor experimentó sorprendentes cambios de conducta, puesto que era la primera vez en su vida que convivía con más personas, aprendió el oficio de hacer guitarras, se transformó al catolicismo y se arrepintió de sus crímenes. Pese a la intervención de Eloy Parra, el sacerdote que vivió de cerca esta transformación, pidiendo reiteradamente el indulto presidencial, éste no fue otorgado por el entonces Presidente de la República Jorge Alessandri, y el *chacal* fue ejecutado. Esta historia fue llevada al cine por Miguel Littin con el título «El chacal de Nahueltoro» y constituye una pieza indispensable del séptimo arte latinoamericano.

Si entendemos que con el paso del tiempo el merecimiento, el juicio de reproche y la necesidad de pena disminuyen, procede preguntarse entonces a partir de cuándo o a partir de qué circunstancia la culpabilidad del sujeto en tiempo pasado se desvanece a tal punto que la pena no parece ser justa³³.

Tanto las teorías metafísicas como las empiristas, por moverse en niveles de total abstracción, parecen no satisfacer problemas jurídico-penales del mundo real, como la aflicción del preso que sufre de soledad en su celda. Sin embargo, podemos adscribirnos a una teoría ecléctica entendiendo que no habría problemas para imputarle a un sujeto sus actos anteriores *con ciertos límites* temporales o circunstanciales³⁴; es decir, concebimos, desde la retribución, que el sujeto debe responder por sus actos pasados, pero no de manera indefinida y perpetua.

De lo que se trata es de pensar la culpabilidad de manera dinámica, considerando que el paso del tiempo hace que la culpabilidad del sujeto deje de ser la misma culpabilidad a la que se le *retribula* en el momento de la sentencia y que lo condenaba para así compensar el hecho constitutivo de delito. Se trata de una limitación de carácter estructural que entiende que carece de sentido que a alguien se le sancione por el resto de su vida o por períodos demasiado extensos.

Si bien sabemos –o acaso sólo intuimos– que el sujeto va cambiando con el tiempo, no tenemos la certeza de si es posible afirmar que en algún momento ese sujeto ya no sea el mismo que cometió el delito. Algo nos hace pensar que, después de veinte años de condena, ya no se trata del mismo sujeto que perpetró el delito. Claramente no concuerdan con nuestras tesis ni las legislaciones norteamericanas, ni muchos tribunales de los Estados Unidos de América que condenan reiteradamente a cadena perpetua a menores de edad de entre trece y diecisiete años sin posibilidad de acceder a la libertad condicional.

Un estudio realizado por *Amnesty International* y *Human Rights Watch* publicado en 2005 muestra que hay, en Estados Unidos, al menos 2.225 personas cumpliendo cadena perpetua sin libertad provisional por delitos cometidos cuando eran menores de dieciocho años, la mayoría de los cuales cumple dicha pena por su primer delito. El 16 % de los condenados habría perpetrado su delito cuando tenía entre trece y quince años³⁵.

La dramática situación descrita por el informe de *Amnesty International* y *Human Rights Watch* parece difícilmente defendible desde criterios preventivos, pero en relación a lo que ahora nos ocupa, esta situación resulta inaceptable para una concepción retribucionista y no sólo por la evidente inhumanidad de dichas penas, puesto que si la condena se funda en la retribución, debemos entender que seguimos retribuyéndole la culpa a lo largo de las fases del cumplimiento de la pena privativa de libertad. Sobre esto se basa nuestra idea para la cual habría entonces, en algún momento, una retribución no merecida porque la culpabilidad, vinculada a la identidad personal, ha ido disminuyendo con el paso del tiempo y con el cambio de identidad del sujeto, llegando en un momento a ser tan mínima como para no poder justificar ya la pena.

³³ Podría argumentarse que es el hecho el que con el paso del tiempo merece menor reproche. Sin embargo, no entraremos en esta cuestión para centrarnos especialmente en la disminución de culpabilidad del sujeto por el paso del tiempo o por el acaecimiento de circunstancias especiales.

³⁴ Para nuestro objeto de estudio nos centraremos en los límites temporales. Circunstanciales podrían ser, por ejemplo, un contexto de guerra, una grave crisis económica o una catástrofe natural. Estas circunstancias podrían despertar en el sujeto instintos primitivos prevaleciendo los de auto conservación.

³⁵ Puede consultarse el informe en: <http://www.amnestyusa.org/>

Puede que tras veinte o cuarenta años quede aún un núcleo de identidad en el sujeto, pero parece que ese núcleo de identidad no es suficiente para soportar la lógica de la responsabilidad, la lógica del merecimiento, la lógica de la retribución, porque no se daría una identidad lo bastante fuerte entre el sujeto que cometió el delito y el que está cumpliendo la pena en un momento muy posterior. Si afirmamos que el sujeto cambia, llegando a mutar su identidad personal, llegaría un momento en que ya no es posible continuar compensando la culpabilidad porque la persona ha pasado a tener una identidad distinta

Nuestra idea aquí planteada entiende que no se puede hacer responsable a ese sujeto tras un extenso espacio de tiempo, porque ya no sería el mismo. Una condena perpetua o muy prolongada supondría un exceso de pena que no podría ser compensable con la culpabilidad, porque la culpabilidad, entendida como aquella parte del sí mismo, determinada por su propia voluntad, por su *Yo* que en un momento determinado ha decidido cometer un hecho delictuoso, ya no es la misma. Si esto podemos comprobarlo, tendríamos aquí un límite a la pena privativa de libertad desde una concepción retributiva.

Aunque nuestra teoría parece ser sólo una intuición, ya que nos resulta imposible saber empíricamente si y cuándo una persona pasa a tener una identidad distinta, podemos intentar dotar a nuestros postulados de un carácter científico vinculándolos a estudios sobre las fases del desarrollo biológico y psicológico³⁶.

Erik ERIKSON, un psicoanalista alemán (1902-1994), elaboró en Estados Unidos una teoría del desarrollo de la personalidad en la que describe ocho etapas del desarrollo psicosocial del ser humano³⁷. Para ERIKSON una persona psicológicamente sana debe pasar por cada una de esas etapas y sufrir lo propio de cada etapa y disfrutar de sus beneficios.

Las primeras cuatro etapas se relacionan a crisis y conflictos en el desarrollo de la vida hasta los trece años. Ellas son: 1. *Confianza frente a desconfianza*, etapa que transcurre desde el nacimiento hasta los dieciocho meses de vida aproximadamente; 2. *Autonomía frente a vergüenza y duda*, etapa que transcurre desde los dieciocho meses hasta los tres años; 3.- *Iniciativa frente a sentimiento de culpa*, etapa que transcurre desde los tres a los cinco años, y; 4. *Laboriosidad frente a inferioridad*, etapa que va desde los cinco hasta los trece años aproximadamente.

Las cuatro etapas finales son las que más nos importan a objeto de entender una limitación de responsabilidad de carácter jurídico-penal, entendiendo que antes de los trece años carece de todo sentido atribuir algún tipo de responsabilidad penal. Esto podría responder a la admisión de que «hasta la adolescencia, el individuo no puede desarrollar los requisitos de desarrollo fisiológico, maduración mental y responsabilidad social para experimentar y atravesar la crisis de identidad»³⁸. Pasemos a analizar las etapas que incluirían la vida desde la adolescencia hasta la senectud.

La **quinta etapa** o *adolescencia*, se caracterizaría por la existencia de un conflicto de *Identidad frente a confusión de identidad*. Abarcaría un período que iría aproximadamente entre los

³⁶ El Derecho penal debe escuchar a las ciencias para limitar sus efectos. La inimputabilidad de los niños o de los dementes responde a concepciones que provienen del mundo de las disciplinas causales explicativas.

³⁷ ERIKSON, Erik. *Identidad. Juventud y crisis*, pp. 80 y ss.

³⁸ *Ibidem.*, p. 78.

trece y los veintiún años. En esta etapa el joven busca definir una identidad propia, se trata de «un modo de vida entre la infancia y la edad adulta. Así, en los últimos años de escolaridad, los jóvenes, acosados por la revolución fisiológica de su maduración genital y ante la incertidumbre de sus roles adultos, parecen muy ocupados con caprichosas tentativas por establecer una subcultura adolescente mediante lo que tiene el aspecto de una identidad final»³⁹.

En la **sexta etapa**, el *joven adulto*, vive un conflicto de *relación íntima frente al aislamiento*. Esta comprendería el período que va desde los veintiún hasta los cuarenta años aproximadamente y se caracteriza por una mayor seguridad, puesto que al parecer este joven adulto ya no necesitaría, como antes, mostrarse algo a sí mismo.

La **séptima etapa**, de *adultez*, se caracteriza por un conflicto de *generatividad frente a estancamiento*, e iría desde los cuarenta a los sesenta años. Esta etapa suele relacionarse con la crianza de hijos y se caracteriza por una constante preocupación por el futuro (de los hijos, de las futuras generaciones, etc.).

Por último, en la **octava etapa**, de *senectud* o *madurez*, surge un conflicto de *integridad frente a desesperanza*. Esta etapa abarcaría el período comprendido desde los sesenta años en adelante, y se caracteriza por un deterioro físico, la presencia de enfermedades, un debilitamiento muscular y la preocupación cierta por la muerte propia o de pares.

Si filosóficamente puede defenderse la idea de que el sujeto va cambiando en el tiempo, que eso afecta a la culpabilidad y que además psicosocialmente existen esas etapas que se encuentran analizadas y han sido estudiadas por la psicología, entonces parece que lo que sólo era nuestra intuición tiene un apoyo científico que nos permitiría acotar la pena desde la retribución, límite que rondaría, según los estudios de ERIKSON, en 20 años o menos, es decir, la duración de cada etapa⁴⁰. Esto se desprende de la necesidad de que el individuo pueda vivir en libertad en cada una de las etapas, para así poder aspirar un pleno desarrollo.

Desde el punto de vista retributivo parece coherente que el mal de la pena se prolongue sólo respecto de una de las cuatro etapas: que el delito cometido en una etapa de la vida se le retribuya en la misma fase en que cometió el delito. Excepcionalmente, si el delito se comete a fines de una de las etapas, a los diecinueve años por ejemplo, podría pasar la pena a la etapa siguiente teniendo que asumir el marco de la fase sucesora. Sin embargo, parece prudente limitar la pena y que en ningún caso supere la mitad de la etapa siguiente, dejando así libre la mitad de dicho ciclo para que el sujeto pueda desarrollarse en esa nueva fase.

III. CONCLUSIONES

A las teorías relativas, que defienden funciones preventivas –más que fines–, les resultan preferidos los argumentos de corte empírico. Por ende, no nos parece que estos planteamientos puedan ser teorías sobre el fin de la pena, ya que a éstas les es propia una connotación

³⁹ ERIKSON, Erik. *Identidad. Juventud y crisis*, p. 110.

⁴⁰ Un factor distorsionador que debemos considerar, a propósito de las penas privativas de la libertad, se encontraría en los efectos psicológicos y fisiológicos que produce el encierro en el condenado. La reclusión y la rutina mutan la percepción del tiempo, haciendo que el condenado perciba que éste pasa con más lentitud, lo que, creemos, afecta y desfigura las fases o épocas que son naturales al hombre.

valorativa que no se puede encontrar en las observaciones de tipo únicamente utilitario. Por eso no nos resulta viable dar una respuesta categórica acerca de si la prevención puede o no justificar la cadena perpetua, ya que esta posible justificación dependerá de datos fácticos en los que podrá verificarse si se cumplen o no los fines esperados. Así, por ejemplo, la cadena perpetua podrá justificarse desde la prevención general negativa, si se comprueba que ésta intimida; o desde la prevención especial negativa, si se verifica que con ésta se inocuiza al penado, etc.

Por otra parte, sostener que la retribución se mueve en el mundo de los valores no equivale a decir que ésta deba despreciar desdeñosamente los datos de la realidad, ya que la naturaleza y la medida abstracta de la pena dependen de consideraciones históricas. La retribución, desvinculada enteramente de los efectos reales de la pena en el penado y en la sociedad, degenera en la retribución propia del idealismo hegeliano, en el sentido de que llevaría a penar por que hay que penar y punto.

Sobre esta concepción de retribución, atenta a la realidad social y especialmente a los efectos que la pena produce en el penado, descartamos toda posible justificación de la cadena perpetua y de las penas de muy larga duración, por los dos motivos que desarrollamos en la segunda parte de este trabajo.

Quisiéramos ahora, para concluir estas reflexiones, esbozar nuestra propia propuesta de límites temporales a las penas privativas de la libertad. Ante todo, creemos que se debe reservar la pena de prisión únicamente para delitos de especial gravedad, sea contra bienes individuales (asesinato, violación y otros), sea contra bienes jurídicos colectivos cuya ofensa delictuosa afecta gravemente a una multitud de personas (delitos contra el orden público y económico, principalmente). Y, para los delitos de baja y mediana gravedad, proponemos el establecimiento de penas *distintas* a la prisión, que no se presenten en la ley como penas *alternativas* a la privativa de libertad, sino como pena inmediata y única de esos delitos. Si bien este asunto ha preocupado bastante a la doctrina, parece que la ciencia penal no ha desarrollado todo su poder de imaginación en la búsqueda de penas distintas de la prisión. Ante esta situación parece necesario hacer un uso más amplio y diversificado de la restricción de la libertad ambulatoria, de la inhabilitación para el ejercicio de ciertos derechos, de las penas pecuniarias y de otras formas de sanción que, respetando la dignidad del condenado, lo afecten en bienes que el hombre del siglo XXI considera importantes, pero distintos de las penas privativas de libertad.

Respecto a las penas privativas de libertad, y en atención a los daños irreversibles que produce en el condenado un encierro de más de **quince años**, proponemos que éste sea el límite máximo de la pena privativa de libertad. Nos gustaría, si pensamos en genocidas o en tiranos, poder proponer un límite superior a 40 años, por ejemplo. Sin embargo, no debemos perder de vista que el genocida es también persona, ya que para nuestra teoría liberal de Derecho penal antropológicamente fundado, la sociedad se compone de personas (no de enemigos o no-personas) y se sanciona a personas (por monstruosos que puedan parecer) y, en consecuencia, no debemos dejar de ver en el penado a un semejante, quien, a la hora de ser sancionado, debe seguir siendo reconocido como sujeto de dignidad.

En relación a los estudios de ERIKSON citados en la segunda parte y entendiendo que de las cuatro etapas que importan para la imputación penal de responsabilidad hay una de menor duración temporal –en concreto, la adolescencia o **quinta etapa**, la que para ERIKSON comprende

un período que va desde los trece a los veintiún años–, proponemos un límite de **ocho años** como máxima pena privativa de libertad para los delitos perpetrados por adolescentes, esto es, por personas que, a la hora de cometer el delito, tenían entre dieciocho⁴¹ y veintiún años.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. «Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* (LI), <http://vlex.com/vid/fines-aproximacion-filosofia-politica-383186>, 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho penal* (vol. I), Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- CLEMMER, Donald. *The Prison Community*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1958.
- CROFTS, N.; STEWART, T.; HEARNE, P.; PING, X. Z.; BRESCHKIN, A. M. y LOCARNI, S. A. «Spread of bloodborne viruses among Australian prison entrants», en *British Medical Journal*, 310 (6975), 1995.
- CUNEO, Silvio. *Cine y Derecho penal*, Editorial Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2010.
- ERIKSON, Erik. *Identidad. Juventud y crisis* (traducción de Alfredo Guéra), Taurus Ediciones S. A., Madrid, 1980.
- GOFFMAN, Erving. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales* (traducción de María Oyuela), Talleres Gráficos Color Efé, Buenos Aires, 1992.
- GOZZANO, Mario. *Compendio di psichiatria clinica e criminologica*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1971.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *La pena y la extinción de la responsabilidad penal, Primera Parte*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo* (traducción de Manuel Cancio Meliá), Ed. Civitas, Madrid, 2003.
- . «Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica», en CANCIO MELIA y FEIJOO SÁNCHEZ (coords. y trads.), en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Madrid, 2008.
- LARRAURI, Elena. «¿Para qué sirve la criminología?», en *Cuadernos de Derecho Judicial - CJPG*, Política Criminal, Madrid, 1999.
- LIEBLING, Alison y MARUNA, Shadd (eds.). *The effects of imprisonment*, Willan Publishing, Londres, 2005.
- LOEWENSTEIN, George. «Out of Control: Visceral Influences of Behavior», en *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 65, 1996.
- MAYER, Max Ernest. *Filosofía del Derecho*, Editorial Labor, Madrid, 1931.
- MERKEL, Reinhardt. «Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung», *Juristen Zeitung* (10), 1999.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. «¿Culpabilidad sin libertad?», en CANCIO MELIA y FEIJOO SÁNCHEZ (coords.), en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Madrid, 2008.
- . *Derecho penal y control social*, Editorial Temis S. A., Santa Fe de Bogotá, 1999.

⁴¹ Esto considerando que bajo los dieciséis años no debe haber imputación penal y, asimismo, entre los dieciséis y los dieciocho un régimen especial de Derecho penal con trato más suave para los menores de edad.

- «Apéndice al libro: GRISPIGNI, Filippo y MEZGER, Edmund, *La reforma penal nacional-socialista*», Ediar, Buenos Aires, 2009.
- OLMOS, Fray Andrés de. *Tratado de hechicerías y sortilegios* (1553), Edición de Georges Baudot, UNAM, Ciudad de México, 1990.
- RIVACOBRA, Manuel. *Función y aplicación de la pena*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.
- «Introducción al estudio de los principios cardinales de Derecho penal», en *Direito e Ciudadania* (6), 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Del Derecho abstracto al Derecho real», *Indret* (4), 2006 (http://www.indret.com/pdf/377_es.pdf).
- «Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio jurisdiccional de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado», *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (t. II), Edisofer, Madrid, 2008.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edición ampliada y actualizada, B de F, Buenos Aires, 2010.
- SOLOMON, R.; TURNER, L. H. y LESSAC, M. S. «Some Effects of Delay of Punishment on Resistance to Temptation in Drosophila», en *Journal of Personality and Social Psychology*, 8, 1968.
- VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y Castigar* (traducción de Elena Larrauri), Trotta, Madrid, 1998.
- ZAFFARONI, Raúl, *Derecho Penal Parte General* (con la colaboración de ALAGIA y SLOKAR), Ediar, Buenos Aires, 2000.
- *El enemigo en el Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2007.
- «Introducción al libro: GRISPIGNI, Filippo y MEZGER, Edmund, *La reforma penal nacional-socialista*», Ediar, Buenos Aires, 2009.

Represión estatal y Derecho Penal: relaciones paradójicas

LEOPOLDO PUENTE RODRÍGUEZ (España)

*Investigador Máster, Universidad Autónoma de Madrid, España*¹

RESUMEN: El presente trabajo pretende analizar desde una perspectiva crítica la alusión constante, y en ocasiones quizás irreflexiva, a la intervención mínima del Derecho penal. Partiendo de dos tendencias actuales concretas (la despenalización de determinadas faltas y la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas) intenta poner de relieve la naturaleza compleja material-procesal del Derecho penal. Un sector del ordenamiento, éste, que ciertamente impone sanciones severas, pero a quien por ese mismo motivo acompaña el más acabado sistema de garantías que existe en el ámbito jurídico. Es por ello por lo que, en ocasiones, la despenalización de determinadas conductas puede suponer de manera indirecta un aumento de su punición y, por el contrario, por lo que la penalización de determinadas actividades puede provocar un incremento de la impunidad de sus responsables.

Palabras clave: Principio de intervención mínima, responsabilidad de personas jurídicas, Derecho administrativo sancionador, despenalización de faltas y garantías.

ABSTRACT: This paper analyzes, from a critical perspective, the constant – and sometimes maybe blithe – allusion to the principle of minimal criminalization in Criminal Law. Taking into account two specific current tendencies in the field (the decriminalization of certain misdemeanors and the attribution of criminal liability to corporations), it aims to highlight the complex substantive-procedural nature of the Criminal Law, the law field in which the most severe sanctions are imposed but that, precisely for this reason, is accompanied by the most sophisticated system of guarantees of all. As a result, the decriminalization of some conducts can indirectly bring about an increase in their punishment; conversely, the criminalization of certain activities may lead to a higher impunity for their authors.

Key words: Principle of minimum intervention, criminal liability for legal persons, administrative law sanctions, misdemeanor's decriminalizing and guarantees.

¹ Estudiante del Máster de Acceso a la Profesión de Abogado y del Máster en Derecho Penal de la UAM.

SUMARIO: I. Introducción. II. Alternativas al Derecho penal. III. ¿Principio de intervención mínima? IV. Supuestos de despenalización. V. Criminalización de lo sancionado administrativamente. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Se encuentra ampliamente extendida la percepción de que el delito supone un desafío, casi una desviación, para la sociedad democrática. En lo que sigue trataré, sin embargo, de demostrar la enorme trascendencia que tiene la existencia de delitos para poder hablar con propiedad de una «sociedad sana». Una valoración político-criminal de esta naturaleza deberá tener, como es lógico, consecuencias a la hora de determinar qué prohibir y cómo hacerlo de manera adecuada. Una de las implicaciones, en este sentido, más inmediatas de la afirmación anterior será la de que el Derecho penal, que reconoce el crimen en cuanto tal, tiene también, en contraposición con otros instrumentos con los que cuenta la sociedad para defenderse, una vertiente enormemente positiva y deseable.

Desde luego, el delito no es únicamente la lucha del individuo aislado frente a un Estado del que discrepa en lo ético y lo político. Ahora bien, no cabe duda de que también puede serlo. A riesgo de simplificar en exceso la realidad, creo que cabe distinguir entre dos tipos de delitos: aquéllos que obedecen a las circunstancias desfavorables del autor (marginalidad, pobreza, etc.) y aquéllos que traen causa de una disparidad entre los patrones morales que el Estado considera incuestionables y los propios del autor del delito². Parece claro que todos los esfuerzos que, atajando el problema social del que traen causa, se dirijan a acabar con el primer tipo de delitos (la criminalidad «materialmente condicionada») deben ser bienvenidos. Cuando la desigualdad social y económica es la que origina, de manera más o menos directa, la lesión de bienes jurídicos de gran trascendencia para la sociedad, resulta evidente que la responsabilidad de su evitación no debe recaer exclusivamente sobre el sujeto que comete el delito sino sobre la comunidad en su conjunto. La pregunta básica aquí, como en tantas otras situaciones, es la de cómo distribuir de manera «justa» los costes de la intervención u omisión del Estado. Más problemático es, sin embargo, si respecto a la segunda modalidad de delitos que se ha señalado (discordancia valorativa autor-Estado) pueden llevarse a cabo políticas preventivas radicales en el marco de un Estado democrático. Y, sobre todo, qué principios y garantías deben respetar las intervenciones efectuadas sobre este tipo de actuaciones.

En una línea parecida a la que aquí se presenta, DURKHEIM sostuvo hace tiempo que el delito no supone necesariamente una muestra de la debilidad de una sociedad sino que, muy

² Los primeros fueron descritos, tiempo atrás, de manera particularmente clara por MARX, Karl y ENGELS, Friedrich. *La ideología alemana*. Trad. Wenceslao Roces. Madrid (España): Akal, 2014, p. 287, al caracterizarlos como «la lucha del individuo aislado contra las condiciones dominantes». Los segundos fueron ridiculizados por ellos mismos, p. 298, al afirmar, en manifiesta oposición a Hegel, que «los mismos ideólogos que han podido imaginarse que el derecho, la ley, el Estado, etc., brotan de un concepto general, tal vez, en última instancia, del concepto del hombre, y que se han desarrollado en gracia a este concepto; estos mismos ideólogos, pueden también imaginarse, naturalmente, que los delitos se cometen simplemente para desafiar a un concepto, que no son sino una manera de burlarse de los conceptos y que solo se castigan para dar reparación a los conceptos violados».

por el contrario, puede constituir una evidencia clara de la salud de la que disfruta la misma³. Un resumen de las ideas del autor, que en este punto comparto, concluiría que sería mucho más temible una sociedad sin delitos que una sociedad con una tasa de criminalidad reducida y controlada. La ausencia de delito implicaría una absoluta homogeneidad moral que estancaría el avance ético de las comunidades y que sería, además, *per se*, indeseable por lo totalitario de lo subyacente a esa sociedad⁴. El citado autor mantiene también, creo que con buen criterio, que la homogeneidad moral en los aspectos más trascendentes de la vida en sociedad no tiene sólo como importante inconveniente el «freno a la discusión moral», sino que, además, fomenta la persecución y sanción de actitudes y actividades *a priori* menos reprochables⁵.

Consecuencia de lo apuntado hasta ahora debe ser la de una comprensión cabal del delito. Una comprensión que vea en éste no el supuesto carácter mórbido de sus autores sino un fenómeno normal, e incluso en algún sentido positivo, que da muestra de una sociedad que todavía permite a los individuos un grado de libertad suficiente como para que una agresión contra la propia sociedad pueda materializarse. De tal manera, como señala DURKHEIM, «nada es bueno indefinidamente y sin medida. Es preciso que la autoridad de la que goza la conciencia moral no sea excesiva, de otra forma nadie osará levantar la mano contra ella y se petrificará muy fácilmente bajo una forma inmutable. Para que pueda evolucionar, es necesario que la originalidad individual pueda realizarse, ahora bien, para que la del idealista que sueña con sobrepasar su siglo pueda manifestarse, es preciso que la del criminal, que está por debajo de su tiempo, sea posible. La una no va sin la otra»⁶.

Es por ello por lo que creo que una perspectiva que considere las tesis abolicionistas como un conjunto de ideas utópicas sería errónea. El mundo sin delitos no es un mundo que debamos alcanzar. La desaparición del delito erradicaría el crimen, no la violencia (formal o informal). Y, como trataré de demostrar, la «violencia controlada» que supone el Derecho penal puede ser, en ocasiones, la mejor alternativa para quien va a sufrirla. Puntualmente, incluso, el Derecho penal puede constituir una mejor alternativa frente a otras opciones disponibles también en nuestros ordenamientos jurídicos.

II. ALTERNATIVAS AL DERECHO PENAL

Una pregunta clave para comprender qué implica el delito (y, en consecuencia, el Derecho penal) es la relativa a la de qué es a lo que éste sustituye. Es decir, si no hubiera delitos, ¿qué

³ Así, sostuvo DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico*. Trad. Virginia Martínez Bretones. Madrid (España): Biblioteca Nueva, 2005, p. 199, que «clasificar el crimen entre los fenómenos sociológicos normales», como él mismo hace, «no es solamente decir que es un fenómeno inevitable, aunque lamentable, debido a la incorregible maldad de los hombres; es afirmar que es un factor de salud pública, una parte integrante de toda sociedad sana».

⁴ *Ibid.*, pp. 192 y ss.

⁵ *Ibid.*, p. 194, nos dice, de manera magistralmente clara, «imaginemos una sociedad de santos, un monasterio ejemplar y perfecto, en él los crímenes propiamente dichos serán desconocidos, pero las faltas que parecen veniales a la gente provocarán el mismo escándalo que genera el delito ordinario en las conciencias corrientes. Si esta sociedad tiene el poder de juzgar y castigar, calificará dichos actos de criminales y los tratará como tales. Es por lo mismo que el hombre que es escrupulosamente honrado juzga sus pequeños fallos morales con una severidad que la gente reserva para actos verdaderamente delictivos».

⁶ *Ibid.*, p. 196.

habría? El delito es, desde una perspectiva dogmática, un ataque grave frente a bienes jurídicos o expectativas especialmente importantes para la sociedad. Su ausencia equivaldría, desde una primera aproximación, a la inexistencia de los mencionados ataques. La desaparición del crimen sería aparentemente un enorme éxito para cualquier comunidad. Ahora bien, al margen de la pregunta referida a la posibilidad de este escenario, cabe hacerse otra que creo de mayor interés: ¿se debe perseguir este objetivo?⁷

Es una obviedad que los conflictos entre los intereses de los particulares y los del Estado, y los de los primeros entre sí, existen. Que existirán siempre, también lo parece. El Derecho penal supone una vía de canalización de estos conflictos. La última vía, eso sí. Una vía subsidiaria que debe ser empleada sólo en caso de que no exista otro remedio igualmente eficaz y oportuno. Pese a ello, ¿implica lo dicho que sea siempre y en todo caso preferible acudir a otros medios posibles de procesar el conflicto? Otros medios de control social son aparentemente menos gravosos, eso parece indiscutible. No obstante, no debemos olvidar que es precisamente lo gravoso del Derecho penal lo que hace que éste haya sido dotado oportunamente de un aparato garantista sin parangón en otros medios de control social (con independencia de las diversas crisis que haya pasado y las que le queden por pasar). Podrá renunciarse entonces, en muchos casos, a la dureza del Derecho penal, pero ello implicará renunciar también a sus inherentes garantías, como veremos más adelante. En definitiva, y ésta es la idea que más me interesa transmitir por ahora, cuando un conflicto no es procesado por el orden jurídico-penal es porque ha sido procesado de otra manera, no porque no sea tenido en cuenta, no porque no exista.

En este contexto, resulta especialmente oportuno analizar el extremo opuesto al Derecho penal en lo que a la «intensidad» de la reacción social, y también en lo que a sus garantías, se refiere. Pueden ser denominados genérica y abstractamente como «medios de socialización». En definitiva, familia, escuela, amistades, medios de comunicación, cultura, etc. Quizá fuera MARCUSE quien de manera más plástica transmitiera los riesgos de una socialización excesivamente fuerte al afirmar la existencia en nuestras sociedades de «una ausencia de libertad cómoda, suave, razonable y democrática»⁸. Se debe tener siempre en cuenta que el hecho de que hoy por hoy los mecanismos de socialización aún sean imperfectos es algo que debemos celebrar aquéllos que queremos conservar una parte de nuestra propia individualidad, por nimia que sea ésta. No nos vemos nunca como sujetos a socializar. Todo el que escribe en medios de difusión científica, por poner un ejemplo, es alguien en mayor o menor grado integrado (y rara vez se percata de que está integrado precisamente por ser «víctima» de los procesos de socialización y no por su naturaleza o esencia «normal»). Debemos ser conscientes, por tanto,

⁷ La consecución del mencionado escenario se me antoja, en todo caso y en respuesta a la primera de las preguntas planteadas, fáticamente inalcanzable. En primer lugar, por lo difícil que es, afortunadamente, alcanzar una homogeneidad moral absoluta. En segundo lugar, porque como pone de manifiesto HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Barcelona (España): Gedisa, 2000, p. 76, ni siquiera unos valores absolutamente compartidos conllevan el respeto permanente a las normas jurídicas en las que cristalicen dichos valores por el mero hecho de que no todos nuestros comportamientos se ajustan necesariamente a nuestros propios valores morales. No siempre actuamos en la creencia de que lo que hacemos sea lo correcto, aunque la moral constituya obviamente uno de los más potentes principios rectores de nuestro comportamiento.

⁸ MARCUSE, Herbert. *El hombre unidimensional*. Trad. Antonio Elorza. Barcelona (España): Planeta-De Agostini, 1993, p. 31.

de que «transvasar competencias» desde el Derecho penal a otros medios de control no es algo que pueda considerarse «bueno» o «malo» sin un análisis preciso del caso concreto.

El Derecho penal es un medio de control social duro, pero también relativamente honesto. Las premisas de las que parte son claras, sus consecuencias también. Este sector del ordenamiento no pretende, en principio, modificar la personalidad y los valores de los ciudadanos. Simplemente busca, como objetivo inmediato, imponer el orden. La pena, en definitiva, es la reacción estatal más expresa e inequívoca que existe frente a la actividad de los sujetos y es eso lo que permite a estos una mejor defensa frente a su imposición. En un sentido parecido sostuvo Hart que la pena es, frente a otras formas de control social, «un medio que maximiza la libertad individual» ya que la reacción únicamente acontece con posterioridad al delito y previo anuncio de la consecuencia esperable⁹. En definitiva, coincido también con FERRAJOLI en la existencia de un componente «progresista» en la resolución de conflictos empleando el Derecho penal en lugar de otros medios¹⁰.

No cabe duda, y nada más lejos de mi intención que intentar sembrarla, de que en la actualidad el recurso al Derecho penal es extremadamente excesivo en nuestras sociedades. Tampoco se puede dudar que la mayoría de los delitos que se cometen poco o nada tienen que ver con la colisión de valores individuo-Estado y sí con las condiciones sociales y económicas, en muchos casos deplorables, en las que se encuentra quienes los llevan a cabo. Sin embargo, existe una parte del crimen que obedece a la heterogeneidad de los valores. La respuesta ante estos casos no puede ser, con carácter general, la supresión de la diferencia. Debe ser el castigo. En el castigo hay un componente de respeto que en otros medios de control social no aparece. Castigamos a los que consideramos iguales a nosotros en un mínimo. Sin embargo, intentamos cambiar (léase «socializar») a aquéllos sobre quienes creemos ostentar algún tipo de derecho o deber basado en una superioridad moral, intelectual o de otro tipo. En definitiva, considero preferible un mundo respetuoso con los valores y principios de los ciudadanos que lo pueblan a un «mundo feliz» como el que nos describiera Aldous Huxley.

III. ¿PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA?

En conexión con lo comentado hasta ahora, los peligros de las reacciones informales frente al delito, surge la pregunta de cuál es el «campo de juego» en el que el Derecho penal debe desempeñar su trascendente función. Y para la delimitación de su ámbito competencial resulta esencial el reputado «principio de intervención mínima». Dicho principio es, sin duda, una institución mucho más rica y compleja de lo que un análisis preliminar suele sugerir. Por no ser éste el objeto de este trabajo prescindiré, pese a ello, de realizar ahora una aproximación a un concepto cuyos contornos generales, por lo demás, son de sobra conocidos¹¹. Ello no es

⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press, 1968, p. 23.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. «El Derecho Penal Mínimo». *Poder y Control*, n.º 0, 1986, p. 43. Citado en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2ª edición. Buenos Aires (Argentina): B de F, 2012, p. 24.

¹¹ Un valioso análisis del mismo puede encontrarse en LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. «Cuándo penar, cuánto penar». En LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio y RUSCONI, Maximiliano (Directores). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires (Argentina): Ad-Hoc, 2014, *passim*.

óbice, sin embargo, para expresar dos ideas fundamentales en relación al mismo y vinculados al tema que ahora nos ocupa. Por un lado, la naturaleza dual de la norma penal, que da lugar a una, en terminología de LASCURAÍN SÁNCHEZ, «norma dúplex» legitimada simultáneamente por su naturaleza coactiva y su servicio a la libertad¹². Y, por otro lado, a una de las derivaciones lógicas de la aplicación de tal principio: la necesidad de que exista una norma penal que regule un conflicto cuando no sea su aplicación «solo ventajosa sino la más ventajosa de las alternativas posibles»¹³.

De todo lo que se ha dicho hasta ahora, creo que merece profundizarse, siquiera someramente, en una idea que subyace a la argumentación hasta aquí presentada. El principio liberal de intervención mínima del Derecho penal y el de su aplicación subsidiaria deben ser matizados. Insisto, de nuevo, en que con ello no quiero decir que deba castigarse más hoy en día (todo lo contrario, se castiga demasiado). Simplemente considero que es necesario analizar y actualizar una idea que lleva mucho tiempo arraigada en nuestras sociedades. Qué duda cabe de que el surgimiento del principio del que ahora estamos hablando tuvo un claro sentido histórico y político. Casi podría hablarse de una necesidad histórica. Sin embargo, mantener tal y como fue formulado en su día y en un contexto concreto dicho principio de manera acrítica genera en algunos supuestos enormes inconvenientes precisamente para aquellos sujetos a los que el citado principio pretendía proteger¹⁴. Una diferencia básica entre nuestros ordenamientos contemporáneos y los existentes dos siglos atrás, una diferencia de contexto, la constituye el hecho de que hoy contemos con un Derecho administrativo sancionador fuerte, complejo y prácticamente omnicompreensivo¹⁵. Un Derecho, además, en el que en determinados supuestos (por ejemplo, las penas de multas a personas físicas o jurídicas o la supresión de las personas jurídicas) las sanciones/penas son materialmente idénticas. En estos supuestos, la única diferencia relevante (más allá del posible papel simbólico del Derecho penal como último defensor y su fuerza comunicativa) la constituye en ocasiones el proceso que acompaña a la imposición de las oportunas consecuencias jurídicas. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ ha puesto de relieve que «la valoración de las consecuencias de la desformalización», en un contexto en el que se han planteado diversas alternativas al Derecho penal desde distintos frentes, «se ha convertido en una de las tareas más importantes para la ciencia contemporánea del Derecho penal»¹⁶.

¹² *Ibid.*, p. 289.

¹³ *Idem.*

¹⁴ Lo que califica de «paradoja» SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op. cit.*, p. 412, quien con una opinión plenamente compartida aquí, sostiene que «podría suceder, en efecto, que en última instancia, la despenalización redundara en perjuicio del sujeto activo, que podría verse sometido a un control menos limitado, más abusivo y, por ello, intolerable desde las perspectivas garantísticas de la legalidad».

¹⁵ Quizá por ello CANCIO MELIÁ, Manuel. «Intervención mínima y proporcionalidad». En LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (Coordinador). *Introducción al Derecho penal*. España: Civitas-Thomson Reuters, 1ª Edición, 2011, p. 99, ha señalado, con mucho acierto, que «para observar, en realidad, cómo funciona –y cuáles son los problemas– del principio de intervención mínima, el punto decisivo está en sus relaciones con el otro instrumento sancionador del Estado: el Derecho Administrativo».

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op. cit.*, p. 400. Ello tendrá lugar especialmente cuando, sigue en la p. 401, «la «disminución de la formalización» o la «desformalización» pueden conllevar en realidad –bajo la apariencia de constituir una solución menos violenta y más práctica del conflicto suscitado por el delito– una mayor intervención sobre el ciudadano, que, al desaparecer o menguar sus garantías, puede verse sometido a modalidades de control inaceptables (moralizantes, manipuladoras, “incontroladas”)».

Tengamos en cuenta, además, que uno de los elementos que con buen criterio ha sido tradicionalmente empleado para delimitar el ámbito material de regulación del Derecho penal (y también, claro, del Derecho en un sentido más amplio) de otros medios ha sido el de la efectividad de los mismos para incidir en la conducta de los ciudadanos en el sentido esperado. De tal modo, parece lógico, serán en principio y *ceteris paribus* preferibles aquellos medios de control social que nos ofrezcan una mayor fiabilidad en la obtención del resultado perseguido. Sin embargo, hemos de ser conscientes de que la eficiencia de muchos de estos medios no es en absoluto estática sino completamente dinámica. Sucede, por ejemplo, que mientras que el Derecho penal parece mantenerse siempre con niveles relativamente homogéneos de «éxito» (en situaciones de normalidad), en otros ámbitos científicos (como la incapacitación de sujetos, el tratamiento psiquiátrico o farmacológico, la terapia neurológica, etc.) parecen haberse incrementado extraordinariamente las posibilidades disponibles. HART sostuvo en su día que existían comportamientos que debían ser controlados extrajurídicamente porque el Derecho era incapaz de hacerlo y que, a la inversa, determinadas conductas tendrían que ser reguladas por el Derecho porque otros medios eran incapaces de alcanzar el objetivo¹⁷. Respecto a la primera de las afirmaciones (incapacidad parcial del Derecho penal para regular comportamientos indeseables) no cabe duda alguna. Respecto a la segunda la respuesta no es tan clara. Los medios de control social son cada vez mayores y la necesidad del Derecho penal en este sentido (como único medio apto para alcanzar el fin) podría verse puesta seriamente en entredicho. A lo largo del texto que sigue trataré de establecer por qué puede ser deseable una intervención jurídico-penal en ámbitos donde otros medios de control son igualmente posibles. Valga anticipar que, como de manera aguda señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, «por usual que resulte lo contrario, puede suceder que medidas no sancionadoras sean más coactivas que las sancionadoras y que las medidas sancionadoras no penales sean más incisivas en la libertad del individuo que las penales»¹⁸.

Así, no debemos perder de vista que, en ocasiones y como ya se ha sugerido, el hecho de que una consecuencia jurídica sea, o no, una verdadera «pena criminal» es una mera cuestión formal. PEÑARANDA RAMOS ha señalado, en este sentido, que distintas consecuencias jurídicas que reúnen las características o elementos esenciales para merecer el calificativo de pena lo serán o no en atención a un aspecto «formal». Sostiene el autor citado que «existen algunas sanciones que comparten con la pena todas las notas anteriores» (las notas definitorias del concepto «pena») «y, sin embargo, no tienen formalmente esa consideración porque no son consecuencia de la comisión de un hecho que la Ley califique precisamente como delito, en el sentido amplio de «infracción punible» (delito o falta), sino de otra clase de ilícitos»¹⁹. Parece, pues, que la preferencia por la pertenencia de determinadas infracciones al orden penal o al administrativo es una cuestión a la que no cabe responder en abstracto, sino en relación a casos concretos.

¹⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus, *Op. Cit.*, p. 7.

¹⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Op. Cit.*, p. 304.

¹⁹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique. La pena: Nociones generales. En LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (Coordinador). *Introducción al Derecho penal*. España: Civitas-Thomson Reuters, 1ª Edición, 2011, p. 225.

IV. SUPUESTOS DE DESPENALIZACIÓN

Hasta ahora he tratado de presentar cuáles son las bases o presupuestos teóricos que me llevan a afirmar que el Derecho penal no tiene por qué constituir la mejor alternativa para el autor de graves ataques a la sociedad (o a bienes jurídicos) solo cuando sea la única. Sostengo, pues, que el Derecho penal puede ser una buena opción frente a otras alternativas formales posibles y no, simplemente, frente a la violencia social informal. Dos ejemplos relativamente actuales y que nos llevarán a conclusiones distintas pueden ilustrar mejor lo que afirmo. Trataré ahora el primero de ellos (la sanción administrativa de lo anteriormente considerado delito o falta) y en el siguiente epígrafe el segundo (la criminalización de lo anteriormente considerado infracción administrativa).

Aunque intuitivamente quizá no sea así, la despenalización de determinadas faltas (e incluso delitos) sancionadas con pena de multa puede tener como consecuencia una importantísima merma de garantías en la imposición de una consecuencia jurídica, en lo material idéntica, como es la multa administrativa. En este supuesto, la despenalización constituye un perjuicio para el sujeto sobre el que puede recaer una sanción²⁰. Es por ello por lo que, como algún autor ha señalado, la posible identidad entre sanciones penales y administrativas y la merma de garantías deberían bastar para alertarnos del peligro de que el Derecho administrativo sancionador sea empleado como «un recurso cómodo de los poderes públicos que permita imponer sanciones particularmente graves sin tener que preocuparse de la observancia escrupulosa de garantías y derechos del sancionado»²¹.

En esta misma línea, FARALDO CABANA ha señalado que «la despenalización de un conjunto importante de faltas contra el orden público y su transformación en infracciones administrativas castigadas con multas que contemplan cuantías máximas muy elevadas no supone una reducción de la carga punitiva que pesa sobre los ciudadanos, antes al contrario»²². Destaca la autora citada, entre algunas de las notas más evidentes de esta situación, el hecho de que la multa (ahora administrativa) deja de vincularse a la capacidad económica del responsable (como haría la «multa penal»), o el hecho de que los principios y garantías propios del proceso penal, más allá de meras declaraciones formales, son en cierta medida abandonados en el procedimiento administrativo sancionador²³. Además, mediante el proceso por el que una conducta pasa de ser prohibida por el Derecho penal a ser sancionada por el Derecho administrativo no sólo se flexibilizan las garantías propias de un procedimiento judicial, sino que se disuade precisamente

²⁰ Un ejemplo especialmente claro del perjuicio que puede producirse se aprecia al analizar el plazo de prescripción de las faltas (6 meses, en virtud del art. 131.2 CP) frente al plazo de prescripción de las infracciones administrativas que, con carácter general y subsidiario, será de 3 años, 2 años y 6 meses en función de que las mismas sean muy graves, graves o leves respectivamente (según el art. 132 LRJPAC).

²¹ RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*. Valencia (España): Tirant lo Blanc, 2010, pp. 27 y ss.

²² FARALDO CABANA, Patricia. «La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa». *InDret Penal*, 2014, n.º 3: p. 18. En un sentido muy similar, señalan HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*. Valencia (España): Tirant lo Blanc, 2012, p. 216, que la atribución de las funciones que actualmente desempeña el Derecho penal a otras instancias de control social podría no implicar «ningún avance en orden a la mayor consecución de libertad».

²³ FARALDO CABANA, Patricia, *Op. Cit.*, p. 19.

de que éste llegue a tener lugar²⁴. Así, será la Administración la que directamente imponga la sanción. Es por ello por lo que no puedo sino coincidir con RANDO CASERMEIRO cuando sostiene que «es muchas veces el impulso –sin duda saludable–» de eliminar excesos del Derecho penal lo que lleva a «no parar mientes en el tipo y lugar del subsistema de control social al que van a parar las conductas despenalizadas»²⁵. En parte, eso se debe, al «importante error metodológico» de considerar el Derecho administrativo sancionador como una alternativa más al Derecho penal, sin diferenciarlo de otras opciones no punitivas²⁶.

Dicho lo que antecede, sería oportuno preguntarse si la solución a este «dilema» puede pasar por la extrapolación de las garantías jurídico-penales a los otros medios no penales que procedan a regular el conflicto. En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ. Dicho autor mantiene que frente a lo paradójico de que la falta de merecimiento y necesidad de una pena que imponga la despenalización sea también lo que determine importantes perjuicios para el sujeto infractor, cabe una solución: «dotar a esas instancias no penales de un sistema de garantías lo más próximo posible al Derecho penal, desarrollar su grado de formalización, de manera que una despenalización impuesta por falta de merecimiento y de necesidad de la pena pueda llevarse a cabo como corresponde, sin acarrear mengua significativa de garantías para el sujeto»²⁷. Frente a este planteamiento cabe oponer una objeción que considero sólida y bien fundamentada²⁸. Ésta podría resumirse en la idea de que el Derecho administrativo sancionador no sólo es claramente menos garantista en el plano descriptivo, sino que, además, debe también serlo en el plano normativo. Es decir, el Derecho administrativo sancionador, para ser funcional, requiere la flexibilización de algunas de las garantías inherentes a cualquier Derecho penal democrático. Lo cual no debería resultar problemático, pues parece lógico que a distintas herramientas deban acompañar distintas garantías. Así, de manera inteligente ha sido señalado que carece de fundamento mantener las mismas garantías en ambos niveles (administrativo y penal) por cuanto las garantías, en determinados supuestos, pueden implicar más costes que beneficios para el propio infractor. En definitiva, pueden constituir una carga²⁹. De esta forma, cabe la posibilidad de que en determinados casos el sujeto a quien se le impusiera una sanción administrativa o una pena prefiriese la primera por diversos motivos, entre los que

²⁴ *Ibid.*, pp. 14 y ss., la citada autora señala que, al margen de la necesidad de abogado y la posible condena en costas (optativa la primera e improbable la segunda en un juicio de faltas) y del necesario pago de tasa para recurrir en vía contencioso-administrativa cuando de una persona jurídica se trate, se presume una menor tendencia a recurrir una sanción administrativa que una condena penal por la menor estigmatización que la primera produce. De forma coincidente, señala BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. «La despenalización de faltas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, N.º 16, Artículo 12: p. 5, que el paso de «competencias» desde el Derecho penal al Derecho administrativo tiene como consecuencia «una reducción de la tutela judicial efectiva y una posible indefensión en determinados casos».

²⁵ RANDO CASERMEIRO, Pablo. *Op. Cit.*, p. 162, nota 8.

²⁶ *Ibid.*, p. 204.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Op. Cit.*, p. 464.

²⁸ No obstante, la objeción efectuada requiere matización. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ sostiene, como hemos visto, sólo la transposición de garantías del modo «más próximo posible». Cuál sea éste resulta, sin embargo, indeterminado. Por ello, es posible que la objeción planteada no constituya en puridad una crítica a dicha postura sino un complemento a la misma. De hecho, en una interpretación más completa de su obra, el propio SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal*. 3ª edición. Buenos Aires (Argentina): B de F, 2011, pp. 167 y ss., nos señala que tal acercamiento no debe ser absoluto.

²⁹ RANDO CASERMEIRO, Pablo. *Op. Cit.*, p. 441.

se podrían encontrar la flexibilidad y mayor velocidad de un procedimiento administrativo (al que no siguiera un ulterior recurso), los costes reputacionales de una condena penal, el menor coste económico que su imposición pueda suponerle o la menor intromisión en los derechos del sancionado. Igualmente, como contrapunto, las consecuencias colaterales que acompañan a la pena impuesta, y no necesariamente a la sanción, pueden ser también un buen motivo para preferir la sanción administrativa. Piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad para colegiarse como abogado para el sujeto con antecedentes penales (art. 13.2.a del Estatuto General de la Abogacía Española) o para el mismo supuesto de existencia de antecedentes penales, ahora en relación a una persona jurídica, la prohibición expresa de contratar con el sector público (art. 60.1.a del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

En definitiva, creo que existen buenas razones para defender la diferencia a nivel de garantías entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador y que la solución al dilema de las garantías perdidas con la despenalización de un comportamiento no pasan por la homogeneización garantística. Depende, por el contrario, de una ponderación reposada y juiciosa, sustentada en una valoración de costes y beneficios en términos esencialmente de libertades, sobre si un concreto comportamiento debe pertenecer a un sector u otro del ordenamiento³⁰. Con los pros y los contras que toda decisión conlleva³¹. Lo peligroso será enarbolar de manera irreflexiva el principio de intervención mínima del Derecho penal frente a cualquier supuesto de criminalización/descriminalización de conductas.

V. CRIMINALIZACIÓN DE LO SANCIONADO ADMINISTRATIVAMENTE

Por otra parte, existe un ejemplo particularmente claro en el sentido contrario al que se ha tratado en el epígrafe anterior. Esto es, un supuesto en el que la punición penal de determinadas conductas no constituye una mayor reacción punitiva frente a determinadas infracciones y, sin embargo, se amplían considerablemente las garantías procesales y materiales que acompañan a la imposición de la sanción correspondiente sin que tal opción se halle, a mi modo de ver, políticocriminalmente justificada. Hablamos ahora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No es mi objetivo aquí discutir sobre la idoneidad de atribuir responsabilidad penal a personas jurídicas, sino simplemente realizar algunas consideraciones sobre los posibles efectos que ésta puede tener en el plano fáctico, real, del sistema punitivo. No puedo resistirme, pese a todo, a señalar que, a mi parecer, la discusión al respecto se encuentra colonizada por un elevadísimo grado de formalismo. Un formalismo que, curiosamente, permite que la ficción normativa que indiscutiblemente es la persona jurídica se vuelva, precisamente, en contra de la sociedad que la crea y sustenta. Hasta tal punto es llamativa esta situación que frente al rechazo claro que

³⁰ Aunque es obvio que topamos entonces con el problema señalado por GÓMEZ TOMILLO, Manuel. «Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal». *Actualidad Penal*, 2000, N.º 4: p. 76, de que no podemos saber «qué nivel en la disminución de la gravosidad de las consecuencias jurídicas puede llevar consigo una reducción en las garantías».

³¹ Algo en lo que coincide SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2ª edición. Buenos Aires (Argentina): B de F, 2012, p. 400, al sostener que «en toda discusión de propuestas despenalizadoras o alternativas a la pena debe, junto a los argumentos favorables derivados de consideraciones de resocialización o de menor violencia en la solución al conflicto, ponderarse también, como argumento negativo, el riesgo de desformalización».

provoca la idea de instrumentalizar a un individuo, la instrumentalización de la persona jurídica no sólo no produce ese mismo sentimiento, sino que constituye su propia razón de ser³². En mi opinión, la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas no debería analizarse fundamentalmente desde el plano de los principios sino desde la perspectiva político-criminal de las consecuencias³³. Un análisis que, como brevemente explico a continuación, revela una indeseable protección adicional a las personas jurídicas con nefastos resultados³⁴.

Resulta llamativo, para empezar, el hecho de que el ordenamiento penal no haya modificado el catálogo de sanciones aplicables a las personas jurídicas que ya existía en el Derecho administrativo sancionador y, sin embargo, haya incrementado (al incluir estos supuestos en el ámbito del orden jurídico-penal) las garantías procesales con las que cuentan los acusados en tales procedimientos. De hecho, cabe dudar, incluso, de que las actuales penas a personas jurídicas no se encontraran ya reguladas, de una u otra forma, en el propio Código penal³⁵. De modo tal que tras una aparente «mano dura» para con la actividad empresarial delictiva no se esconde sino una protección mayor aún de la que antes disfrutaba³⁶. Cabe preguntarse también si el establecimiento de responsabilidad penal de personas jurídicas no va a suponer en la práctica y durante las vicisitudes del propio proceso penal una posible «válvula de escape» para la persona natural penalmente responsable³⁷. Ello, claro está, con independencia de que nuestro marco jurídico asuma la posible concurrencia de responsabilidades penales entre la persona física y la jurídica. En todo caso, como decía, la principal pregunta a la que se quiere dar respuesta aquí es a la de qué gana o qué pierde la sociedad al atribuir responsabilidad penal a las

³² En esta línea, VAN WEEZEL, Alex. «Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Política Criminal*, 2010, vol. 5 (n.º 9): p. 116, admite en cierta medida este extremo.

³³ Hay quien, por su parte, ha considerado que el núcleo de la discusión no se encuentra ni en el ámbito de las consecuencias que aquí se pretende señalar ni el de su adecuación a un concreto modelo dogmático. Así, ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. «Ni catástrofe, ni panacea: la responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Boletín de Estudios Económicos*, 2014, Vol. LXIX (n.º 211): pp. 97 y ss., considera que el problema esencial se encuentra en la compatibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con los mandatos constitucionales ya que, de manera reiterada, el Tribunal Constitucional se ha desmarcado de cualquier modelo dogmático concreto.

³⁴ Lejos de esta interpretación, *Ibid.*, p. 111, sostiene que la atribución de responsabilidad penal incentiva la adopción por las empresas de medidas de prevención socialmente adecuadas. En mi opinión, no resulta claro que esas mismas medidas no puedan fomentarse simplemente desde el Derecho administrativo.

³⁵ Así, BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española». *Estudios Penales y Criminológicos*, 2013, Vol. XXXIII: pp. 259 y ss., señala la semejanza (y en varios casos, identidad nominal) entre las consecuencias accesorias reguladas en el art. 129 CP y el ya derogado, pero vigente hasta la aprobación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, art. 31.2 CP que establecía una suerte de «responsabilidad civil de la persona jurídica sobre el pago de la pena de multa», con el vigente catálogo de posibles penas a los delitos cometidos por personas jurídicas. Por su parte, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «¿Qué queda en pie en el derecho penal del principio “mínima intervención, máximas garantías”?». *Cuadernos de Política Criminal*, 2003, n.º 79: pp. 116 y ss., señala hasta once interpretaciones distintas de las consecuencias accesorias del art. 129 CP en la doctrina.

³⁶ Ello no es óbice, por supuesto, para que en casos concretos a la penalización de una conducta pueda acompañar la agravación de la sanción a imponer. Pero ello no es, ni mucho menos, consecuencia necesaria de la misma.

³⁷ Así, VAN WEEZEL, Alex. *Op. Cit.*, p. 136. En esta línea, si se me permite la suspicacia, me pregunto cuál es la ratio que fundamenta la diferente multa penal a imponer a las personas físicas y jurídicas en los casos de delito fiscal, del tanto al séxtuplo para las primeras (art. 305 CP) y del tanto al cuádruplo para las segundas en el supuesto castigado de manera más severa (art. 310 bis CP).

personas jurídicas. Si en el apartado anterior defendíamos que la despenalización de crímenes puede volverse contra el sujeto cuya conducta se despenaliza, no cabe sostener sino que sucede exactamente lo contrario en este supuesto (se «beneficia» al autor de la infracción). Las personas jurídicas llevan respondiendo administrativamente de sus infracciones décadas sin que ello haya planteado grandes problemas a la doctrina. Ahora, la responsabilidad penal, con el reforzamiento de garantías procesales que ella conlleva, puede implicar serias disfunciones. Así, VAN WEEZEL ha sostenido como importante objeción de índole procesal que, por ejemplo, «el conflicto entre las necesidades de prueba y el derecho a guardar silencio, en lo que respecta a los documentos que se encuentran en poder de la compañía, se presenta en forma mucho más intensa que cuando se trata de personas naturales. En efecto, si la persona jurídica, que ahora es imputada, no está obligada a entregar documentos que la puedan incriminar, entonces una buena parte de la prueba con la que hasta hoy se contaba para condenar a sus ejecutivos –y ahora, a la misma persona jurídica– quedaría fuera del alcance de la acusación»³⁸.

Además, y como hace ya tiempo señalara CANCIO MELIÁ, cabe la posibilidad de que a la imposición de penas a personas jurídicas acompañen importantes pérdidas en eficiencia. Y es que la «desnaturalización» de la pena (al desvincularla del dolor humano) puede ser el detonante de un importante desgaste del «filo estigmatizador de la pena», lo que conllevaría perjuicios en términos de prevención fáctica³⁹. En esta misma línea, MENDOZA BUERGO ha alertado, desde una perspectiva más genérica, del peligro de que en el sector penal «los nuevos ámbitos, instrumentos y funciones traigan consigo transformaciones y problemas que tengan como consecuencia que, en ciertos ámbitos, el Derecho penal sólo pueda ejecutarse de forma deficitaria y acabe cumpliendo en ellos funciones predominantemente o puramente simbólicas» lo que «evidentemente mina la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento y la solidez del ordenamiento jurídico y en su capacidad y efectividad para afrontar los problemas para los que sí resulta necesaria e incluso imprescindible su utilización»⁴⁰. Y éste es, sin duda, uno de estos casos.

Finalmente, y concluyendo ya en lo relativo a este punto, con independencia de que las categorías dogmáticas existentes puedan, o no, amoldarse a la imputación de responsabilidad penal de personas jurídicas y con independencia también del posible «efecto contagio» que una merma de garantías que el Derecho penal de las personas jurídicas pudiera acarrear, no creo que la forma efectiva de luchar contra una «delincuencia» de esta naturaleza sea el Derecho penal. En definitiva, no entiendo por qué debe ser concretamente el Derecho penal el sector del ordenamiento que deba ocuparse de evitar en la medida de lo posible todas estas conductas disvaliosas. De hecho, creo que una auténtica lucha contra este tipo de actividades no pasa por atribuirle competencias al respecto al ordenamiento jurídico-penal, sino por una auténtica represión administrativa de estas situaciones (dentro también, por supuesto, de los límites exigibles en el marco de un Estado de Derecho) con la dotación de medios materiales y humanos que

³⁸ VAN WEEZEL, Alex. *Op. Cit.*, p. 134.

³⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa». En MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores). *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoria al Código Penal español de 1995*. Argentina: B de F, 2006, p. 13.

⁴⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid (España): Civitas, 2001, p. 57.

ello necesariamente implica. No llego a apreciar el «valor añadido» que la pena aporta en este ámbito en relación a la sanción administrativa y, por el contrario, me parecen evidentes, y así he tratado de transmitirlo, los riesgos de que tal responsabilidad penal incremente todavía más la impunidad de la que seguramente disfrutaban demasiados individuos amparados en estructuras de poder organizadas⁴¹. Realmente no creo que, en términos generales y al margen de efectos reputacionales, lo que más importe al sujeto infractor sea la naturaleza penal o administrativa de una multa, sino su cuantía (que puede ser idéntica) y su efectiva imposición (más probable en el caso de la multa administrativa)⁴².

VI. CONCLUSIONES

A todo lo que he sostenido en epígrafes anteriores cabría oponer la sencilla objeción de que el problema esencial se encuentra en el solapamiento entre pena y sanciones administrativas de muy similar o incluso idéntica intensidad y que la solución pasa por el deslinde de ambas. Algo de verdad hay en ello, no cabe duda. Desde luego no puede valorarse positivamente la incertidumbre acerca de qué conductas deben ser perseguidas por uno u otro ordenamiento. Sin embargo, creo que el problema que he tratado de plantear resistiría incluso ese eventual deslinde⁴³. El hecho de que existiera mayor diferenciación entre ambos ámbitos facilitaría la racionalización de la discusión sobre qué sector del ordenamiento debe gestionar determinados problemas, pero en ningún caso acabaría con ella. La mayor concreción de las opciones disponibles para procesar

⁴¹ Por eso discrepo parcialmente de la opinión de ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Op. Cit.*, p. 116, quien ve en la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas un medio eficaz de prevención en estos entornos donde es difícil imputar la responsabilidad de un hecho determinado a un individuo concreto. Y discrepo porque creo que es un medio no igualmente eficaz sino superior el de la atribución de responsabilidad administrativa. En todo caso, parece claro que algún tipo de responsabilidad hay que atribuir, puesto que en caso contrario será realmente complicada la persecución prácticas indeseables en el seno de la actividad empresarial. Sobre las dificultades de atribución penal personal en este ámbito nos alerta DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El Derecho Penal antes los fraudes alimentarios. Responsabilidad por el producto en la moderna sociedad del riesgo*. España: Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 20, de manera particularmente clara al señalar que «caracterizada la denominada criminalidad empresarial por ciertas peculiaridades en el modo de realización delictiva, tales como la división funcional del trabajo en el plano horizontal, y la jerarquía en el plano vertical, son, precisamente, los delitos cometidos en el ámbito de la empresa los que presentan mayores problemas de identificación del autor, pues en las organizaciones empresariales existen directivos que toman las decisiones, otras personas que transmiten la decisión y otras que materialmente las reciben y ejecutan, con lo cual debe determinarse si todos ellos responden penalmente y, en su caso, si deben hacerlo como autores o partícipes».

⁴² Seguramente esta postura fuera tildada de «academicista» por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal*. 3ª edición. Buenos Aires (Argentina): B de F, 2011. Dicho autor, pp. 166 y ss., sostiene, y es posible que en parte le asista razón, que la «devolución» al Derecho administrativo de todo el «nuevo» Derecho penal constituye una posición «poco realista».

⁴³ Un deslinde, además, más complejo todavía de lo que inicialmente parece ya que, como señala LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. «Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de las medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador». En JORGE BARREIRO, Agustín (Coordinador). *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. España: Thomson-Civitas, 2005, p. 622, precisamente por la carga comunicativa que tiene el Derecho penal y su «sacralización» se «justifica el que haya sanciones penales formalmente más leves que las administrativas, cosa que sería intolerable en un análisis final, puesto que la pena es pena por su gravedad y así lo afirmamos para organizar su régimen de garantías». Y cómo ponderar y valorar el peso de lo que no es *stricto sensu* pena deviene, a mi parecer, una tarea inalcanzable. En definitiva, un trato fundado en «pena menor» puede ser más duro que el fundado en «sanción mayor», pero cuantificar la diferencia resulta imposible.

un conflicto es indispensable para valorar las ventajas e inconvenientes de optar por uno u otro sistema, pero nada dice sobre la fundamentación axiológica que existe y debe existir en la adopción de una u otra posibilidad. Es decir, debe admitirse un margen de elección al legislador. Lo que está claro es que la adopción de una u otra vía debe ser completa. No debería admitirse la imposición de las más graves sanciones en vía administrativa ni la imposición de enormes y costosas garantías para la imposición de sanciones apenas trascendentes para el proyecto vital de un individuo (o persona jurídica)⁴⁴.

Por otra parte, aunque excedería con mucho el propósito de este trabajo fundamentarlo en detalle, coincido plenamente con MENDOZA BUERGO cuando sostiene, frente a distintas posturas de sentido contrario, que es sumamente indeseable la instauración en nuestro orden penal de dos vías distintas. El «riesgo de contagio» de pérdidas de garantías y flexibilización formal es demasiado alto⁴⁵. Es por ello, precisamente, por lo que se impone aún más la necesidad de deslindar ambos ámbitos. En todo caso, no veo necesario acudir a un Derecho penal de dos velocidades si atribuimos determinadas conductas al Derecho administrativo sancionador de manera que se cumpla la misma función sin necesidad de correr el «riesgo de contagio» del que hablábamos. Y aunque sea cierto que la criminalización de determinadas conductas obedece a «demandas sociales» ello no debería legitimar por sí solo la elección de dicho camino. Asimismo, hemos de ser conscientes de que el problema de la distinción entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador es un excelente lugar en el que el legislador puede proceder, una vez más, al «fraude de etiquetas»⁴⁶. Con la existencia de dos sectores del ordenamiento con garantías y principios diferenciados pero con sanciones sustancialmente idénticas para determinados supuestos, parece claro que deben extremarse las cautelas a la hora de decidir a qué sector del ordenamiento van a parar las prohibiciones de determinadas conductas. No creo, insisto en la idea, que, por tanto, quepa alegar el principio de intervención mínima frente a toda modificación de la opción político-criminal de penalización de determinados hechos. La intervención mínima, por paradójico que pueda parecer y por excepcional que sean los supuestos en los que ello pueda ocurrir (en todo caso, supuestos ciertos y reales), puede volverse contra los ciudadanos a quienes pretendía proteger. El Derecho penal es un arma de doble filo, reprime el delito mientras protege al «delincuente». El objetivo debe ser hallar un equilibrio que evite que la despenalización de conductas sea perjudicial para el antaño delincuente y ahora infractor administrativo.

Tengo la sensación de que, en ocasiones, una buena parte de los juristas y estudiosos del tema, seguramente impulsados a ello por la realidad con la que tristemente les toca lidiar, olvidan el reverso de algunos de los postulados que consideran básicos. Es imprescindible no perder de vista que cuando un postulado es discutido, debe serlo desde todos sus ángulos, perspectivas

⁴⁴ En este sentido, es razonable que existan multas mayores en el ámbito administrativo que en el penal, pues su trascendencia dependerá del destinatario. Las consecuencias de una multa económica concreta no serán nunca las mismas para una boyante persona jurídica que para una persona física con recursos económicos estadísticamente medios. Por ello, puede ser razonable prescindir de la vía penal para la imposición de una multa de, por ejemplo, 100.000 euros a una gran empresa y, sin embargo, sería desproporcionado que la persona física a la que nos referíamos careciera de las garantías que el proceso penal podría atribuirle para defenderse de una sanción que probablemente marcará su rumbo vital.

⁴⁵ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Op. Cit.*, pp. 184 y ss.

⁴⁶ Así, RANDO CASERMEIRO, Pablo. *Op. Cit.*, pp. 27 y ss.

y consecuencias. En caso contrario, puede suceder que mientras se discute con buenas razones en un lado del tablero, se esté simultáneamente dando argumentos al adversario en el otro lado de éste. Algo parecido sucede con el principio de intervención mínima del Derecho penal (o con la expresión que ha hecho fortuna de «Derecho penal mínimo»). No me cabe absolutamente ninguna duda de que todos aquéllos que promueven y defienden la idea de una intervención penal mínima lo hacen con la mejor de las intenciones. Parten de la idea, que sin ningún género de dudas comparto, de que la represión es un mal y de que, en consecuencia, su presencia no debe nunca ir más allá de lo rigurosamente imprescindible. Sin embargo, creo también que es imperioso concebir la represión en unos términos más amplios y más completos⁴⁷. Es necesario entender la represión como un todo. Esta necesidad es aún más acuciante en las sociedades avanzadas en las que vivimos en las que el poder público (y, desde luego, también los poderes privados) cuentan con herramientas mucho más sofisticadas y sutiles que el Derecho penal para reprimir comportamientos. Lo fundamental para que alguien pueda defenderse de una agresión es que pueda percibirla. Es indiscutible que el Derecho penal es fácilmente perceptible por aquél que puede ser castigado por éste. Esta situación, por sí misma, es ya un «pro» en aras de la aplicación del Derecho penal.

De todo lo que he venido defendiendo en las páginas anteriores podría llegarse a la equivocada conclusión de que me opongo a la intervención penal mínima como principio general. Mis ideas no pueden estar más lejos de ello. Sin embargo, he sentido la necesidad de poner el acento en el «gran olvidado» del «Derecho penal mínimo»: el «Derecho penal» (y no el «mínimo»). Constantemente se resalta la necesidad de minimizar la incidencia del Derecho penal y pocas veces se señala lo imprescindible de éste. En definitiva, «mínimo», sí. Pero «penal», también. En consecuencia, considero necesario reducir la intervención del Derecho penal en términos generales. Sin embargo, creo que esta reducción merece un cuidadoso análisis caso por caso. Comenzaba este escrito señalando que son muchas las alternativas que caben frente al Derecho penal para reprimir un comportamiento pero que no todas deben ser siempre preferibles. Como es obvio, no podían tratarse aquí todas y cada una de ellas y, por ello, la argumentación se ha centrado en el Derecho administrativo sancionador, pues intuía que es uno de los medios alternativos que más trascendencia tiene en la práctica. En todo caso, insisto en la idea de que la mayoría de las veces el hecho de que el ordenamiento penal deje de sancionar algo no implica que la sociedad deje de hacerlo. Insisto también en la idea de que hoy por hoy el Derecho penal no es necesariamente (aunque lo será la mayoría de las veces) la represión más grave a la que pueda someterse a un individuo. No creo que internar y medicar fuertemente a un sujeto en contra de su voluntad sea, por ejemplo, menos gravoso que imponerle una pena de prisión. En este ámbito aparece otro de los caballos de batalla donde el Derecho penal puede constituir una garantía y no una agresión: las medidas de seguridad⁴⁸.

⁴⁷ En este sentido, FARALDO CABANA, Patricia. *Op. Cit.*, p. 23, sostiene que «en las democracias modernas se ha ido consolidando un discurso que tiende a reducir el concepto de represión al ámbito de los subsistemas de control penal y penitenciario. Sin embargo, la proliferación de ordenanzas municipales de civismo y convivencia en los últimos años, que prevén largas listas de conductas prohibidas que se sancionan fundamentalmente con multas, combinada con la retirada del Código Penal de ciertos ámbitos del orden público relacionados con la protesta social, apunta a una deriva silenciosa y discreta hacia prácticas más propias de un Estado policial que de uno que se dice social y democrático de Derecho».

⁴⁸ Así, frente a otras posturas que mantienen la idea de que la regulación de las medidas de seguridad constituyen en realidad materia del «Derecho de policía», SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «¿Adiós a un concepto

Para concluir, me gustaría señalar, simplificando mucho, que la batalla entre la libertad y la represión no se parece en nada a un combate de boxeo entre los defensores de la primera y el Derecho penal. Se parece, más bien, a una partida de ajedrez en la que el Derecho penal constituye una pieza esencial (la Reina, quizá) del segundo de los bandos. Una partida en que hay piezas aparentemente menos peligrosas, pero que bien utilizadas pueden causar tanto o más daño que la Reina. No se debe subestimar a los peones.

BIBLIOGRAFÍA

- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española». *Estudios Penales y Criminológicos*, 2013, Vol. XXXIII: pp. 219-263.
- . «La despenalización de faltas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014, n.º 16, Artículo 12.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa». En MIR PUIG, Santiago y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Directores). *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*. Argentina: B de F, 2006, pp. 3-16.
- . «Intervención mínima y proporcionalidad». En LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (Coordinador). *Introducción al Derecho penal*. España: Civitas-Thomson Reuters, 1ª Edición, 2011, pp. 97-103.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El Derecho Penal antes los fraudes alimentarios. Responsabilidad por el producto en la moderna sociedad del riesgo*. España: Civitas-Thomson Reuters, 2010.
- DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico*. Trad. Virginia Martínez Bretones. Madrid (España): Biblioteca Nueva, 2005 (publicación original: 1895).
- FARALDO CABANA, Patricia. «La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa». *InDret Penal*, 2014, n.º 3: pp. 1-31.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. «Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal». *Actualidad Penal*, 2000, n.º 4: pp. 69-96.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press, 1968.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*. Valencia (España): Tirant lo Blanc, 2012.
- HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Barcelona (España): Gedisa, 2000.

unitario de injusto en la teoría del delito?». *InDret Penal*, 2014, n.º 3: p. 15, ha defendido que su encaje correcto es efectivamente el del Derecho penal. Ello se debe a la aplicación, si se procede como el autor citado propone, de todo el conjunto de garantías establecidas en el Derecho penal, por razones de economía procesal y por la contribución de las medidas de seguridad a la función simbólica del Derecho penal. Por su parte, en una línea parecida, pero no coincidente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Op. Cit.*, p. 609, sostiene que pese a que la fundamentación de las garantías de las medidas de seguridad procede de la Constitución y no estrictamente del Derecho penal, de ello no deriva que sea necesario modificar la jurisdicción o el proceso penal para su efectiva imposición.

- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. «Por un Derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de las medidas de seguridad y Derecho administrativo sancionador». En JORGE BARREIRO, Agustín (Coordinador). *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. España: Thomson-Civitas, 2005, pp. 587-625.
- . «Cuándo penar, cuánto penar». En LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio y RUSCONI, Maximiliano (Directores). *El principio de proporcionalidad penal*. Buenos Aires (Argentina): Ad-Hoc, 2014, pp. 285-328.
- MARCUSE, Herbert. *El hombre unidimensional*. Trad. Antonio Elorza. Barcelona (España): Planeta-De Agostini, 1993 (publicación original: 1954).
- MARX, Karl y ENGELS, Friedrich. *La ideología alemana*. Trad. Wenceslao Roces. Madrid (España): Akal, 2014 (publicación póstuma original: 1932).
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid (España): Civitas, 2001.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. «Ni catástrofe, ni panacea: la responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Boletín de Estudios Económicos*, 2014, vol. LXIX (n.º 211): pp. 95-121.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. «La pena: Nociones generales». En LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (Coordinador). *Introducción al Derecho penal*. España: Civitas-Thomson Reuters, 1ª Edición, 2011, pp. 221-259.
- RANDO CASERMEIRO, Pablo. *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*. Valencia (España): Tirant lo Blanc, 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal*. 3ª edición. Buenos Aires (Argentina): B de F, 2011.
- . *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2ª edición. Buenos Aires (Argentina): B de F, 2012.
- . «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?». *InDret Penal*, 2014, n.º 3: pp. 1-20.
- VAN WEEZEL, Alex. «Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Política Criminal*, 2010, vol. 5 (n.º 9): pp. 114-142.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. «¿Qué queda en pie en el derecho penal del principio “mínima intervención, máximas garantías”?». *Cuadernos de Política Criminal*, 2003, n.º 79: pp. 109-123.

La *General Strain Theory* y las Políticas Criminales

MARCO TEIJÓN ALCALÁ (España)

Investigador Máster, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España¹

RESUMEN: el presente trabajo realiza un análisis superficial de las medidas de Política Criminal desarrolladas en España en los últimos años. Para implementar nuevas medidas se propone el recurso a la Criminología y a las teorías generales de la delincuencia como recurso científico necesario para la adopción de medidas de Política Criminal más eficaces. De las principales teorías destaca la «*General Strain Theory*» propuesta por Robert AGNEW. Teoría con fuerte apoyo empírico y pretensión de explicar las causas generales de la delincuencia. La teoría se centra en relaciones negativas en las que el sujeto no es tratado como le gustaría, situación que provoca sentimientos negativos tales como ira o frustración. Para aliviar la presión generada por estos sentimientos el sujeto debe realizar acciones correctivas. Una posible acción sería la delincuencia. Agnew identifica una serie de programas que podrían reducir estas relaciones negativas y por ende la delincuencia.

Palabras clave: Política Criminal, Criminología, delincuencia, Teoría General de la Frustración, relaciones negativas.

ABSTRACT: the present paper analyses the Criminal Policy measures developed in Spain in recent years. The use of Criminology and general crime theories is proposed to implement new measures of Criminal Policy. This theory have received strong empirical support and try to explain the general crime causes in order to supply more effective decisions on Criminal Policy programs. Among the major theories highlights that proposed by Robert AGNEW «General Strain Theory». The theory focuses on negative relationships in which the individual is not being treated as he or she would like to be treated. This would cause negative emotions in individuals as anger or frustration. These emotions create pressure for corrective actions and delinquency could be an option. Agnew proposes a series of programs aimed at reducing these negative relationships and therefore the crime.

Key words: Criminal Policy, Criminology, delinquency, General Strain Theory, negative relationships.

¹ Estudiante segundo año Máster en Seguridad, Universidad Nacional de Educación a Distancia (España).

SUMARIO: I. Introducción. 1. Tradicionales medidas de Política Criminal. 2. Las teorías criminológicas como fuente de medidas de Política Criminal. II. Teoría General de la Frustración «General Strain Theory» (GST). 1. Origen de la teoría. 2. La reformulación de la teoría. 3. El término «strain». 4. Descripción de las tres principales fuentes de frustración. 5. Estrategias de afrontamiento. III. Nuevo discurso en materia de Política Criminal. 1. Introducción. 2. Programas de Política Criminal señalados por Agnew. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

I. *Tradicionales medidas de Política Criminal*

Cierto sector de la literatura se muestra crítico con los modelos de Política Criminal tradicionales aplicados en los Estados modernos. Algunos autores consideran que la implementación de ciertas políticas ha sido establecida de forma irracional y atendiendo a factores coyunturales, sin previsión consistente o sistemática y desconociendo los factores que están detrás de la conducta criminal². Como resultado se habría producido una importante inflación de normas en materia penal (punitivismo³). En España los índices de puntividad formal en las dos últimas décadas han aumentado drásticamente debido, entre otras circunstancias, al incremento de las penas⁴. Nuevas penas o medidas que en algunos casos resultan inconsistentes con los principios tradicionales del Derecho penal y que se fundan en eventuales riesgos invisibles que fomentan la creación de normas imprecisas⁵.

Los factores que han llevado a esta forma de política en materia criminal son señalados por varios autores. Garland lo atribuye a factores de orden económico, social y cultural. El autor describe el escenario en que los factores anteriores han contribuido a la instauración de ciertas medidas de control y de Política Criminal⁶. Otros autores, como ROXIN, señalan factores de orden político⁷. En este sentido Jonathan SIMON considera que el delito es el instrumento utilizado por los Estados para gobernar. Es decir, atribuye el incremento de medidas de control y de

² SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a la Criminología*. 6ª ed. Madrid: Dykinson, 2009, p. 174.

³ JAKOBS, Günther. «La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del Presente». *Estudios de Derecho Judicial*, 1999, pp. 119-146. Concepción basada en el incremento de la pena como único instrumento de control de criminalidad. *Vid.* también LAPPÍ-SEPPÄLÄ, Tapio. «Política Criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos», *Cuadernos de Política Criminal*, 2006, vol. 3, pp. 121-158. El autor habla de punitivismo populista y lo define como un sistema basado en legislar de forma rápida, en relación al caso concreto y sin considerar circunstancias de Política Criminal ni el consejo de los expertos. *Vid.* También SERRANO MAÍLLO, Alfonso; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. «El aumento de la punitividad a nivel legislativo en España». En Kury, H.; Serrano Maíllo, A. (eds.). *Estudios sobre punitividad y victimación*. Madrid: Dykinson, 2007. Los autores indican que se trata de un concepto no pacífico donde algunos autores utilizan a veces términos como renacimiento punitivo, nueva punitividad o populismo punitivo.

⁴ SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción*, *op. cit.*, p. 174.

⁵ SERRANO MAÍLLO, Alfonso. «El control y prevención del delito en la modernidad reflexiva». *Seminario Curso Experto Universitario en Criminología*. Madrid: UNED, 2013.

⁶ «Las fuerzas sociales, económicas y culturales de la modernidad tardía han reconstruido el pensamiento criminológico, las políticas criminales gubernamentales y las actitudes en la cultura popular». GARLAND, David. *La Cultura del Control del Delito*. Barcelona: Gedisa, 2005.

⁷ ROXIN, Claus. «Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal». *Ensayos Jurídicos*, 2002, Vol. I, p. 87-105. Roxin lo considera un «medio para dar popularidad a los políticos».

«expansión del Derecho penal⁸» al miedo que genera el delito en la sociedad⁹. VARONA, al igual que SIMON, respalda esta relación entre el miedo al delito y punitivismo, incidiendo en la causa que provoca este temor, que no es otra que la forma en que son presentadas las noticias relacionadas con el crimen y con la delincuencia por parte de los medios de comunicación¹⁰. Otro de los factores señalados por la literatura es la relevancia alcanzada en las últimas décadas por las víctimas del delito y su papel como promotoras de ciertas reformas legislativas de ámbito jurídico-penal. BAAMONDE muestra el papel que ha tenido la víctima en los sistemas de justicia penal a lo largo de la historia¹¹. Cerezo por su parte pone de manifiesto la especial importancia que han alcanzado algunas asociaciones de víctimas en las sociedades democráticas. Estas asociaciones ejercen en la actualidad una gran presión (*lobby*) en las autoridades políticas¹².

La consecuencia de tales circunstancias ha sido el surgimiento del punitivismo y la extensión de la justicia penal como modelo de Política Criminal¹³. La literatura ha tratado de ofrecer una explicación razonada a esta actitud punitivista¹⁴ que algunos autores han criticado fuertemente, al considerar que se trata de una metodología inconsciente, irracional y poco razonable. Por ello, surgen voces críticas reclamando un cambio¹⁵.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, José Manuel. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001. Expresión utilizada por el autor para reflejar el incremento del recurso al Derecho penal como técnica de Política Criminal. SILVA atribuye este incremento a la aparición de nuevos intereses a proteger, nuevos riesgos, nuevos y atípicos empresarios morales (feministas), etc. *Vid.* también SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción*, *op. cit.*, p. 175.

⁹ SIMON, Jonathan. «Gobernando a través del Delito». *Delito y Sociedad: Revista de Ciencias Sociales*, 2006, p. 75-92. Simon considera que los dirigentes políticos tratan a los ciudadanos como víctimas que perciben un acusado miedo al delito, de donde surge una desmesurada intervención del Estado.

¹⁰ GÓMEZ VARONA, Daniel. «Medios de comunicación y punitivismo», *InDret*, 2011, vol. 1, pp. 1-35. Los medios de comunicación a través del «*agenda setting*» (proceso en que, por la selección, presentación e incidencia de las noticias, se determinan los temas de interés público) y «*framing*» (encuadre de la noticia en un contexto o marco de referencia concreto) contribuyen al sentimiento de inseguridad. GARLAND (*op. cit.*) señala la importancia de los medios de comunicación en el temor al delito y sentimiento de inseguridad.

¹¹ BAAMONDE, Xulio Ferreiro. *La Víctima en el Proceso Penal*. Madrid. La Ley, 2005. Evolución que va desde lo que el autor denomina época de la edad de oro (autotutela o justicia privada, Ley del Talión, etc.) a la actualidad, donde se ha producido «el resurgimiento de la víctima» con la entrada del siglo XXI.

¹² CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *El Protagonismo de las Víctimas en la Elaboración de las Leyes Penales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. La autora destaca la incidencia de las asociaciones en la política legislativa penal, principalmente en materias de violencia de género, justicia juvenil, terrorismo o pederastia.

¹³ Díez RIPOLLÉS, José Luis. *Política Criminal y Derecho Penal: Estudios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. Díez RIPOLLÉS, José Luis. «La Nueva Política Criminal Española». *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 2003, pp. 65-87.

¹⁴ *Vid.* SERRANO MAÍLLO. *El aumento de la punitividad...*, *op. cit.* Trabajo que ofrece un análisis más detallado y extenso de la explicación y circunstancias que rodean el fenómeno de la punitividad.

¹⁵ ROXÍN, *op. cit.*, p. 88 considera que la pena privativa de libertad no es un medio eficaz contra la pequeña y mediana criminalidad y que la prevención sería más efectiva. HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia Una Alternativa*. Ariel, 1984. Los autores proponen un cambio total del sistema punitivo ya que son frontalmente contrarios a la pena de prisión. Según Hulsmán es un sufrimiento estéril. LAPPI-SEPPÄLÄ, *op. cit.*, pp. 123 y ss. pone como ejemplo de alternativa los sistemas de penas de los países escandinavos. En Finlandia la introducción de penas alternativas a la prisión ha reflejado un importante descenso en las tasas de población penitenciaria.

2. *Las teorías criminológicas como fuente de medidas de Política Criminal*

Una vez analizadas someramente las formas tradicionales de Política Criminal en los Estados modernos y los factores causantes de semejante sistemática, deviene necesario proponer una alternativa razonable con vocación de ofrecer respuestas a la controversia formulada en esta introducción. Se trata de una empresa que no resulta nada sencilla y que la literatura sobre la materia ha tratado de abordar. LAPPI-SEPPÄLÄ considera que el estudio sobre la incorporación de medias de Política Criminal deber ser consciente, consensuado, pragmático y en el que interengan diferentes expertos procedentes de diferentes campos ideológicos y científicos¹⁶.

La Criminología es una disciplina que en cierto modo se apoya en otras disciplinas y recurre al método científico para el conocimiento del delito, para lo que se sirve de diferentes teorías. Se trata de una disciplina que estudia el delito, y más concretamente las causas del mismo. Por su parte, la Política Criminal tiene como misión determinar las formas de control y prevención del delito¹⁷. Por ello, para poder implementar óptimas medidas de control de la delincuencia primero debemos conocer la etiología de la misma¹⁸. Según SERRANO MAÍLLO una buena Política Criminal debería estar basada en una teoría sobre las causas del delito¹⁹. LAUB y sus colegas²⁰ afirman que sólo la política basada en teoría y en hechos puede considerarse una Política Criminal inteligente.

La Criminología por tanto puede orientar científicamente las decisiones en materia de Política Criminal (prevención y control del delito) especialmente a través de diferentes teorías criminológicas en cuyo propósito está explicar la etiología del delito. La literatura considera que las teorías criminológicas pueden ejercer un papel relevante en materia de prevención y control del delito y reinserción del reo²¹ (especialmente aquellas principales teorías que han recibido mayor atención teórica y empírica). Admitiendo que no todas las teorías son aptas para proponer medidas de Política Criminal existe una íntima relación entre teoría y Política Criminal. La teoría ofrece una guía a la Política Criminal²².

II. TEORÍA GENERAL DE LA FRUSTRACIÓN «GENERAL STRAIN THEORY» (GST)

Dentro de las principales teorías se pretende enfatizar las virtudes de la GST como guía para la adopción de medidas de Política Criminal por varias razones fundamentales. En primer lugar porque es concebida como una teoría con potencial para explicar una amplia gama de delitos. Cada fuente de frustración de las que a continuación analizaremos puede generar una

¹⁶ LAPPI-SEPPÄLÄ, *op. cit.*, pp. 156 y ss.

¹⁷ SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción, op. cit.*, p. 33.

¹⁸ REDONDO ILLESCAS, Santiago. «Psicología penitenciaria aplicada: Los programas de rehabilitación en Europa». *Ponencia I Jornadas de Tratamiento Penitenciario*, 2000. «(...) cualquier estrategia de prevención de la futura delincuencia toma cuerpo a partir de una cierta explicación de la propia conducta delictiva».

¹⁹ SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a la Criminología...*, *op. cit.*, p. 36.

²⁰ *Apud* SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Ibid.*, p. 36.

²¹ REDONDO ILLESCAS, *op. cit.* considera que el tratamiento penitenciario debería estar basado igualmente en teoría.

²² SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción...*, *op. cit.* Teorías a nivel individual tales como la Teoría del Control Social (Hirschi 1969, Gottfredson y Hirschi 1990), Teorías del Aprendizaje Social (Akers, Sutherland) y Teoría General de la Frustración (Agnew, 1992).

predisposición a participar en diferentes tipos de delincuencia²³. En segundo lugar, porque se trata de una teoría que recurre a otras teorías para completarse, aunque como señala Serrano MAÍLLO, sin seguir la metodología de la integración²⁴. Por último, destaca el fuerte apoyo empírico que ha recibido la teoría.

I. Origen de la teoría

La GST proviene de las teorías clásicas de la frustración. Teorías que nacen a partir de los trabajos a nivel macro desarrollados por DURKHEIM y MERTON. Estos autores basaron sus trabajos en el concepto de «anomia»²⁵. Según aquellos, la función del Derecho debe ser regular las interacciones sociales. Cuando el Derecho falla en este propósito o la regulación es inadecuada, se produce una variedad de problemas sociales, entre ellos la delincuencia. DURKHEIM se centró en la reducción de la restricción social y la frustración que la situación de anomia genera a nivel individual²⁶. MERTON por su parte, se basó en la situación de anomia que se produce en sociedades donde existe discrepancia entre las necesidades de las personas y los medios que ofrece la sociedad para satisfacerlas²⁷. Según GARRIDO et al MERTON identifica anomia con un proceso de cambio rápido de valores en las sociedades modernas que no pueden ser sustituidos por otros, quedando los sujetos sin valores o normas de referencia²⁸. Situación que provoca tensión o frustración en los individuos que pueden recurrir a la delincuencia como medio de aliviar sus sentimientos negativos²⁹.

Por lo tanto, el concepto de anomia que utilizan estos primeros autores queda dividido en dos niveles, el nivel macro (social o colectivo) y el micro (individual). A nivel social la discrepancia con los valores y las normas dominantes es la que genera la situación de anomia en la que la sociedad deviene incapaz para establecer límites en los objetivos personales y regular la conducta individual. Por otro lado, desde el punto de vista individual, esta discrepancia genera presión (tensión) en los sujetos concretos que la padecen, pudiendo desembocar en comportamientos antisociales y/o delictivos³⁰.

Posteriormente COHEN introduce otro objetivo que los jóvenes, especialmente de clase baja, tratan de lograr, como es el estatus social de clase media y el reconocimiento social. El

²³ AGNEW, Robert. «Foundation for a general strain theory of crime and delinquency», *Criminology*, 1992, volumen (30): p. 47-88. GARRIDO GENOVÉS, Vicente; STANGELAND, Per y REDONDO, Santiago. *Principios de Criminología*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. Cada fuente de frustración «constituye un elemento situacional precipitante de diferentes tipos de delitos», p. 249.

²⁴ SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a la Criminología...*, op. cit., p. 374. Vid. nota 21.

²⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 1372. Anomia entendida como «desregulación», desorganización social o colectiva.

²⁶ DURKHEIM, Emile. *El Suicidio*. Ediciones Akal, 1989. El autor identifica el concepto de anomia con un «fenómeno social que debido a la falta de regulación suficiente, empuja a los individuos a la desintegración y al no conformismo y, en último término al delito».

²⁷ MERTON, Robert K. «Social structure and anomie», *Am.Sociol.Rev.*, 1938, vol. 3, pp. 672-682. Según Merton la cultura identifica unos objetivos a lograr (donde pone gran énfasis) pero la estructura social no facilita los medios legítimos necesarios para que todos puedan alcanzarlos (donde el énfasis sería menor).

²⁸ GARRIDO et al., op. cit., p. 239.

²⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. cit. p. 794.

³⁰ GARRIDO et al., op. cit., p. 239. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. cit., p. 794. La conducta desviada supone una reacción normal a las contradicciones de las estructuras sociales.

bloqueo en estos objetivos, genera frustración en los jóvenes que recurrirán a subculturas criminales para conseguir esa aprobación y reconocimiento social³¹.

CLOWARD y OHLIN, por su parte, incorporan un elemento más a los ya considerados por los autores anteriores, como es el concepto de «estructuras de la oportunidad ilegítima»³². Según aquellos, las bandas juveniles surgen allí donde las oportunidades legítimas de que disponen los sujetos para alcanzar sus metas son limitadas³³. CLOWARD y OHLIN en su teoría de la oportunidad diferencial integran las tesis anómicas y subculturales y ponen de manifiesto la importancia del barrio como lugar de aprendizaje y de posibilidades efectivas para desarrollar la actividad delictiva³⁴.

2. *La reformulación de la teoría*

Robert AGNEW hace una revisión de las teorías clásicas y propone una teoría general en la que afirma que las personas, además de buscar el éxito monetario y el estatus de clase media, buscan otras metas valoradas positivamente³⁵. AGNEW introduce nuevas fuentes de frustración y nuevas dimensiones de las mismas. El resultado es la formulación de la *General Strain Theory* como una teoría a nivel micro que se sirve de variables individuales para explicar el comportamiento delictivo. Es decir, la teoría se centra en el individuo (principalmente adolescentes) y en su inmediato ambiente social³⁶.

La GST se centra en las relaciones negativas que experimentan los sujetos a lo largo de su vida. En estas relaciones el individuo no es tratado como le gustaría. Es decir, existen ciertas circunstancias a lo largo de la vida (fuentes objetivas de frustración o tipos ideales) que generan tensión o frustración en las personas. Esta situación provocaría unos estados afectivos negativos tales como la ira u otros sentimientos semejantes. Estos sentimientos, especialmente la ira, ejercen presión en el sujeto que necesita realizar acciones correctivas para aliviar su estado de agitación. De entre las posibles medidas de adaptación o estrategias de afrontamiento dirigidas a eliminar la presión, el delito puede resultar una opción³⁷. El recurso a la delincuencia o no dependerá de una serie de limitaciones y disposiciones al delito (o al comportamiento lícito) del sujeto³⁸.

3. *El término «strain»*

AGNEW se refiere al término «*strain*» como relaciones negativas con terceros³⁹. Otros autores operacionalizan el concepto como relaciones negativas en las que el sujeto no es tratado

³¹ GARRIDO et al., *op. cit.*, pp. 242-243.

³² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *op. cit.*, p. 803.

³³ GARRIDO et al., *op. cit.*, p. 243.

³⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *op. cit.*, p. 803.

³⁵ AGNEW, Robert. «Foundation for a general strain theory of crime and delinquency», *Criminology*, 1992, Vol. 30, pp. 47-88. Objetivos como son buenas notas, popularidad, triunfar en el deporte, etc.

³⁶ AGNEW, Robert. «Foundation...», *op. cit.*, p. 48. Es decir, «relaciones en las que otros no tratan a la persona como él o ella le gustaría ser tratado».

³⁷ *Vid.* GARRIDO et al., *op. cit.*, p. 248.

³⁸ AGNEW, Robert. «Foundation...», *op. cit.*, p. 48. Recursos de adaptación individuales (temperamento, inteligencia, creatividad, habilidades interpersonales y en resolución de conflictos, autoeficacia y autoestima).

³⁹ *Ibid.*, p. 48.

como quisiera. La traducción literal al español del término se corresponde con la palabra tensión⁴⁰. No obstante, AGNEW admite que cada investigador usa el término en diferente modo⁴¹. En la mayoría de trabajos relacionados con la GST «*strain*» se identifica con acontecimientos negativos en los que el sujeto no es tratado como le gustaría. Relaciones adversas o negativas (en general) o acontecimientos negativos. Es decir, el concepto abarca cualquier relación negativa, con independencia del agente provocador (personas, situaciones, acontecimientos, etc.). Estas relaciones serán las que generen estados afectivos negativos en el sujeto, tales como la ira u otros estados semejantes.

Así mismo Agnew diferencia entre «*strain*» objetiva y «*strain*» subjetiva⁴²:

a) Strain objetiva

Como ya hemos expresado más arriba, el término «*strain*» objetiva es referido a acontecimientos o condiciones que desagradan a la generalidad de las personas. Según AGNEW existe una gran cantidad de eventos o tipos específicos de relaciones negativas a examinar. Cientos de tipos caen bajo las principales categorías enumeradas por la GST. AGNEW señala algunas que se han evidenciado más consecuentes con el delito⁴³.

b) Strain subjetiva

El término «*strain*» subjetiva refiere a acontecimientos o condiciones que no son aceptados por las propias personas que los están experimentando (o los han experimentado)⁴⁴. Se trata de la adaptación del sujeto a los sentimientos provocados por las fuentes objetivas de frustración. Es decir, es la evaluación subjetiva que el sujeto realiza de la situación provocada por las fuentes objetivas y que puede variar dependiendo de cada sujeto. En definitiva, son situaciones que desagradan a las personas que las padecen⁴⁵. De acuerdo con AGNEW, las «*strains*» subjetivas son las que tienden a generar emociones negativas que mayormente correlacionan con la delincuencia.

4 Descripción de las tres principales fuentes de frustración

La GST parte de la existencia de los tipos ideales de frustración (fuentes objetivas) anteriormente mencionadas. Estas fuentes pretenden abarcar un amplio rango de situaciones

⁴⁰ UNIVERSAL, *Diccionario Collins*. Español-Inglés. 2003.

⁴¹ El nombre «*General Strain Theory*» ha sido traducido como Teoría General de la Frustración por algunos autores (Serrano Maíllo), como Teoría General de la Tensión por otros (Garrido et al) o bien como teorías de la privación (Tittle), si bien este autor también utiliza el término frustración.

⁴² AGNEW, Robert y WHITE, Helene. «An empirical test of general strain theory», *Criminology* (Beverly Hills) 1992, Vol. 30, p. 475. AGNEW, Robert. «Building», *op. cit.*, AGNEW, Robert. «Foundation...», *op. cit.*

⁴³ AGNEW, Robert. «Building...», *op. cit.*, pp. 323-326. AGNEW, Robert. *Pressured...*, *op. cit.*, pp. 51 y ss. Abusos o agresiones verbales y físicas, de padres, esposos/parejas, profesores y compañeros, rechazo o abandono de los padres, bajo rendimiento escolar, problemas de trabajo, conflictos matrimoniales, etc.

⁴⁴ Para medir «*strain*» en estos supuestos, Agnew propone preguntar a los individuos si les desagrada la forma en que están siendo tratados. *Vid.* AGNEW, Robert. *Pressured...*, *op. cit.*, pp. 81-87.

⁴⁵ AGNEW, Robert. «Building...», *op. cit.*, p. 321. *Vid.* AGNEW, Robert. *Pressured...*, *op. cit.*, pp. 9-10.

estresantes, principalmente referidas a relaciones negativas en las que se impide al sujeto alcanzar objetivos valorados positivamente, se le retiran estímulos valorados positivamente o se le expone a estímulos valorados como negativos o nocivos.

Si bien estos tipos son teóricamente distintos entre sí, en la práctica pueden superponerse ya que un mismo hecho puede interpretarse sobre la base de cualquiera de los tres tipos⁴⁶.

Así mismo, algunas investigaciones indican que situaciones que pueden ser consideradas como fuentes de frustración, también se relacionan con las teorías del control social o con las del aprendizaje⁴⁷. Por ello, el propio AGNEW identifica la variable «*strain*» con «relaciones negativas con otros», siendo la forma en que clasifica y diferencia esta variable de otras situaciones frustrantes relacionadas con medidas del control social⁴⁸.

A. Impedir alcanzar objetivos valorados positivamente⁴⁹

La primera fuente objetiva de frustración es dividida por AGNEW en tres dimensiones⁵⁰. La primera proviene de las teorías clásicas de la frustración⁵¹, cuyos postulados descansan en el bloqueo de oportunidades. Las otras dos provienen de la literatura sobre justicia/equidad.

a) Diferencia entre aspiraciones y expectativas

El sistema cultural alienta a todos a perseguir unos objetivos ideales como son el éxito monetario y/o el estatus de clase media. Sin embargo, el propio sistema impide a los sujetos de clase baja alcanzar estos objetivos a través de modos legítimos. La frustración se mide en términos de diferencia entre aspiraciones, que serían los objetivos ideales en una sociedad, y las expectativas, esto es, los niveles esperados del objetivo.

b) Diferencia entre expectativas y lo realmente conseguido (recompensa)

Se argumenta que tales expectativas derivan de experiencias vividas de cada uno, así como de la comparación relativa con otros sujetos similares. Según AGNEW el fracaso en alcanzar semejantes expectativas puede llevar al sujeto a emociones como la ira, resentimiento, rabia, insatisfacción, decepción, infelicidad, etc. Argumenta el autor que esta dimensión es más emocionalmente angustiosa que la anterior ya que mientras las aspiraciones son consideradas a veces como una utopía, las expectativas están más arraigadas a la realidad.

⁴⁶ AGNEW, Robert. «Foundation...», *op. cit.*, p. 59.

⁴⁷ DRAPELA, Laurie. «The effect of negative emotion on licit and illicit drug use among high school dropouts: An empirical test of General Strain Theory», *Journal of Youth and Adolescence*, 2006, Vol. 35, pp. 752-767.

⁴⁸ AGNEW, Robert. «Foundation...», *op. cit.*, p. 48. AGNEW, Robert y WHITE, Helene, *op. cit.*, p. 480.

⁴⁹ AGNEW, Robert. «Foundation...», *op. cit.*, p. 51-52.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 48

⁵¹ COHEN, Albert. *Delinquent Boys: The Culture of the Gang*. New York y London: Collier Macmillan, 1971 y 1955. Los jóvenes de clases bajas carecen de posibilidades reales de acceso a los fines y metas que la sociedad ofrece. Por ello, se produce disyunción entre las aspiraciones de estos jóvenes y las expectativas reales de acceso a las mismas. Esta situación les genera un «estatus de frustración» (*status frustration*).

c) Diferencia entre el resultado estimado justo/equitativo y el realmente obtenido

Según AGNEW los sujetos interaccionan esperando que se sigan ciertas normas de distribución de justicia, normas que especifiquen cómo los recursos deben ser asignados. La norma más importante es la de la equidad. Una relación es equitativa cuando los ratios entre el intercambio de sus «*outcomes*»/«*inputs*» son equivalentes⁵². Los sujetos comparan estos ratios y si son similares sentirán que las consecuencias son justas y/o equitativas⁵³.

B. Retirada o amenaza de retirar estimulados valorados positivamente⁵⁴

Esta segunda fuente puede llevar a la pérdida real o esperada de estímulos valorados positivamente y generar comportamientos delictivos. El sujeto puede intentar evitar la pérdida de estos estímulos positivos, recuperar los perdidos o bien obtener estímulos sustitutivos, buscar venganza contra los responsables de la pérdida o gestionar el afecto negativo causado mediante el consumo de drogas.

C. Presentación o amenaza de presentar estímulos negativos o nocivos⁵⁵

Finalmente, la tercera fuente puede generar delincuencia debido a que los individuos pueden intentar escapar, evitar, resolver o aliviar los estímulos negativos, o bien buscar venganza contra la fuente que los genera. Igualmente pueden gestionar el efecto negativo mediante el consumo de drogas. Es decir, la GST no se centra en la presentación de los estímulos nocivos per se, sino en la incapacidad de los sujetos para escapar legalmente de los ellos. AGNEW identifica una serie de estímulos nocivos que han sido examinados y utilizados en estudios empíricos implementados por varios autores⁵⁶.

Cada uno de los tipos arriba presentados aumenta la probabilidad de que los individuos experimenten diferentes emociones negativas (decepción, depresión, miedo, ira). Según AGNEW la ira (reacción emocional más relevante para la GST) se produce cuando las personas culpan de su adversidad a los demás. Además indica ciertas condiciones que caracterizan a las *strains* que mayor correlacionan con el delito⁵⁷.

⁵² AGNEW, Robert. «Foundation...», *op. cit.*, p. 56. *Outcomes* abarcan un amplio rango de positivas y negativas consecuencias. *Inputs* abarcan las contribuciones positivas y negativas del individuo a la relación.

⁵³ *Ibid.*, p. 56. Agnew reconoce que aún se puede enumerar otros tipos: diferencia entre resultados satisfactorios y la realidad, diferencia entre resultados merecidos y la realidad y diferencia entre los niveles de tolerancia o resultados mínimamente aceptables y la realidad.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 57-58.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 58-60.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 58. Abuso y abandono de menores, victimización, castigo psíquico, mala relación con padres o amigos, experiencias adversas en el colegio, una amplia gama de acontecimientos estresantes, amenazas verbales e insultos u otros como dolor psíquico, olores desagradables, escenas repugnantes, etc.

⁵⁷ *Vid.* AGNEW, Robert. *Pressured...*, *op. cit.*, pp. 326-328. Las percibidas como injustas, altas en magnitud (más severas) asociadas a bajo control social y las que crean algún incentivo para delinquir.

Por tanto, de acuerdo con todo lo visto anteriormente, el proceso causal por el que se produciría el delito se desarrolla de la siguiente manera⁵⁸:

- 1º Una fuente de frustración genera una serie de sentimientos negativos.
- 2º Dentro de estos sentimientos negativos la ira o sensaciones semejantes son los que tienen mayor potencialidad para provocar comportamientos desviados⁵⁹.
- 3º Dentro de estos comportamientos desviados puede producirse el delito cuando:
 - a) No se logra lo que se desea o lo que se logra no se considera justo o equitativo. El sujeto puede recurrir al delito para alcanzar los objetivos deseados.
 - b) Se pierde o se puede perder un estímulo valorado positivamente. El sujeto puede recurrir al delito para evitar, recuperar o sustituir la pérdida o bien como venganza.
 - c) Se está ante un estímulo negativo. El sujeto puede recurrir al delito para escapar del estímulo, eliminarlo o reducir sus efectos. Igualmente puede buscar venganza o refugiarse en las drogas.

5. Estrategias de afrontamiento

Una vez visto el proceso por el que las fuentes de frustración pueden llegar a generar ciertos sentimientos negativos (como la ira) y cómo estos a su vez pueden generar comportamientos desviados (como el delito) falta determinar cuándo los sujetos recurrirán a estos comportamientos desviados o cuándo recurrirán en cambio a comportamientos conforme a la ley. Agnew afirma que prácticamente todas las teorías de la frustración reconocen que **sólo algunas personas frustradas recurrirán a la delincuencia** para aliviar los sentimientos generados⁶⁰. Además indica una serie de factores que afectan a la elección de las estrategias de afrontamiento, como son las restricciones y disposiciones del sujeto.

A. Estrategias de afrontamiento delictivas VS no delictivas

- a) Estrategias cognitivas: el sujeto racionaliza la situación a la que se encuentra expuesto con el objetivo de rebajar la presión generada⁶¹.
- b) Estrategias conductuales: según TITTLE⁶² sólo este tipo de estrategias se relacionan con la posibilidad del crimen, ya que solo las conductas y no los pensamientos son relevantes para el Derecho Penal. En este sentido, tal y como se dijo anteriormente, cuando no se

⁵⁸ SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a la Criminología...*, op. cit., p. 376.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 59-60. La ira es una emoción fundamental y aumenta los niveles del individuo de sentirse herido, genera deseo de venganza, da energía para actuar y reduce las inhibiciones.

⁶⁰ Es aquí donde Agnew se apoya en teorías generales como la del control social o la del aprendizaje.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 67-69. El sujeto puede ignorar o minimizar la importancia de la adversidad, redefinir la importancia absoluta y/o relativa de sus metas, valores o identidades, maximizar sus resultados positivos o minimizar los negativos (reduciendo los estándares de evaluación) o distorsionar la propia estimación de los resultados reales y/o esperados. Finalmente, también puede aceptar la responsabilidad por la adversidad.

⁶² TITTLE, Charles R. «Los Desarrollos Teóricos De La Criminología». *Justicia Penal Siglo*, 2006, Vol. 21, pp. 1-54, p. 10.

logra lo deseado o lo logrado no se considera justo/equitativo, el delito puede favorecer la meta buscada. Igualmente, cuando se está ante la pérdida de un estímulo valorado positivamente se puede recurrir al delito para evitarla, recuperar el estímulo retirado, sustituirlo por otro o bien apelar a la venganza. Finalmente, cuando se está ante un estímulo negativo, se puede delinquir para escapar del mismo, eliminar o aminorar sus efectos o recurrir a la venganza. También se pueden realizar otros comportamientos legítimos dirigidos a rebajar la tensión (deportes, actividades, etc.).

- c) Estrategias emocionales: los individuos pueden adaptarse a la tensión generada actuando directamente sobre las emociones negativas que derivan de la adversidad⁶³.

B. Factores que afectan a la elección de las diferentes estrategias

Así mismo, existen una serie de factores que determinan que el estado general de excitación provocado por la adversidad desemboque en delincuencia:

- a) Restricciones a la adaptación: si bien existen diferentes adaptaciones a la presión generada, no son igualmente disponibles para todos ya que algunas personas tienen limitada su elección por una variedad de factores internos⁶⁴ y externos⁶⁵.
- b) Disposiciones al delito: existen características que incrementan la probabilidad de un afrontamiento criminal (factores que influyen en la reacción a estresores o *strain*)⁶⁶:

III. NUEVO DISCURSO EN MATERIA DE POLÍTICA CRIMINAL

I. *Introducción*

Una vez analizadas las premisas básicas sobre las que descansa la teoría, faltaría concretar las medidas de Política Criminal adecuadas a sus directrices. No se tiene constancia hasta la fecha de la existencia de un programa específico basado en la GST. AGNEW ha realizado una profusa explicación de los elementos sobre los que descansa la teoría, pero no ha establecido las bases de un programa concreto dirigido a reducir las tasas de delincuencia. Tan solo indica dos escenarios generales sobre las que deben incidir los programas (escenarios relacionados con los tipos de *strain* objetiva y subjetiva anteriormente indicados). Según AGNEW los programas

⁶³ *Ibid.*, p. 70. Uso de drogas, ejercicio físico, técnicas de respiración, meditación, etc.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 70-72. Si son afectados metas/valores/identidades de alta importancia (absoluta y relativa) y si el sujeto tiene pocas alternativas en las que refugiarse, será más difícil relegar la tensión a un área poco importante de la propia vida. Por otro lado, según Agnew, variables como los costes y beneficios del delito, el nivel individual de control social y la posesión de «medios ilegítimos» necesario para ciertos delitos, restringen la adaptación delictiva. También influirán características individuales como el temperamento, inteligencia, creatividad, habilidades interpersonales y en resolución de conflictos, autoeficacia y autoestima.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 70-72. Factores como el entorno o apoyo social (informal, instrumental y emocional).

⁶⁶ AGNEW, Robert. *Pressured...*, *op. cit.*, pp. 92-104: pobres recursos y habilidades de afrontamiento (pobres habilidades sociales y en resolución de conflictos, baja restricción y alta emocionalidad, bajo estatus socioeconómico, baja autosuficiencia) habilidades y recursos delictivos, bajos niveles de apoyo social convencional, bajo control social asociación con personas y creencias favorables al delito y exposición a situaciones donde los costes de afrontamiento criminal son bajo y los beneficios altos.

deberían ir dirigidos a eliminar las strains (objetivas) que más correlacionan con la delincuencia y cuando esto no sea posible, reducir la probabilidad de que se afronte la situación a través del delito (strains subjetivas).

2. *Programas de Política Criminal señalados por Agnew*

AGNEW se apoya en una serie de programas que, como él bien reconoce, no han sido explícitamente basados en la teoría⁶⁷. La GST parte de una premisa muy básica y es que si se trata mal a las personas pueden cabrearse y delinquir⁶⁸. Por ello AGNEW recomienda en primer lugar reducir la probabilidad de que se produzca el maltrato y, cuando ello no sea posible, reducir la probabilidad de que respondan éste mediante el delito⁶⁹.

En relación a los programas dirigidos a reducir la exposición a relaciones que más correlacionan con el delito, AGNEW se propone como primer objetivo **eliminarlas**⁷⁰. Cuando esto no sea posible, propone tratar de **alterarlas**⁷¹ y si esto tampoco es posible, plantea intentar retirar al propio sujeto de la exposición a estas relaciones negativas⁷². Sin embargo, en ocasiones y para ciertos tipos de relaciones resulta prácticamente imposible cualquiera de las opciones anteriores, por lo que AGNEW propone programas dirigidos a reducir la probabilidad de que los sujetos afronten la exposición a través del crimen. AGNEW propone educar a los sujetos en habilidades personales⁷³ o habilidades aptas para alterar ciertas percepciones y objetivos⁷⁴.

AGNEW señala una batería de programas que van dirigidos a reducir la probabilidad de que el sujeto desarrolle estrategias de afrontamiento criminal, para lo que propone mejorar habilidades y recursos de afrontamiento. Estos programas descansan sobre unos de los pilares fundamentales de la teoría y es que **solo algunos sujetos sometidos a «strain» recurrirán a la delincuencia**. Es decir, que los programas deben incidir en el fomento de las estrategias de

⁶⁷ AGNEW, Robert. «Controlling Delinquency: Recommendations from General Strain Theory». *Crime and Public Policy: Putting Theory to Work*, 1995, pp. 43-70. Muchos de ellos son basados en la Teoría del Aprendizaje Social propuesta por Akers (p. 44).

⁶⁸ *Ibid.*, p. 43.

⁶⁹ AGNEW, Robert. «Foundation...», *op. cit.*, pp. 173 y ss..

⁷⁰ AGNEW, Robert. *Pressured...*, *op. cit.*, p. 175. Para ello indica programas como el «*Parental-Trainings programs*» (programas que instruyen en la resolución de conflictos familiares) o el «*Anti-bullying programs*» (programas dirigidos a concienciar e instruir a padres, estudiantes y profesores sobre el fenómeno y a establecer reglas estrictas e implementar medidas adecuadas para su rápida detección y control).

⁷¹ *Ibid.*, «*School-Programs*» (programas dirigidos a instruir a profesores en la forma de impartir las clases y enseñar a los alumnos) o el «*The Restorative Justice Approach*» (programas dirigidos a fomentar un trato correcto de la Policía, jueces, fiscales, etc., y de las propias penas, evitando las privativas de libertad).

⁷² *Ibid.*, Programas como el «*The Moving To Opportunity Programs*» (dirigido a sacar a las familias de los barrios conflictivos mediante la concesión de un subsidio con la condición de no residir en estas áreas) o el «*Group Homes*» (dirigido a incorporar al menor a grupos controlados por personal especializado que tratan de crear un ambiente adecuado y fomentar habilidades interpersonales, educativas, sociales, etc.).

⁷³ *Ibid.*, Programas como el «*Social Skills Training*» (donde se enseña a los jóvenes a alcanzar sus objetivos y a interactuar con otros sin provocarles reacciones negativas) el «*Preschool Enrichment*» (donde se equipa a los menores con habilidades y actitudes necesarias para desenvolverse en el colegio mediante la promoción y el desarrollo social e intelectual) o el «*Vocational Training*» (donde se instruye a los adolescentes en habilidades profesionales y en búsqueda de empleo).

⁷⁴ *Ibid.*, Programas como el «*The Brainpower Programs*» (donde se educa en como evaluar ciertas situaciones problemáticas y en reducir la tendencia a atribuir intenciones hostiles en los actos de los demás).

afrontamiento legítimo y en evitar aquellas que conducen al delito⁷⁵. Otro de los pilares básicos sobre los que descansa la teoría es que **el apoyo social convencional** constituye uno de los elementos que contribuyen a evitar que el sujeto recurra al delito⁷⁶. Por último, también sobre la base de otro de los pilares en los que descansa la teoría, como es **el apoyo en otras grandes teorías**, AGNEW indica una serie de programas dirigidos a incremental el control social, reducir creencias favorables al crimen, evitar la asociación con delinquentes y por último, reducir la exposición a situaciones que llevan al delito. A pesar de las apreciaciones de AGNEW sobre estos programas, resulta complicado establecer un programa específico y concreto que abarque las diferentes causas (en ocasiones difusas) sobre las que se engendra el fenómeno delictivo.

La teoría y un gran número de investigaciones predicen que los individuos que experimentan ciertas *strains* tienen más probabilidad de recurrir a la delincuencia que otros⁷⁷. AGNEW señala aquellas relaciones negativas que más correlacionan con el delito y las divide en tres conjuntos. El primero es relativo a adolescentes, el segundo referido a adultos y el tercero tanto a adolescentes como a adultos. En base a estos conjuntos, se realiza un análisis crítico de la viabilidad de los programas señalados por AGNEW.

Dentro del primer conjunto AGNEW señala las siguientes:

a) Rechazo de los padres

La teoría predice que cuando los padres no muestran cariño o afecto por sus hijos, se interesan poco por ellos o no les apoyan, estos podrían recurrir al delito. Los programas que AGNEW señala resultarían indicados para personas que voluntariamente acceden a ello y que reconocen su limitación en la educación y/o trato con sus hijos. Esta circunstancia, además de limitar el número de supuestos (a los que voluntariamente accedan a ello), conllevaría un sesgo importante en la evaluación del programa, al dirigirse a personas que muestran ya cierto interés en dirigir su conducta hacia comportamientos prosociales. Cuando no es posible la implementación de este tipo de programas o éstos han fracasado en sus pretensiones AGNEW señala otros programas que se centran en retirar a los menores de esas familias e incorporarles a centros u hogares con personal especializado⁷⁸. En tal caso, según las predicciones de la teoría, si se retira a los sujetos de esta fuente de frustración podrían reducirse las opciones de que recurra a la delincuencia. Sin embargo, para una correcta evaluación del programa, resultaría difícil aislar los efectos de la eliminación de la fuente de frustración de las predicciones de otras teorías⁷⁹.

⁷⁵ *Ibid.*, Programas como el «*Problem-Solving Skills and Anger Management Programs*» dirigido a enseñar a los jóvenes a pensar detenidamente y a evaluar sus situaciones (considerando las posibles consecuencias) antes de actuar. Programas dirigidos a controlar la ira y a solventar situaciones problemáticas.

⁷⁶ *Ibid.*, Programas como el «*The Big Brothers/Big Sisters*» (dirigido a jóvenes con familias uniparentales donde adultos voluntarios y especializados son asignados a cada joven estableciendo planes acordes a sus necesidades) o el «*Government Assistance Programs*» (programas del Gobierno dirigidos a adultos donde se trata de proporcionar apoyo en forma de asistencia social, subsidio por desempleo y salud).

⁷⁷ Investigaciones llevadas a cabo confirman esta correlación, incluso controlando otras variables (tanto individuales como a nivel macro). Sin embargo, la relación estaría mediatizada por la ira.

⁷⁸ *Vid.* Nota 71.

⁷⁹ Teorías como la del control social, del autocontrol, del aprendizaje social, de las subculturas, etc.

b) Supervisión o disciplina errática, excesiva o cruel

c) Abuso y abandono (físico, sexual, emocional, privación de recursos básicos, etc.)

Para estos dos tipos sírvanse las indicaciones realizadas en el apartado anterior, añadiendo un elemento importante a considerar, y es que en algunos de estos supuestos subyace una conducta delictiva, por lo que se sobrepone con otra de las fuentes de frustración que más correlacionan con el delito, que es la victimización delictiva.

Así, en un proceso de *feedback*, al ser el victimario un miembro directo de la familia, la tensión generada adquiere mayor dimensión si cabe⁸⁰. Se trataría de situaciones que se identifican plenamente con aquellas condiciones que caracterizan las fuentes de frustración que mayor correlacionan con el delito. Esto es, son altas en magnitud (pensemos en la gravedad de los delitos relacionados con el abuso sexual o maltrato a menores), percibidas como injustas (los progenitores deben ofrecer protección y cuidado a sus hijos) asociadas a un bajo control social (se rompen los lazos con la familia⁸¹) y crean incentivo para delinquir (al ser el adolescente privado de medios legítimos para alcanzar sus metas básicas). Además, los efectos de este tipo de conductas influyen notablemente en la intensidad de las emociones negativas que provoca en el individuo que las padece⁸² ya que suele tratarse de situaciones graves (*magnitude*) que se desarrollan en un contexto de relativa impunidad como es la privacidad del hogar, suelen prolongarse en el tiempo (*duration*) ser recurrentes (*recency*) y suelen estar agrupadas en el tiempo (*clustering*)⁸³.

Por lo tanto, los programas señalados por AGNEW, o bien otro tipo de programas o medidas dirigidas a detectar y eliminar estas situaciones problemáticas en el contexto familiar, podrían reducir la probabilidad de que el sujeto recurra a la delincuencia en un futuro, al quedar eliminado este tipo variado, complejo y severo de relaciones adversas⁸⁴.

d) Relaciones abusivas de los pares

Según AGNEW la mayoría de los adolescentes a los que se les pregunta por los acontecimientos o situaciones que realmente les desagradan indican sus problemas interpersonales⁸⁵. La literatura ha mostrado los problemas relacionados con el fenómeno del acoso escolar⁸⁶. Por ello, igualmente apoyado en las predicciones de otras teorías⁸⁷ y en las consideraciones realizadas

⁸⁰ *Vid.* Nota 56. Están presentes las condiciones de las *strains* que más relacionan con el delito.

⁸¹ HIRSCHI, Travis. *Causes of Delinquency*. New Brunswick (New Jersey.) 2002. La delincuencia se produce cuando los vínculos que nos unen a la sociedad se rompen o se debilitan.

⁸² AGNEW, Robert. «Foundation...», *op. cit.*, p. 64. Algunas investigaciones indican que los efectos adversos son más influyentes en la medida en que son (1) mayor en magnitud o tamaño (2) recientes (3) de larga duración y (4) agrupadas en el tiempo.

⁸³ *Ibid.*, p. 65. La literatura sugiere que eventos de larga duración y agrupados en el tiempo tienen mayor impacto en una serie de resultados psicológicos negativos.

⁸⁴ Muchas investigaciones sugieren que dentro de las familias de niños antisociales y delincuentes existen altos niveles de maltrato, disciplina errática, abusos, castigos, etc., p. 175.

⁸⁵ AGNEW, Robert. *Controlling...*, *op. cit.*, p. 48.

⁸⁶ *Vid.* Nota 69.

⁸⁷ *Vid.* SERRANO MAÍLLO Alfonso. *Introducción...*, *op. cit.* Teoría del conflicto.

anteriormente sobre el fenómeno de la victimización, programas dirigidos a erradicar el acoso escolar o reducir la adversidad en la escuela podrían reducir las probabilidades de que el acosado delinca en un futuro⁸⁸.

El segundo conjunto es el de relaciones adversas relacionadas con adultos. Para este conjunto AGNEW señala programas que estarían relacionadas con políticas económicas o sociales más que con programas en materia de Política Criminal⁸⁹:

- e) Empleos en el mercado de trabajo secundario
- f) Desempleo de larga duración y cuya culpa es asignada a otros
- g) Problemas matrimoniales

Una mejora en las condiciones económicas y laborales de los sujetos, tal y como predice la GST⁹⁰ y otras teorías relevantes, podría tener efectos en la tasa de delincuencia.

Finalmente, el tercer conjunto refiere tanto a adolescentes como adultos:

- h) El fracaso en alcanzar objetivos seleccionados
- i) Victimización delictiva
- j) Residencia en zonas económicamente desfavorecidas
- k) Discriminación

De esta última batería, el apartado h) y el apartado j) tendrían relación con lo indicado anteriormente. En cuanto al apartado k) entraría dentro del elemento central de la teoría. Y es que si te tratan mal, puedes recurrir al delito en respuesta a la situación. Sin embargo, resulta difícil eliminar, alterar o retirar situaciones en las que el sujeto pueda ser discriminado, por lo que los programas en esta línea entrarían dentro de las *strains* subjetivas. Es decir, en la forma de adaptarse a estos estímulos negativos, para lo que se recurriría a la educación en habilidades para la resolución de conflictos interpersonales.

Por otro lado, destacar la compleja relación entre victimización y delincuencia. La relación puede tener diferentes direcciones. En primer lugar, la victimización puede ser consecuencia de un previo comportamiento delictivo. Por otro lado, algunos estudios basados en la GST sostienen que la victimización como estímulo negativo predice una futura delincuencia. Finalmente, otros trabajos muestran que la relación es incluso recíproca⁹¹. Se da la tautología se delinque por haber sido victimizado y se es victimizado porque se delinque. Por tanto, medidas dirigidas

⁸⁸ Vid. Nota 69 y 70.

⁸⁹ Vid. Nota 75.

⁹⁰ Vid. Epígrafe 4. A.

⁹¹ ZAVALA, Egbert y SPOHN, Ryan E. «The Role of Vicarious and Anticipated Strain on the Overlap of Violent Perpetration and Victimization: A Test of General Strain Theory». *American Journal of Criminal Justice*:

a reducir la delincuencia reducirían la victimización y las dirigidas a reducir la victimización reducirían la delincuencia.

IV. CONCLUSIONES

De acuerdo con diferentes investigaciones realizadas, el incremento de medidas punitivas no siempre supone la medida más eficaz para reducir las tasas de criminalidad⁹². Por ello, la literatura considera la necesidad de implementar nuevas medidas de Política Criminal y evaluar sus resultados. Para ello, la Criminología y sus diferentes teorías se ofrecen como guía para la consecución de estos objetivos. Especialmente la GST, como teoría general del delito, ofrece una serie de explicaciones del fenómeno delictivo. La teoría mantiene que ciertas relaciones negativas generan variados sentimientos negativos y que estos a su vez, pueden generar comportamientos delictivos. Cada uno de los tipos ideales propuestos por la teoría sirve para explicar las causas de un amplio rango de tipos delictivos. Por ello, a partir de estas causas se pueden implementar programas dirigidos a eliminarlas o en última instancia a reducir sus efectos. Sin embargo, los programas señalados por AGNEW no han sido creados explícitamente bajo los postulados de la GST y algunos de ellos entrarían en la esfera de lo utópico debido a la dificultad o imposibilidad de llevarlos a cabo. Otros responderían a una tautología y otros requerirían de otros elementos adicionales. Sin embargo, existe una serie de programas que podrían tener capacidad de incidir en aquellas variables independientes y en consecuencia tener efectos en las dependientes (la delincuencia y el comportamiento desviado).

La práctica totalidad de las investigaciones que han encontrado relación entre frustración o tensión y delincuencia afirman que la relación esta mediatizada por el efecto de la ira. Así mismo, influirá en la relación las diferentes estrategias de afrontamiento anteriormente vistas y ciertas características personales del sujeto⁹³. Por tanto, programas dirigidos a dotar a los sujetos de habilidades interpersonales y de resolución pacífica de controversias y aquellos dirigidos al manejo y control de la ira y de las situaciones de crisis, de acuerdo con investigaciones empíricas, podrían reducir las tasas de delincuencia.

Además del efecto mediador de la ira anteriormente señalado y de las diferentes estrategias de afrontamiento, existe una serie de variables procedentes de otras teorías que pueden afectar a la relación. No obstante, ciertas investigaciones utilizando técnicas de regresión han mostrado que, aun controlando estas variables (individuales o colectivas), la relación entre *strain* y delincuencia continua teniendo significación estadística.

Por tanto, en un primer lugar, se puede decir que medidas de Política Criminal dirigidas a evitar la exposición a cualquiera de los tipos ideales de frustración presentados por AGNEW podrían reducir las tasas de criminalidad. En la misma línea, programas dirigidos a fomentar en

AJCJ, 2013, volumen (38): pp. 119-140. Las personas que cometen delitos tienen más riesgo a ser victimizados por su exposición a ambientes criminógenos. También comprobaron la relación recíproca.

⁹² Según SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción, op. cit.*, pp. 283-305, diferentes estudios indican que las penas de prisión tienen ciertos efectos preventivos, sin embargo, considera que políticas criminales más severas no aumentan los efectos preventivos sobre la delincuencia.

⁹³ AGNEW, Robert. *Pressured...* Según Agnew, las personas que son bajas en restricción y altas en emocionalidad tienen más probabilidad de adoptar estrategias de afrontamiento en forma delictiva.

las personas estrategias de afrontamiento de tipo no delictivo y a eliminar aquellas de tipo delictivo. Además, considerando la importancia de la ira en la relación frustración-delito, programas dirigidos a la educación en control y manejo de la ira contribuirían a la reducción de las tasas de delincuencia.

Sin embargo, la práctica totalidad de los programas indicados por Agnew han sido creados al amparo de otras teorías, lo que indica la imposibilidad de evaluar los efectos de estos programas sobre la base de la teoría, ya que resulta en este modo poco viable aislar las predicciones de la GST de otras teorías o explicaciones del delito.

En la actualidad existen una serie de programas de Política Criminal que están basados en el control y prevención del delito y que estarían en consonancia con las directrices de la GST: el tratamiento penitenciario socializador (diversas modalidades), programas que instruyen a los padres en cómo educar a sus hijos, programas que mejoran las condiciones de un barrio, programas de deshabituación de toxicómanos y alcohólicos, medidas sociales para jóvenes con riesgo de delinquir, etc. Algunos de los programas citados entrarían en una fase pre-delictiva y con carácter preventivo y otros formarían parte de lo que Roxin denomina penas de carácter social constructivo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGNEW, Robert. *Pressured into Crime: An Overview of General Strain Theory*. Oxford University Press, USA, 2006.
- «Building on the Foundation of General Strain Theory: Specifying the Types of Strain most Likely to Lead to Crime and Delinquency». *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 2001, vol. 38, pp. 319-361.
 - «Controlling Delinquency: Recommendations from General Strain Theory». *Crime and Public Policy: Putting Theory to Work*, 1995 pp. 43-70.
 - «Foundation for a General Strain Theory of Crime and Delinquency». *Criminology*, 1992, vol. 30, pp. 47-88.
- AGNEW, Robert y WHITE, Helene. «An Empirical Test of General Strain Theory». *Criminology (Beverly Hills)*, 1992, vol. 30, p. 475.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Constitución y Derecho Penal, Veinte Años Después*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001.
- BAAMONDE, Xulio Ferreiro. *La víctima en el Proceso Penal*. La Ley, 2005.
- BARATTA, Alessandro. «Principios Del Derecho Penal Mínimo». *Criminología y Sistema Penal: Compilación in Memoriam*, 2004, pp. 299-333.
- BOBBIO, Norberto y RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Contribución a la Teoría del Derecho*. 1980.
- CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho Penal del Enemigo: El Discurso Penal de la Exclusión*. Madrid y Montevideo: Edisofer y BdeF, 2006.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *El Protagonismo de las Víctimas en la Elaboración de las Leyes Penales*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- COHEN, Albert. *Delinquent Boys: The Culture of the Gang*. New York y London: Collier Macmillan, 1971 y 1955.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. «La Nueva Política Criminal Española». *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 2003 pp. 65-87.

- . *Política Criminal y Derecho Penal: Estudios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- DRAPELA, Laurie A. «The Effect of Negative Emotion on Licit and Illicit Drug use among High School Dropouts: An Empirical Test of General Strain Theory». *Journal of Youth and Adolescence*, 2006, vol. 35, pp. 752-767.
- DURKHEIM, Emile. *El Suicidio*. Ediciones Akal, 1989.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa y Díez RIPOLLÉS, José Luis. Realidad y Política Penitenciarias. *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2012.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado De Criminología*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- GARLAND, David. *La Cultura del Control del Delito*. Barcelona: Gedisa, 2005.
- GARRIDO GENOVÉS, Vicente; STANGELAND, Per y REDONDO, Santiago. *Principios de Criminología*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- GÓMEZ VARONA, Daniel. «Medios de Comunicación y Punitivismo». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2011, pp. 6-35.
- HIRSCHL, Travis. *Causes of Delinquency*. New Brunswick (New Jersey): 2002.
- HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia Una Alternativa*. Ariel, 1984.
- JAKOBS, Günther. «La Ciencia del Derecho Penal ante las Exigencias del Presente». *Estudios de Derecho Judicial*, 1999, pp. 119-146.
- LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. «Política Criminal y Penas Alternativas a la Prisión en los Países Escandinavos». *Cuadernos de Política Criminal*, 2006, vol. 3, pp. 121-158.
- SERRANO MAÍLLO, Alfonso y REALPE QUINTERO, María Fernanda. *Teoría Criminológica II*, 2012.
- SERRANO MAÍLLO, Alfonso. «El control y prevención del delito en la modernidad reflexiva». *Seminario Curso Experto Universitario en Criminología*. Madrid: UNED, 2013.
- BORDAS MARTÍNEZ, Julio; BAEZA LÓPEZ, José Carlos y ALBA FIGUERO, Carmen. *Temas de Sociología Criminal. Sociedad, Delito, Víctima y Control Social*. Editorial UNED, 2011.
- MERTON, Robert. *Social Theory and Social Structure*. Simon and Schuster, 1968.
- . «Social Structure and Anomie». *American Sociological Review*, 1938, vol. 3, pp. 672-682.
- REDONDO ILLESCAS, Santiago. «Psicología Penitenciaria Aplicada: los Programas de Rehabilitación en Europa». 2000, *Ponencia en las I Jornadas de Tratamiento Penitenciario*. Peñíscola.
- ROXIN, Claus. «Problemas Fundamentales De Política Criminal y Derecho Penal». *Serie: Ensayos Jurídicos*, 2002, vol. 1, pp. 87-105.
- ROXIN, Claus. *Problemas Actuales de la Política Criminal*. 2000.
- ROXIN, Claus. *Fin y Justificación de la Pena y de las Medidas de Seguridad. Determinación Judicial de La Pena*. Buenos Aires. Argentina: Editores del Puerto, 1993.
- SAMPEDRO HERREROS, Paloma. «La Irrupción de la Víctima en el Derecho Penal».
- SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a La Criminología*. 6ª ed. Madrid: Dykinson, 2009.
- SIMON, Jonhatan. «Gobernando a Través del Delito». *Delito y Sociedad Revista de Ciencias Sociales*, 2006, p. 75.
- TITTLE, Charles R. «Los desarrollos teóricos de la criminología». *Justicia Penal Siglo*, 2006, vol. 21, p. 1-54.
- ZAVALA, Egbert y SPOHN, Ryan E. «The Role of Vicarious and Anticipated Strain on the Overlap of Violent Perpetration and Victimization: A Test of General Strain Theory». *American Journal of Criminal Justice: AJCJ*, 2013, vol. 38, p. 119-140.

Stalking: crítica a su incriminación a través del delito de quebrantamiento de condena

ALEJANDRA PUJOLS PÉREZ (España)

Investigadora Doctoranda, Universitat de Lleida, España¹

RESUMEN: La aprobación de la reforma del Código Penal, ha incorporado a nuestro texto punitivo un nuevo delito: el delito de acoso –más conocido por el término foráneo *stalking*–. Si bien, hasta el momento, al no existir una tipificación específica del acoso, el delito de quebrantamiento de condena, entre otros, se ha convertido en una forma de encauzar conductas que de otro modo resultarían atípicas pero de las que, sin lugar a dudas, emerge la necesidad de intervención por parte del sistema de justicia penal. No obstante, no podemos olvidar los problemas de aplicación que ofrece la incriminación de las conductas de *stalking* a través de este tipo delictivo y que, a través del análisis de la jurisprudencia, pretendemos estudiar en este trabajo.

Palabras clave: *stalking*, acoso, hostigamiento, quebrantamiento de condena, delito contra la Administración de Justicia.

ABSTRACT: The enactment of the last reform of the Spanish Criminal Code has introduced a new crime: the crime of harassment, better known by stalking. While, so far, the absence of a specific offense of harassment, crime of breaching of restraining orders, among others, has become a way of incriminate this behavior that would otherwise be atypical but which, undoubtedly, emerges the need for intervention by the criminal justice system. However, we can't forget the problems of application that offers the criminalization of stalking behaviors that we analyze in this paper through analysis of jurisprudence.

Key words: stalking, harassment, obsessional following, breach of restraining order, crime against Administration of Justice.

SUMARIO. I. Introducción. II. Respuesta penal a través del delito de quebrantamiento de condena: problemática suscitada. III. Conclusión.

¹ Becaria de investigación. Departamento de Derecho Público, Universitat de Lleida (España).

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, refleja la voluntad del legislador de incorporar un nuevo tipo penal a nuestro texto punitivo: el delito de acoso –conocido comúnmente en otros países como *stalking* o *harassment*–. Siguiendo pues la corriente que ha tomado la política criminal española en los últimos años, que ha llevado a tipificar otros supuestos específicos de acoso tales como el acoso laboral y el acoso inmobiliario², se integra el acoso predatorio en el artículo 172 ter del Código Penal, entre los delitos contra la libertad de obrar. La tipificación de estas conductas ha venido provocada por la ratificación por parte del Estado español del Convenio del Consejo de Europa, celebrado en Estambul en fecha 11 de mayo de 2011, el cual obliga a los estados firmantes del mismo a la adopción de medidas civiles o penales para tipificarlo³.

Pese a que el Convenio de Estambul garantiza la inclusión de este tipo delictivo, al no existir todavía en nuestra ley penal una tipificación específica del *stalking*, el delito del artículo 468 CP, entre otros delitos, se ha convertido en una forma de encauzar conductas que de otro modo resultarían atípicas pero de las que, sin lugar a dudas, emerge la necesidad de intervención por parte del sistema penal. Ciertamente, son numerosas las sentencias que aunque condenan al autor por un delito de quebrantamiento de condena, a raíz de la violación de una prohibición de aproximación, esconden en realidad una verdadera situación de acoso que en muchos casos queda reflejada en los hechos declarados probados en sentencia. Y es que los datos empíricos vertidos por una reciente encuesta europea, la *Violence against Women: an EU-wide survey*⁴, concluyen que un 11% de las mujeres españolas encuestadas habían sido víctimas de *stalking* a partir de los 15 años de edad y que un 3% de ellas había padecido estas conductas en los últimos doce meses, cosa que confirma la existencia de esta realidad criminal también en nuestro país.

Si bien no existe un consenso a la hora de conceptualizar el *stalking*, para realizar este trabajo partimos del concepto ofrecido por VILLACAMPA ESTIARTE⁵, quien después de analizar las propuestas de conceptualización de autores tales como MELOY y GOTHARD, PATHÉ y MULLEN,

² Estos delitos, conocidos también como *mobbing* y *blockbusting* respectivamente, fueron introducidos mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Estas conductas, antes de ser tipificadas específicamente también eran reconducidas a otros tipos penales ya existentes, tal como expone, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª) n.º 201/2004, de 6 de mayo (JUR 2004\199922) respecto del *mobbing*.

³ El artículo 34 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que entró en vigor de forma general y también en España el 1 de agosto de 2014, prevé: «Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a esta a temer por su seguridad».

⁴ Se trata de una encuesta a nivel europeo realizada por la FRA (European Union Agency for Fundamental Rights) en que la se entrevistó a 42.000 mujeres de 28 estados miembros de la Unión Europea. Entre las preguntas planteadas en la encuesta, se realizaron preguntas tendentes a descubrir si estas mujeres habían sido acosadas, cuáles habían sido las conductas empleadas contra ellas, con qué frecuencia, qué sentimientos o trastornos emocionales les habían provocado, etc. *Vid.* EUROPEAN UNION FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Violence Against Women: an EU-wide survey. Main results*. Publications Office of European Union, 2014. Disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-main-results_en.pdf

⁵ Respecto a la conceptualización del fenómeno de *stalking*, ampliamente, VILLACAMPA ESTIARTE, C. *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Madrid: Iustel, 2009, pp. 32-42.

WESTRUP y FREMOUW o ROYAKKERS, concluye que a pesar de las divergencias entre las definiciones existen tres elementos generalmente admitidos por todas las conceptualizaciones del fenómeno: a) Debe tratarse de un conjunto de actos intrusivos que configuren un patrón de conducta, que puede estar integrado por una gran variedad de manifestaciones (que van desde llamadas telefónicas hasta persecuciones en vía pública, entre muchas otras posibilidades) y sobre el cual sin embargo no existe consenso acerca de cuál debe ser su duración o frecuencia; b) Esta conducta no debe gozar del consentimiento de la víctima para ser llevada a cabo, y c) Dicha conducta debe ser susceptible de provocar algún tipo de alteración en la víctima tal como el sentimiento de temor o miedo o como mínimo un cierto desasosiego. Aunque en este último elemento existen algunas divergencias por cuanto, de una parte, los autores establecen matices en torno a cómo debe ser esta alteración –ya que algunos requieren una afectación a la esfera privada de la víctima y otros simplemente exigen la sensación de intranquilidad o miedo– y, de otra parte, porque no existe consenso acerca de si la conducta debe suscitar repercusiones en la concreta víctima o bien si debemos guiarnos por un patrón objetivo, tomando como modelo al ciudadano razonable.

Dicho esto, creemos oportuno ahondar en el tratamiento jurídico que este fenómeno recibe en España y en la problemática que suscita al adquirir relevancia penal a través del delito de quebrantamiento de condena.

II. RESPUESTA PENAL A TRAVÉS DEL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA: PROBLEMÁTICA SUSCITADA

Dada la ausencia de tipicidad específica del *stalking* en el Código Penal Español hasta la reforma penal de 2015⁶, la respuesta punitiva a este fenómeno se ha articulado hasta el momento mediante la sanción de las individuales conductas en que se han concretado los hechos. Se han

⁶ La jurisprudencia española denunció esta situación de ausencia de tipicidad específica y de difícil reconducción de supuestos de *stalking* a los tipos penales existentes en algunas de sus sentencias. En este sentido, *vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 8ª) n.º 605/2012, de 31 de octubre (JUR 2013\225474), en la que se remarca la dificultad de subsunción del acecho en el delito de coacciones «tanto por ausencia del elemento esencial de la violencia o intimidación, que no puede adelgazarse hasta hacerle perder su sentido propio, como porque con ellos no se obliga en puridad al sujeto pasivo a hacer nada concreto ni se le impide propiamente hacerlo (...)» y se indica que, a falta de una tipificación expresa y específica, las conductas de acoso resultan en sí mismas atípicas, salvo que por sus características puedan subsumirse en el delito de violencia psíquica habitual. *Vid.*, en el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 2ª) n.º 161/2013, de 9 de mayo (LA LEY 109965/2013) en la que, a pesar que se condena a la agresora por una falta de coacciones (al existir mensajes con contenido intimidatorio y haber el agresor usado violencia física contra el vehículo de la víctima), se expone que aunque el Tribunal Supremo ha interpretado de una forma muy flexible el tipo de coacciones, incluyendo la fuerza en las cosas y admitiendo la violencia física y psíquica, ocurre en ocasiones que estos hechos de acoso no son subsumibles en el tipo. Por su parte, el criterio de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª), que queda de manifiesto en sentencias como la SAP de Sevilla (Sección 4ª) n.º 328/2009, de 8 de junio (LA LEY 151297/2009), la SAP de Sevilla (Sección 4ª) n.º 965/2012, de 27 de noviembre (JUR 2013\145827) o, especialmente, en la SAP de Sevilla (Sección 4ª) n.º 3/2012, de 15 de marzo (LA LEY 204001/2012) consiste en considerar atípicas por sí mismas las conductas de acecho, no pudiendo éstas subsumirse en el tipo de coacciones por los mismos motivos indicados también por la SAP de Málaga (Sección 8ª) n.º 605/2012, de 31 de octubre (JUR 2013\225474), salvo que éstas puedan reconducirse al delito de violencia psíquica habitual. Para ello, sin embargo, es necesario que la acción u omisión integrante de la violencia psíquica constituya un acto de agresión. Por lo que solo en el caso que las conductas de acoso se califiquen como un ataque objetivamente adecuado para producir un auténtico

sancionado por tanto mediante delitos que protegen bienes jurídicos de carácter personal (tales como la libertad de obrar⁷, el honor⁸, la intimidad⁹, la integridad física¹⁰ o moral¹¹, etc.)¹². Pero también, en los casos en que se ha perpetrado alguna conducta de las recogidas en el art. 57 del Código Penal¹³, se ha impuesto de forma facultativa o preceptiva –esta última en los supuestos cometidos contra alguna de las personas recogidas en el art. 57.2 CP¹⁴–, la prohibición de aproximación prevista en el art. 48.2 CP, cuyo incumplimiento por parte del agresor supondría en sí mismo un delito –el del art. 468 CP–.

No ha surgido en nuestro país, sin embargo, una investigación científica ni jurisprudencial acerca de la subsunción del fenómeno de *stalking* en el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar (art. 468 CP). Si bien se ha ido aplicando el delito –incluso en la modalidad agravada del artículo 468.2 CP en el caso que la prohibición hubiera sido impuesta en procesos penales en que el ofendido hubiera sido una de las personas contempladas en el art. 173.2 CP–,

«menoscabó psíquico» –y no solo incomodidad, molestia, desazón, bochorno o hartazgo– pueden considerarse insertadas en el tipo.

⁷ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) n.º 30/2014, de 23 de enero (JUR 2014\80632). En ella se expone que el delito de coacciones castiga las conductas «en las que la violencia o intimidación (de entidad suficiente) son utilizadas, no como instrumento que limita directamente la libertad de la víctima, sino como elemento por medio del cual se crea un contexto en el que la víctima ya no puede disponer libremente de su propia organización (hacer lo que desea). Es decir, el delito de coacciones incluye también las conductas de acoso y acecho a la víctima cuando de forma evidente el autor crea un contexto de intimidación que limita de forma grave la libertad de acción de la víctima (cfr. SSTS 14-7-2006 y 4-7-2003)».

⁸ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª) n.º 112/2011, de 17 de febrero (JUR 2011\159612) en la que se condena al acusado, además de por un delito de malos tratos habituales, por un delito continuado de injurias y un delito continuado de calumnias, como consecuencia del envío masivo y reiterado de cartas y faxes al entorno familiar y laboral de la víctima insultándola y acusándola de delitos no cometidos.

⁹ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª) n.º 140/2000, de 28 de noviembre (JUR 2007\246027), en la que se condena al agresor-funcionario como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos previsto en el artículo 197 CP por utilizar los datos obrantes en el padrón Municipal de Habitantes para conocer el domicilio de la víctima.

¹⁰ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaen (Sección 2ª) n.º 19/2002, de 24 de septiembre (ARP 2002\667), en la que se condena al agresor por un delito de violencia doméstica del art. 153.2 CP.

¹¹ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) n.º 391/2012, de 2 de noviembre (JUR 2012\388669), en la que se condena al agresor por un delito de trato degradante previsto en el artículo 173.1 CP.

¹² Sobre las soluciones de incriminación del *stalking* ofrecidas por nuestro ordenamiento jurídico-penal, ampliamente, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*, Madrid: Iustel, 2009, pp. 217-288.

¹³ Esto es «en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico».

¹⁴ Se refiere a los delitos cometidos «contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados» a las que se aplica en todo caso la pena del art. 48.2 CP.

con más o menos suerte, para lograr la incriminación de ciertas conductas atípicas realizadas durante el quebrantamiento de una prohibición de aproximación o de comunicación¹⁵.

Una de las causas que podría explicar la falta de investigación doctrinal acerca de si la remisión del fenómeno delictivo de *stalking* al delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar –en relación con la prohibición de aproximación– era suficiente para evitar la inclusión de un específico delito de acoso, es que la misma se hallaba desenfocada puesto que se había centrado el debate en su aplicabilidad en contra de la voluntad de la víctima¹⁶, habiéndose eludido meditar acerca de los motivos que hubieran podido conllevar su adopción.¹⁷ El debate referente a la aplicación del delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar, en relación a las sanciones consistentes en la prohibición de aproximación y comunicación, se ha centrado especialmente en si debía o no otorgarse relevancia jurídica al consentimiento de la víctima, incidiendo en si la anuencia de la víctima podía comportar la extinción o reducción de la responsabilidad penal del agresor.¹⁸ Así como también si debía pensarse a la víctima, ya fuera como inductora o como cooperadora necesaria de un delito de quebrantamiento de condena, cuando ésta asentía en mantener nuevos encuentros con el condenado.

Y es que hasta la fecha, como ya hemos dicho, las conductas incardinables bajo el concepto de *stalking*, no constituyen un ilícito penal como tal en nuestro país. Consecuencia de ello, cuando estas conductas alcanzan una cierta índole, hasta el punto que el sistema penal se ve en la obligación de intervenir, su incriminación se reconduce hacia otros tipos penales tales como el delito de amenazas o coacciones. Estos delitos, además de ser castigados con las penas previstas en el concreto tipo penal, son castigados con una pena privativa de derechos de entre las recogidas en el artículo 48 CP o bien con una pena de prohibición de aproximación (art. 48.2

¹⁵ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 1ª) n.º 472/2011, de 20 de septiembre (JUR 2011\392428) pena la reiteración de llamadas telefónicas y la remisión de un SMS realizada en un periodo de tiempo en que se encontraba en vigor una pena de prohibición de aproximación mediante el delito de quebrantamiento de condena. De otro modo estos hechos no hubieran podido ser incriminados, al no constituir éstos ninguna otra infracción penal.

¹⁶ Como consecuencia de la imposición obligatoria de la pena accesoria de prohibición de aproximación, introducida por la Ley Orgánica 15/2003 como respuesta a la actitud abstencionista de un sector de la judicatura. La cuál configura la prohibición de aproximación como una sanción penal donde el legislador presume *iuris et de iure* que la proximidad entre el agresor y la víctima da lugar a una situación objetivamente peligrosa que se debe evitar siempre y en todo caso. Cosa que impide atender correctamente a la pluralidad de casos que se suceden en la práctica, al producirse en muchas ocasiones una disociación entre la realidad y el derecho.

¹⁷ De esta opinión, VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso. op. cit.*, pp. 205 y siguientes. Quien considera que una de las razones que explican la ausencia de referencia al *stalking* en nuestro país se explica porque el enfoque acerca de los problemas aplicativos del delito de quebrantamiento de condena, cuando el autor del delito cuenta con la anuencia de la víctima, ha impedido que el debate doctrinal se centrara en torno a la oportunidad de prever un delito de *stalking ad hoc*.

¹⁸ Respecto a este debate la SAP de Barcelona (Sección 20ª) n.º 196/2007, de 21 de febrero (JUR 2007\138369) y la SAP de Madrid (Sección 17ª) n.º 327/2009, de 30 de marzo (ARP 2009\632), así como la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del código penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de la Fiscalía General del Estado, abogan por que la víctima solicite el indulto parcial de la pena de prohibición de aproximación acompañada por la petición simultánea de la suspensión de la ejecución de dicha pena al tribunal que tramita su ejecutoria al amparo del art. 4.4 CP, o bien sea el propio Ministerio Fiscal el que informe favorablemente o promueva de oficio dicha solicitud de indulto. Sin embargo, el problema que se plantea en la práctica es que los indultos parciales solicitados por las víctimas están siendo sistemáticamente rechazados y el Ministerio Fiscal no propone el indulto ni informa favorablemente sobre él.

CP) de forma facultativa o bien por imperativo legal derivado del art. 57.2 CP¹⁹. Por lo que si estas conductas intrusivas y no deseadas vuelven a producirse, a menudo se acaba condenando al agresor por un delito de quebrantamiento de condena penado en el art. 468 CP, por infringir, en el transcurso del acoso, alguna de las prohibiciones del art. 48 impuestas en sentencia.

Por ello, cuando se producen conductas de acoso en el marco de una prohibición de aproximación, que «*persigue la creación de un círculo de seguridad que origine tranquilidad a la persona protegida*»²⁰, se incurre en un delito de quebrantamiento de condena para cuya comisión es suficiente con la existencia de dolo genérico. Es decir, con la voluntad consciente de inobservancia de una de las penas, sin la necesidad de que concurra ninguna otra actividad delictiva durante el quebrantamiento –esto es, es suficiente con la mera aproximación consciente del agresor a la víctima–.

La facilidad de cumplimiento de los requisitos del tipo delictivo es seguramente uno de los incentivos a la incriminación de situaciones de acoso por la vía del quebrantamiento de condena. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo²¹, tres son los elementos necesarios para la de comisión de este delito: a) el objetivo, constituido por un acto material y real de quebrantar la condena impuesta, b) el subjetivo, consistente en el ánimo o voluntad consciente de hacer ineficaz, ilusoria o revocar de hecho la decisión judicial, y c) el normativo, representado por la exigencia de que la condena haya sido impuesta por Juez o Tribunal competente y sea ejecutiva.²² Incidiendo en el elemento subjetivo, podemos afirmar que la comisión de este delito no requiere la voluntad decidida de abordar a la persona protegida o insinuarse como amenaza, sino que «*su vulneración puede producirse por un dolo que en realidad es más que eventual, pues se trata –no se olvide– de un delito contra la administración de justicia*». Por tanto es suficiente con transgredir la resolución, es decir aproximarse a la víctima, siempre que no esté especialmente justificado, se consiga o no la proximidad con la persona protegida. De modo que «*si la circunscripción territorial de una pena (o medida cautelar) es sumamente precisa con referencia a un círculo de metros a contar desde un punto de referencia (...), el delito puede cometerse aun en el*

¹⁹ Consideramos que el delito de acoso no es únicamente una manifestación de la violencia machista, pues por mucho que la normativa supraestatal que nos atañe venga recogida en un convenio contra la violencia de género –esto es, el Convenio de Estambul–, el delito de acoso no puede englobarse dentro del Derecho penal sexuado. Respecto a la naturaleza no sexuada del fenómeno de *stalking*, basta con examinar algunos estudios empíricos cuantitativos en los que han sido encuestados ambos sexos. Así, la *NVAW Survey* norteamericana de 1998, revela que un 2% de los hombres que realizaron la encuesta, en contraposición a un 8% de las mujeres, fueron objeto de acoso alguna vez en su vida. Del mismo modo, un 0,4% de ellos fueron acosados en los últimos 12 meses, mientras que las mujeres acosadas durante este periodo fueron un 1%. Estos datos han sido extraídos de TJADEN, P. y THOENNES, N. «*Stalking in America: Findings from the National Violence Against Women Survey*», *NIJ*, 1998. Disponible en: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/172837.pdf>. En la jurisprudencia española encontramos también ejemplos de que el *stalking* puede darse también entre personas del mismo sexo o de una mujer hacia un hombre. Respecto a ello *vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª) n.º 265/2002, de 9 de mayo (JUR 2002\207516), donde tanto víctima como agresor son varones y Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 2ª) n.º 161/2013, de 9 de mayo (LA LEY 109965/2013), en que la víctima es un hombre y la acosadora una mujer.

²⁰ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Sección 1ª) n.º 114/2008, de 8 de abril (RJ 2008/2170).

²¹ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 22 de diciembre de 1981 (RJ 1981/5116).

²² ROVIRA TORRES, Olga. *El quebrantamiento de condena*. Barcelona: Editorial Bosch, 1999. Consultado en su versión electrónica en: <http://www.bob.bosch.laley.es>.

caso de que la víctima ni siquiera esté en ese momento por la zona de protección (como su lugar de trabajo) pues al obligado por una pena (o medida cautelar) no le es dado examinar cada vez si la persona protegida está o no, para decidir atravesar la zona prohibida. Por eso en el supuesto contrario, es decir, cuando se produce un encuentro casual con un protegido fuera del ámbito de referencia territorial de la pena (...) dicho encuentro no podría en principio subsumirse en el artículo 468 del Código Penal»²³. En definitiva, se debe tratar de un dolo genérico consistente en la voluntad de burlar o hacer ineficaz la decisión judicial siempre que tenga conocimiento de ella, para lo cual basta con la notificación efectiva de la sentencia condenatoria al penado.

Nada impide, asimismo, que se incremine mediante el delito de quebrantamiento la conducta consistente en violar una medida cautelar²⁴ o medida de seguridad²⁵ de prohibición de aproximación o de comunicación o se acuerde a raíz de este quebrantamiento una medida cautelar más gravosa para el acusado, como la prisión provisional²⁶.

A pesar de ello, no abundan en las bases de datos jurisprudenciales sentencias en las que se condene al delincuente únicamente por un delito de quebrantamiento de condena, sino que habitualmente se increminan las conductas también por otros delitos²⁷. Podemos apuntar tres motivos hipotéticos que pueden explicar dicha circunstancia. El primero de ellos tiene que ver con que a menudo la prohibición de aproximación o comunicación se quebranta para atentar contra bienes jurídicos de la víctima con lo que la conducta incluye también la sanción correspondiente a la comisión de estos delitos²⁸. El segundo motivo estriba en que en muchos de

²³ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16ª) n.º 82/2009, de 11 de febrero (JUR 2009\154925).

²⁴ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 3ª) n.º 28/2004, de 17 de marzo (JUR 2004\140609) en la que se reproduce que a raíz de un proceso de acoso protagonizado por conductas tales como esperar a la víctima o llamarla reiteradamente por teléfono, el Juzgado de Instrucción n.º 3 de León impuso al agresor una medida cautelar de prohibición de aproximación y otra de prohibición de comunicación. Sin embargo, la prohibición de aproximación es quebrantada al perseguir el agresor con su vehículo al coche del marido de la víctima, en el que ésta viajaba. La Audiencia Provincial de León condena por tanto al agresor por un delito de quebrantamiento de medida cautelar.

²⁵ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª) n.º 140/2000, de 28 de noviembre (JUR 2007\246027) en la que se condena al acusado por un delito de quebrantamiento de medida de seguridad (impuesta por el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Palma como consecuencia de una falta de coacciones) y por un delito de quebrantamiento de medida cautelar (impuesta por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Palma a raíz de una petición de amparo de la víctima).

²⁶ Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª) n.º 34/2006, de 14 de febrero (JUR 2007\188906) en el que en el marco del proceso de acoso (el acusado merodea en las inmediaciones de la vivienda de la víctima y en otras ocasiones la sigue en el transporte público o cuando vuelve del trabajo) se quebranta una prohibición de aproximación y, como consecuencia, se agrava la situación del acusado, imponiéndole una prisión provisional sin fianza.

²⁷ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª) n.º 353/2010, de 26 de febrero (JUR 2010\222468). Incluso en sentencias en las que únicamente recae condena por un delito de quebrantamiento de condena, el tribunal *ad quem* admite que podría reconducirse también hacia otros tipos penales, en este caso el de violencia psicológica habitual. Con todo, descarta esta opción especialmente en base al principio de intermediación.

²⁸ Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 26ª) n.º 747/2012, de 6 de julio (ARP 2013\50), en la cual la prohibición de aproximación se quebranta con la finalidad de imponer a la víctima la presencia del agresor y obligarle a mantener relaciones sexuales con él. Para lo cual el mismo se sirve de violencia e intimidación, robándole las llaves del coche, metiéndola en el vehículo a la fuerza, orinándose encima, obligándola a desnudarse y a realizar actos con alto contenido sexual, entre otros. Como consecuencia de los hechos

estos casos se dictan sentencias de conformidad²⁹, a la luz del artículo 787 LECrim, que no trascienden a las bases de datos jurisprudenciales. Por último, podemos apuntar a la escasez de sentencias de los Juzgados de lo Penal recogidas en estas bases de datos, cosa que provoca que no tengamos acceso a las sentencias no recurridas en apelación sobre las que no recae, por tanto, sentencia de la Audiencia Provincial.

Un problema acaecido en estos supuestos, aunque hoy al parecer resuelto, es que la continuidad delictiva del quebrantamiento de condena no era aceptada por parte de la jurisprudencia, si bien la doctrina mostraba consenso ante la posibilidad de incluir el delito de quebrantamiento también entre los supuestos del art. 74 CP³⁰. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece haber modificado su interpretación³¹, cosa que ha dado lugar a la aparición de algunas sentencias en las que se incrimina el *stalking* por un delito continuado de quebrantamiento de condena³², en lugar de por la consecución de muchos de ellos, cosa que llevaba al absurdo, imponiéndose penas extremadamente elevadas al concurrir varios delitos de quebrantamiento de condena por hechos acaecidos con una escasa diferencia de horas o días. Dicha interpretación permite imponer sanciones más racionales a los supuestos de acoso continuado, puesto que éste puede ser penado en la mitad superior del delito de quebrantamiento de condena, pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado, tal como expone el art. 74.1 CP, cosa que permite apreciar mejor el desvalor producido por el quebrantamiento reiterado de las órdenes judiciales³³.

declarados probados en sentencia el agresor fue condenado, juntamente con el delito de quebrantamiento de condena, por dos delitos de coacciones y un delito de agresión sexual.

²⁹ A menudo una de las estrategias de los abogados defensores, especialmente cuando las pruebas sobre la comisión del quebrantamiento son irrefutables, es invocar la conformidad prevista en el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación a los llamados Juicios Rápidos (los delitos de quebrantamiento de condena, cuando se trata de prohibiciones de aproximación o comunicación en las que se cuenta con pruebas de cargo a menudo se enjuician por el procedimiento previsto en los artículos 795 a 803 LECrim, en virtud de la circunstancia 3ª del artículo 795 LECrim) con la finalidad que el juez de guardia reduzca en un tercio la pena solicitada.

³⁰ Sobre la opinión positiva de la continuidad delictiva del quebrantamiento de condena por parte de la doctrina española y su negativa histórica por parte de la jurisprudencia, véase SUÁREZ LÓPEZ, J. M. *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal Español*. Granada, Editorial Comares, 2000, pp. 507-511.

³¹ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) n.º 1348/2011, de 14 de diciembre (RJ 2012\3357) y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) n.º 304/2013, de 26 de abril (RJ 2013\4396) en las que se admite el delito continuado de quebrantamiento de condena, incluso si emana de dos resoluciones distintas.

³² *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 20ª) n.º 571/2014, de 5 de junio (ARP 2014\919), la cual condena al agresor por un delito de asesinato en grado de tentativa y un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar, mencionando para ello la jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable a esta postura (SSTS n.º 1348/2011, de 14 de diciembre (RJ 2012\3357) y n.º 304/2013, de 26 de abril (RJ 2013\4396), anteriormente citadas).

³³ Hasta el momento solo algunas sentencias, de las que puede servir de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª) n.º 265/2002, de 9 de mayo (JUR 2002\207516) o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 1ª) n.º 115/2002, de 22 de abril (JUR 2002\142853), condenaban en estos casos al agresor por un delito continuado de quebrantamiento de condena o medida cautelar. Especial referencia merece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) n.º 477/2003, de 2 de mayo (ARP 2003\718) la cual revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Santa Cruz de Tenerife, en el sentido de absolver al acusado de los cinco delitos de quebrantamiento de condena impuestos en sentencia y condenándole por un único delito continuado, ello por considerar que «sobre la excepción señalada en el párrafo tercero del

Puede pensarse, por tanto, que la imputación al agresor del delito de quebrantamiento de condena es un buen sistema para incriminar el acoso, ya que permite punir no solo los hechos puntuales, sino también los hechos vistos en conjunto³⁴. No obstante, no podemos olvidar los problemas de aplicación que la incriminación de las conductas de *stalking* a través de este tipo delictivo ofrece.

El primero de los problemas que pueden surgir a la hora de incriminar el *stalking* a través del delito de quebrantamiento de condena es la necesaria incriminación previa por otro delito o falta que dé lugar a la imposición de una pena o medida cautelar privativa de derechos. Con todo, podemos pensar en supuestos en los que la conducta llevada a cabo por el sujeto es totalmente atípica³⁵. De forma ilustrativa, podemos pensar, por ejemplo, en la falta de tipicidad que supone seguir a alguien por la calle, de forma que nunca se consiga una primera sentencia por un delito o falta previstos en el Código Penal que conlleve una pena privativa de derechos de las previstas en el art. 48 CP, y que por tanto nunca pueda producirse su quebrantamiento³⁶.

art. 74 del Código Penal debe primar la consideración básica aludida de que las diversas acciones amenazadoras no sólo se integran en un único propósito, plan preconcebido, sino que además su sanción como actos separados no sólo resultaría técnicamente incorrecta, sino que vulnera elementales consideraciones de justicia material, provocando penas desproporcionadas». Antes bien, la mayoría de sentencias condenaban al autor de los hechos mediante un único delito de quebrantamiento de condena. Baste como muestra la SAP Baleares n.º 140/2000, de 28 de noviembre, anteriormente citada, la cual a pesar de la recalcitrante conducta del agresor le impone un único delito de quebrantamiento o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) n.º 224/2003, de 21 de febrero, donde pese a que el agresor incumple reiteradamente la orden judicial, siguiendo a su ex esposa, subiéndose en el mismo autobús que ella y esperándola en la parada del mismo, se le impone un único delito de quebrantamiento. O bien, se incriminaban los hechos por más de un delito continuado de quebrantamiento de condena, contrariamente a lo indicado por la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) n.º 1348/2011, de 14 de diciembre (RJ 2012\3357), ello se pone de manifiesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4ª) n.º 175/2009, de 24 de marzo (ARP 2010\113) en la que se condena al autor, además de por otros delitos entre los que se incluye el asesinato, por dos delitos continuados de quebrantamiento de medida cautelar.

³⁴ Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife (Sección 2ª) n.º 224/2003, de 21 de febrero (JUR 2003\141564), castiga al acusado por un delito de quebrantamiento de condena así como por un delito de amenazas. En este caso, el ex marido de la víctima, conocedor de la prohibición de aproximación que pesaba sobre él, incumplió reiteradamente y de forma continuada la orden judicial, siguiendo a su ex esposa, esperándola en la parada del autobús y subiéndose en el mismo autobús que ella para susurrarle al oído amenazas tales como que la iba a matar o iba a quemar su casa con todos los que estuvieran dentro. Esto obstaculizó gravemente el normal desarrollo de la vida diaria de la víctima, que se hacía acompañar por su hija en todas las salidas dado el temor que le causaba la actitud de su ex marido. Sin embargo, de poco sirvió la presencia de la hija pues el imputado siguió nuevamente a la víctima e incluso la persiguió hasta un estanco, donde ella se vio obligada a llamar a las fuerzas policiales. En este caso, si no hubiese sido por las amenazas vertidas sobre la víctima, no se hubiera podido penar esta actitud sino a través del delito de quebrantamiento de condena, pues perseguir repetidamente a alguien no es delito en nuestro país.

³⁵ Debe tenerse presente la facilidad comisiva del acoso a través de fórmulas criminosas atípicas y herméticas para el victimario (p. ej. la constante de llamadas silenciosas a la víctima desde un número oculto).

³⁶ De forma ilustrativa nos valemos del siguiente testimonio extraído de GARRIDO GENOVES, Vicente. *Amores que matan. Acoso y violencia contra las mujeres*. Alzira: Ed. Algar, 2001, pp. 23-24: «Francisca es una chica de 23 años que trabaja en una tintorería, y tres veces a la semana está sola las dos primeras horas de la tarde. Estas son, precisamente, las tardes que una persona, a la que Francisca no conoce, elige para estar parada delante del escaparate. No hace nada particularmente ofensivo o amenazante. Se queda mirando, hace gestos con los labios y la lengua (como de besos o de saborear) y, en ocasiones, la sigue a distancia cuando ella sale por la noche del establecimiento. Ella está muy aterrORIZADA, pero en realidad tiene poco con lo que ir a la policía. Se han producido llamadas telefónicas de madrugada en su casa; ella cree que es él, pero no puede estar segura, ya que ni siquiera sabe cómo es la voz del desconocido que la contempla, de forma incomprensible, desde hace meses a través del escaparate».

En cambio, si en el transcurso de estos hechos atípicos se produce alguna conducta susceptible de incriminación a través de cualquiera de los delitos contemplados en el art. 57 del Código Penal, se podrían perseguir posteriores conductas de acoso que fueran realizadas desobedeciendo una orden judicial de alejamiento. Sin embargo para ello es necesario, como ya hemos dicho, que exista previamente una conducta típica a la que se le pueda imponer una pena privativa de derechos y, por tanto, no puede entenderse que el delito de quebrantamiento de condena constituya una respuesta generalizada al fenómeno de *stalking*.

El segundo problema que se plantea con la imputación del acoso a través de este tipo penal es que el delito de quebrantamiento de condena solamente contempla el desvalor producido en el recto funcionamiento de la Administración de Justicia³⁷, y especialmente en la efectividad y el obligado cumplimiento de sus resoluciones (obligación que nace de los artículos 118 CE³⁸ y 17.2 LOPJ³⁹), concretadas en la imposición de penas y medidas cautelares de carácter personal⁴⁰.

Mediante el delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar, recogido bajo la rúbrica de los Delitos contra la Administración de Justicia, el bien jurídico que se pretende proteger es la efectividad de determinadas resoluciones judiciales en materia de ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares acordadas durante el proceso, o dicho de otra forma «*el buen funcionamiento de la Administración de Justicia en cuanto al fiel cumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas por el órgano judicial competente al respecto, tanto durante la formación del proceso, como las definitivas de la fase de ejecución*»⁴¹. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha apuntado, asimismo, que el delito de quebrantamiento de condena «*defiende la efectividad de las decisiones de la Autoridad judicial, en materia de ejecución de esta clase de penas, castigando la desobediencia de las órdenes de ella emanadas, en el ejercicio de su función jurisdiccional represiva*»⁴², y que su bien jurídico protegido es «*la Administración de Justicia y, más concretamente, la efectividad de los pronunciamientos de la Autoridad Judicial en orden a la ejecución y cumplimientos de determinadas penas o de ciertas medidas cautelares recayentes sobre las*

³⁷ En este sentido, véase VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA. Delito de acecho/stalking: Art. 172 ter. En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (Coord.): *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 592-593, quien es de la opinión que la reconducción de estas conductas a los delitos contra la Administración de Justicia «*no atiende al atentado a bienes jurídicos personalísimos de la víctima que supone la vulneración de una medida impuesta justamente con una finalidad tuitiva para con la víctima, más allá del eventual atentado contra los intereses de la Administración de Justicia.*» De esta misma opinión, *cf.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis y MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. «Acoso y Derecho Penal». *Eguzkilo*, 2011, n.º 25, p. 38.

³⁸ «*Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.*»

³⁹ «*Las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las corporaciones y todas las entidades públicas y privadas y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes.*»

⁴⁰ Opinión que comparte también BAUCCELLS LLADÓS, J. «Reflexiones críticas sobre el proyectado delito de hostigamiento» en PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.) y GORJÓN BARRANCO, M. C. (Coord.): *El proyecto de reforma del código Penal de 2013, a debate*. Salamanca, Ratio Legis, 2014, p. 80.

⁴¹ MUÑOZ CUESTA, J. «Quebrantamiento de condena» en HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; GOYENA HUERTA, J.; GRINDA GONZÁLEZ, J. y MUÑOZ CUESTA, J. *Los Delitos contra la Administración de Justicia*. Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 298

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) de 6 de noviembre de 1968.

personas del inculgado»⁴³. En consecuencia, el delito de quebrantamiento de condena no aporta un buen método de reconducción del fenómeno de *stalking*, por cuanto el quebrantamiento de las medidas penales impuestas con finalidad tuitiva supone, más allá del mero desprecio por la orden judicial que mina los intereses de la Administración de Justicia, un atentado contra los bienes jurídicos particulares de la víctima⁴⁴. Intereses jurídicos éstos que no quedan protegidos a través de la aplicación del delito de quebrantamiento de condena, que tiene su origen en la voluntad de castigar «*la infracción de un derecho que corresponde a un poder estatal*»⁴⁵ y que, por tanto, nada tiene que ver con la verdadera víctima del acoso⁴⁶ por mucho que, como muy bien apunta VILLACAMPA ESTIARTE, se haya confiado la protección de las víctimas de violencia de género y doméstica a este delito al cualificarlo en este sentido⁴⁷.

El tercer problema que plantea esta aplicación tiene que ver con las consecuencias jurídicas del delito, más concretamente con la pena. Y es que el delito del art. 468 del Código Penal no lleva aparejada una nueva prohibición de aproximación, ni el endurecimiento o prolongación de la anterior y ello porque esta pena no está pensada para un delito contra la Administración de Justicia que únicamente contempla el desvalor que la conducta representa para con las instituciones de justicia, sin considerar el menoscabo que esta presenta para los intereses de la víctima. De este modo, en el artículo 57 CP se prevé la posibilidad de acordar la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48 del mismo cuerpo legal, entre las que se incluyen la prohibición de aproximación, comunicación o residencia en un determinado lugar, pero solamente en los casos en que se trate de delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico. En definitiva, un *numerus clausus* que en ningún momento incluye la posibilidad de aplicar las prohibiciones del art. 48 CP a los delitos contra la Administración de Justicia. Cosa por otro lado muy razonable, pues el bien jurídico protegido en esos delitos no es otro que la efectividad de las resoluciones judiciales, por lo cual la aplicación de estas penas

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal) de 26 de marzo de 1984 (RJ 1984\1859).

⁴⁴ En consonancia con lo expuesto, GÓMEZ RIVERO menciona las limitaciones de las que adolece el tipo al recordar que el desvalor producido por el quebrantamiento de la medida de alejamiento nada tiene que ver con el atentado al sentimiento de tranquilidad de la víctima. Por consiguiente, la autora propone en estos casos la apreciación de un concurso de delitos. *Vid.* GÓMEZ RIVERO, María Carmen. «El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio». En MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María Isabel (Dir.): *El acoso: tratamiento penal y procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 43-44.

⁴⁵ SUÁREZ LÓPEZ, José María. *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal Español*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 11

⁴⁶ En este sentido se pronuncian también algunas resoluciones judiciales, *ad exemplum* la SAP de Barcelona (Sección 22ª), n.º 824/2008, de 8 de agosto (JUR 2009\42659), la cuál indica en sus fundamentos de derecho que el delito de quebrantamiento de condena no es una buena solución inculminatoria para los supuestos de *stalking*. Y ello por cuanto el delito de quebrantamiento de condena «*no lo constituye molestar a la mujer, sino el hacer caso omiso del mandato judicial. De esta forma es irrelevante que la mujer se haya sentido o no, en el caso concreto, desprotegida*». Debemos hacer hincapié en que si bien se puede producir el efecto paralelo de que la condena consiga proteger a la víctima, lo que el delito realmente condena es haber desobedecido «*abierto, sistemáticamente y de forma recalitrante y reiterada un mandato judicial*», en este caso.

⁴⁷ *Vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. «Delito de acoso/stalking: Art. 172 ter». En ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (Coord.). *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 592

privativas de derechos resulta del todo incongruente cuando lo que se pretende proteger es la Administración de Justicia.

En líneas similares a lo anteriormente expuesto, la pena prevista para el quebrantamiento de condena representa a nuestro parecer otro escollo en la reconducción hacia este delito. Como ya criticaron GARCÍA ALBERO⁴⁸ y SUÁREZ LÓPEZ⁴⁹, las modificaciones llevadas a cabo por la Ley Orgánica 1/2004 asimilaron la pena prevista para el quebrantamiento de las penas previstas en el art. 48 CP –y también de las medidas cautelares y medidas de seguridad de la misma naturaleza– a las penas previstas para el quebrantamiento de las situaciones fácticas de privación de libertad (prisión de seis meses a un año). En contraste, este tipo cualificado se predica únicamente respecto de las consecuencias jurídicas impuestas en procesos penales en que el ofendido sea alguna de las personas recogidas en el artículo 172.3 CP, lo que provoca que el quebrantamiento de una prohibición de aproximación o de comunicación en caso de *stalking* cuando el ofendido no sea víctima de violencia doméstica o de género lleve aparejada únicamente una pena de multa⁵⁰. No se entiende el porqué debería pensarse con más contundencia la vulneración de una prohibición de aproximación o de comunicación por parte de una ex pareja que por parte de un desconocido, máxime cuando en ambos casos la imposición de la presencia de esta persona producen en la víctima una misma sensación de inseguridad o de miedo. Al respecto añadir que la *EU-wide survey* indicó que sólo un 9% los *stalkers* eran ex parejas y un 1% parejas actuales, en contraposición a un 7% de personas conocidas (como compañeros de trabajo o de instituto, amigos o conocidos) y un 8% de personas desconocidas o las cuales no fue posible identificar⁵¹. Por ello, uniéndonos al criterio doctrinal expuesto, creemos que respecto al acoso el delito de quebrantamiento de condena no ofrece un trato adecuado en cuanto a su penalidad.

El quinto problema que esto origina, y que sin embargo no es exclusivo de la aplicación del delito de quebrantamiento de condena a los supuestos de *stalking* sino común a todos los delitos agrupados dentro del concepto de violencia machista es que, en caso de que el acoso se manifieste como una prolongación de la violencia de género, el delito de quebrantamiento de condena seguirá su instrucción ante el Juzgado de Instrucción que corresponda y no frente al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, a no ser que se haya producido paralelamente uno de los delitos previstos en el art. 87 ter LOPJ. Por tanto resulta un tanto ilógico que, cuando la condena o medida de seguridad que se quebranta sea la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima

⁴⁸ GARCÍA ALBERO, Ramón. «Capítulo VIII. Del quebrantamiento de condena». En QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (Dir.) y MORALES PRATS, Fermín. (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (Artículos 234 a DF 7ª)*, 6ª Edición. Pamplona: Thomson Reuters, 2011, p. 1411.

⁴⁹ SUÁREZ LÓPEZ, José María. «De la desaparición a la expansión del autoquebrantamiento de condena». En CARBONELL MATEU, Juan Carlos; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; ORTS BERENGUER, Enrique y QUINTANAR DÍEZ, Manuel (Coords.) *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dickson, 2005, pp. 937-941.

⁵⁰ Vid. SAP de Madrid (Sección 6ª) n.º 265/2002, de 9 de mayo (JUR 2002\207516) que confirma íntegramente la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 25 de Madrid, la cual condena al autor del delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar a la pena de 20 meses multa con una cuota diaria de 1.000 ptas. al ser la víctima un barón con el cual el agresor había mantenido una relación sentimental de varios años (y por tanto, una de las personas no contempladas por el art. 173.2).

⁵¹ Datos extraídos de los resultados obtenidos de EUROPEAN UNION FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Violence Against Women: an EU-wide survey. Main results*. Publications Office of European Union, 2014, p. 86. Disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-main-results_en.pdf

de violencia de género, este proceso sea instruido por el Juzgado de Instrucción, siendo que en este caso el bien jurídico protegido es también la integridad física y moral de la víctima, y por tanto entra dentro del concepto de violencia de género recogido por la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*.

III. CONCLUSIÓN

En conclusión, en los casos en que se producen conductas tales como la realización masiva de llamadas telefónicas, el envío reiterado de mensajes de texto, los acechos y persecuciones en vía pública y otros actos de similares características que se engloban genéricamente en el término *stalking*, son hoy hechos atípicos en España, que difícilmente hemos podido reconducir en algunas ocasiones, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, mediante el delito de quebrantamiento de condena. Mas, como hemos ido viendo a través de este epígrafe, el delito del artículo 468 CP presenta dificultades insalvables a la hora de proceder de forma general a la penalización de este tipo de acoso.

No ofrece así el quebrantamiento de condena una respuesta adecuada a la incriminación del *stalking*. Si bien es cierto que por el momento su aplicación a supuestos concretos puede suponer que ciertas conductas que por su carácter insidioso afectan gravemente a la libertad de obrar de la víctima, no queden impunes. Antes bien, la respuesta más satisfactoria a los supuestos de *stalking*, a nuestro parecer, es la que ha emprendido el legislador español a partir de 2012: la tipificación específica del acoso.

No obstante, cabe matizar que ante la coyuntura de introducción de una tipificación específica del acoso fuera necesario, tal como apunta VILLACAMPA ESTIARTE, la previsión de un tipo cualificado que prevea una mayor penalidad para el caso en que el *stalking* se perpetrara a pesar de la existencia de una prohibición de aproximación y/o de comunicación, dado el mayor contenido del injusto afectante a los bienes jurídicos de la víctima⁵². Dicho de otra manera, el quebrantamiento de una prohibición de aproximación o comunicación entraña un mayor desprecio hacia los bienes jurídicos individuales de la víctima, que se ve acosada a pesar de la existencia de una orden judicial contra el victimario, de modo que al continuar penando estas conductas mediante el delito de quebrantamiento de condena, el mayor desvalor de acción producido se tiene en cuenta únicamente desde el punto de vista de la administración de justicia y no desde el punto de vista de los bienes jurídicos de la víctima. Este tipo cualificado recogería, entonces, la totalidad del injusto sin necesidad de acudir además al delito de quebrantamiento de condena, con las consecuentes ventajas que ello encierra.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. «El delito de stalking como nueva forma de acoso. Cyberstalking y nuevas realidades». *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2013, n.º 105.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.) y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (Coord.) *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

⁵² Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. «El delito de *stalking*». En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *Comentario a la reforma penal de 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 393-394.

- CARBONELL MATEU, Juan Carlos; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; ORTOS BERENGUER, Enrique y QUINTANAR DÍEZ, Manuel (Coords.) *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dickson, 2005.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, Juan Luis y MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. «Acoso y Derecho Penal». *Eguzkilore*, 2011, n.º 25.
- EUROPEAN UNION FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Violence Against Women: an EU-wide survey. Main results*. Publications Office of European Union, 2014. Disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-main-results_en.pdf.
- GARRIDO GENOVÉS, Vicente. *Amores que matan. Acoso y violencia contra las mujeres*. Alzira, Editorial Algar, 2001.
- GÓMEZ RIVERO, María Carmen. «El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio». En MARTÍNEZ GONZÁLEZ, María Isabel (Dir.): *El acoso: tratamiento penal y procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- HOME OFFICE CIRCULAR. *A change to the Protection from Harassment Act 1997*, 2012. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/a-change-to-the-protection-from-harassment-act-1997-introduction-of-two-new-specific-offences-of-stalking>.
- MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *Comentarios al Código Penal Español. Tomo II (Artículos 234 a DF 7ª)*, 6ª Edición, Pamplona: Thomson Reuters, 2011.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. «Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa». *Revista penal*, 2009, n.º 24.
- MUÑOZ CUESTA, Javier. «Quebrantamiento de condena». En HERNÁNDEZ GARCÍA, J.; GOYENA HUERTA, Jaime; GRINDA GONZÁLEZ, José y MUÑOZ CUESTA, Javier. *Los Delitos contra la Administración de Justicia*. Pamplona: Aranzadi, 2002.
- NATIONAL CENTER FOR VICTIMS OF CRIME. «Protective order violations – Stalking in disguise?» en *The Source*, vol. 4, n.º 2, 2004. Disponible en <http://www.victimsofcrime.org/docs/src/protective-order-violations.pdf?sfvrsn=2>.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.) y GORJÓN BARRANCO, María Concepción (Coord.). *El proyecto de reforma del código Penal de 2013, a debate*. Salamanca: Ratio Legis, 2014.
- ROVIRA TORRES, Olga. *El quebrantamiento de condena*. Barcelona, Editorial Bosch, 1999.
- SUÁREZ LÓPEZ, José María. *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal Español*. Granada: Editorial Comares, 2000.
- TJADEN, Patricia y THOENNES, Nancy. «Stalking in America: Findings From the National Violence Against Women Survey». *Research in Brief, U.S. Department of Justice, National Institute of Justice*, abril 1998. Disponible en: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles/172837.pdf>.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. «El delito de *stalking*». En QUINTERO OLIVARES, G. (Dir). *Comentario a la reforma penal de 2015*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. «El proyectado delito de acecho: Incriminación del Stalking en Derecho Penal Español». *Cuadernos de política criminal*, 2013, n.º 109.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. «La introducción del delito de «atti persecutori» en el Código Penal italiano. La tipificación del stalking en Italia». *Indret*, 2009, n.º 3. Disponible en <http://www.raco.cat/index.php/Indret/article/viewFile/138051/188696>.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Madrid: Lustel, 2009.

Tomándose el abolicionismo en serio: Por un abolicionismo vigente en el debate político criminal

ANA MARÍA LÓPEZ PINILLA (Colombia)
Investigadora máster, Universidad de Málaga, España¹

RESUMEN: Las reformas al código penal son en la actualidad el instrumento político más utilizado por muchos países a la hora de implementar la agenda legislativa en materia de políticas públicas. Constantemente se aumentan las penas, se tipifican nuevas conductas, se crean delitos de peligro, y en general se amplía el ámbito de intervención del Derecho Penal en las sociedades; a pesar de todo esto, cada vez aparece más ausente un esfuerzo por encontrar una legitimidad para la pena. En una sociedad que se entiende emancipadora, se hace necesario estudiar críticamente el uso del Derecho Penal, teniendo en cuenta los costos que implican todas las instituciones de castigo en un ordenamiento donde la regla general es la libertad.

Palabras clave: Abolicionismo penal, prisión, cultura del castigo, alternativas al castigo, ideología de la cárcel.

ABSTRACT: Reforms to criminal code are probably nowadays the instrument used the most by the legislator when implementing the legislative agenda in matters of public policy. Constantly, punishments are being raised, crimes of endangerment are established, new conducts are being penalized, new crimes are being created; the scope of penal intervention is being expanded. Despite this scenario, it appears more absent any effort to find legitimacy of the punitive action. In an emancipatory society it becomes mandatory to study critically the use of criminal law, taking into account the implied cost of the punishment institutions in a system where liberty is the general rule.

Key words: Penal abolitionism, prison, punishment culture, alternatives to punish, prison ideology.

¹ Candidata a magíster en Derecho penal y política criminal por la Universidad de Málaga.

SUMARIO: I. Introducción. II. Dos acepciones del abolicionismo penal. III. Derecho penal y cultura del castigo. IV. El Derecho Penal en la sociedad actual. V. Conclusiones y consideraciones finales.

«Ser abolicionista es simplemente estar convencido de la imposibilidad de reforma del sistema penal. No puedo ser extremista en el ámbito político porque quiero hacer todo lo que sea posible en el presente para que haya menos cárceles y tribunales de conciencia. Por eso, el abolicionismo es extremista en el ámbito cultural, porque para realizarse tiene que exigir un cambio de mentalidad, una puesta en discusión de sí mismo, una mirada diferente sobre la miopía de la sumisión voluntaria: a partir del rechazo del muy antiguo rito del chivo expiatorio sobre el que se funda nuestra civilización y que nos hace a todos ciegos, arrastrándonos a un camino suicida».

Vincenzo Guagliardo²

I. INTRODUCCIÓN

Se dice que el Derecho Penal es la rama más humana del Derecho. Esto se explica bien por la gran influencia de filosofía y corrientes humanistas que permean al del derecho penal, lo que no ocurre de la misma manera, en otras áreas; sin embargo, resulta paradójico que la rama «más humana» conlleve en la práctica a la mayor deshumanización de los individuos, a la vez que blinda a la sociedad ante el drama que este crea.

El objetivo de este trabajo es cuestionarnos cuál es el papel que nos corresponde como academia, en un espacio donde la investigación en Derecho Penal responde principalmente a los problemas de Derecho Penal general y especial, atendiendo a cuestiones intra-sistemáticas, y que como consecuencia mantiene un *statu quo*, pasando por alto una pregunta que debía estar resuelta ya en nuestras sociedades ¿podemos utilizar legítimamente³ el Derecho Penal⁴?

Por lo anterior, el primer llamado de atención que hace el abolicionismo es a invertir la carga de la argumentación en el uso de la prisión, el sistema penal, o el castigo mismo, –dependiendo de la perspectiva del abolicionismo de la que se parta–⁵. Un estado que propugne por defender las libertades civiles y que se tome este trabajo en serio se encontrará con que el sistema penal

² GUAGLIARDO, Vincenzo. *De los dolores y de las penas. Ensayo abolicionista y sobre la objeción de conciencia*. Madrid: Traficantes de sueños, 2013, pp. 36-37.

³ Nos preguntamos en este caso por la justificación o legitimidad externa en el sentido planteado por Ferrajoli en: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*: Madrid. Trotta, 1995.

⁴ «El reparto de dolor es un concepto para lo que en nuestro tiempo se ha convertido en una operación calmada, eficiente e higiénica. Desde el punto de vista de los que dan el servicio, no es ante todo drama, tragedia e intensos sufrimientos: la imposición de dolor está en desacuerdo con algunos ideales importantes, pero puede realizarse en un aislamiento inocente y sonámbulo del conflicto de valores. Los dolores del castigo se quedan para aquellos que lo reciben. Por medio de la elección de palabras, de las rutinas del trabajo, de la división del trabajo y la repetición, todo el asunto se ha convertido en el reparto de un producto». CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. México: Fondo de cultura económica, 1984 (p. 25).

⁵ Un mayor desarrollo de estas posturas se verá en los apartados siguientes.

representa una difícil cuestión para justificar, y no parecen tan claros los argumentos esbozados por los justificacionistas para responder a la pregunta de «si y por qué castigar»⁶.

No son pocas ni baladíes las críticas que el abolicionismo le plantea al sistema penal; le critica su funcionamiento selectivo, pues basta dar una mirada a la población carcelaria para anotar que en su mayoría son personas afrodescendientes, latinos, pobres, o marginales quienes llenan las prisiones⁷. Este macro argumento se desarrolla a su vez en múltiples críticas que van desde el modelo económico adoptado en una sociedad, hasta el modelo de estado.

Se cuestiona que el proceso penal es una expropiación del conflicto a sus partes, que en muchos de los casos no pueden participar de la solución del mismo y en cambio pueden verse más afectadas que beneficiadas, de forma que el proceso penal no sólo no resuelve el conflicto, sino que lo agrava. En cuanto a la prisión, se afirma que no es idónea para resocializar –si partimos de una perspectiva resocializadora–, sino todo lo contrario, que se convierte en la «ceremonia de graduación» de las personas que caen en manos del sistema penal. Se critica a la prisión por convertirse en una fuente inagotable de mano de obra a bajo costo⁸, y de ser una forma de continuidad de las desigualdades sociales⁹.

Si bien es cierto que «los problemas generales que encontramos para justificar el castigo se tornan más profundos cuando queremos justificar esta práctica en situaciones de inmensa injusticia social»¹⁰, no por ello el castigo resulta más legítimo en otros contextos, pues el sistema penal en general, y las prisiones en particular, padecen estructuralmente de problemáticas que los hacen incompatibles con un régimen constitucional que tiene como objetivo eliminar frontalmente muchos de los problemas que a su vez genera con la implementación del sistema penal.

Por las razones anteriores, es posible hablar del fracaso del sistema penal en clave a los fines declarados del mismo, bien sea de prevención general o especial, en ambas de sus vertientes. Puede decirse también que el sistema penal tiene unos fines latentes distintos, como mantener unos determinados intereses de la clase dominante¹¹, servir a un determinado modelo económico, mantener un statu quo, etc.¹².

A la luz de sociedades constitucionales comprometidas con la protección de derechos fundamentales, en la que el individuo es un fin en sí mismo y las instituciones son apenas medios

⁶ Para utilizar los términos de Ferrajoli cuando se pregunta por las razones que hacen moral o políticamente aceptable que se ejerza una violencia legal y programada: *Ibíd.*, p. 247.

⁷ WACQUANT, Loïc. *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa, 2010.

⁸ DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*. Madrid: Traficantes de sueños, 2006.

⁹ Cabe recordar que hace diez años Thomas Mathiesen, quien hace diez años publicó un artículo titulado «10 razones para no construir más prisiones» donde se deconstruyen los argumentos comúnmente utilizados para legitimar la prisión como forma de castigo; y resulta por lo menos llamativo ver que todas las críticas allí planteadas pueden ser trasplantadas casi con entereza a las prisiones actuales.

¹⁰ GARGARELLA, Roberto. *De la justicia penal a la justicia social*. En GARGARELLA, Roberto. *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del hombre, 2008, p. 78. Esto tiende a ocurrir especialmente en países latinoamericanos.

¹¹ PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México: Siglo XXI Editores México, 1983.

¹² DE GIORGI, Alessandro, *op. cit.*, p. 3.

para servir a este, aquellos fines no declarados son indefendibles, y si bien el sistema penal es útil a estos fines latentes u ocultos, se entenderá que es un fracaso para alcanzar los fines declarados, dando como resultado su ilegitimidad.

Cabe advertir que la corriente abolicionista que aquí se va a adoptar tiene una pretensión mucho más extensa que la de pensar en la erradicación de un sistema penal, pues los problemas que se le plantean a este sistema tienen una raíz social mucho más profunda. Esto implicará una evaluación de la forma como nos relacionamos entre los individuos y que tiene inmersa una cultura del castigo, y es allí donde anidan los problemas que por supuesto se reflejan de forma más clara en la prisión –como la pena por antonomasia–, pero que irradian al sistema penal en todas sus formas.

II. DOS ACEPCIONES DEL ABOLICIONISMO PENAL

El término «abolicionismo» tiene su origen a finales del siglo XVIII cuando era empleado para designar los movimientos que promovían la eliminación de los regímenes esclavistas de Estados Unidos. Junto con esta corriente se fue gestando una ideología de la «no violencia» que defendía una desobediencia civil que permitiera luchar contra instituciones opresoras sin recurrir a medios violentos. Ha de tenerse presente que la prisión y el sistema penal son instituciones relativamente recientes¹³ y que a lo largo de la historia el castigo ha ido cambiando de forma: ahora tenemos castigos más tecnificados, aunque no por ello menos infamantes. No se puede perder de vista que lo que hay detrás de toda forma de castigo –cualquiera que ella sea¹⁴– es la imposición coactiva de una aflicción.

En materia penal hablar de abolicionismo resulta ambiguo, pues este término sirve para designar múltiples corrientes de pensamiento, todas ellas encaminadas a la supresión total o parcial del Derecho Penal¹⁵ (se pueden abolir instituciones particulares, sistemas enteros o inclusive ideas). Tradicionalmente se han distinguido dos grandes grupos de pensamientos abolicionistas: uno moderado que busca la abolición de una institución penal en particular (principalmente la cárcel), y uno radical que entiende que hay que suprimir el sistema penal completo pues no basta acabar con una institución particular.

La corriente moderada defiende principalmente el abolicionismo de las prisiones¹⁶ –como pena más representativa del sistema criminal–; dentro de las críticas que se le

¹³ Para una narración sobre el nacimiento y el desarrollo de la prisión ver: FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo veintiuno, 1978.

¹⁴ Suele creerse que la prisión moderna es más «humana» porque supone la renuncia del uso de penas corporales; sin embargo no se piensa que esto es apenas un cambio en la apariencia. Mientras que en períodos pre modernos los castigos recaían sobre el cuerpo de los delincentes, con la prisión se traslada el sufrimiento al aspecto psíquico del individuo. Se le encierra y aísla del mundo que conoce, y se le inserta a una institución totalitaria que controla todos los aspectos de su ser. Para un análisis más extenso ver: Ibíd.

¹⁵ Para ver el nacimiento del abolicionismo como corriente criminológica ver: LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. México: Siglo XXI, 1992 (segunda edición).

¹⁶ Algunos autores sostienen que esta corriente no corresponde a una verdadera postura abolicionista, por no superar las críticas estructurales que se les han hecho a muchas de las penas que han existido y han sido abolidas, como las penas corporales y la pena de muerte –en algunos países–, ni será diferente de las que se puedan proponer. FRANCÉS, L., Paz; RESTREPO, R., Diana, «Con Hulsman, para avanzar un poco más. El abolicionismo

formulan¹⁷ se encuentra la de no cumplir los fines que declara¹⁸: se ha demostrado que no sirve para rehabilitar –al margen de lo cuestionable que puede ser este fin en una sociedad donde se valora el libre desarrollo de la personalidad–, su función neutralizadora¹⁹ es ineficaz pues está comprobado el potencial criminógeno de las cárceles; y su carácter de prevención general negativa no es demostrable²⁰.

Adicional a esto, se le atribuye a la cárcel funciones soterradas que son difícilmente defendibles en regímenes libertarios, entre ellas las siguientes: la cárcel es una institución en donde se deposita y controla la población improductiva de las sociedades capitalistas, y divide a la sociedad en productiva e improductiva (entendida como aquella que no contribuyen al sistema al que pertenece); los atrapados por las redes de la prisión son en gran medida los delincuentes tradicionales de clases sociales bajas y minorías raciales, lo que sirve de especie de «cortina de humo» sobre los peligros que representan quien detentan el poder²¹. Se argumenta también en contra de la prisión el que cumpla una función simbólica y etiquetadora de los individuos²².

Como lo advierte Christie, la abolición de la cárcel no puede ir acompañada por su reemplazo por otra institución, pues la consecuencia de esto sería una alternativa más disciplinaria, alternativa que transformada por el Derecho Penal terminará por fortalecer la estructura carcelaria²³. Según este autor «tenemos cárceles a pesar del fracaso de éstas, precisamente porque en nuestra sociedad existe una persistente y omnipresente *ideología de la cárcel* (...) por la cual la prisión como institución cobra significado y legitimidad»²⁴.

Nunca está por demás tener presente el catálogo de derechos que son vulnerados en prisión, y que suelen reducirse a la pérdida de la libertad de locomoción, simplificando un debate en términos de proporcionalidad a la hora de incorporar reformas legislativas; algunos de ellos son: la libertad de locomoción, la libertad de expresar libremente su personalidad –decidir qué vestir, como llevar el pelo–, se restringe la libertad sexual –incluyendo aquí la libertad para decidir sobre su reproducción–, la libertad de escoger las personas con las que quiere relacionarse, se le priva de compartir con su familia y amigos, se le imposibilita el construir un plan profesional –hacer una carrera, buscar un determinado trabajo–, su derecho a la salud se ve fuertemente

de la cultura del castigo a partir de la obra de Vincenzo Guagliardo». En *Repensando el Derecho penal: Complejidad social y seguridad como retos de un Derecho penal a la vez garantista y eficaz*. Proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (16558).

¹⁷ Debido a la corta extensión disponible enunciaré apenas las principales que expone Mathiesen, adicionalmente este tema ha sido abordado ampliamente en otra bibliografía.

¹⁸ MATHIESEN, Thomas, op. cit., 3.

¹⁹ Ver por todos: MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prisión*. 1º. Ed. Buenos Aires: Ediar, 2003.

²⁰ LARRAURI, Elena. «Criminología crítica. Abolicionismo y garantismo». *Chile: Red Ius et Praxis*, 2006.

²¹ Esta crítica la encuentro por lo menos debatible por dos motivos. El primero es que por la complejidad con la que funcionan las estructuras en nuestra sociedad, no hay un único «ente poderoso» que defienda un único interés por detrás de las clases poderosas, sino que hay un universo de microestructuras del poder. En este sentido ver: LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo XXI de España, 1991.

En segundo lugar es que el abolicionismo penal no busca una igualdad de persecución penal, no se trata de perseguir a los poderosos por igual, se trata de generar conciencia de la desigualdad que crea y que a su vez nutre al sistema penal, para fomentar su desmonte.

²² Tal y como lo pone de presente el *labelling approach*. Para una clara exposición de esta corriente ver: LARRAURI, Elena, *La herencia...*, op. cit., p. 5.

²³ CHRISTIE, Nils. *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires: Editores del puerto, 2004. (1º Ed.).

²⁴ MATHIESEN, Thomas. «Juicio...», op. cit., p. 5.

afectado –se dificulta el acceso a la atención médica, a la vez que queda expuesto a muchas más enfermedades contagiosas como el sida y la tuberculosis–.

La lista puede extenderse mucho más, pero es importante destacar es que estos aspectos pasan de largo en los debates legales, y se reduce la prisión a una afectación de la libertad de locomoción, dando pie a que la pena de prisión sea utilizada indiscriminadamente como un instrumento de control social, siempre que pueda alegarse que con ella se persigue un fin constitucionalmente legítimo aunque no suele explicarse dónde reside la legitimidad.

Ahora bien, en un sentido más radical, el abolicionismo propugna por la supresión del sistema penal en general, ya que parte de la idea de que la justicia penal en abstracto es un problema en sí mismo imposible de corregir, por lo cual la única solución es su abolición completa. Tiene como uno de sus mayores representantes²⁵ a HULSMAN²⁶ quien entiende que el sistema penal es insostenible porque crea un dolor innecesario, les expropia el conflicto a las partes y es muy difícil de controlar.

«Es preciso abolir el sistema penal. Es decir, romper el vínculo especial que une entre sí –de modo incontrolado e irresponsable, con desprecio de las personas directamente implicadas, a base de una ideología de otra época y apoyándose sobre un falso consenso– a los órganos de una máquina ciega cuyo objeto mismo consiste en la producción de sufrimiento estéril»²⁷.

Se cuestiona el carácter ontológico del delito, el delito no existe, sino que éste es una creación social, lo que hoy puede ser delito mañana puede no serlo. No existe un común denominador entre las conductas que son tipificadas como delitos –salvo su inclusión en los códigos penales–, es la ley por tanto la que crea a los delincuentes.

CHRISTIE pone de presente también, que el Derecho Penal se enmarca dentro de una lógica dualista malo/bueno, que obedece a ideas preconcebidas que impiden la solución real de los conflictos. Concebir al delincuente como un «alter» permite que los ciudadanos «de bien» –aquellos que no caen en las manos del sistema penal– acepten que a una persona se le aísle y se le sometan a todos los vejámenes que implica la entrada en prisión. El Derecho Penal parte de una lógica dualista que distingue entre los «buenos», que son aquellos ajenos al sistema penal, y aquellos «malos» o delincuentes que son quienes se ven inmersos en este²⁸.

Esta enajenación es lo que permite crear enemigos²⁹, e impide la interacción humana a partir de la empatía, lo que es un componente imprescindible para la justicia restaurativa. El sistema

²⁵ Suele ubicarse en este escenario a Nils Christie, pero este si bien en sus inicios compartió postulados abolicionistas más radicales, posteriormente defiende una postura minimalista se niega a renunciar al derecho penal, su crítica está más dirigida a la forma como el Derecho Penal expropia el conflicto a las partes, imposibilitando la resolución de aquellos. CHRISTIE, Nils, op. cit., p. 5.

²⁶ Siguiendo a Francés y Restrepo, Hulsmán es el autor que representa un abolicionismo de la justicia penal con mayor amplitud. Esto se debe a que desde el inicio de su trabajo se anticipa a la necesidad de un cambio cultural en relación al castigo. FRANCÉS, Paz; RESTRESPO, Diana, op. cit., p. 5, pp. 14-15.

²⁷ HULSMAN, Louk y DE CÉLIS, Bernat. *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel, 1984, p. 89.

²⁸ No es necesario ni siquiera que haya una condena, sino que el solo hecho de ser adquirir el concepto de imputado, tiene un sustrato punitivo, esto es lo que se conoce como una pena de banquillo.

²⁹ Esto permitió la creación de un Derecho Penal del Enemigo, que persigue a las personas que tengan una condición determinada –la condición varía dependiendo al contexto social, puede ser inmigrante, terrorista, pedófilo, etc.– en lugar de perseguir actos.

penal es «una fábrica de crear culpables»³⁰, esto supone una estigmatización del delincuente como tal³¹, y agrava los conflictos iniciales, puesto que impide que el culpable se responsabilice por sus propios actos, y en lugar de ello asuma el rol de víctima dentro del sistema penal del cual se tiene ahora que defender.

Lo que el autor plantea es la adopción de formas descentralizadas de solución de controversias y de regulación autónoma ante los hechos reales, lo cual permita una responsabilidad personal por los actos y una solución definitiva al problema. Esto supone un estrechamiento de la interacción personal y de la comunicación directa, en sus términos una «revitalización de la estructura social»³², que acerque a las partes y permita una forma más horizontal de relacionarse, en lugar de atender a una relación dispar.

Es de resaltar que no se renuncia a mecanismos de urgencia para tiempos de crisis, que contemple la intervención de la policía como un cuerpo de paz, como fue contemplado en sus orígenes; un control judicial de estas facultades de policía eficaz y sistemático. Incluso se hace necesario el papel de un juez encargado de velar por las garantías de las libertades individuales, pero en todo caso en el marco de un sistema no penal.

Los defensores de un Derecho Penal mínimo o garantista, entienden que la virtud del Derecho Penal es servir de límite a la intervención del estado en forma de garantías, sin embargo estas garantías tienen un alcance muy corto en la práctica³³, para empezar, se ven comprometidas cuando al juez se le atribuye la doble función de defender a la sociedad del delincuente –lo que ocurre cuando se adopta un discurso de defensa social para legitimar el castigo– y de protegerlo al mismo tiempo.

III. DERECHO PENAL Y CULTURA DEL CASTIGO

Empero, las ignominias del sistema penal se asientan en unas bases culturales que las toleran, e incluso abogan por su extensión. Es por ello que para pensar en la posibilidad real de un abolicionismo como el que propone HULSMAN, se hace necesario examinar la forma en la que nos relacionamos, poniendo en evidencia que nuestras relaciones están permeadas por una lógica o cultura del castigo. Las corrientes no punitivas de los años 60 y 70 se desvanecieron ferozmente, y aun cuando el fracaso de la cárcel era evidente y sus objeciones constantes, lo que hubo en la década de los 80 fue un triunfo del control penal en lugar de su supresión, esto se debió a que la humanidad se veía enfrentada a nuevos retos que no sabía cómo asumir.

³⁰ Ibid., p. 55.

³¹ Tal y como lo explica Baratta: «Para que un comportamiento desviado sea imputado a un autor y éste sea considerado como violador de normas, para que le sea adosada una «responsabilidad moral» por el acto que ha infringido la *routine* (es en este caso cuando en el sentido común la definición de desviación asume el carácter, podría decirse, de una definición de *criminalidad*) es necesario que desencadene una reacción social correspondiente». BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídica penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 95.

³² En igual sentido se pronuncia N. Christie cuando dice que es necesario reconducir nuestras relaciones sociales para fortalecer los vínculos familiares, entre vecinos y amigos, y en esa medida obtener una visión más personal del conflicto y una solución del mismo que involucre a las partes. CHRISTIE, Nils, op. cit., p. 6.

³³ Como pone de presente Larrauri «Endosar garantías al proceso no supone admitir la necesidad de un castigo». LARRAURI, Elena, op. cit., p. 6.

Pero, como lo señalan FRANCÉS y RESTREPO³⁴, resulta más utópico querer abolir una institución como la cárcel o un sistema penal pasando por alto la cultura del castigo subyacente. La abolición de penas concretas o del sistema penal, e inclusive la implementación de mecanismos de justicia restaurativa, son el camino para comenzar a desarraigar la cultura del castigo, pero las reformas no pueden permanecer en la superficie, sino que tienen que cuestionar las relaciones personales sacándolas de la lógica punitiva para que un abolicionismo pueda tener vocación de permanencia.

Entender que el problema sustancial se encuentra en la raíz de la lógica de las relaciones interpersonales, en particular bajo la lógica punitiva en la que enmarcamos la forma de concebir las relaciones con los demás y con nosotros mismos, nos ayuda a superar gran parte de los problemas esgrimidos al abolicionismo. Muchas figuras han sido históricamente abolidas –como la pena de muerte y cadena perpetua en muchos países, o los castigos corporales en otras–, y si bien esto es un paso necesario, no es suficiente, pues en una cultura punitiva el reemplazo de unas figuras de castigo por otras, no supone un avance en términos humanistas.

Puede decirse que una primera aparente disyuntiva que se superaría con el abolicionismo es la planteada por algunas feministas criminólogas: ellas señalaron que el sistema económico capitalista había distraído la atención de la criminología, pero se olvidaba que estamos además en una sociedad patriarcal³⁵. Ellas se encuentran por consiguiente en la dicotomía de engrosar el Derecho Penal con delitos contra las mujeres –como feministas– y buscar una descriminalización –como criminólogas–.

El desmonte de la cultura del castigo pasa por el desmonte de una sociedad patriarcal que construye relaciones verticales de género en las que hay una opresión fuerte hacia la mujer. Un mayor empoderamiento proveniente de la mujer misma como persona autónoma que actúe como agente de resolución de sus propios conflictos, permite superar la falsa disyuntiva de proteger a la mujer y descriminalizar.

Otras de las usuales críticas que se plantean al abolicionismo (y que pone de presente el mismo CHRISTIE)³⁶, es la de que es posible que el agresor o la víctima no estén dispuestos a participar de un proceso de justicia consensual, bien porque este primero se sienta incapaz de asumir su papel de agresor y enfrentar a la víctima, o bien porque ésta tenga pretensiones de venganza.

Vale decir aquí que un proceso penal y la eventual imposición de una pena son fórmulas inidóneas para asumir responsabilidad. Los infractores no suelen identificarse con el papel de «delincuente», y su actitud frente al sistema penal es de una victimización –resulta muy dicente el hecho de que se requiera precisamente de un abogado «defensor» para que «asista» al imputado en el proceso– institucionalizada. Hay una ruptura de la relación entre agresor y víctima que impide cualquier sentimiento de empatía que permita ponerse en el lugar del otro para asumir una verdadera responsabilidad.

³⁴ FRANCÉS, Paz; RESTREPO, Diana, op. cit., p. 5.

³⁵ En este sentido ver: LARRAURI, Elena, op. cit., p. 6.

³⁶ CHRISTIE, Nils, op. cit., p. 6.

En cuanto a la víctima que demanda castigo, es importante aclarar que desde la década de los ochenta la criminología se enfrentó con la aparición de la víctima en el escenario del sistema penal, cuyo papel activo consistió en un incremento del sistema penal con búsqueda a satisfacer las demandas de aquellas. Igualmente, dentro del discurso del garantismo penal, evitar la venganza privada que puedan emprender las víctimas como reacción al delito, es un argumento para legitimar la existencia del derecho penal³⁷. En otras palabras «el Derecho Penal nunca se ha caracterizado por limitar el castigo. Un estudio histórico, alegan, muestra claramente que los grandes castigos surgen con el derecho penal. Anteriormente existía el procedimiento civil de carácter compensatorio, y las venganzas privadas eran una excepción debido al miedo de que éstas degenerasen en verdaderas guerras de clanes rivales»³⁸.

El rol de la víctima se estereotipaba como aquella que se veía agredida y demandaba venganza y debía ser protegida por el Derecho Penal. Se ignoraba sin embargo que cuando la víctima denuncia o acude a la policía, no lo hacía con el ánimo de iniciar un proceso penal, sino que buscan asistencia o protección –la policía puede ser el único medio existente o conocido–, o busca la indemnización inmediata (incluso otros fines como el de reclamar el reembolso de un seguro)³⁹.

Una última crítica⁴⁰ planteada al abolicionismo, recoge los delitos sin víctimas reales, como lo son aquellos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos colectivos como salud pública, la seguridad, y aquellos en general que se incorporan en clave a una sociedad del riesgo y que adelantan las barreras de intervención del Derecho Penal. En estos casos basta con recurrir a argumentos intra-sistemáticos pues entran en serias tensiones con los principios de legalidad y taxatividad, por nombrar algunos, que ponen en tela de juicio su legitimidad.

Es menester repetir que sólo una interacción social externa a una lógica punitiva –pues no basta la abolición de un sistema penal o una institución concreta como la prisión–, renunciando a la lógica dualista de malo/bueno, amigo/enemigo, castigo/premio, es posible gestionar realmente el fondo de los conflictos, y a la vez que crear un cimiento para una sociedad más justa, compatible con los valores que defendemos.

IV. EL ABOLICIONISMO PENAL EN LA SOCIEDAD ACTUAL

A pesar del innegable fracaso del sistema penal para cumplir los fines que expresamente se propone, es notable a nivel global una inflación en las legislaciones penales, que siguiendo el discurso de la seguridad ciudadana⁴¹ adoptan banderas punitivas como planes políticos. Algunos ejemplos recientes de ello son los siguientes:

³⁷ Por todos ver FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 2.

³⁸ LARRAURI, Elena, op. cit., p. 6.

³⁹ *Ibid.*, p. 254.

⁴⁰ Las críticas al abolicionismo son muchas más, pero por la extensión del texto se recogen estas tres, ya que logran representar mejor que los planteamientos problemáticos atribuibles al abolicionismo no son insalvables.

⁴¹ Sobre el cambio de paradigma que supuso la crisis del estado de bienestar al cambio del orden social y permitió el nacimiento de la seguridad ciudadana ver: GARLAND, David. *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa, 2005.

En el estado de Utah en Estados Unidos, el gobernador Gary R. Herbert (R) firmó una ley mediante la cual se establece el pelotón de fusilamiento como un método secundario de la ejecución de las personas, cuando la misma no pueda realizarse mediante la inyección letal⁴². La declaración del portavoz deja entrever la paradoja que alberga el Derecho Penal, al manifestar que lamenta que alguien cometa un acto tan atroz como un homicidio agravado que se haga merecedor de la pena de muerte, y que es preferible utilizar el método de la inyección letal, pero cuando esto no es posible corresponde a la rama ejecutiva hacer efectiva la orden de un juez⁴³.

La imposición de la pena de muerte es una prueba de la inexistencia del carácter ontológico del delito; es decir, la diferencia que hay entre un homicidio agravado y la ejecución de una pena de prisión es la institucionalización y formalización que revisten la ejecución de la pena, en otras palabras, es el nombre que se le da a dicho proceso y la representación que se hace del mismo.

Lo mismo ocurre con la pena de prisión: cuando un ciudadano priva a otro de la libertad se denomina secuestro, cuando es el estado quien lo hace se denomina una pena consistente en la privación de la libertad. El acto es el mismo, pero el nombre que se le impone al acto institucionalizado lo blindo ante la infamia que supone su imposición, en este sentido dice GUAGLIARDO: «El ciudadano se siente ajeno al delincuente y el funcionario se siente lejano al verdugo»⁴⁴.

Un segundo caso ilustrativo es el de España, donde se aprobó recientemente una ley que reforma el código penal: tipifica nuevos delitos, se refuerza la punición en aquéllos contra la administración pública y se introduce una nueva pena de prisión permanente revisable, según la cual «está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada, si bien sujeta a un régimen de revisión (...), cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado»⁴⁵.

En la exposición de motivos de esta ley –como ocurre con muchas de las reformas penales en varios ordenamientos jurídicos, como el de España y los de algunos países de Latinoamérica–, se recurre constantemente a argumentos vagos y volátiles para justificar la necesidad de introducir modificaciones legislativas, con fórmulas que pueden encontrarse en varias disposiciones legales que regulen distintos temas.

Se utilizan, entonces, expresiones como «fortalecer la confianza en la administración de justicia», o se afirma la necesidad de un sistema legal que «garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como **justas**» (negrillas fuera del texto).

⁴² La cual sigue siendo el método principal para ejecutar las sentencias de muerte vigentes en 32 estados de Estados Unidos DEATH PENALTY INFORMATION CENTER, «States With and Without the Death Penalty». [consultado el 27 de marzo de 2015]. Disponible en: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/states-and-without-death-penalty>>.

⁴³ Disponible en: <<http://edition.cnn.com/2015/03/23/us/utah-death-penalty-firing-squad/>> [Visitado el 24 de marzo de 2015].

⁴⁴ GUAGLIARDO, Vincenzo. *De los dolores y las penas. Ensayo abolicionista y sobre la objeción de conciencia*. Madrid: Traficantes de sueños, 2013, p. 16.

⁴⁵ ESPAÑA, «Proyecto de ley orgánica por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 121/000065». Presentado el 24 de septiembre de 2013. En línea: <

Sobre la figura de la prisión permanente revisable, señala que la misma «de ningún modo renuncia a la reinserción del penado», lo cual trae más confusión respecto de los fines que se atribuyen al Derecho Penal.

Por otro lado, la exposición de motivos expresa que en atención al principio de fragmentariedad o *última ratio*, se reducen el número de delitos leves y de asuntos menores que en gran parte «pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles». En consecuencia apareció la ley de seguridad ciudadana más conocida como «ley mordaza», la cual –aún con preceptos más abiertos e indeterminados– paradójicamente busca garantizar que «los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía»⁴⁶.

Esta proposición de ley introduce infracciones tan vagas que permiten la sanción de quien «perturbe la seguridad ciudadana en actos públicos (...) cuando no sean constitutivas de infracción penal» (art. 36), también se contemplan como faltas: la «la perturbación del desarrollo de una reunión o manifestación lícita» (art. 36-8), las «faltas de respeto y consideración cuyo destinatario sea un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones de protección de la seguridad» (art. 37-4), «ejecutar actos de exhibición obscena» (art. 37-5), entre muchas otras conductas sancionadas⁴⁷.

Lo que ocurre aquí es un buen ejemplo de cómo la lógica punitiva permea muchas de las esferas legales, el objeto de lo penal excede las formas de lo penal, para hacerse más difuso y más extenso y a su vez más difícil de controlar⁴⁸, en palabras de MATHIESEN, puede decirse que «(h)ay un particular peligro en una contracción total del sistema penal: si la necesidad está allí, fuertemente sentida, las medidas penales se introducirán bajo falsas etiquetas. El mismo poder será usado, pero sin las medidas de control desarrolladas por el Derecho Penal descritas anteriormente»⁴⁹.

Ahora, no puede caerse en la falaz confianza de que el Derecho Penal servirá de garante de los límites punitivos: el discurso científico claramente defiende las virtudes que puede suponer un Derecho Penal para quien lo padece en calidad de reo –aunque no es el único, las víctimas pueden también quedar sometidas a procesos de revictimización–, basta con mirar la práctica y el funcionamiento del sistema judicial y penitenciario para darse cuenta de que el sistema penal es una verdadera máquina del dolor y un constante vulnerador de todas las garantías que en su discurso protege.

Un último ejemplo es el caso mexicano, en donde se aprobó una ley antisequestro que contempla unas penas significativamente altas para estos delitos, y unas agravantes que elevan significativamente las sanciones contempladas. De conformidad con el artículo 11 de esta ley,

⁴⁶ ESPAÑA, «Proyecto de ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana, 621/000102». De 22 de diciembre del 2014. *Boletín del senado*, del 17 de marzo de 2015, n.º 490, p. 2.

⁴⁷ Si bien esta ley no es una ley penal, las sanciones graves pueden llegar a multas de 600.000 euros, y no se puede desconocer el carácter aflictivo de la pena de multa, especialmente en algunos sectores de la población como lo son los de la clase media a quienes las penas pecuniarias afectan de forma más gravosa.

⁴⁸ Más bien nos acercamos más a la «sociedad disciplinaria» que describe Foucault, en donde el control punitivo desborda los muros de las prisiones, constituyendo «infraderechos». FOUCAULT, Michel, op. cit., p. 5

⁴⁹ CHRISTIE, Nils, op. cit., p. 6.

cuando el secuestro concurre con un homicidio la pena contemplada es de ochenta (80) a ciento cuarenta (140) años de prisión.

De conformidad con el artículo 1 de esta ley, se busca implementar mecanismos «privilegiando y garantizando en todo caso la libertad, seguridad y demás derechos de las víctimas y ofendidos». Las disposiciones penales están redactadas con el propósito de atender unas estereotipadas demandas de las víctimas, por lo que se plantea nuevamente qué tan garantista puede ser un ordenamiento jurídico que busca la institucionalización de la venganza sobre los derechos de los procesados.

Ahora, se alega que el Derecho Penal cumple una función de contención de la venganza privada de la víctima⁵⁰; sin embargo como bien lo indica LARRAURI, la «venganza de la víctima» parece asociarse a una respuesta sangrienta, pero históricamente la víctima en épocas premodernas ha dispuesto de la posibilidad de exigir compensación, encerrar en una cárcel al agresor, perdonarlo con o sin precio, o recurrir a terceros como un notario o un líder de la comunidad y evitar así un proceso⁵¹, y continua atinadamente diciendo «(...) la presunción de que la pena evita venganzas privadas parece ignorar que la hipótesis contraria, esto es, que las demandas punitivas se modelan de acuerdo a la respuesta del sistema penal, es igualmente plausible»⁵².

V. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

Un real compromiso con la construcción de modelos democráticos reales, exigen la revisión minuciosa del funcionamiento de nuestras sociedades, que nos permita poner de presente lo que está funcionando mal. Desde la academia corresponde en primer lugar dejar de legitimar discursos opresores, y en cambio asumir posturas progresistas de las verdaderas libertades que a su vez defiende.

Si bien considero que la única opción coherente es adoptar una postura abolicionista radical, es decir, una que implique el desmonte de la cultura del castigo, soy consciente del enorme esfuerzo que esto implica, pues necesita una transición social que no es inmediata, máxime cuando la idea del castigo se encuentra tan arraigada. También hay muchos obstáculos a nivel práctico, difícilmente podrá convencerse a un funcionario que deje de aplicar la legislación vigente y adopte una postura abolicionista⁵³.

Por ello son bienvenidos todos los esfuerzos realizados en el ámbito práctico que estén encaminados a reducir la aplicación del Derecho Penal y del ámbito punitivo en general, como la implementación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, la renuncia al Derecho Penal simbólico, la despenalización de delitos contra los bienes jurídicos colectivos y de delitos de peligro, la rebaja de penas, el aumento de subrogados penales y de alternativas de ejecución

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 2.

⁵¹ LARRAURI, Elena, op. cit., p. 5.

⁵² *Ibid.* p. 42.

⁵³ En Colombia ha ocurrido que jueces han negado el ingreso de presos en prisiones debido a la flagrante vulneración de derechos fundamentales que supondría su ingreso en establecimientos carcelarios enormemente hacinados. En ese sentido ver: Sentencia del 4 de marzo de 2013 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín.

de la pena, pues esto evitaría la imposición de sufrimientos innecesarios, con enormes efectos para personas concretas.

En síntesis, es una invitación a implementar un «abolicionismo estratégico», siempre con miras a la construcción de una sociedad que prescindiera del castigo a largo plazo y que reconstruyera relaciones verticales entre las personas. Parece, pues, que una construcción política criminal coherente con un modelo emancipador precisa de una mirada abolicionista si lo que busca es la solución de los conflictos y no su perpetuación.

Un mayor empoderamiento de las partes afectadas en sus conflictos implica la concepción de hombres y mujeres más autónomos y responsables por sus actos, pues así como señala HULSMAN «(l)a historia está llena de procesos de cambio que han provocado desgracias inmensas, justamente porque se ha querido imponer a los otros, por su bien, un mejor modo de vida sin tener en cuenta a los afectados»⁵⁴.

Debemos preguntarnos, entonces, si estamos dispuestos, como académicos, a seguir creando las condiciones para perpetuar la distribución de dolor, y a seguir convirtiéndonos en «funcionarios del consenso»⁵⁵, suministrando las bases para la legitimación de un sistema que es por naturaleza injusto; y como ciudadanos debemos replantearnos también si seguiremos prestandonos para que, en nuestro nombre, se legitime la expansión y el endurecimiento del castigo.

En un momento histórico en el que el hombre ha logrado un desarrollo científico inimaginable en otros tiempos, se hace necesario reconducir las mismas fuerzas en la búsqueda de una civilización real en materia social, para lo que resulta necesario mirar desde las raíces más incipientes, el modelo de sociedad que estamos construyendo, y evitar así que la «historia se desarrolle por su lado malo».

BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.
- BASAGLIA, Franco y BASAGLIA ONGARO, Franca. *Los crímenes de la paz. Investigación sobre los intelectuales y los técnicos como servidores de la opresión*. México: Siglo XXI Editores, 1977.
- CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. México: Fondo de cultura económica, 1984.
- . *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires: Editores del puerto, 2004. (1ª Ed.).
- DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*. Madrid: Traficantes de sueños, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo veintiuno, 1978.

⁵⁴ HUSLMAN, Louk; DE CÉLIS, Bernart, op. cit., p. 8.

⁵⁵ Esta expresión es tomada de BASAGLIA, Franco; BASAGLIA ONGARO, Franca. *Los crímenes de la paz. Investigación sobre los intelectuales y los técnicos como servidores de la opresión*. México: Siglo XXI Editores, 1977. Es utilizada para referirse a los intelectuales que resultaban ser los teóricos de la ideología dominante, dotándola de una solidez científica.

- FRANCÉS L., Paz y RESTREPO R., Diana. «Con Hulsman, para avanzar un poco más. El abolicionismo de la cultura del castigo a partir de la obra de Vincenzo Guagliardo». En *Repensando el Derecho penal: Complejidad social y seguridad como retos de un Derecho penal a la vez garantista y eficaz*. Proyecto financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (16558).
- GARGARELLA, Roberto. «De la justicia penal a la justicia social». En GARGARELLA, Roberto. *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del hombre, 2008, pp. 77-104.
- GARLAND, David. *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa, 2005.
- HULSMAN, Louk y DE CÉLIS, Bernat. *Sistema penal y seguridad ciudadana. Hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel, 1984.
- LARRAURI, Elena. «Criminología crítica. Abolicionismo y garantismo». Chile: Red Ius et Praxis, 2006. LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. México: Siglo XXI, 1992 (segunda edición).
- MATHIESEN, Thomas. «Diez razones para no construir más cárceles». En: *Nueva doctrina penal*, N.º 1. Buenos Aires. 2005.
- MATHIESEN, Thomas. «Juicio a la prisión». 1.º Ed. Buenos Aires: Ediar, 2003.
- PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México: Siglo XXI Editores México, 1983.
- WACQUANT, Loïc. *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa, 2010.
- DEATH PENALTY INFORMATION CENTER, «States With and Without the Death Penalty». [Consultado el 27 de marzo de 2015]. Disponible en: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/states-and-without-death-penalty>>.
- CNN <<http://edition.cnn.com/2015/03/23/us/utah-death-penalty-firing-squad/>> [Visitado el 24 de marzo de 2015].
- GUAGLIARDO, Vincenzo. *De los dolores y las penas. Ensayo abolicionista y sobre la objeción de conciencia*. Madrid: Traficantes de sueños, 2013.
- ESPAÑA, «Proyecto de ley orgánica por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 121/000065». Presentado el 24 de septiembre de 2013.
- ESPAÑA, «Proyecto de ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana, 621/000102. De 22 de diciembre del 2014». *Boletín del senado*, del 17 de marzo de 2015, n.º 490, p. 2.

Las víctimas y el discurso político penal populista – algunas causas y consecuencias

HENRIQUE ABI-ACKEL TORRES (Brasil)

Investigador Doctorado, Universidad de Sevilla, España¹

RESUMEN: Durante las últimas décadas, los medios de difusión de masas han crecido a un ritmo alarmante. Por supuesto, esto ha sido muy útil por varias razones; se ha convertido en una forma rápida y eficiente para difundir información útil. Sin embargo, tiene efectos también alarmantes, ya que han llegado a ser tan influyentes en la construcción de políticas públicas, en especial la Política Criminal. El sensacionalismo y creciente victimización social pueden ser elementos que crean una presión sobre las autoridades públicas. Por lo tanto, algunas entidades políticas terminan promoviendo una política de endurecimiento punitivo, el tratamiento de manera simplista al fenómeno criminal, de un modo despreocupado con las consecuencias políticas de dramas cotidianos. Esto es parte del denominado fenómeno de populismo punitivo.

Palabras Clave: Política Criminal, opinión pública, victimología, populismo punitivo, crime.

ABSTRACT: During the last few decades, the mass diffusion media has grown in a frightening pace. Of course, this has been very useful for several reasons; it has become a fast and efficient way to spread useful information. However, it has alarming effects, as it has become so influential in the construction of public policies, especially the criminal policy. Sensationalism and growing mass victimization can be elements that create mass hysteria, exerting pressure on public authorities. Therefore, some political entities end up promoting a policy of punitive hardening, treating simplistically the criminal phenomenon, in a carefree way with the political consequences of everyday dramas. This is part of the so-called punitive populism phenomenon.

Key words: criminal policy, public opinion, victimology, punitive populism, mass media, crime.

SUMARIO: I. Introducción a la temática. II. La repercusión de la victimidad en la sociedad. III. Reflejos en la Política Criminal: El Populismo Punitivo. IV. Conclusiones.

¹ Abogado y profesor de Derecho Penal en el pos grado de la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (Brasil)

I. INTRODUCCIÓN A LA TEMÁTICA

Vivimos en una época donde los medios de comunicación y las redes sociales han tornado las informaciones más rápidas y eficientes. También, por esos medios, vivimos en una alarma colectiva, casi una histeria, relacionada a un posible crecimiento de la violencia, ejerciendo gran presión sobre los poderes públicos².

Científicamente, en un ámbito de investigación académica, no podemos asumir que ese aumento de la violencia sea necesariamente real, ya que las estadísticas pueden ser interpretadas de muchas maneras, por lo tanto hay que tener mucho cuidado con ese análisis³.

Asimismo, es políticamente popular promover iniciativas de endurecimiento punitivo en un ambiente como el que vivimos. Son muchos los ejemplos al respecto. Siempre que hay una determinada conducta que causa consternación a la sociedad, surgen diversos movimientos dirigidos a un endurecimiento concreto, específico o general. Hay una verdadera instrumentalización de la criminalidad a través de la comunicación despreocupada con las consecuencias políticas de los dramas cotidianos⁴.

No se trata de justificar conductas violentas y que puedan ser practicadas, al contrario, esas conductas deben ser punidas. En verdad, se sabe que es natural del ser humano practicar delitos⁵, sean o no violentos, lo que se puede ver en la propia historia de la humanidad, pues está lleno de momentos de extrema violencia⁶. Eso no justifica la impunidad, tanto que hay doctrinas de lucha contra la impunidad, que gozan de amplio prestigio⁷.

² GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan; REBOLLO VARGAS, Rafael; BAUCCELLS I LLADÓS, Joan y PERES-NETO, Luiz. *Malas noticias. Medios de comunicación, Política Criminal y garantías penales en España*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. II: *En efecto, al plantearse la investigación, constituía ya un lugar común entre los penalistas la influencia que los medios de comunicación ejercen sobre los poderes públicos y, especialmente, sobre el poder legislativo, mediante un determinado tratamiento de los temas penales.*

³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Política Criminal en la encrucijada*. Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007, pp. 61 y ss.

⁴ ALBRECHT, Peter-Alexis. «El Derecho Penal en la intervención de la política populista. En Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.); *La insostenible situación del Derecho Penal*. Editorial Comares, Granada, 2000, p. 480: «*La criminalidad y la persecución penal no solo tienen valor para el uso político, sino que son también el objeto de auténticos melodramas cotidianos que se comercializan con texto e ilustraciones en los medios de comunicación. Se comercia con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural. Consecuentemente, la imagen pública de esa mercancía es trazada de forma espectacular y omnipresente, superando incluso la frontera de lo empíricamente contrastable.*».

⁵ DURKHEIM, Émile, edición de Gregorio ROBLES MORCHÓN, traducción de Virginia MARTÍNEZ BRETONES, *Las reglas del Método Sociológico*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 191-195: «*El crimen no se observa solamente en la mayoría de las sociedades de tal o cual especie, sino en todos los tipos de sociedad. No existe un tipo social donde no haya criminalidad. Cambia de forma, los actos así calificados no son en todas partes los mismos; pero en todas partes y siempre ha habido hombres que se condujeron de tal manera que atrajeron sobre ellos la represión penal.*».

⁶ POSNER, Richard A. *The economics of justice*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1981, p. 208: «*We have seen that the threat of retaliation is the basic mechanism by which public order is maintained in primitive societies. Here I inquire into the incentive or motivation of an individual or of a member of his kinship group to retaliate for a wrong done to him. Deterrence could be a motivation. The vigour with which the victim or his kinship group avenge the present wrong may influence the probability of future aggression against them. One reason why vengeance is a family obligation in primitive societies may be precisely to involve in the enforcement process an entity with a sufficiently long future to have substantial interest in deterrence.*».

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del «derecho de la víctima al castigo del autor»», en Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA

Ese citado movimiento de endurecimiento punitivo tiene como objetivo dar una respuesta rápida al agobio de la sociedad, influenciada por vehículos de comunicación y cierto alarmismo, consiste en lo que se puede llamar de «populismo punitivo». O sea, se cree que el incremento de penas, o el endurecimiento en el tratamiento del delincuente es la forma apropiada de enfrentar problemas sociales de extrema complejidad y cuyos ánimos envueltos están claramente exaltados⁸.

Está claro que las iniciativas que se oponen al endurecimiento nada tienen que ver con cualquier insensibilidad frente a las víctimas. Actualmente, diversos sectores de estudios del Sistema Penal hablan de una quiebra de paradigma y necesidad de inclusión de la víctima en el proceso de impartición de justicia. Eso demanda estudio profundo del tema, y no sólo de una aplicación populista de políticas públicas⁹. Pero hay que tomar cuidado con el nivel de exageración, puesto que hay diversas situaciones en que son llevadas a cabo verdaderas exposiciones de víctimas o grupos de víctimas¹⁰.

Así, se puede definir el «populismo punitivo» como la doctrina que se proclama la fuerza motriz que busca sosegar los efectos de la inseguridad ciudadana, y de la poca confianza en la efectividad del aparato del Estado. Se ha expandido el Derecho Penal de manera irracional y, muchas veces la legislación es producida con prisa, haciéndolo de forma a acomodar interpretaciones arbitrarias y restrictivas de derecho y de garantías¹¹.

El impacto mediático del delito que conmociona al ciudadano es aprovechado por algunos entes políticos para aparentar que se da una respuesta a justas reclamaciones de la sociedad. Lo que pasa es que muchas de éstas son ampliadas por la rápida y firme diseminación de la información por las redes sociales y las modernas técnicas utilizadas en el mundo. En este sentido, hace falta profundizar la comprensión del fenómeno o del hecho para comprenderlo mejor y así, aplicar adecuadamente las políticas públicas.

(Editor); María Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO; Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009, p. 19: *Lo primero que debe resaltarse a propósito de las doctrinas de lucha contra la impunidad es que éstas gozan de prestigio en círculos tanto académicos como forenses y, por supuesto, en la opinión pública. (...)*

Así, la evitación de la impunidad se ha convertido en el más "moderno" de los fines del Derecho Penal y, desde luego, en uno de los factores más relevantes de la modificación –durante la última década– del alcance de principios políticos criminales clásicos».

⁸ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Política Criminal en la encrucijada*. Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007, pp. 79-82.

⁹ LUNA CASTRO, José Nieves. *Los derechos de la víctima y su protección. En los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo*. Editorial Porrúa, México, DF, 2009, p. 55: «Actualmente, importantes sectores tanto de la teoría de la Política Criminal y de la Victimología como de la dogmática jurídico-penal, hablan de un estado crítico del paradigma tradicional del Derecho Penal en una sociedad de riesgo y cambiante, lo que conduce a pugnar, desde diferentes concepciones, por un mayor reconocimiento a los derechos de las víctimas, por un lado, o bien, por el otro, la importancia de su participación en la comisión misma de alguna clase de delitos».

¹⁰ LUNA CASTRO, José Nieves. *Los derechos de la víctima y su protección. En los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo*. Editorial Porrúa, México, DF, 2009, p. 30: «Por victimización terciaria, en cambio, habremos de entender, como hacen algunos autores las secuelas o derivaciones perjudiciales para la misma víctima primaria (directa o indirecta) por parte de los elementos conformadores de su propio entorno o contexto social (el resto de los integrantes del medio social en que se desenvuelve) y que por o general se refleja a través de formas de estigmatización o etiquetamiento con alto factor de discriminación».

¹¹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Política Criminal en la encrucijada*. Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007, pp. 177-200.

Por lo tanto, se comprende perfectamente que las víctimas directas de determinadas conductas se vean desamparadas y en busca de ciertas providencias estatales que puedan dar una respuesta a la violencia sufrida. Asimismo, el Estado debe tener el distanciamiento necesario para efectuar una análisis completo de la eventual efectividad de una medida de Política Criminal, sin utilizarla para obtener ventajas políticas, o sea, debe alejarse del llamado populismo punitivo¹².

II. LA REPERCUSIÓN DE LA VICTIMIDAD EN LA SOCIEDAD

Las víctimas de los delitos tienen cada vez un papel más importante en el estudio del Derecho Penal. Se discute la posición de las víctimas en la criminología, en la Política Criminal, en el procedimiento penal, en el Derecho Penal. Quizás eso sea el resultado de una gran identidad de la propia sociedad con la víctima¹³.

En definitiva, la victimo-dogmática, o sea, la dogmática orientada por la Victimología, estudia la relación de la víctima con el delito¹⁴. A partir de eso, es tarea de la Política Criminal estudiar cómo se debe utilizar los datos empíricos para optimizar el Sistema Penal, incluso en cuestiones específicas como por ejemplo, en relación a la propia responsabilidad del delincuente¹⁵.

¹² GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo SOZZO. Gedisa editorial, Barcelona, 2001, p. 263: «Esto no quiere decir que los medios masivos de comunicación hayan generado nuestro interés por el delito o que hayan generado el populismo punitivo que aparece hoy como una fuerte tendencia política. Sin una experiencia del delito colectiva, rutinaria y enraizada sería improbable que las noticias y dramas sobre el delito atrajeran audiencias tan numerosas o vendieran tanto espacio publicitario. Mi argumento es, en cambio, que los medios masivos de comunicación se aprovecharon, dramatizándola y reforzándola, de una nueva experiencia pública –una experiencia con una profunda resonancia psicológica– y al hacerlo han institucionalizado esta experiencia. Nos han rodeado de imágenes del delito, la persecución y el castigo y nos han provisto de ocasiones cotidianas y regulares en las cuales nos es posible expresar las emociones de miedo, ira, resentimiento y fascinación que provoca nuestra experiencia del delito».

¹³ PRITTWITZ, Cornelius. «La resurrección de la víctima en la teoría penal», en SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George y REYNA ALFARO, Luis Miguel (Traducción), *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y Política Criminal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, p. 64.

¹⁴ BERISTAIN, Antonio. *Transformación del Derecho Penal y la criminología hacia la victimología (dignidad ético-mística de las macrovíctimas)*. ARA Editores, Lima, 2008, p. 33: «Desde la dogmática penal se entiende por víctima, en la opinión razonada de HERRERA MORENO, al sujeto paciente del injusto típico, es decir, a las personas que sufren merma de sus derechos, en el más amplio sentido de la palabra, como resultado de una acción típicamente antijurídica, sin que sea necesario que el victimario haya actuado culpablemente. Las víctimas son, por lo tanto, titulares legítimas del bien jurídico vulnerado».

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. JM Bosch Editor. Barcelona, 2002, p. 99: «Un ejemplo satisfactorio del modelo enunciado de dogmática atenta a las investigaciones empíricas (en este caso, las de la Victimología) es el representado últimamente por la llamada “Victimo-dogmática” o dogmática orientada al comportamiento de la víctima. En efecto, la victimología ha demostrado la existencia de víctimas cuyo comportamiento actúa como factor co-causal de la producción del delito. Este es el dato empírico. A partir de ahí, es ya tarea políticocriminal la de valorar si ello ha de implicar y en qué casos, una atribución de corresponsabilidad a la víctima en el delito, y cómo puede ello repercutir en la responsabilidad criminal del autor. Finalmente, la dogmática habrá de traducir en estructuras categoriales y sistemáticas tales valoraciones. Como se advierte, se toma el dato empírico como objeto de valoración, pero la valoración en sí corresponde a la dogmática-político-criminal, y no puede ser sustituida por consideraciones criminológicas o victimológicas».

La incorporación de la víctima a la cuestión político-criminal lleva a algunos problemas como: la prioridad entre la represión del delito en nombre del interés de todos, o la preferente atención a la víctima individual; la revisión de las funciones jurídicas que debe producir la reparación del perjuicio ocasionado por el delito; la convicción de que el problema del delito y de la respuesta a éste, debe ser monopolio del Estado, entre otros¹⁶. Pero eso hace que la Victimología tenga un gran campo para desarrollarse, aportando diversas conclusiones interesantes para todo el Sistema Penal¹⁷.

Es importante señalar que algunos discursos pro-víctimas pueden tener un eco peligroso, favoreciendo el «etiquetamiento inverso», y la producción del fenómeno de la victimización, lo que puede traer efectos extremadamente nocivos a la sociedad¹⁸.

Hay que tener en cuenta, además del hecho de que el concepto victimológico de la *víctima* es mucho más amplio que el jurídico-penal, que hay diversas formas de victimización, como, por ejemplo, la *víctima indirecta*, y la *víctima directa*. También, utilizase términos jurídico-penales que tratan de la disposición del autor delictivo: *víctima dolosa*, *culposa* o *preterintencional*¹⁹.

El fenómeno de victimación, según TAMARIT, es el «proceso por el que una persona sufre las consecuencias de un hecho traumático»²⁰, lo que es un fenómeno extremadamente complejo con diversas dimensiones y consecuencias. Por lo tanto, y para mejor comprensión de fenómeno tan complejo, existen diversas vertientes correlacionadas de victimización, que sirven para mejor sistematización y estudio del fenómeno²¹.

Victimización y victimidad son, en definitiva, neologismos que hacen parte del acervo conceptual de la Victimología. Se trata del conjunto de características bio-psico-sociales comunes a todas las víctimas en general. Según TAMARIT, «el proceso mediante el cual se produce la atribución social de la condición de víctima y la autodefinición por parte de la misma ha sido objeto de algunos estudios teóricos. Este proceso, compuesto por una serie de interacciones, está condicionado y mediado por factores de carácter histórico y cultural, así como por las dinámicas de apoyo y rechazo

¹⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. «La víctima y el Derecho Penal», en TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinador). *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 24-25.

¹⁷ Ibidem., p. 25: «Muchos son los problemas apuntados. La Victimología tiene ante sí un campo muy grande para manifestarse. Ha de desarrollar sus parcelas sociales, psíquicas, médicas, económicas, pero también ha de mantener su vertiente jurídica, analizando con rigor la contribución de la víctima al daño y lo que pueda suceder».

¹⁸ TAMARIT SUMALLA, Josep M. «¿Hasta que punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?», en TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinador). *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 28: «Ciertos discursos pro-víctimas pueden resultar contraproducentes para las mismas en la medida que puede favorecer el «etiquetamiento inverso» y por lo tanto la instalación en la victimización o, por otra parte, tener efectos socialmente nocivos si se transmite la sensación, fundada o no, de que sale a cuenta ser víctima».

¹⁹ HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima. Compendio de victimología*. Edersa, Madrid, 1996, pp. 328-329.

²⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep M. «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 29.

²¹ HERRERA MORENO, Myriam. «Victimación. Aspectos generales», en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique; TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 79-128.

en torno a las víctimas o la visibilidad que éstas adquieren. Como resultado, la victimidad puede ser expresada y vivida de diversas formas, ya como patología, como estigma, como status o como privilegio»²².

Así, es importante observar que la reacción de la sociedad frente a las víctimas demuestra cómo será el proceso de victimización y también las posibilidades de desvictimización²³. Pero puede haber el riesgo de un incremento en el propio proceso de victimización si es que la respuesta estatal para el hecho punible no es satisfactoria para la víctima. Ahí estamos en un terreno peligroso, ya que la propia sociedad a través de diversos medios crea algunas expectativas en la víctima²⁴.

Se debe tener en cuenta, todavía, que hay estrategias de prevención que buscan minimizar los malos efectos de la victimación, que poseen diversos modelos y modos de aplicar²⁵. En verdad, el proceso de construcción de identidad de la víctima y el proceso de victimación es como una enfermedad, entendida como un riesgo que puede alcanzar a cualquiera que vive en sociedad, debiendo ser evitado, corregido o eliminado²⁶.

Ocurre que, si se dimensiona de manera aumentada el derecho de las víctimas al castigo, y consecuentemente la aplicación del Derecho Penal orientada a la víctima (centrada en la neutralización del daño) se genera una aplicación equivocada del Derecho Penal, como bien expone SILVA SÁNCHEZ: «*La inflicción adicional de un “dolor penal” al autor sólo se justificaría cuando, además, existieron razones preventivas para hacerlo (en particular, de aseguramiento cognitivo). En efecto, la imposición y ejecución de una pena desconectada de tales razones, y justificada por necesidades de la víctima, no sería sino venganza institucionalizada bajo un manto de supuesta racionalidad*»²⁷.

El paradigma de la victimidad²⁸, generado por posicionamientos críticos y planteamientos anti-victimológicos, tiene diversas consecuencias socio-políticas, asociando la victimidad a una

²² TAMARIT SUMALLA, Josep M. «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», en *InDret*, núm. 1/2013, Barcelona, 2013, p. 6.

²³ TAMARIT SUMALLA, Josep M. «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique y TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 39.

²⁴ *Ibidem.*, pp. 41-46.

²⁵ BARBERET, Rosemary. «La prevención de la victimación», en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique y TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 235-250.

²⁶ BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique y TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 253.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (Editor); María Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO y Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Victima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009, p. 41.

²⁸ HERRERA MORENO, Myriam. «Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima», en Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (Editor); María Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO y Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Victima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 75-76: «*En sus términos más puros, tal como figura en la concepción de MENHIDELSON, pionero de la Victimología, la victimidad se entiende como una condición objetiva, derivada del*

asunción de una estable identidad a la condición de víctima²⁹. Así, hay que se verificar cuidadosamente los reflejos y repercusiones de la victimidad en el ámbito social para investigar sus consecuencias.

Todo paradigma de la victimidad cambia fundamentalmente la forma de abordar los conflictos. Frente a la facilidad de los medios de comunicación y el continuo interés de la sociedad en las víctimas, hay una súper exposición de las mismas, que las transforma en grupos de presión y los grandes interlocutores de la Política Criminal, retirando de ellas el carácter científico para el debate del Derecho penal³⁰.

Existen voces que proclaman que, delante del fenómeno delictivo, se debe asistir a la víctima y no tratar al delincuente. La verdad es que ambas cosas son parte del mismo contexto, y el foco únicamente en la víctima puede constituir una consagración del *lobby* por parte de las víctimas, con serios reflejos en la Política Criminal³¹.

El hecho del carácter reivindicativo y promocional que se hizo a partir de la Victimología de la mitad del siglo XX, con objetivo de obtener un *status* más sólido, ha creado un crecimiento de la línea victimo-promocional, transformando la victimidad en un mecanismo de lucha contra la desigualdad³².

Está claro que la condición de víctima favorece un sentimiento de solidaridad social³³, ya que hay un sentido común social que repudia a la delincuencia, además de las repercusiones mediáticas que ponen en evidencia aún más el sufrimiento de la víctima. Ocurre, así, la creación de

padecimiento de una injusticia victimaria, y vinculada al merecimiento de un específico status jurídico por el reconocimiento social del carácter abusivo del daño».

²⁹ HERRERA MORENO, Myriam. «Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima», en Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA (Editor); María Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO y Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 75-76.

³⁰ HERRERA MORENO, Myriam. *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuidadoras en la post-modernidad penal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2002, pp. 35-36: «El paradigma victimológico ha introducido cambios fundamentales en la manera de abordar los conflictos sociales. Es propio de nuestros tiempos el intenso predicamento de las víctimas, constituidas en relevantes grupos de presión. Las víctimas son hoy creadoras de opinión y nuevos interlocutores del gran debate de la Política Criminal. El escalón al que han ascendido, sin embargo, las expone a la devaluación de las miradas científicas. A menudo, son depreciadas como el elemento visceral, la embestida emotiva que hace temblar el elegante edificio del sistema penal».

³¹ TAMARIT SUMALLA, Josep M. «¿Hasta que punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?, en TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinador). *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 30: «(...) proclaman la necesidad de asistir a la víctima en vez de tratar al delincuente, como si ambas cosas no formaran parte indisoluble de un mismo programa con visión de futuro. La preocupación por las víctimas de hoy no puede hacer olvidar las víctimas potenciales de mañana. Esto es, además de seriedad científica, deotología victimológica, ya que supone preservar el principio de igualdad entre las víctimas y por ende impedir la consagración de clubs selectos de víctimas con capacidad para ejercer como lobbys».

³² HERRERA MORENO, Myriam. «Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima», en Antonio GARCIA-PABLOS DE MOLINA (Editor); María Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO y Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 76-77.

³³ TAMARIT SUMALLA, Josep M. «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», en *InDret*, núm. 1/2013, Barcelona, 2013, p. 25: «El análisis del proceso de construcción de la victimidad permite comprender y examinar críticamente el papel que la solidaridad con las víctimas desempeña en la Política Criminal y el modo en que se perfila el estatuto jurídico de las víctimas».

un sentimiento común de fragilidad y el temor en convertirse también en víctima, lo que refuerza el sentimiento común de las consecuencias de la victimidad³⁴. El proceso de construcción de la victimidad permite comprender el papel que la solidaridad entre las víctimas y la organización de esos en grupos, y cómo ejercen influencia en la sociedad, desarrollando la Política Criminal del Estado³⁵.

Tal vez por eso las bases del Derecho Penal tradicional han sido de neutralización del papel de la víctima. Este fenómeno permitió el desarrollo de una racionalidad técnica y también la comprensión de que las penas tienen no apenas una función retributiva, sino también preventiva, centrada en la disuasión de las acciones criminales y resocialización del delincuente. Claro que hoy día, como ya dijimos, es importante para la comprensión del Sistema Penal la evaluación del papel de la víctima en el hecho punible³⁶.

En ese contexto hay que destacar los aportes de la Victimología crítica, que se manifestó con muchas críticas a la Victimología reivindicativa y promocional, cuestionando la potencial manipulación del papel de víctima³⁷.

Hay cada día más movimientos sociales de víctimas, reivindicando atención del Estado a sus causas. Esos grupos se basan en la contraposición entre el «derecho de la víctima» al «derecho de los acusados», cargando un mensaje importante de que la víctima tiene derecho al castigo, trayendo

³⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep M. «La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas», en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, Enrique y TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 39-41.

³⁵ CEREZO DOMINGUÉZ, Ana Isabel. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 25 y ss.: «Es innegable que la delincuencia genera un agudo interés en la sociedad, ya que provoca profundos cuestionamientos sobre la naturaleza y las fuentes de la motivación humana, la capacidad del Estado para mantener el orden social o la desgracia de los semejantes».

³⁶ ALBRECHT, Peter-Alexis. «La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal», en SCHÜNE-MANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITZWITZ, Cornelius; FLETCHER, George y REYNA ALFARO, Luis Miguel (Traducción), *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y Política Criminal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, p. 47: «En la teoría preventiva, la víctima se encuentra perdida como un punto referencial del Derecho Penal. En los hechos, el individuo está necesariamente perdido en una teoría penal orientada al proceso, con énfasis sobre la estabilización del sistema y normas, la disuasión de las acciones criminales, la resocialización del delincuente y la protección de la sociedad frente a acciones criminales futuras. La promesa del Derecho Penal preventivo –para hacer disponibles soluciones a peligros sociales globales– no necesita una concreta víctima individual. La crítica de la criminología crítica enfoca sobre ésta más bien técnica orientación propuesta y busca redescubrir a la parte víctima como un asunto, como una medida estándar de un Derecho Penal más humano».

³⁷ HERRERA MORENO, Myriam. «Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima», en Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (Editor); María Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO y Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Victima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009, p. 85: «A fines del siglo XX, y como inesperado corolario de la eclosión social, científica e institucional de la víctima, ciertos sectores de pensamiento comienzan a manifestarse incómodos frente a las consecuencias de algunos de los más convencionales planteamientos de la Victimología reivindicativa o de la acción. Surge en los años noventa del pasado siglo la propuesta y relativa (pero progresiva) aceptación de una Victimología crítica. (...) la Victimología se había familiarizado con los instrumentos ideológicos relativizadores propios del Enfoque Labelling, el Interaccionismo simbólico y Constructivismo sociológico, precisamente para denunciar la selectividad culpabilizadora por la que determinadas categorías de víctimas veían postergado o neutralizado su acceso a la esfera de victimidad».

Sin embargo, el mismo bagaje doctrinal que se aplicaba para alzar a víctimas desplazadas se comienza a aplicar ahora a objetivos de desplazamiento general de una plataforma, la de victimidad, definida no por su objetividad, sino por su potencial dañoso y manipulativo».

de vuelta la idea de la pena únicamente con función de retribución³⁸. Tratase de un juego de suma cero (concepto oriundo de la economía) donde cualquier ganancia por parte de «la otra parte» implicaría una pérdida de la propia parte. Eso también pasa por el informe «*nada funciona*» (*nothing works*) y la crítica a la resocialización desarrollada en los Estados Unidos a partir de 1974³⁹.

Así, esa construcción del discurso víctima-promocional y reivindicatorio, transforma las víctimas en grupos de presión que acaban orientando parte de la Política Criminal del Estado, reclamando un endurecimiento, lo que tiene serios reflejos en la legislación penal como, por ejemplo, en la expansión de las penas⁴⁰.

Se ve claramente que la figura de la víctima cumple un papel importante en los debates políticos, argumentando sobre políticas públicas, transformándose en un ente representativo de toda la sociedad⁴¹. Tratase de la «*politización*» de la víctima, lo que puede producir, en concreto, graves excesos, como la manipulación por parte de grupos de víctimas de determinados grupos políticos y también el inverso⁴².

En definitiva, es fácil percibir que los movimientos sociales de las víctimas convergen con la propia evolución de la victimología. Las víctimas, a la vez que refuerzan sus posiciones relativas como víctimas individuales, se agrupan y políticamente coordinadas se convierten en importantes entes de presión, ayudados por los canales mediáticos, transformándose en poderosos agentes que ejercen el *lobby* político⁴³.

³⁸ GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo SOZZO. Gedisa editorial, Barcelona, 2001, p. 46: «*A lo largo de las últimas tres décadas ha habido un claro regreso de la víctima al centro de la escena en la política de la justicia penal. En el "complejo penal.welfare", las víctimas individuales apenas aparecían como miembros del público cuyos reclamos provocaban la acción del Estado. Sus intereses estaban subsumidos en el interés general del público y, por cierto, no se contraponían a los intereses del delincuente. Todo esto ha cambiado ahora. Los intereses y los sentimientos de las víctimas –las víctimas mismas, las familias de las víctimas, las víctimas potenciales, la figura abstracta de "la víctima"– se invocan ahora rutinariamente para apoyar medidas de segregación punitiva. (...)*».

El nuevo imperativo político es que las víctimas deben ser protegidas, se deben escuchar sus voces, honrar su memoria, deber poder expresar su ira y debe haber respuestas a sus temores (...)».

³⁹ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*. Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013, pp. 254-260.

⁴⁰ HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima. Compendio de victimología*. Edersa, Madrid, 1996, p. 122: «*(...) los movimientos sociales surgen directa y primariamente a partir del impacto de una intensa experiencia victimizadora, y, por su emocionalidad de base, constituyen objetivos fácilmente manipulables para quienes propugnan la instauración de políticas represivas de "ley y orden". De ahí que, en general, en tono preponderante en muchas de estas asociaciones responde muchas veces a un conservadurismo de sesgo vingativo.*».

Tales políticas derivan de un sentimiento de inseguridad ciudadana y un intenso miedo a la victimización. Se caracterizan por separar, como bloques incompatibles y antagónicos, los derechos y expectativas victimales respecto de aquellos derechos y libertades que conciernen al inculcado, condenado y recluso.».

⁴¹ GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo SOZZO. Gedisa editorial, Barcelona, 2001, pp. 46-47.

⁴² TAMARIT SUMALLA, Josep M. «*Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad*», en *InDret*, núm. 1/2013, Barcelona, 2013, p. 16: «*Aceptada la existencia de una dimensión social y política inherente a la victimidad, plantear la politización de los movimientos de defensa de las víctimas parece la constatación de una obviedad. Sin embargo, es frecuente en los estudios político-criminales y victimológicos denunciar los excesos y los riesgos de la politización y, en concreto, la manipulación de las víctimas por parte de los grupos políticos, especialmente los que detentan el poder. Este fenómeno se ha producido especialmente en los Estados Unidos y también en el Reino Unido y otros países europeos o, más recientemente, en España.*».

⁴³ HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima. Compendio de victimología*. Edersa, Madrid, 1996, p. 118: «*Junto al nuevo espíritu anti convencional, el segundo factor incisivo en la evolución doctrinal de la moderna*

La complejidad del fenómeno delictivo importa un estudio profundo para eventuales cambios legislativos o de Política Criminal, lo que acaba no ocurriendo debido a la presión de esos grupos y al propio interés de los grupos políticos en busca de una agenda para sus fines políticos-electorales. Eso pasa, muchas veces, no por simple influencia de las propias víctimas, sino por influencia de los medios de comunicación y grupos políticos que instrumentalizan esos grupos⁴⁴.

Claro que tienen las víctimas un importante papel en la definición de los intereses protegidos por el Derecho penal⁴⁵, pero lo que no se puede admitir es la instrumentalización del papel de la víctima para fines político electorales, o sea, reflejar en la Política Criminal a través del populismo punitivo.

III. REFLEJOS EN LA POLÍTICA CRIMINAL: EL POPULISMO PUNITIVO

El fenómeno conocido por «populismo punitivo», en materia de Política Criminal, se entiende como la adopción de propuestas que incrementan la dureza de la punición, con el objetivo de obtener el apoyo de la opinión pública⁴⁶. Eso es aún más perverso cuando se percibe que el debate político criminal ya no es más dominado por expertos, sino por grupos de presión formado por víctimas, canales mediáticos y la opinión pública muchas veces informada de manera equivocada⁴⁷. O sea, un debate cada vez más lejano de la técnica.

Está claro que eso atesta una gran ineficiencia del Estado, pues esas víctimas (muchas veces individuales) se convierten en grandes grupos organizados, y las políticas públicas son

Victimología viene determinado por el auge de los movimientos sociales. A la vez que refuerzan sus posiciones relativas como víctimas individuales, las víctimas, en tanto agrupadas y coordinadas, se van convirtiendo en influyentes colectivos de presión, nuevas instancias sociales de consulta política imprescindible. Desde su primera emergencia, las asociaciones de víctimas se constituyen así en poderosos lobbies políticos».

⁴⁴ HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima. Compendio de victimología*. Edersa, Madrid, 1996, p. 124: «En efecto, con frecuencia, las víctimas pasan a ser esgrimidas como instrumento de combate sobre la palestra político-electoral, convirtiéndose de seres individuales afectados en concreto a puros símbolos de las disfunciones del orden o sistema. Como se observa, también es ésta una forma de evaporar los conflictos concretos y de presente de las víctimas en pro de una abstracción políticamente rentable».

⁴⁵ FLETCHER, George. «El lugar de las víctimas en la teoría de la retribución», en SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George y REYNA ALFARO, Luis Miguel (Traducción), *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y Política Criminal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, p. 88.

⁴⁶ GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan; REBOLLO VARGAS, Rafael; BAUCELLS I LLADÓS, Joan y PERES-NETO, Luiz. *Malas noticias. Medios de comunicación, Política Criminal y garantías penales en España*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 18: «Convencidos de que, para obtener victorias electorales, deben conquistar los votos de los ciudadanos centristas, moderados, los grandes partidos tienden a eliminar los aspectos más “ideológicos” de sus plataformas políticas, ofreciendo programas de gobierno cada vez más indiferenciados, cada vez más similares. En materia de Política Criminal, se conoce como populismo punitivo la adopción de propuestas que incrementan la dureza de la punición, con el objetivo de obtener el apoyo de la opinión pública».

⁴⁷ GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo SOZZO. Gedisa editorial, Barcelona, 2001, p. 49: «(...) El proceso de generación de las políticas públicas se ha vuelto profundamente politizado y populista. Las medidas de política pública se construyen de una manera que parece valorar, sobre todo, el beneficio político y la reacción de la opinión pública por encima del punto de vista de los expertos y las evidencias de las investigaciones. (...»)

dominadas por ese discurso político, muchas veces por el simple hecho de que las víctimas son mal atendidas por el propio Estado⁴⁸.

También está claro que los medios de comunicación juegan un importante papel en la construcción de los problemas sociales, lo que viene a confirmar la impresión de que muchas decisiones legislativas se han adoptado teniendo en cuenta la presión ejercida por movimientos de víctimas que tienen acceso a esos medios, y por la reacción de la opinión pública en general, de repudio a la delincuencia, ya que la agenda de los medios de comunicación está intensamente ocupada por el fenómeno criminal⁴⁹.

El proceso de fijación de la agenda de los medios de comunicación, o sea, la selección, presentación e incidencia de sus noticias es llamado de *agenda-setting*⁵⁰. Basta una rápida mirada a cualquier medio de comunicación para percibir que la agenda de ellos está absolutamente ocupada con el fenómeno de la delincuencia⁵¹.

Y peor: la visión ofrecida por los medios de comunicación es muchas veces distorsionada, lo que tiene consecuencias reales, ya que los grupos políticos son sedientos en agradar la opinión pública en busca de votos y de afirmar sus políticas públicas⁵².

Todo ese anfiteatro mediático montado alrededor de las víctimas, que se agrupan, forman el discurso del populismo punitivo, que es dominante en la Política Criminal actual, reflejando el complejo de la victimidad en la sociedad. Acaba por no lograr tener eco una Política Criminal técnica, menos emotiva, desde el punto de vista político-electivo. Así, hay una popularización de

⁴⁸ *Ibidem*: «Existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad “de la gente”, del sentido común, de “volver a lo básico”. La voz dominante de la Política Criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufriendo y mal atendida, especialmente la voz de “la víctima” y de los temerosos y ansiosos miembros del público. Hace unas cuantas décadas, la opinión pública funcionaba como un ocasional freno de las iniciativas políticas; ahora opera como su fuente privilegiada. (...)»

La politización del control del delito ha transformado la estructura de relaciones que conecta el proceso político y las instituciones de la justicia penal. (...)».

⁴⁹ CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 32.

⁵⁰ GARCÍA ARÁN, Mercedes y PERES-NETO, Luis. «Perspectivas de análisis y principios constitucionales», en GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan; REBOLLO VARGAS, Rafael; BAUCCELLS I LLADÓS, Joan y PERES-NETO, Luis. *Malas noticias. Medios de comunicación, Política Criminal y garantías penales en España*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 25.

⁵¹ BOTELLA, Joan y PERES-NETO, Luis. «La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España», en GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan; REBOLLO VARGAS, Rafael; BAUCCELLS I LLADÓS, Joan y PERES-NETO, Luis. *Malas noticias. Medios de comunicación, Política Criminal y garantías penales en España*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 49: «En el marco de la teoría del agenda-setting, diversos estudios señalan la construcción del miedo al delito en la opinión pública como consecuencia del retrato de la realidad social divulgado por los medios de comunicación en masa».

⁵² SOTO NAVARRO, Susana. «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-09, p. 09:1- 09:46. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/o7/recpc07-09.pdf>, p. 09:3: «Pero los medios de comunicación ofrecen una visión deformada de la realidad delictiva de un país. Pueden iniciar la cobertura de una supuesta ola de delitos, con independencia de los índices que aportan los datos oficiales, e igualmente ponerle fin. Este fenómeno ficticio produce, sin embargo, consecuencias muy reales: aumento de efectivos policiales, reformas legislativas o costes políticos elevados, como la posible pérdida de unas elecciones si los ciudadanos creen, con base o sin ella, que el Gobierno no puede controlar la delincuencia».

las opciones político criminales del Estado, por demandas de la audiencia penal lo que no hace que la sociedad esté más salva o protegida⁵³.

La Política Criminal populista tiene diversas consecuencias, entre las cuales se puede destacar: el descrédito de los expertos y consecuente distanciamiento e, incluso, actos dirigidos a dejarlos a margen de la participación en la creación de políticas públicas; el manejo excluyente por parte de los políticos y determinados grupos, empobreciendo el debate por dejar afuera diversos puntos de vista⁵⁴.

Así, existen afirmaciones que sostienen que la crisis de autoridad y de ascendencia moral, y su incapacidad de liderar, cohesionar y dotar la sociedad de respuesta eficaces, conducen a la gestación del fenómeno del populismo punitivo, reflejo de la presión ejercida por grupos de víctimas a través, muchas veces, de los medios de comunicación. Las víctimas, así, pasan a tener una función simbólica, convirtiéndose en instrumento para la superación de circunstancias socio-políticas⁵⁵.

Además de eso, se puede decir que el activismo de las víctimas que acaba, al final, desencadenado en todo ese fenómeno populista, depende del propio escenario político que acaba siendo creado para las víctimas. Éstas adaptan sus estrategias y demandas al entorno⁵⁶. O sea: toda esa realidad está conectada, siendo al mismo tiempo causa y efecto del fenómeno populista.

IV. CONCLUSIONES

Está claro que los medios de comunicación se han convertido en los protagonistas de análisis de la Política Criminal prácticamente en todo el mundo⁵⁷. A través de la gran difusión del

⁵³ HERRERA MORENO, Myriam. *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuidadoras en la post-modernidad penal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2002, pp. 33-34: «El discurso político dominante se resiente, así, de este mismo complejo criminal, que abre un lógico camino a la llana y descomplicada popularidad del rearme punitivo. Otras opciones de Política Criminal, menos emotivas, se perciben como altamente teóricas y sofisticadas para ser, en verdad, efectivas. Como se aduce con burlón amargor, desde el punto de vista de los políticos, el delito y el castigo se convierten en cuestiones demasiado importantes como para dejarlas en manos de expertos.

Así las cosas, una Política Criminal que desapruuebe posiciones viscerales y punitivas, que se haga eco de la lógica del bienestar y de las soluciones sociales, que busque desdramatizar el control del delito y delegar en el consejo del científico afronta un poco sugestivo coste electoral. Como bien se advierte, siendo el miedo al delito una sensación difusa y de fácil manipulación, nada más peligroso que una Política Criminal sensible a sus dictados.

En estos términos, como se señala acertadamente, nunca tanto como al presente se detecta una tan inmediata e íntima convergencia entre la percepción popular de los aspectos penales y la Política Criminal estatalmente asumida: un fenómeno que ha sido calificado como popularización de la Política Criminal, basada no en el suelo teórico elaborado por los expertos, sino en estimaciones sobre las demandas de la audiencia penal, esto es, lo que la ciudadanía desea para sentirse salva y protegida».

⁵⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Política Criminal en la encrucijada*. Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007, pp. 81-82.

⁵⁵ HERRERA MORENO, Myriam. «Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima», en Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (Editor); María Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO y Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 108-109.

⁵⁶ *Ibidem.*, p. 109.

⁵⁷ VARONA GÓMEZ, Daniel. «Medios de comunicación y punitivismo», en *InDret*, núm. 1/2011, Barcelona, 2011. Disponible en internet: http://www.indret.com/pdf/791_1.pdf, p. 2.

tema de la violencia, con foco en las víctimas de los delitos, se convierten en grupos que hacen enorme presión y acaban guiando las políticas públicas.

Tratase del fenómeno llamado populismo punitivo, que rechaza el análisis técnico de la Política Criminal, dejándola a la deriva, en las manos de grupos políticos únicamente interesados en ganar electoralmente. Es imposible definir exactamente cuál es la cuota de responsabilidad de cada ente que participa del proceso, sean los propios grupos formados por las víctimas, los medios de comunicación, la opinión pública que se siente amenazada por la noticiada escalada de violencia o los propios grupos políticos oportunistas.

De hecho, se puede percibir que sí hay un incremento en la sensación de inseguridad, provocada en gran parte por el sensacionalismo de los medios, que exploran las víctimas de delitos en busca de mayor audiencia de una sociedad asustada e insegura.

De esta manera se crea un círculo vicioso, donde, en ese ámbito de falsa sensación de seguridad, las víctimas son puestas en evidencia, exploradas por los medios de comunicación exhaustivamente. Esa evidencia crea, por su parte, una nueva sensación de inseguridad, transformando las víctimas en grupos de presión, apoyados por la opinión pública, cuyas expectativas los grupos políticos quieren atender para obtener dividendos político-electorales.

Se puede percibir claramente que las víctimas son, así, instrumentalizadas, formando parte de las bases de la Política Criminal del Estado, que, por no haberlas atendido bien, crean una inseguridad generalizada y, por tanto, acaba por difundir un populismo punitivo. Son producidas, a través del populismo punitivo, normas de carácter únicamente simbólico, que sirven mucho más para crear una falsa sensación de seguridad, que para la efectiva optimización de todo el Sistema Penal⁵⁸.

O sea: el propio Estado es responsable de la inseguridad que alega combatir a través de las políticas públicas populistas. Además, los *lobbies* de víctimas crean una serie de riesgos⁵⁹.

Ese camino no es el más adecuado para la creación de una verdadera sensación de seguridad. Claro que las víctimas pueden reunirse buscando una reparación o una real sensación de justicia ya que defendemos que la víctima sea incluida en el Sistema Penal a través de un estudio técnico y llevado a cabo por expertos, pero una Política Criminal conducida de manera populista no es el camino adecuado siquiera para contestar a las expectativas de los grupos de víctimas.

Por cierto con una Política Criminal centrada en la técnica y conducida por expertos, se podría optimizar el Sistema Penal, centrando la atención en las víctimas que buscan sus derechos, a través de una manifestación legítima y cívica.

⁵⁸ ALBRECHT, Peter-Alexis. «El Derecho Penal en la intervención de la política populista». Op. cit., p. 475: «El Estado se arroga en el Derecho Penal posibilidades de intervención ilimitadas de forma que, para los ciudadanos, la moderna legislación penal resulta absolutamente misteriosa. El deseado efecto preventivo se pierde en la maleza del lenguaje legal binchado e incomprensible (no hay más que leer una vez las normas de la Segunda Ley para la lucha contra la criminalidad económica). La clara llamada de la norma nunca acaba resistiendo el mercado de intereses de las comisiones de mediación legislativa».

⁵⁹ CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 38 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, Peter-Alexis. «El Derecho Penal en la intervención de la política populista». En Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.); *La insostenible situación del Derecho Penal*. Editorial Comares, Granada, 2000.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. «La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal», en SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George y REYNA ALFARO, Luis Miguel (Traducción), *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y Política Criminal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006.
- BACA BALDOMERO, Enrique. «Los procesos de desvictimación y sus condiciones y obstáculos», en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique y TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BARBERET, Rosemary. «La prevención de la victimación», en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique y TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 235-250.
- BERISTAIN, Antonio. *Transformación del Derecho Penal y la criminología hacia la victimología (dignidad ético-mística de las macrovíctimas)*. ARA Editores, Lima, 2008.
- BOTELLA, Joan y PERES-NETO, Luis. «La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España», en GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan; REBOLLO VARGAS, Rafael; BAUCCELLS I LLADÓS, Joan y PERES-NETO, Luis. *Malas noticias. Medios de comunicación, Política Criminal y garantías penales en España*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- CEREZO DOMINGUÉZ, Ana Isabel. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Política Criminal en la encrucijada*. Editorial IB de F, Buenos Aires, 2007.
- DURKHEIM, Émile, edición de Gregorio ROBLES MORCHÓN, traducción de Virginia MARTÍNEZ BRETONES, *Las reglas del Método Sociológico*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- FLETCHER, George. «El lugar de las víctimas en la teoría de la retribución», en SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George y REYNA ALFARO, Luis Miguel (Traducción), *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y Política Criminal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan; REBOLLO VARGAS, Rafael; BAUCCELLS I LLADÓS, Joan y PERES-NETO, Luis. *Malas noticias. Medios de comunicación, Política Criminal y garantías penales en España*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes y PERES-NETO, Luis. «Perspectivas de análisis y principios constitucionales», en GARCÍA ARÁN, Mercedes; BOTELLA CORRAL, Joan; REBOLLO VARGAS, Rafael; BAUCCELLS I LLADÓS, Joan y PERES-NETO, Luis. *Malas noticias. Medios de comunicación, Política Criminal y garantías penales en España*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- GARLAND, David. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo SOZZO. Gedisa editorial, Barcelona, 2001.
- HERRERA MORENO, Myriam. *La hora de la víctima. Compendio de victimología*. Edersa, Madrid, 1996.
- . *Publicidad y control penal. Nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2002.
- . «Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima», en Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (Editor); María Nieves MARTÍNEZ

- FRANCISCO y Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009.
- . «Victimación. Aspectos generales», en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique y TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- LUNA CASTRO, José Nieves. *Los derechos de la víctima y su protección. En los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo*. Editorial Porrúa, México, DF, 2009.
- POSNER, Richard A. *The economics of justice*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1981.
- PRITTWITZ, Cornelius. «La resurrección de la víctima en la teoría penal», en SCHÜNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George y REYNA ALFARO, Luis Miguel (Traducción), *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y Política Criminal*. Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. «La víctima y el Derecho Penal», en TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinador). *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. JM Bosch Editor. Barcelona, 2002.
- . «¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (Editor); María Nieves MARTÍNEZ FRANCISCO y Claudia MIRANDA DE AVENA (Coordinadores). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*. Editorial Comares, Granada, 2009.
- SOTO NAVARRO, Susana. «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-09, p. 09:1-09:46. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/o7/recpc07-09.pdf>.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas*, en BACA BALDOMERO, Enrique; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique y TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinadores), *Manual de Victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- . «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», en *InDret*, núm. 1/2013, Barcelona, 2013.
- . «¿Hasta que punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?», en TAMARIT SUMALLA, Josep M. (Coordinador). *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- VARONA GÓMEZ, Daniel. «Medios de comunicación y punitivismo», en *InDret*, núm. 1/2011, Barcelona, 2011. Disponible en internet: http://www.indret.com/pdf/791_1.pdf.
- ZYSMAN QUIRÓS, Diego. *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*. Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013.

Mediación Penal en España

JOANA RUIZ SIERRA (España)

Investigador práctico, Universidad de Barcelona, España¹

RESUMEN: Mediación Penal de adultos en España, su presente, presidido por el principio de legalidad y por una idea de Justicia Retributiva, con las pequeñas concesiones a la Justicia Restaurativa. La legislación internacional, fundamentalmente europea. La mediación en el futuro proceso penal, como mecanismo complementario que no alternativo. Y un breve examen del borrador del Código Procesal Penal y del Estatuto de la víctima, ambos en trámite legislativo.

Palabras clave: Justicia Penal, Justicia Restaurativa, Mediación Penal, Delito y Proceso Penal.

ABSTRACT: The current mediation in Spain in adult's offences, chaired by the rule of law and the idea of retributive justice, with small concessions to restorative justice. The international law, mainly European. The mediation in future criminal proceedings may become a complementary mechanism, not an alternative one. And a brief review of the draft Criminal Procedure Code and the Statute of the victim, both in the legislative process.

Key words: Criminal Justice, Restorative Justice, Criminal Mediation, Crime and Criminal Prosecution.

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco legal. Internacional y nacional. III. El Código Penal y el proceso penal español: presente. 1. La atenuante artículo 21.5 Código penal. Reparación daño. 2. El perdón de la víctima. 3. Los indultos. 4. La conciliación penal. 5. La perseguibilidad. 6. La conformidad. 7. La ejecución de sentencias. 8. La suspensión de la pena. IV. Delitos de terrorismo. V. Consejo General del Poder Judicial. VI. De *lege ferenda*. VII. Conclusiones.

¹ Jueza sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

I. INTRODUCCIÓN

A partir de la década de los años 80 del siglo XX, se alzan distintas voces doctrinales que postulan la necesidad de superar, ampliar o complementar el sistema judicial penal español, regido por el principio de legalidad y de Justicia Retributiva. Ello bien sea, por la preocupación en el funcionamiento del Sistema Penal y la situación de los penados, o por la preocupación de la víctima y su revictimización secundaria. Se pretende, incluir y regular lo que se conoce como Justicia Restaurativa², ésta desarrolla una función de prevención, apuesta por una mayor atención a las víctimas, por espacios de comunicación entre víctima y victimario, y se rige en su caso, por el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal.

El presente trabajo, por un lado, pone en evidencia que España es uno de los pocos países europeos que carece de regulación de la Mediación Penal de adultos, llamando la atención que lo primero que se hizo por parte de nuestro legislador fue prohibir lo que todavía no está regulado, así la Ley Orgánica 1/2004, de protección integral contra la violencia de género en su art. 87 ter prohíbe la mediación en el ámbito competencial de los Juzgados de Violencia contra la Mujer, y por otro lado por fin, una regulación de la mediación por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles que expresamente en su artículo 2.2 excluye de su aplicación a la Mediación Penal (caen fuera también de esta norma la que se realiza por la administración laboral y en materia de consumo).

Cierto es, que tras la promulgación de nuestra Constitución, con el ejercicio exclusivo por el Estado del *ius puniendi* y los principios y garantías penales elevadas a rango constitucional³, han determinado que la Mediación Penal tuviera y tenga escasa relevancia y posibilidades de practicarse. Aun así, hoy amparada por la legislación internacional y en menor medida nacional, no debe ser un obstáculo su admisibilidad, sin que ello suponga un abandono de dichos principios y garantías sino como un camino más⁴.

En definitiva, Mediación Penal de adultos en España su presente, y su futuro, sin incluir la violencia de género que participa de unos intereses y problemática propia.

II. MARCO LEGAL. INTERNACIONAL Y NACIONAL⁵

En el ámbito de las Naciones Unidas⁶ de la cual formamos parte y además, durante el binomio 2015-2016 como miembro no permanente del Consejo de Seguridad, se han impulsado

² Más ampliamente, véase al profesor y magistrado Don Ignacio José Subijana Zunzunegui que añade a la Justicia Restaurativa, la justicia terapéutica y la justicia procedimental. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. «El significado innovador y la viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro Ordenamiento Jurídico», *Cuadernos penales José María Lidón*, 2013, núm. 9: pp. 21-58.

³ Para una mejor comprensión de nuestro Sistema Penal, sobre los principios penales y garantías constitucionales véase a BARONA VILAR, Silvia. *Solución extrajudicial de conflictos, Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 287-309 y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Graficas Signo, 1986, pp. 58-110.

⁴ RÍOS MARTÍN, Julián Carlos. «Mediación: conceptos básicos». SÁEZ VARCÁRCCEL, Juan Ramón (coord.). *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación n.º 51-2010 Justicia restaurativa y Mediación Penal CGPJ, 2010, pp. 1-120.

⁵ GUARDIOLA GARCÍA, Javier. *Módulo III. Marco legal de la Mediación Penal*. Valencia: Alfa Delta Digital, 2014, pp. 6-46.

⁶ (Verificado el 30.03.15) <http://www.un.org/es/home/index.html>

diversas iniciativas relacionadas con la mediación en asuntos penales. Así, la inicial Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 19857, bajo la rúbrica «acceso a la Justicia y trato justo», prevé en su número 7 que: «Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinarias o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas». Obviamente, a nadie se le escapa que se condiciona su aplicación a cuando proceda. Hasta las distintas resoluciones dictadas por el Consejo Económico y Social (ECOSOC), destacando la Resolución 2002/12 sobre Principios básicos para la aplicación de programas de Justicia Restaurativa en materia penal⁸, documento que no tiene fuerza vinculante, pero que entiende a la Justicia Restaurativa como «*respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades*», buscando su implantación complementaria en los sistemas de justicia penal tradicional. Finalmente, en el año 2006 la Oficina de las Naciones Unidas sobre la Droga y el Delito (UNODC) publicó en 2006 Manual de programas de Justicia Restaurativa⁹, que atiende específicamente a la mediación autor-víctima.

También el Consejo de Europa¹⁰ a través de diferentes resoluciones ha impulsado la Mediación Penal. El referente fundamental es la Recomendación (99) 19, sobre Mediación en Asuntos Penales¹¹, dedicada íntegramente a esta materia y sus revisiones posteriores.

En el ámbito de la Unión Europea, primero, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹² como, segundo, la reciente Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos¹³, que sustituye a la anterior, han marcado y marcan una serie de pautas para la implantación de la Justicia Restaurativa en los países integrantes de la Unión Europea.

La citada Decisión Marco ya establecía en sus artículos 10 y 17: ... «*Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales [...]. Velarán para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación [...]. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado, a más tardar el 22 de marzo de 2006*». Sin embargo, el Estado español ha pospuesto la introducción de esta figura en nuestra legislación, a salvo la delincuencia juvenil. Las razones¹⁴

⁷ (Verificado el 30.03.2015) <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

⁸ (Verificado el 30.03.2015) http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_1080_1.pdf

⁹ (Verificado el 30.03.2015) http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

¹⁰ (Verificado el 1.04.2015) www.coe.int

¹¹ (Verificado el 2.04.2015) <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=420059&Site=CM&BackColorInterne=t=C3C3C3&BackColorIntranet=EDBo21&BackColorLogged=F5D383>

¹² (Verificado el 30.03.2015) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32001F0220>

¹³ (Verificado el 30.03.2015) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=OJ:L:2012:315:TOC>

¹⁴ MONTERO HERNANZ, Tomás. «La mediación penal en España». *Actualidad Jurídica Aranzadi (AJA)*, 2013, núm. 868: p. 8.

según la respuesta parlamentaria escrita 4/001242/0000 de 9 de julio de 2004 porque «*se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma*». Destacar de esta declaración que ya anuncia la necesidad de una reforma legislativa alrededor de la Ley Enjuiciamiento Criminal, y los aspectos a regular: los tipos penales mediables, selección y formación de los mediadores y efectos jurídicos de los acuerdos.

La Directiva¹⁵ obliga a los Estados de la Unión Europea a adoptar medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria, para garantizar que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a dichos servicios, fijando el 16 de noviembre de 2015 (artículo 27) como fecha última para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias. Se encuentra en trámite parlamentario el proyecto de ley relativo al estatuto de la víctima del delito que da respuesta (en parte) a estas obligaciones.

Centrándonos en el Derecho Español, ni el Código Penal de 1995 (al menos hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de reforma del mismo de la que después se tratará) ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal incorporan alusión alguna a la mediación, ello pese a estas obligaciones europeas. El primer intento de regulación de la Mediación Penal en España fue el anteproyecto de Código Procesal Penal presentado por el entonces Ministro de Justicia Sr. Caamaño¹⁶, poco antes de que se convocaran las elecciones. Tras el cambio de gobierno, se retoma la necesidad de modificar y adaptar a los nuevos tiempos nuestra ley procesal de 1882, culminando con la actual propuesta de texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2 de marzo de 2012¹⁷. Este texto incluye a la Mediación Penal en los artículos 143 a 146 prevén la introducción de la institución de la Mediación Penal como forma de solución voluntaria del conflicto entre el infractor y la víctima. En su exposición de motivos indica que su regulación obedece a obligaciones internacionales contraídas por España como también a una necesidad sentida y reclamada por la práctica. Esa sucinta regulación hará necesario su desarrollo normativo posterior, llama la atención que no existe límite en cuanto al tipo de delitos que pueden ser sometidos a mediación, y en la exposición de motivos con una perspectiva más amplia que la simple mediación, se enuncia expresamente que el modelo restaurativo que se implanta respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional, que supone únicamente la posibilidad de insertar en el proceso penal un mecanismo autocompositivo voluntario para las partes, con todas las garantías procesales y con unas consecuencias predeterminadas legalmente pero que no se anudan necesariamente a la mediación y que pueden ser desde el archivo por razones de oportunidad, a la suspensión de condena, apreciación de alguna atenuante, o sin repercusión alguna.

¹⁵ Para mejor comprensión de esta Directiva y lo que supone para la víctima, véase CAMARENA GRAU, Salva-dor. *Módulo II. La Justicia Restaurativa*. Valencia: Alfa Delta Digital, 2013, pp. 5-35.

¹⁶ DE VICENTE CASILLAS, Cristina. «La mediación en España. Algunos ejemplos europeos. Mediación y Violencia contra la mujer. Una propuesta de regulación». *Cuadernos penales José María Lidón*, 2013, núm. 9: pp. 205-236.

¹⁷ (Verificado el 30.03.2015) <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/comisiones-institucionales>

En el último apartado del presente trabajo se volverá a tratar este texto articulado, hoy borrador del Código Procesal Penal, tras el examen de la situación actual y las tímidas concesiones a la Justicia Restaurativa.

III. EL CÓDIGO PENAL Y EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: PRESENTE

Ya he mencionado más arriba la situación de anomia legal en materia de Mediación Penal para adultos. No obstante la situación descrita, también se disponen de pequeñas quiebras o concesiones de este sistema hacia la Justicia Restaurativa, donde se tiene en consideración a la víctima, a su reparación, y donde aparentemente hay una cierta disposición del proceso. Así¹⁸:

I. *La atenuante artículo 21.5 Código Penal. Reparación daño*

La atenuante genérica del artículo 21.5 Código Penal (CP) en relación con el artículo 66 CP. Paralelamente el artículo 31 bis 4 c) para las personas jurídicas.

Dice textualmente dicha atenuante: *La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.*

Dos son sus requisitos:

- objetivo o reparación del daño, siendo indiferente su móvil (un fin resocializador de disminuir el daño causado o el pragmático de obtener una reducción en la pena). Los principios de la victimología (rama de la Criminología) y la necesidad de disminuir los efectos negativos del delito sobre la víctima subyacen en esta atenuante. La reparación no exige que sea económica, puede consistir en volver a la situación anterior al acto delictivo o disminuir los efectos del delito.
- temporal, en cualquier momento antes de la celebración del juicio oral. Si se produce en este período cabría admitir una atenuante por analogía del artículo 21.7 del Código Penal.

No se reconoce un poder de disposición de la víctima sobre el procedimiento penal, si bien, supone una rebaja de la pena para el infractor, desde su mitad inferior hasta la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, dependiendo si concurre una o varias atenuantes muy cualificadas (artículo 66.1 1ª, 2ª y 7ª del Código Penal).

De *lege ferenda* y ante la ausencia de una regulación específica, cabría que la mediación con acuerdo y que se realizara antes del juicio se incardinarse en esta atenuante, e incluso valorar el dato de haber querido el infractor la mediación y no así la víctima¹⁹.

¹⁸ Confróntese con lo descrito por JUAN SANCHEZ, José Ricardo. *Módulo I. Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*. Valencia: Alfa Delta Digital, 2013, pp. 76-77 y desarrollado de forma más extensa por CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *Contestaciones de Derecho Penal al programa de Judicatura. Parte General*. Madrid: COLEX, 1996, pp. 482-488.

¹⁹ MARTÍNEZ PERZA, Carmen. «La mediación en el ámbito penal». www.ica huelva.es/ArticulosDoctrinales/MediacionPenal.pdf (verificado 10/01/2015).

También hay que mencionar los tipos de la parte especial del Código Penal donde la reparación a la víctima es una atenuante específica: delitos sobre ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y siguientes CP); sobre el patrimonio histórico (arts. 321 y ss); contra los recursos naturales y medio ambiente (arts. 325 y ss CP) y protección de la flora y fauna (art. 332 y ss. CP), para los cuales el artículo 340 CP ha previsto que si el culpable hubiese procedido voluntariamente a reparar el daño causado, se le impondrá la pena inferior en grado. El artículo 214 del Código Penal cuando el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, se impone la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la inhabilitación.

2. *El perdón de la víctima*

Supuestos que a pesar de concurrir una ejecución culpable (en sentido amplio de dolo y culpa), un acto típico, antijurídico y punible, el sujeto no es penado porque se ha extinguido la acción penal. El artículo 130 apartado 5ª del Código Penal, se regula el perdón del ofendido. A primera vista parecería que se da entrada al principio de disposición, sin embargo, se condiciona la eficacia extintiva del perdón a «cuando la Ley así lo prevea». Casos concretos donde se admite el perdón: el artículo 201.3 en el delito de descubrimiento y revelación de secretos; el artículo 215.3 en el delitos de calumnias o injuria; el Artículo 267 párrafo 3 delito de daños imprudentes; el artículo 639 párrafo 3 admite el perdón en materia de faltas con extinción de la acción penal o de la pena impuesta cuando se trate de faltas perseguibles por denuncia del agraviado.

El perdón debe ser expreso, antes de dictarse la sentencia y a presencia judicial. Y provoca el fin del procedimiento incluso para los que ejerciten acciones civiles.

3. *Los indultos*

Es un acto de gracia a los condenados por una sentencia penal firme, que otorga el Rey, a propuesta del Ministro de Justicia, previa deliberación del Consejo de Ministros. Tiene como efecto la extinción de la responsabilidad penal, pero no sus efectos.

Puede solicitarlo el mismo penado, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre, sin necesidad de poder de representación. Es precisamente en esta última posibilidad donde la víctima puede intervenir solicitando el indulto de su victimario.

Una vez más y de *lege ferenda*, la mediación podría facilitar al juez la concesión de este tipo de suspensión del artículo 4.4 del Código Penal así como para emitir un informe favorable de cara a la concesión de indulto²⁰.

4. *La conciliación penal*

Los delitos de calumnia e injuria contra particulares, participan de una naturaleza ambigua entre el ilícito civil y penal, ello se traduce en ser delitos de carácter privado, perseguibles por querrela del perjudicado y en un procedimiento especial. Se inicia (y es el único supuesto que se conoce

²⁰ *Ibid.* 5 MARTÍNEZ PERZA, Carmen.

en nuestro derecho) por un acto de conciliación, artículos 804 a 815 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las partes pueden llegar a un acuerdo que será recogido por el juez mediante auto, siendo ya innecesario acudir a la vía penal, o en caso contrario, tenerla por intentada sin avenencia.

5. *La perseguibilidad*

Son aquellos hechos delictivos que para ser perseguidos desde punto de vista judicial, es necesario que la parte legitimada, la víctima en sentido amplio, ponga en marcha toda la maquinaria judicial por una querrela (delitos privados), o por una denuncia si son delitos semipúblico. Supone un claro instrumento alternativo a la actuación de los tribunales.

6. *La conformidad*

Institución de Derecho Procesal cuya regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es dispersa y fragmentaria, artículos 655, 779.1 5ª y 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el artículo 801 del mismo texto, la conformidad premiada para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Es el epicentro de la discusión entre el principio de legalidad *versus* principio de oportunidad²¹. Y aunque pudiera pensarse que es una figura cercana a la mediación, por cuanto el acusado se muestra de acuerdo con la pretensión penal (hechos, calificación jurídica y pena) promovida por la acusación, ello no es producto de un acercamiento-diálogo víctima-delincuente, es una negociación entre el ministerio fiscal y la defensa, y en su caso, la acusación particular, la víctima queda prácticamente al margen de la conformidad y ésta puede suponer una quiebra de sus expectativas en la justicia²².

7. *La ejecución sentencia*

En la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, la reparación del daño o literalmente, haber satisfecho las responsabilidades civiles, es una condición necesaria conforme al artículo 81.3 del Código Penal, salvo que el propio juzgador tras oír al ministerio fiscal y a los interesados declare la insolvencia total o parcial. De *lege ferenda*²³ cabría que una vez celebrado el juicio y establecida la condena, la mediación pudiera surtir sus efectos en el ámbito de la suspensión de la ejecución, tanto por entender cumplido el requisito de satisfacción de la responsabilidad civil como por entender que no existe o que ha quedado disminuida la peligrosidad criminal (artículo 80 Código Penal). Caso de ser la persona condenada drogodependiente por aplicación del artículo 87 del Código Penal el sometimiento de ésta al proceso de mediación puede servir al juzgador para valorar su voluntad de cambio.

En la sustitución de la pena de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad el artículo 88 del Código Penal establece como requisito a valorar el esfuerzo «*por reparar el daño causado*». La mediación puede ayudar a valorar el citado esfuerzo.

²¹ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. «Conformidad y Mediación Penal. Conformidad con y sin mediación». MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco (coord.). *Conformidad y mediación en el proceso penal*. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación n.º 5, 2008 CGPJ, 2009, pp. 1-46.

²² BARONA VILAR, Silvia. *Op. cit.*, p. 2

²³ MARTÍNEZ PERZA, Carmen. *Op. cit.*, p. 5

EL artículo 91.2 del Código Penal (artículo 72 ley orgánica general penitenciaria) contempla la participación en programas de reparación del daño para el adelantamiento de los cómputos de libertad condicional de 90 días por año efectivamente cumplido. Nuevamente la mediación puede ser un instrumento válido para promover la participación en programas de reparación a las víctimas.

En general en materia penitenciaria la mediación puede ser una herramienta o instrumento útil en orden a la progresión de grado o a la clasificación inicial del tercer grado, a la concesión de permisos de salida, a la exclusión o no del periodo de seguridad del artículo 36.2 del Código Penal.

8. *La suspensión de la pena*

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 Penal²⁴, que entrará en vigor el próximo 1 de julio de 2015, modifica el artículo 84, que queda redactado como sigue:

«1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

1.a El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.»

Se prevé por tanto que los acuerdos alcanzados en mediación puedan condicionar la suspensión de la pena, permitiendo por ejemplo la no entrada en prisión, con ello se refuerza y garantiza el cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación, evitando que se acuda a la mediación sin intención de cumplir lo pactado.

Ahora bien, permítaseme una crítica a esta positiva reforma cual es que se regula un efecto de la mediación sin que se haya regulado ésta.

IV. DELITOS DE TERRORISMO

Mención aparte merecen estos delitos, no solo por su gravedad sino por su importante incidencia en España²⁵.

Hemos visto las pequeñas concesiones que nuestro Derecho Procesal y Penal admiten respecto al comportamiento del agresor dirigido a reparar el daño a la víctima, a arrepentirse, pues finalmente cabe analizar qué efectos dar a la colaboración con la justicia para el esclarecimiento de los hechos delictivos.

En los años ochenta se empezó a valorar la colaboración con la justicia, con el arrepentimiento como figura atenuadora de la pena para los miembros de las bandas terroristas y organizaciones criminales que quisieran abandonar las actividades delictivas y además ayudar en la investigación criminal.

²⁴ Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 77 de 31 de marzo de 2015.

²⁵ CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *Contestaciones de Derecho Penal al programa de Judicatura. Parte Especial volumen II*. Madrid: COLEX, 1997, pp. 279-280.

Ello viene recogido artículo 579.4 del Código Penal donde se recoge la posibilidad de valorar el arrepentimiento activo como atenuación específica. En mi opinión, no se dan los requisitos propios de la Justicia Restaurativa, se prescinde de la víctima, es una decisión de Política Criminal que beneficia a toda la sociedad, aunque hay autores que opinan que subyace una compensación moral a la víctima.

Diferente es el artículo 90 del mismo texto legal, donde la petición de perdón a la misma, supone en estos delitos de terrorismo, un signo de reinserción social para poder obtener la libertad condicional. Entra dentro de lo que es la Justicia Restaurativa, si bien, no faltan voces que critican que se ha optado por un criterio moralizante e inadecuado por el momento en el que acontece, durante el tratamiento penitenciario, donde únicamente se debería valorar la evolución de la conducta del sujeto.

Por último la reforma del Código Penal Ley Orgánica 1/2015, que entrara en vigor el 1 de julio de 2015 concibe a la libertad condicional como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena. Unido a ello, se ha introducido un nuevo artículo 92.2 en relación a la prisión permanente revisable y su suspensión en estos delitos, semejante en cuanto a los requisitos al artículo 90 (subrayado es propio):

«Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades».

V. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El Consejo General del Poder Judicial ha apoyado distintas experiencias pilotos²⁶ llevadas a cabo, desde la inicial en el año 1993 en Valencia hasta la última, de la mano de la Audiencia Provincial y de los juzgados de Instrucción de Madrid cuyos resultados están por venir, dado que este proyecto se ha iniciado el 1 de abril de 2015. Objetivos, alcanzar acuerdos mediados entre las partes antes de la vista oral, en asuntos por delitos económicos (estafas y apropiaciones indebidas) y de lesiones con deformidad²⁷.

Estos esfuerzos de los órganos judiciales para dar entrada a la mediación, se han desarrollado, dado el vacío legal, dentro de un Sistema Penal rígido, sin habilitación legal, espaciando

²⁶ Véase sobre estas experiencias pilotos: en el País Vasco a ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier. «Las Administraciones Públicas y la Mediación Penal». *Cuadernos Digitales de Formación* n.º 21 *La Mediación Penal CGPJ*, 2008: pp. 1-11, y en Valencia, *op. cit.*, p. 2 BARONA VILAR, Silvia, *op. cit.*, pp. 300-302.

²⁷ Nota de prensa del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 17 de marzo de 2015.

tiempos de señalamiento, buscando suspensiones y transformando procedimientos urgentes en menos urgentes, donde la acusación penal dependa de la víctima o el perdón de ésta pueda neutralizar la acción penal²⁸.

La profesora Dña. M.^a Vicenta CERVELLÓ DONDERIS²⁹ opina que estos programas han sido y son muy variados, si bien concluye que los asuntos mediados son al final del mismo tipo de delitos, generalmente conflictos familiares o vecinales, de poca importancia o faltas. La razón, ser situaciones en las que es preferente reducir la agresividad y conflictividad con el fin de mantener las relaciones personales.

VI. DE *LEGE FERENDA*

El Código Procesal Penal de 2013 contiene una definición y unas notas básicas, así como una remisión amplia a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Define la Mediación Penal, como el procedimiento de solución del conflicto, entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo (artículo 143). No hay que perder de vista que ese dialogo busca un acuerdo que resuelva el conflicto, ello supone que la víctima sea reparada y que el infractor asuma su responsabilidad.

Sus principales características:

- Es el ministerio fiscal quien comunica a la víctima, directamente o a través de la oficina de atención a las mismas, el deseo del infractor de someter el conflicto a mediación. Ello siempre que el ministerio público no lo considere inadecuado por razón de la naturaleza del hecho.
- El mediador o la institución de mediación comunicarán al fiscal el inicio y la finalización del procedimiento de mediación, con su resultado.
- Cuando el fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de Mediación Penal, si lo considera oportuno, podrá suspender las diligencias de investigación mediante decreto.
- El mediador se encuentra sometido a secreto profesional y no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento.
- La Mediación Penal será siempre gratuita.

De dicha regulación se puede extraer que se está pensando en una mediación intrajudicial, para delitos y faltas que permitan un diálogo entre sus protagonistas, víctima y victimario. El propio artículo 145 permite al ministerio público, si lo cree oportuno, acordar la suspensión de las diligencias de investigación.

²⁸ GUARDIOLA GARCIA, Javier. *Módulo III. Marco legal de la Mediación Penal*. Valencia: Alfa Delta Digital, 2014, pp. 84.

²⁹ CERVELLÓ DONDERIS, María Vicenta. *Módulo IV. Características de la Mediación Penal*. Valencia: Alfa Delta Digital, 2013, pp. 51-87.

En cuanto a los actores, se apuesta como intérprete principal en la dirección de la Mediación Penal por el ministerio fiscal. En la situación actual y en la mayoría de las experiencias pilotos llevadas a cabo en España, quién ha decidido si procede o no la mediación, ha sido el juez, derivándolo, tras oír a las partes, hacia el equipo de mediación o al mediador. En los países de nuestro entorno se encomienda, como en el anteproyecto, al ministerio público, incluso a la policía en el Reino Unido. Conviene hacer una puntualización, este texto articulado pretende que la instrucción hoy en manos de los jueces de instrucción, sea realizada por el ministerio público.

El ministerio fiscal seleccionará los casos que pueden salir del ámbito propio de la investigación criminal, si lo considera adecuado por la naturaleza de los hechos. Ello deberá obedecer en mi opinión: primero, al ámbito de aplicación de la Mediación Penal; segundo, a constar una situación de esclarecimiento de los hechos junto a una voluntad del infractor de someterse a mediación, lo que supone indiciariamente una asunción de su responsabilidad en los hechos; y tercero, una correcta información para la víctima y su voluntad de mediar el conflicto.

En opinión del profesor D. Javier GUARDIOLA GARCÍA³⁰ dicha regulación resulta decepcionante, porque salvo sentar el principio de gratuidad de la mediación y garantizar un verdadero secreto profesional, se limita a prever que el Ministerio Fiscal pueda vetar la voluntad del infractor de someterse a mediación en razón de la naturaleza del hecho, a canalizar las comunicaciones a través de la Oficina de Atención a las Víctimas, y a remitir a distintos preceptos de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Detengámonos en el ámbito de aplicación. El texto articulado nada dice, simplemente esa adecuación citada. La decisión Marco y posteriormente la Directiva europea dejan libertad a los estados miembros sobre qué tipos de delitos o/y faltas puedan ser sometidas a mediación. Únicamente en España, está vedada la mediación en los delitos de violencia de género, artículo 44.5 de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género, consecuentemente, el artículo 87 ter 5 de la ley orgánica del poder judicial.

Siguiendo al profesor Don Juan Ignacio ECHANO BASALDUA³¹, la mayoría de los autores se muestran de acuerdo en que el ámbito de aplicación más apropiado es el de las faltas y los delitos de penas menos graves (hasta 5 años artículo 33.3 del Código Penal) y, que son más fáciles los acuerdos en los delitos y faltas patrimoniales que en los violentos. Los supuestos más debatidos son, los delitos de peligro abstracto, los delitos sin víctima personalizada y los delitos graves, incluido los del terrorismo.

En cuanto al resultado de dicha mediación, puede acabar con acuerdo o sin él. Obviamente si no hay acuerdo se alzaría la suspensión y continuaría la investigación. Si se logra un acuerdo, el art. 146 del texto articulado dispone de forma poco generosa a la eficacia del procedimiento mediador, en primer lugar, que ni el ministerio fiscal ni los tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, para seguidamente añadir, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la Ley del acuerdo con la víctima si se alcanza. La normativa europea deja igualmente libertad a la hora de tomar en consideración los acuerdos entre la víctima y el inculpado (así el antiguo artículo 10 de

³⁰ GUARDIOLA GARCIA, Javier. *Op. cit.*, pp. 88-94, 10.

³¹ ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio. «Mediación Penal entre adultos: ámbito de aplicación en atención a la clase de infracción». *Cuadernos penales José María Lidón*, 2013, núm. 9: pp. 157-204.

la Decisión Marco de 2001 y la Directiva de 2012 artículo 12). Por ello, a pesar de que la redacción del citado precepto a primera vista deja poco margen de discrecionalidad al ministerio público o a los tribunales, en aras del interés de la justicia cabría acordar el archivo o sobreseimiento de la causa, o seleccionar la pena o medida de seguridad más acorde a las circunstancias del hecho y del reo, o atenuar su responsabilidad, e incluso la suspensión de la pena. Para la víctima el acuerdo debería suponer, según la exposición de motivos, la obtención de una explicación del hecho, la petición de perdón y/o una pronta reparación.

Para finalizar este apartado, dos últimas citas, una al proyecto de ley del Estatuto de la víctima de delitos³², que incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de Justicia Restaurativa, y dos el proyecto de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales³³, que acoge una nueva forma de conformidad.

El futuro Estatuto de la víctima supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de ésta y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de Justicia Restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

El proyecto de modificación mencionado, contempla el denominado procedimiento monitorio penal previsto para delitos de escasa gravedad cuya sanción pueda quedar en multa, que permite la conversión de la propuesta sancionadora realizada por el Ministerio Fiscal a sentencia firme cuando se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos previstos y el encausado da su conformidad, con preceptiva asistencia letrada.

VII. CONCLUSIONES

El reconocimiento más que positivo de la función protectora y preventiva del Sistema Penal, el monopolio del ejercicio de la justicia por parte del estado como superación de la justicia privada, no nos debe impedir una mirada hacia otras vías de solución de conflictos, para intentar dar respuesta a todas las necesidades de los protagonistas del proceso penal: víctima, victimario y finalmente sociedad.

Es el momento de dar cabida a la Justicia Restaurativa y a uno de sus instrumentos: la Mediación Penal. Ésta permite el diálogo entre las partes, el infractor asume el delito, se responsabiliza y repara el daño, la víctima se siente protegida, se reduce la victimización secundaria, y para la Administración de Justicia se mejora el servicio, se humaniza y se evitan las penas cortas³⁴.

³² (Verificado el 18.01.2015) http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-115-1.PDF

³³ (Verificado el 1.04.2015) http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-138-1.PDF

³⁴ CAMARENA GRAU, Salvador. *Op. cit.*, p. 3

Pero, ¿cuál es la realidad de la Mediación Penal en nuestro derecho? El profesor DEL MORAL GARCÍA³⁵ afirma: reconocimiento legal respecto de la responsabilidad penal de los menores, anomia en el proceso penal de adultos y prohibición en lo relativo a la violencia de género.

El futuro. Sin dudarlo, España debe regular la figura de la Mediación Penal y sus efectos, ello no solo porque la sociedad lo reclama, sino para dar cumplimiento a nuestros compromisos internacionales.

A la vista de las disposiciones que se están tramitando, éstas, dan entrada a la Mediación Penal, si bien habrá que esperar a su aprobación, publicación y a su desarrollo normativo para tener certeza sobre qué modelo procesal penal se dibuja. Indiciariamente, de la exposición de motivos del proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de sus pocos artículos, la mediación que se regula es intrajudicial, controlada por los órganos jurisdiccionales, es un sistema compatible y complementario del modelo procesal (no alternativo), desarrollado por personas o instituciones independiente del poder judicial, obviamente con un método diferente, voluntario para víctima y agresor, donde se han condicionado sus efectos pero no su ámbito de aplicación, a salvo, la violencia de género.

En mi opinión no solo dicha futura regulación es a todas luces insuficiente, sino que además es una visión estrecha de esta institución y de sus posibilidades, es cierto que la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad, limitan enormemente su aplicación, pero creo que se puede apostar por soluciones del conflicto pre-procesales³⁶, dando entrada al principio de oportunidad, sin que ello suponga una vuelta a la justicia privada, manteniéndose el control judicial o del ministerio fiscal, pensando en las pequeñas infracciones; debe valorarse el esfuerzo en reparar de manera completa o incompleta el daño producido a la víctima, incluyendo la posibilidad de reparaciones simbólicas, morales o de prestaciones sociales³⁷; debe ser voluntario el acuerdo alcanzado pero de obligado cumplimiento, con un eficaz aparato que lo vigile; finalmente, la mediación en materia de ejecución de sentencias, antes o durante la ejecución de la pena impuesta, y ello no solo desde la perspectiva del condenado también de la víctima, de la reconciliación y de la paz social, de la necesaria convivencia cuando la agresión delictiva se ha ocasionado en el ámbito familiar, vecinal o en los gravísimos actos de terrorismo. En definitiva, una mayor humanización y diálogo entre los protagonistas del sistema procesal.

BIBLIOGRAFÍA

- BARONA VILAR, Silvia. *Solución extrajudicial de conflictos, Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. «Conformidad y Mediación Penal. Conformidad con y sin mediación». MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco (coord.). *Conformidad y mediación en el proceso penal*. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación n.º 5-2008 CGPJ, 2009, pp. 1-46.

³⁵ DEL MORAL GARCÍA, Antonio. *La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias*. Madrid: Netbiblo, 2010, pp. 49-69.

³⁶ Véase para una mejor comprensión de nuestro sistema procesal penal y el posible encaje de la mediación en él, si bien antes de los proyectos legales en ciernes a MARTÍN DÍZ, Fernando. «La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia». *Centro de documentación judicial, CGPJ*, 2009: pp. 301-392

³⁷ CERVERLLÓ DONDERIS, María Vicenta, *op. cit.*, p. 9, 87.

- CAMARENA GRAU, Salvador. *Módulo II. La Justicia Restaurativa*. Valencia: Alfa Delta Digital, 2013.
- CERVERLLÓ DONDERIS, María Vicenta. *Módulo IV. Características de la Mediación Penal*. Valencia: Alfa Delta Digital, 2013.
- CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido. *Contestaciones de Derecho Penal al programa de Judicatura. Parte General*. Madrid: COLEX, 1996.
- . *Contestaciones de Derecho Penal al programa de Judicatura. Parte Especial volumen II*. Madrid: COLEX, 1997.
- DE VICENTE CASILLAS, Cristina. «La mediación en España. Algunos ejemplos europeos. Mediación y Violencia contra la mujer. Una propuesta de regulación». *Cuadernos penales José María Lidón*, 2013, núm. 9, pp. 205-236.
- DEL MORAL GARCIA, Antonio. *La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias*. Madrid: Netbiblo, 2010, pp. 49-69.
- ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio. «Mediación Penal entre adultos: ámbito de aplicación en atención a la clase de infracción». *Cuadernos penales José María Lidón*, 2013, núm. 9, pp. 157-204.
- ETXEARRIA ZARRABEITIA, Xabier. «Las Administraciones Públicas y la Mediación Penal». *Cuadernos Digitales de Formación n.º 21 La Mediación Penal CGPJ*, 2008, pp. I-II.
- GUARDIOLA GARCIA, Javier. *Módulo III. Marco legal de la Mediación Penal*. Valencia: Alfa Delta Digital, 2014.
- JUAN SANCHEZ, José Ricardo. *Módulo I. Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos*. Valencia: Alfa Delta Digital, 2013.
- MARTÍN DIZ, Fernando. «La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia». *Centro de documentación judicial, CGPJ*, 2009, pp. 301-392.
- MARTÍNEZ PERZA, Carmen. «La mediación en el ámbito penal. www.icahuelva.es/ArticulosDoctrinales/MediacionPenal.pdf (verificado 10/01/2015)
- MONTERO HERNANZ, Tomás. «La Mediación Penal en España». *Actualidad Jurídica Aranzadi (AJA)*, 2013, núm. 868, p. 8.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Graficas Signo, 1986.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos. «Mediación: conceptos básicos». SÁEZ VARCÁRCCEL, Juan Ramón (coord.). *Documento ideológico sobre Mediación Penal*. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación n.º 51-2010 Justicia restaurativa y Mediación Penal CGPJ, 2010, pp. 1-120.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. «El significado innovador y la viabilidad de la justicia terapéutica, restaurativa y procedimental en nuestro Ordenamiento Jurídico», *Cuadernos penales José María Lidón*, 2013, núm. 9, pp. 21-58.

La necesidad de un Consejo de Política Criminal: el caso del anteproyecto de reforma del Código Penal argentino

ROMINA ANDREA FRONTALINI REKERS (Argentina)

Investigadora Doctoranda, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

RESUMEN: El objetivo de este artículo es identificar las consideraciones de quiénes deben guiar la sanción o reforma de la ley penal. Este objetivo cobra relevancia si consideramos que las diferentes respuestas pueden impactar en las tasas de cumplimiento del derecho penal y en los niveles de coacción estatal arbitraria. Para ello, se analizarán algunas propuestas teóricas que se ubican en una recta cuyos extremos están ocupados, respectivamente, por el populismo y el elitismo penal. Estos argumentos son reconstruidos en el debate sobre la reforma del Código Penal Argentino. En este debate, la disminución de la interferencia proveniente del delito y la disminución de la interferencia estatal arbitraria se presentan como objetivos incompatibles. En parte, ello se debe a que las propuestas teóricas que alimentan los argumentos del debate presentan algunas limitaciones para satisfacer ambas demandas. El republicanismo, a través de la defensa de una democracia deliberativa fuerte, tiene capacidad para satisfacer ambas demandas, aparentemente antagónicas. Sin embargo, esa capacidad se ve disminuida en sociedades desiguales. Por ello defenderé que una reforma guiada por aquella propuesta republicana tiene una capacidad que se limita a disminuir la interferencia estatal y mantener iguales los índices del delito.

Palabras clave: reforma penal, populismo, elitismo, republicanismo, democracia deliberativa.

ABSTRACT: The aim of this paper is to identify what considerations should guide the enactment or amendment of the criminal law. Such objective becomes relevant when the different answers may have an impact on the compliance rates of criminal law and on the levels of arbitrary state coercion. The paper will discuss some theoretical proposals that are placed on a straight line in which extremes are occupied by penal populism at one end and elitism at the other. These arguments are presented in the debate on the reform of the Argentine Penal Code. In this paper, decreasing interference from crime and decreasing state interference are presented as incompatible objectives. In part, this is so because the theoretical proposals pose certain restrictions to meet both demands. Republicanism has the capability to meet such demands, which seem antagonistic at times, through a strong defense of deliberative democracy. However, this ability is diminished in unequal societies.

It is my contention that a reform guided by such republican proposal has the potential to reduce state interference and maintain steady rates of crime.

Key words: penal code reform, elitism, populism, republicanism, deliberative democracy.

SUMARIO: I. Introducción. II. Los términos del desacuerdo. III. El elitismo penal de Philip Pettit. IV. El enfoque de la credibilidad moral. V. La crítica de marcelo ferrante al enfoque de la credibilidad moral. VI. Recapitulación de las fortalezas y debilidades de los tres enfoques. VII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En Argentina, se debate la reforma del Código Penal. El actual Código es el resultado de una política punitivista sostenida y profundizada en el tiempo a través de reformas parciales. El Código Penal de 1921 ha sufrido, aproximadamente, novecientas reformas parciales que lo han tornado irreconocible¹. Muchas de estas reformas fueron impulsadas luego de casos particulares que desataron «dinámicas de indignación en la comunidad»². La reforma paradigmática en ese sentido es la que introducen las leyes Blumberg³, denominadas con el apellido de una víctima: Axel Blumberg, secuestrado y asesinado por sus captores en marzo de 2014. Juan Carlos Blumberg, padre de Axel, llegó a impulsar grandes manifestaciones exigiendo el endurecimiento de las penas. Entre otras cosas, las leyes Blumberg estipulan en 50 años la pena máxima de prisión por sumatoria de delitos gravísimos (violación seguida de muerte, secuestro extorsivo seguido de muerte, etc).

Casi al mismo tiempo en que se introducían las leyes Blumberg, se incorporaba al ordenamiento jurídico penal el Estatuto de Roma⁴, que penaliza conductas como el genocidio y los delitos de lesa humanidad. El estatuto fijó una medida en materia de penas, que señala un parámetro universal máximo, limitada a injustos de contenido prácticamente inconmensurable, como un genocidio de extrema gravedad con circunstancias personales negativas del condenado (ZAFFARONI, 2009). El Estatuto de Roma incorporó, en el artículo 110, el equivalente a la libertad condicional, admitiendo la liberación por vía de reducción de la pena, pasados los veinticinco años de cumplimiento de la pena perpetua para los casos juzgados por la Corte Penal Internacional. Sin embargo, el Código Penal vigente, en su artículo 14, sustituido por la ley

¹ Exposición de motivos del anteproyecto de Código Penal de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación.

² PETTIT, Philip. «Is Criminal Justice Politically feasible?». *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, p. 427.

³ La llamada Ley Blumberg (Ley 25.886) es una ley aprobada por el Senado y la Cámara de Diputados el 14 de abril de 2004, que modifica en el Código Penal argentino la figura de los delitos con armas. Existen otras dos leyes que se conocen como Blumberg, que son la Ley 25.882 que modifica el art. 166 del Código Penal que entró en vigor el 4 de mayo de 2004 y la Ley 25.891, de servicios de comunicaciones móviles por la cual se instituye un Registro de Usuarios.

⁴ El Estatuto de Roma es el instrumento constitutivo de la Corte Penal Internacional. Fue adoptado en la ciudad de Roma, Italia, el 17 de julio de 1998, durante la «*Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*». Se incorporó al ordenamiento penal argentino a través de la ley 26.200 promulgada en 2007.

Blumberg, establece que «*La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7º, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo*»⁵. Estos delitos son castigados con prisión perpetua. De tal manera, el ordenamiento jurídico penal establece penas más graves para delitos comunes que para delitos contra la humanidad.

De lo anterior, se sigue la necesidad de una reforma que sistematice las penas y demás criterios de distribución de la responsabilidad penal. El anteproyecto de Código Penal⁶ presentado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, intenta ajustar las actuales disposiciones y sistematizar las penas -aunque no únicamente las penas- a partir de un principio de distribución que tome como parámetro universal máximo el de las penas fijadas por el estatuto de Roma. Establece como parámetro universal máximo la pena de treinta años de prisión, equivalente a la prisión perpetua, con posibilidad de acceder, a los veinticinco años de cumplimiento de la condena, a la libertad condicional⁷.

Luego de la presentación del anteproyecto, se profundizaron los desacuerdos vigentes en materia de castigo y prevención del delito. Ello a pesar de que en la elaboración del anteproyecto participaron representantes de diversas fuerzas políticas. En especial, muchos de los que se oponen a la reforma sostienen que el proyecto desconoce sus puntos de vista sobre lo que es justo y sobre qué hacer para prevenir delitos. Estas personas argumentan que sus puntos de vista no están representados en el anteproyecto, no obstante creen que deben estarlo. Esto nos lleva a la pregunta sobre las consideraciones de *quién o quiénes* deben guiar la reforma del Código Penal.

Para responder a esta pregunta, en primer lugar intentaré identificar los desacuerdos en torno a la reforma (apartado 2). En segundo lugar, presentaré diferentes tesis que identifican disímiles arreglos institucionales como los más adecuados para la reforma (apartados 3, 4 y 5). Sugeriré que un modelo de democracia deliberativa fuertemente republicana se adecua mejor a los intereses de los miembros de la comunidad política argentina. A saber, contar con una legislación penal que refleje los juicios de merecimiento correctos, evitando la interferencia estatal arbitraria, y que promueva la obediencia, evitando la interferencia proveniente del delito (apartado 6).

II. LOS TÉRMINOS DEL DESACUERDO

Existe un fuerte desacuerdo en el que se pueden identificar, a grandes rasgos, dos posturas. Una, a favor de la sustitución del actual Código Penal por uno que se ajuste mejor a las garantías

⁵ Los casos que quedan excluidos del acceso a la libertad condicional son el homicidio *criminis causa*, el abuso sexual seguido por la muerte de la víctima, el secuestro seguido por la muerte de la víctima, el robo y el secuestro extorsivo seguido de por la muerte de la víctima.

⁶ El proyecto fue elaborado por la *Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación* (Decreto P.E.N. 678/12) conformado por E. Raúl Zaffaroni (presidente) León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo (miembros representantes de diversas fuerzas políticas). Se encuentra disponible en <http://noalviejocodigopenal.org/>

⁷ Artículo 21 inc. 1 del anteproyecto de Código Penal: *La pena de prisión consiste en la privación de la libertad ambulatoria del condenado, en establecimientos adecuados destinados al efecto. Tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de treinta años.*

penales; y otra contraria a la reforma, por lo menos a una que disminuya las penas o haga más amplios institutos como la libertad condicional.

El primer grupo argumenta que la reforma reducirá la interferencia estatal arbitraria. El término «arbitraria» debe interpretarse aquí en el sentido de no basarse en juicios de merecimiento correctos a la luz de las garantías penales establecidas en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos. Por otro lado, sostiene que la reforma no elevará el nivel de interferencias provenientes de delitos. Reconoce que la disminución de las tasas de delito depende de otras políticas, específicamente de políticas sociales. Mientras, el segundo grupo argumenta que la reforma conllevará al aumento de la interferencia proveniente de la comisión de delitos. También, expresa que la reforma intenta beneficiar a los delincuentes, subestimando el reclamo de justicia de las víctimas, desde que se basa en juicios de merecimiento incorrectos.

En los argumentos contra la reforma, se mezclan consideraciones vinculadas al merecimiento y la prevención. Las críticas que toman como criterio el merecimiento atacan la disminución de las penas propuestas en el proyecto⁸. Este sector percibe que las penas que establece el proyecto no se corresponden con la gravedad de los hechos sancionados. Este argumento cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que la percepción del sistema penal como un sistema que no responde a las demandas de justicia de la comunidad desemboca en un descontrol de la violencia vindicativa. Así en pleno debate sobre la reforma surgieron casos de linchamientos y homicidios a jóvenes sospechados de la comisión de delitos que fueron vinculados a la falta de eficacia del sistema penal⁹. Las críticas que toman en consideración la prevención apuntan, también y sobre todo, a otras reformas referidas a la regulación de la libertad condicional, la reincidencia, la peligrosidad, etc.

Aunque ambas posturas se presentan como antagónicas, ambos sectores –incluso quienes pueden identificarse como potenciales infractores– comparten el interés en no sufrir interferencias provenientes del delito. La demanda de seguridad es compartida. Aunque muchas veces se identifica esta demanda como propia de la clase media, lo cierto es que los sectores populares también tienen interés en la disminución del nivel de delito. Téngase en cuenta que la probabilidad de sufrir un delito depende en parte de la distribución de los dispositivos de seguridad y, en este aspecto, son los sectores excluidos quienes se encuentran más expuestos a las interferencias arbitrarias provenientes de delitos. Como contracara, no existe una preocupación compartida por disminuir la interferencia arbitraria del Estado. En parte, ello se debe a que la selectividad del sistema penal provoca que algunos sectores no se identifiquen como posibles destinatarios de la interferencia arbitraria estatal¹⁰.

⁸ Tampoco hay acuerdo sobre si de hecho el proyecto supone una reducción de las escalas penales. Esto se debe a que los autores del proyecto sostienen que la disminución de las penas se introdujo por vía de interpretación con la incorporación del Estatuto de Roma al sistema jurídico argentino en 2004. Por otra parte el debate se encuentra atravesado por un discurso que intenta deslegitimar la propuesta desinformando sobre cuáles son en concreto las reformas propuestas.

⁹ El caso «David Moreyra» fue vinculado al descrédito del sistema penal para prevenir el delito <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/subnotas/243076-67431-2014-03-31.html> («Una muerte a las patadas», *Página 12*, 31 de marzo de 2014). A este caso le siguieron otros <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-243152-2014-04-01.html> («Cuando el miedo es una bola de odio», *Página 12*, 1 de abril de 2014).

¹⁰ SUNSTEIN, Cass. *Leyes de miedo*. Katz, 2010, Buenos Aires, p. 281.

Frente a este desacuerdo, aparentemente irreconciliable, cabe preguntarse qué arreglo institucional es el más adecuado para satisfacer las demandas de tales grupos, a saber, la disminución de la interferencia arbitraria proveniente del estado y de la interferencia arbitraria proveniente del delito. A continuación analizaré las propuestas de diferentes autores. Estas propuestas comparten el objetivo de promover la disminución de la interferencia arbitraria. Sin embargo, carecen de capacidad para limitar ambas clases de interferencias. Las respuestas varían en función del grado y calidad de participación de la comunidad en la reforma del Código Penal. Las diferentes tesis parten de la siguiente premisa: el nivel de interferencia arbitraria varía causalmente en función del grado o calidad de participación de la comunidad en el proceso de reforma.

Este análisis se apoyará en el paradigma de la democracia deliberativa. Este paradigma ha cobrado importancia a partir de la publicación de una serie de textos que propugnan una defensa fuerte de la democracia y soluciones dialógicas al problema del castigo¹¹. Este modelo de democracia presenta diversas versiones. Pero en términos generales, se caracteriza, en primer lugar, porque todos los potencialmente afectados por una norma intervienen en el proceso de creación. En segundo lugar, el proceso de toma de decisiones que lleva a dicha creación se caracteriza, fundamentalmente, por una amplia discusión colectiva. Y en tercer lugar, el proceso de toma de decisiones es realizado bajo condiciones de igualdad¹².

Dos ventajas son previstas por el paradigma de la democracia deliberativa. En primer lugar, a pesar de que apoya la idea de autogobierno y la plena participación en la toma de decisiones públicas por razones intrínsecas –el ejercicio de la autonomía pública y la igualdad política básica entre todos los ciudadanos– también se compromete con la dimensión epistémica de los procedimientos públicos de toma de decisión, con la racionalidad y razonabilidad de los resultados y con la calidad de la participación¹³.

III. EL ELITISMO PENAL DE PHILIP PETTIT

Desde el ideal político republicano, PETTIT¹⁴ defiende una propuesta elitista para la determinación de las penas. Su modelo republicano tiene como objetivo promover la libertad como no-dominación. Entiende que una persona es libre en tanto no se encuentra dominada por otros. Una persona domina a otra cuando tiene la capacidad de interferir sin costo, o con un costo significativamente bajo, en sus opciones, y cuando interfiere arbitrariamente¹⁵. La interferencia arbitraria puede ser privada –delito– o estatal –derecho injustificado–.

Partiendo del concepto de libertad como no-dominación, Pettit adopta, para la toma de decisiones colectiva, el modelo de democracia deliberativa débilmente republicana¹⁶. Defiende

¹¹ PETTIT, Philip y BRAITHWAITE John. *Not Just Deserts*. Oxford University Press, 1990, Oxford. DUFF A. *Punishment, Communication, and Community*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

¹² GARGARELLA, Roberto. «Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II)», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, n.º 1, septiembre 2007, pp. 101-116.

¹³ MARTÍ, José Luis. «The Republican Democratization of Criminal Law and Justice». *Legal Republicanism*, Oxford University Press 2009, p. 145.

¹⁴ PETTIT, Philip. *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós, 1997, Bs. As.

¹⁵ PETTIT, Philip. *On the people's terms*. Cambridge University Press, 2012, New York, p. 7.

¹⁶ MARTÍ, José Luis. «The Republican Democratization of Criminal Law and Justice». *Legal Republicanism*, Oxford University Press, 2009.

que este arreglo institucional tiene más posibilidades de evitar la dominación. Este modelo aporta a la promoción de la libertad como no dominación, desde que evita que intereses facciosos impulsen políticas que restrinjan la libertad de algún grupo o minoría. Evita, especialmente, la dominación de las mayorías. Las mayorías se forman con facilidad -sin dificultades se convierten en agentes reales, más que virtuales- y los agentes mayoritarios ejercen un poder más o menos arbitrario, a menos que se restrinja su voluntad¹⁷. Las leyes dejarían de representar una garantía segura frente a la interferencia arbitraria estatal si la democracia se redujera al apoyo mayoritario a un punto de vista.

Para que la democracia deliberativa promueva la libertad como no-dominación se exigen tres precondiciones. En primer lugar, una base de disputa que fomente la argumentación contra las decisiones públicas sin requerir algún grado de poder en el disputante. En segundo lugar, la inclusión de todos los sectores. Para que los diferentes grupos sean escuchados, las voces tienen que venir del sector representado. En tercer lugar, un foro adecuado para la disputa, es decir, canales institucionales idóneos para la recepción de quejas y disputas¹⁸.

La tercera precondición se vincula con la pregunta que guía este trabajo. Al referirse al foro de disputa adecuado, PETTIT argumenta que, en muchos casos, el debate popular arrojaría el peor resultado¹⁹. Por ejemplo, en el caso de la reforma penal, supondría la recepción de juicios de merecimiento incorrectos, conforme a la tendencia punitivista vigente en la comunidad. Por ello, las leyes más básicas e importantes no pueden estar sujetas a enmiendas mayoritarias expeditas²⁰. Aquel desequilibrio exige de la democracia con disputabilidad, que las quejas sean despolitizadas; y su audiencia, apartada del tumulto de la discusión popular, incluso del foro de debate parlamentario. Este diseño institucional serviría de resguardo frente a la dominación de las mayorías que privilegian las quejas irrazonables por sobre los intereses de los afectados por la norma en cuestión.

La preocupación de PETTIT por el populismo penal surge al identificar las dinámicas de indignación (*the outrage dynamic*) como obstáculos para el desarrollo de un debate racional. Para describir estos procesos, toma el modelo del historiador Oliver MacDonagh, en su explicación del aumento del estado administrativo británico en el s. XIX²¹. El modelo explica los tres elementos que entran en juego en la secuencia, luego de que la sociedad evidencia un mal emergente como nuevo y especialmente grave. En primer lugar, ese mal era expuesto, usualmente de una manera más o menos sensacionalista en los periódicos del s. XIX; la exposición del mal podía ser desencadenada por alguna catástrofe o quizás por el trabajo de un filántropo privado o un observador fortuito. En segundo lugar, la exposición del mal conducía a la indignación popular, esa indignación se unía con el creciente sentimiento humanitario del pueblo británico del s. XIX, a la luz del cual el mal aparecía como intolerable. Y por último, la indignación popular forzaba a los gobernantes a reaccionar, introduciendo iniciativas legislativas o administrativas diseñadas

¹⁷ PETTIT, Philip. *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós, 1997, Bs. As, p. 237.

¹⁸ Idem., p. 253.

¹⁹ Idem., p. 255.

²⁰ Idem., p. 339.

²¹ PETTIT, Philip. «Is Criminal Justice Politically feasible?». *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, 2002, pp. 427-450.

para hacer frente al mal. Esta reactividad del gobierno se debía, sin duda, al carácter cada vez más democrático del gobierno británico del s. XIX²².

Esta dinámica presenta sus particularidades cuando de derecho penal se trata. En cuanto al motivo de la exposición del mal, el caso descrito por MacDonagh, requiere la dedicación filantrópica de la sociedad o la investigación de un periodista. En el caso del derecho penal, el motivo principal consiste en el aumento de la audiencia. Por otro lado, cuando se trata de un mal penal resulta más fácil identificarse con la víctima. Mientras la indignación que emerge en respuesta a historias de trabajo infantil y condiciones laborales era conducida esencialmente por valores humanitarios –valores que todos creen que requieren ser fomentados–, la indignación impulsada por la exposición de un mal penal es comparativamente más instintiva y básica. Finalmente las autoridades públicas, para mantener su liderazgo se ven en la necesidad de reaccionar frente a la indignación popular mostrándose a sí mismos como indignados y comprometiéndose con los recursos a su disposición.

La descripción de PETTIT coincide con los procesos de reformas parciales al Código Penal Argentino anteriores al anteproyecto, especialmente, con el caso paradigmático de las leyes Blumberg. A partir del secuestro y homicidio de Axel Blumberg, seguido minuciosamente por los medios, se inició un movimiento para la modificación del Código Penal que tenía como objetivo el endurecimiento de las penas. Durante las masivas protestas organizadas por Juan Carlos Blumberg, se obtuvieron dos millones de firmas avalando un petitorio que contenía las reformas propuestas²³. Aunque la iniciativa popular está vedada en materia penal, el petitorio devino en proyectos de reforma impulsados por miembros del Congreso. El hecho de que diferentes referentes políticos reciban de manera personal a familiares de las víctimas, mostrando que se identifican con ellas y poniéndose a su disposición, es una práctica que confirma la reite-ración de la dinámica.

Conforme con su diagnóstico, Pettit propone que un organismo técnico ubicado por fuera del Congreso sea quien determine los montos de pena para cada clase de delito. Toma como modelo instituciones como los Bancos Centrales²⁴. Estas instituciones, aisladas de la influencia de las mayorías, adoptan políticas sin privilegiar demandas irrazonables, tratando todas las quejas con igual consideración. Sin embargo, desde el ideal político de libertad como no-dominación existen razones para oponerse a este elitismo penal. Estas razones son mencionadas por PETTIT como fundamentos de una de las tres precondiciones. Su modelo de democracia deliberativa exige que las voces, titulares de una queja o de una disputa, provengan del sector representado y no sean simplemente ecos de la simpatía del que las representa²⁵. De lo contrario, la posibilidad de disputa se convertiría en una opción dominada y los afectados, tanto las potenciales víctimas como los potenciales afectados por la ley penal, se encontrarían sujetos a la voluntad de los técnicos, que tendrían capacidad de interferir arbitrariamente en sus opciones.

²² Idem., p. 429.

²³ «El petitorio fue distribuido entre la gente que se agolpó masivamente frente al Congreso en reclamo de Justicia con el fin de obtener 2 millones de firmas para ser entregado esta noche a las autoridades legislativas» <http://www.lanacion.com.ar/588575-el-texto-completo-del-petitorio-de-juan-carlos-blumberg> («El texto completo del petitorio de Juan Carlos Blumberg», *La Nación*, 1 de abril de 2004).

²⁴ Idem.

²⁵ PETTIT, Philip. *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós, 1997, Bs. As, p. 56.

Por otro lado, nada garantiza que los técnicos no sigan intereses facciosos y terminen sancionando leyes igual o más punitivas que las que apoyarían las mayorías. Esto cobra sentido si se tiene en cuenta que, contrariamente a lo que se cree, las políticas punitivas identificadas como de «mano dura» fueron impulsadas por técnicos y luego adoptadas por las mayorías. Robinson presenta seis ejemplos que avalan esta afirmación²⁶. Alega que, cuando los parlamentos adoptaron este tipo de programas, lo hicieron no porque la comunidad viera estas normas como justas, sino simplemente porque expertos en el control del delito sugirieron a los legisladores que tales programas reducirían la delincuencia²⁷. Lo mismo ocurre en el caso argentino. Las reformas impulsadas por Blumberg contaron con el asesoramiento técnico del Manhattan Institute²⁸. Las propuestas llegaron desde los técnicos y luego recibieron apoyo popular.

Esta tendencia, que oscila entre una concepción precaria de democracia, identificada como la suma de un conjunto de opiniones irreflexivas, y la delegación en técnicos de la legislación penal, está presente en el caso argentino. Al comenzar el debate público sobre el anteproyecto de reforma del actual Código Penal, se impulsó una campaña para juntar firmas bajo la consigna «no al nuevo Código Penal»²⁹. Por otro lado, la tendencia punitivista apareció claramente influenciada por técnicos ajenos a la comunidad política argentina. Así, el líder de aquella campaña al mismo tiempo se reunía a analizar el anteproyecto con Rudolph Giuliani, ex alcalde de la ciudad de New York, reconocido por impulsar las políticas de «tolerancia cero» recepcionando instrucciones del Manhattan Institute³⁰.

Delegar en técnicos la decisión sobre cómo distribuir la responsabilidad penal no garantiza protección frente a leyes arbitrarias. En los hechos, los técnicos responden a diversos intereses, que no siempre se identifican con la promoción de la libertad. La propuesta de PETTIT también pasa por alto que una despolitización absoluta no es posible. Los técnicos, aún los que no actúan movidos por intereses facciosos, responden a una determinada formación académica que influye en sus decisiones. A pesar de la buena fe, se les dificultará comprender las demandas e intereses de quienes no pertenecen a su clase. Por el contrario, la deliberación en la que participan todos los sectores garantiza que las diferentes visiones sean consideradas.

Otras críticas pueden hacerse al enfoque de la democracia deliberativa débilmente republicana. En primer lugar, los ambientes democráticos no son causas suficientes del aumento de las penas. Los canales y tipos de información, y la cultura informativa en general, parecen ser una explicación más apropiada para la diversidad en las reclamaciones y el castigo de las

²⁶ ROBINSON (2012b) pone como ejemplos la doctrina *Three strikes*, el aumento de las penas en delitos vinculados con las drogas para aumentar la disuasión, la baja de la edad de imputabilidad, eliminación de la eximente de anomalía psíquica, la incorporación de delitos de responsabilidad objetiva, la regla de homicidio con ocasión de un delito grave (*felony-murder rule*) cuando no exige algún elemento subjetivo para vincular la muerte.

²⁷ ROBINSON, Paul. «El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena». *Constitución y Sistema Penal*, Mir Puig et al., Marcial Pons, Madrid, 2012b, p. 56.

²⁸ El Manhattan Institute for Policy Research (rebautizado en 1981 en el Centro Internacional de Estudios de Política Económica) es un think tank conservador estadounidense fundado en la ciudad de Nueva York en 1978 por Antony Fisher y William J. Casey. La organización describe su misión como «desarrollar y difundir nuevas ideas que promuevan una mayor libertad económica y responsabilidad individual».

²⁹ Las consignas de la campaña se encuentran disponibles en: <http://noalnuevocodigopenal.org>. También en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-241722-2014-03-13.html>

³⁰ Sobre la reunión: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-243005-2014-03-30.html> («Furia», *Página 12*, 30 de marzo de 2014).

personas. En segundo lugar, no hay información seria acerca de los intereses de los ciudadanos. Las encuestas de opinión tienen serios problemas metodológicos, simplifican los problemas y brindan información insuficiente o sesgada. En tercer lugar, nada garantiza que los parlamentos, en ocasión del desarrollo del proceso de indignación, escuchen o sigan las sugerencias de los técnicos. Finalmente, no se explica por qué esta restricción a la democracia está pensada sólo para el derecho penal y no se aplica a otras áreas del derecho que incluso abordan asuntos más técnicos³¹.

Rechazar la propuesta de Pettit no supone abandonar la preocupación por las mayorías punitivas que impulsan leyes penales arbitrarias. Abre la puerta a que la «dinámica de indignación» analizada puede ser desarticulada sin recurrir a restricciones a la democracia deliberativa, sino más bien mediante la profundización del modelo de democracia deliberativa republicana.

IV. EL ENFOQUE DE LA CREDIBILIDAD MORAL

En el otro extremo de la recta y en oposición al elitismo penal encontramos una variante del populismo penal. Para este último, la toma de decisiones públicas debería ser una función sin mediación de los deseos populares, las preferencias, las sensaciones o sentimientos³². El enfoque de la credibilidad moral encuentra en esta forma política un medio para promover la obediencia, es decir, la disminución de la interferencia arbitraria proveniente del delito.

Conforme a este enfoque, la reforma del Código Penal debe receptar los juicios de merecimiento compartidos por la comunidad. Se debe tener en cuenta la existencia de estas intuiciones compartidas a la hora de crear las normas jurídico-penales³³. En consecuencia, la reforma debe receptar los juicios de «merecimiento empírico», es decir, el merecimiento conforme a las intuiciones sobre la justicia de una comunidad. La reforma puede desviarse de los juicios compartidos, excepcionalmente, siempre y cuando se ofrezca una explicación³⁴.

Para ROBINSON, la receptación de los puntos de vista sobre la justicia de la comunidad consolida la credibilidad moral del Sistema de Justicia Penal, lo que permite a éste aprovechar su influencia social y normativa para prevenir delitos³⁵. El aumento de la credibilidad moral en el Sistema Penal tiene como objetivo potenciar su capacidad disuasoria a partir de la influencia social. Estudios recientes han demostrado que una disminución marginal de la credibilidad produce una disminución marginal de la deferencia³⁶. Es decir que, a medida que aumenta la credibilidad moral del sistema, aumenta la deferencia como consecuencia de la mejora en la reputación de un particular Derecho Penal para hacer justicia y evitar la injusticia.

³¹ MARTÍ, José Luis. «The Republican Democratization of Criminal Law and Justice». *Legal Republicanism*. Oxford University Press, 2009, pp. 140 y ss.

³² Idem., p. 134.

³³ ROBINSON, Paul. «El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena». *Constitución y Sistema Penal*, Mir Puig et al., Marcial Pons, Madrid, 2012b, p. 52.

³⁴ ROBINSON, Paul. *Principios distributivos del derecho penal: a quién debe sancionarse en qué medida*. Marcial Pons, Madrid, 2012a.

³⁵ ROBINSON, Paul. «El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena». *Constitución y Sistema Penal*, Mir Puig et al., Marcial Pons, Madrid, 2012b, p. 46.

³⁶ Idem., p. 43.

Para el enfoque de la credibilidad moral, la gente recurriría al derecho penal como fuente creíble de información moral, si éste refleja las reglas sobre distribución de la responsabilidad penal que la comunidad acepta. Es decir, aquellos juicios de merecimiento que la comunidad cree que son los correctos. En consecuencia, el enfoque promueve la obediencia a partir de un proceso complejo que excede la mera coincidencia entre los juicios comunitarios y los juicios contenidos en la ley penal. Es necesario que la gente crea que ese derecho penal en particular cumple tal papel. Una explicación del proceso mediante el que se afianza la credibilidad moral puede estar vinculada al autogobierno. Si los juicios de merecimiento de la ley penal se asemejan a los juicios de la comunidad, es probable que ésta vea la ley penal como propia. Otra explicación es que es probable que las personas acepten esa ley penal como correcta, pues creemos que nuestros juicios son correctos. Ambas explicaciones no serían excluyentes.

Debe tenerse en cuenta que los juicios que considera ROBINSON, por un lado, se vinculan a casos abstractos. Las intuiciones no deben extraerse de la opinión de la ciudadanía sobre casos concretos, pues los juicios se ven sesgados por prejuicios y juicios sobre hechos subyacentes como la moral privada de los involucrados, la clase, etc. Por otro lado, no se refieren a la pena concreta para cada infracción. La ciudadanía no comparte una idea sobre la cantidad total de pena que merece un delito. Algunos tienden a ser más duros que otros en sus gustos punitivos. Lo que la gente comparte es una idea sobre la culpabilidad relativa de diferentes casos³⁷.

Una ventaja del enfoque es que, para prevenir delitos, no necesita modificar el mecanismo disuasorio. Entonces, para prevenir el delito no es necesario aumentar la amenaza penal, sino reforzar la credibilidad de la comunidad en el derecho penal a través de la recepción de los juicios de merecimiento que los ciudadanos comparten. Cuando una comunidad no comparte los juicios de merecimiento del derecho penal, la razón por la que se conforma a la norma se reduce a la coacción. Cuando la coacción desaparece los ciudadanos dejan de seguir la norma³⁸.

En sus investigaciones empíricas, ROBINSON y DARLEY³⁹ muestran que los efectos del enfoque de la prevención general negativa no son positivos y que ésta sólo puede funcionar en circunstancias que no se encuentran en las sociedades reales. Es decir que el impacto en el nivel de delitos de una política de aumento de las penas es nulo. Lo mismo ocurre con otras políticas que, aunque no suponen el aumento de las penas, están vinculadas al enfoque de la disuasión. Tal como la doctrina de la prevención situacional, que intenta dificultar la comisión de delitos a través del reforzamiento de los controles policiales.

En síntesis, el enfoque de la credibilidad moral presenta ventajas que ambas partes del debate sobre la reforma del Código Penal estarían dispuestas a aceptar. En primer lugar, un derecho penal que goza de credibilidad moral potencia la capacidad de la pena, sin necesidad de aumentar la coacción. En segundo lugar, lleva a que las personas estén menos dispuestas a hacer

³⁷ *Idem.*, p. 41.

³⁸ Esto se ve, por ejemplo, cuando una huelga policial lleva al aumento exponencial del delito <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-235048-2013-12-05.html> («La noche en que Córdoba vivió en peligro», *Página 12*, 5 de diciembre de 2013).

³⁹ ROBINSON, Paul y DARLEY, John. *Intuitions of justice: Implications for criminal law and justice policy*. *Work in Progress*.

justicia por mano propia, desde que confían en la justicia penal⁴⁰. Por otra parte, el modelo disminuye los riesgos de resistencia y subversión que provocan los regímenes penales injustos que se asientan en la mera coacción. Finalmente, la mayor credibilidad en el sistema penal provoca que los ciudadanos interioricen las normas y potencia la capacidad de configuración de una vida en comunidad sin delitos.

Las críticas a este enfoque son tres⁴¹. La primera sostiene que las nociones de merecimiento son inevitablemente vagas. El merecimiento no puede identificar cantidades de penas sino sólo una gama de sanciones que no se aplicarían al caso por ser extremadamente desproporcionadas. ROBINSON desestima tal crítica afirmando que se apoya en una confusión entre las exigencias del merecimiento, a saber, las penas en concreto, y las intuiciones de las personas sobre el merecimiento. Lo que los críticos ven como vaguedad no deriva de la incertidumbre sobre la clasificación ordinal de los delitos, sino sobre el máximo del sistema de penas adoptado por las sociedades. En el caso del anteproyecto, se establece como máximo la pena de 30 años de prisión.

La segunda crítica se refiere a la imposibilidad de encontrar intuiciones compartidas sobre el merecimiento. ROBINSON responde a esta crítica citando evidencia empírica que confirma que existen intuiciones ampliamente compartidas, por lo menos sobre un núcleo de conductas⁴². El caso argentino no es una excepción. Existe un consenso sobre cuáles son las conductas que deben estar prohibidas, en tanto no se quiere sufrir esa clase de interferencias, aunque el acuerdo se vuelve más débil cuando se aleja del núcleo. Por otro lado, no existe acuerdo sobre las penas en concreto y los límites de la intervención penal.

La tercera crítica, y la mayor debilidad de la propuesta, es su incapacidad para resolver el problema de la ceguera de la comunidad frente a la injusticia⁴³. Esta objeción da cuenta de los casos en que los juicios vigentes en la comunidad son incorrectos. La ceguera de la comunidad frente a la injusticia promoverá la interferencia arbitraria estatal. Aunque el enfoque supone una disminución de la interferencia estatal desde que no recurre al aumento de la coacción con fines preventivos, su operativización puede significar el aumento de la interferencia arbitraria estatal a través de un derecho penal formado por juicios de merecimiento incorrectos. En este sentido, el enfoque privilegia el objetivo de disminuir la interferencia arbitraria proveniente del delito desatendiendo la interferencia arbitraria estatal. Robinson deja sin resolver esta objeción limitándose a instar a una reflexión atenta por parte de la comunidad y sus líderes respecto de la posibilidad de que existan tales errores morales, quizás alentándoles para que consulten con los filósofos morales, quienes, en efecto, han reflexionado intensamente sobre las cuestiones a

⁴⁰ Téngase en cuenta casos como el de Bolivia que ocupa el segundo lugar de Latinoamérica, tras Guatemala, en ejecuciones públicas por cuenta propia. Entre 2005 y el primer semestre de 2013 se registraron 190 muertes en Bolivia por linchamiento: http://internacional.elpais.com/internacional/2014/04/01/actualidad/1396313192_411524.html («La justicia del miedo», *El País*, 1 de abril de 2014).

Este panorama amenaza ahora a la sociedad argentina y ha cobrado relevancia pública en oportunidad de discutirse la reforma del Código Penal.

⁴¹ ROBINSON, Paul. «El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena». *Constitución y Sistema Penal*, Mir Puig et al., Marcial Pons, Madrid, 2012b.

⁴² ROBINSON, Paul. «Intuitions of justice: implications for criminal law and justice policy». *Southern California Law Review*, vol. 81, n.º 1, pp. 1-68.

⁴³ ROBINSON, Paul. *Principios distributivos del derecho penal: a quién debe sancionarse en qué medida*. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 280

tratar, y comprobar si esa disciplina puede contribuir con aportaciones útiles al debate público (ROBINSON, 2012a, p. 280).

V. LA CRÍTICA DE MARCELO FERRANTE AL ENFOQUE DE LA CREDIBILIDAD MORAL

En su artículo *Community Views and Criminal Law Reform*, FERRANTE⁴⁴ realiza una crítica al enfoque de la credibilidad moral en tres pasos. En primer lugar, afirma que el enfoque se basa en presupuestos empíricos débiles. En segundo lugar, remarca el déficit ético de la propuesta. Y en tercer lugar, la acusa de un déficit democrático.

La primera crítica afirma que el enfoque se basa en una exageración del anti-respeto como consecuencia de la pérdida de credibilidad en un derecho penal que no refleja los juicios de merecimiento empírico. Reconoce que es la crítica más débil, desde que depende de datos empíricos concretos que aún no están disponibles. En apoyo a su crítica, cita investigaciones de psicología social que afirman que, generalmente, las personas se abstienen de cometer delitos por razones morales y no por razones prudenciales como el temor de ser sancionado⁴⁵. Esas razones morales abarcan dos clases de juicios, una recae sobre la corrección del contenido de las prohibiciones penales, la otra sobre la legitimidad de las autoridades para imponer penas y hacer cumplir las reglas. Pero es principalmente la legitimidad de las autoridades, en cuanto a los procedimientos imparciales que adoptan para la toma de decisiones, lo que promueve la obediencia. En consecuencia, es poco probable que una reforma penal que no refleje los juicios de merecimiento compartidos provoque un estado de incumplimiento generalizado, siempre y cuando las autoridades y el procedimiento de reforma del Código Penal sean legítimos.

La crítica parece desconocer que en algunas sociedades, como la argentina, los ciudadanos están más comprometidos con la idea según la cual la legitimidad de las decisiones depende del grado de consideración de sus juicios. En sociedades donde la participación política se ha extendido, la legitimidad de las leyes no se satisface con la elección de las autoridades. Prueba de ello son las exigencias de mayor debate sobre las leyes a sancionarse, la crítica a tales leyes cuando ello no ocurre, la creación de organizaciones y asociaciones que intentan tener algún grado de influencia sobre la legislación, las iniciativas legislativas populares, etc.

La segunda crítica considera que el enfoque presupone una actitud éticamente reprochable de parte del legislador que lo haga operativo. Tomar en consideración los juicios compartidos por la comunidad para la distribución de la responsabilidad penal con la finalidad de aumentar las tasas de cumplimiento implicaría una especie de engaño. El engaño recaería en la empresa de la que los ciudadanos creen estar participando. Para ellos, los ciudadanos, el juego que se está jugando al adoptar esa regla es el de la institucionalización de la retribución del merecimiento de castigo⁴⁶. Los funcionarios, en cambio, no participan en ese juego sino en otro: el de la obten-

⁴⁴ FERRANTE, Marcelo. «Community Views and Criminal Law Reform». *Revista Jurídica U.P.R.*, n.º 77, 2008, pp. 459-485.

⁴⁵ TYLER, Tom. *Why People Obey the Law*. Yale University Press, New Haven, 1990.

⁴⁶ FERRANTE, Marcelo. «Community Views and Criminal Law Reform». *Revista Jurídica U.P.R.*, n.º 77, 2008, p. 15.

ción de obediencia, y es parte de su estrategia de juego hacer que los ciudadanos creen que están jugando a la institucionalización de la retribución de merecimiento.

Por otro lado, FERRANTE mantiene que el hecho de que los funcionarios adopten reglas de distribución de la responsabilidad penal que coinciden con las creencias morales populares no es el fundamento del juicio por el cual los ciudadanos le asignan credibilidad moral al derecho. El derecho será moralmente creíble si, por la razón que sea, sus reglas son digamos, moralmente «verdaderas» –correctas– (o al menos tienden a serlo con una frecuencia distintivamente alta). Lo que puede hacer a estas reglas jurídicas reglas moralmente verdaderas –correctas– no es el hecho de que los ciudadanos las creen verdaderas –correctas–⁴⁷. Continúa diciendo que lo que puede hacer que el derecho sea, para estos ciudadanos, moralmente creíble, es la creencia de que los funcionarios que lo producen, por alguna razón, están distintivamente cerca de la «verdad moral» (o al menos, más cerca de lo que ellos están)⁴⁸. Sin embargo, lo que harían los legisladores que adscribieran al enfoque no sería intentar descubrir los juicios morales correctos, sino recabar los juicios de merecimiento empíricos vigentes en la comunidad. Este es otro aspecto del engaño.

Aunque FERRANTE considera que existen engaños que pueden estar justificados, en el caso de no existir una alternativa disponible; esto no ocurre para el caso del enfoque de la credibilidad moral. Ello se debe a que, en este enfoque, sí existe una alternativa disponible. La alternativa consistiría en que los funcionarios efectivamente jugaran al juego de la institucionalización de la retribución del merecimiento de castigo, en lugar de sólo aparentar jugarlo⁴⁹. ¿Cómo harían esto? Abandonando el procedimiento consistente en trasladar los juicios morales sobre el merecimiento de la comunidad a las leyes penales. En lugar de ello, a través de la deliberación entre funcionarios, la reforma debería reflejar los juicios de merecimiento verdaderos, o que tienen mayores probabilidades de ser verdaderos. Estos juicios pueden o no coincidir con los juicios compartidos por la comunidad. Aún cuando el resultado al que arriben los legisladores no coincida con las intuiciones populares, esto no se traducirá en un aumento de las tasas de incumplimiento. La tasa de incumplimiento no variará, desde que la credibilidad del Sistema Penal depende, en mayor medida, de la legitimidad del proceso de reforma penal.

Para que esta crítica, basada en el argumento del engaño, debilite la posición de Robinson, debe probarse que el engaño es una condición necesaria para la operativización del enfoque. Sin embargo, las condiciones que hacen necesaria la manipulación son contingentes. La manipulación se torna necesaria cuando la realidad social aparece diferente a la elite utilitarista que a los gobernados⁵⁰. Esto hace que la manipulación funcione en sociedades desiguales y jerárquicas. De ello se sigue la necesidad de instituciones más coactivas para sostenerse. No obstante la existencia de una élite utilitarista no es un hecho natural o algo que ocurre como consecuencia del azar. La existencia de una elite utilitarista es una consecuencia de las instituciones existentes. Son ellas las que se encargan de distribuir influencia política en la toma de decisiones colectivas y se encargan de promover, o no, la calidad de la participación.

⁴⁷ Idem., p. 16.

⁴⁸ Idem., p. 16.

⁴⁹ Idem., p. 21.

⁵⁰ WILLIAMS, Bernard. «Una crítica del utilitarismo». Smart J. y Williams B., *Utilitarismo: pro y contra*, Tecnos, Madrid, 1981, p. 150.

Según la crítica de FERRANTE, el engaño es necesario para hacer operativo este enfoque. El cual no funcionaría si la gente supiera que la adopción de los juicios de merecimiento en la ley penal no responde a que son los correctos, sino al interés en promover la obediencia. Quienes hacen los juicios de merecimiento lo hacen preguntándose sobre si están justificados o no, no sobre si serán eficaces. Esto es correcto sólo si aceptamos una premisa implícita de carácter empírico, que difícilmente sea verdadera en el caso argentino. Esta premisa afirmaría que la ciudadanía cree que los legisladores tienen mayor capacidad epistémica para conocer los juicios de merecimiento correctos. En consecuencia, para aceptar la crítica de FERRANTE, deberíamos admitir que la ciudadanía comparte una visión elitista de democracia deliberativa. Sólo si aceptamos esta premisa, el engaño se vuelve necesario para la credibilidad y, en consecuencia, el cumplimiento de las normas penales. Sin embargo, no está probado que esto sea así. En sociedades en que los ciudadanos demandan una mayor influencia en la toma de decisiones colectivas, tal premisa probablemente resulte falsa. En el caso argentino, es simple identificar esto, si tenemos en cuenta que la primera reacción frente al delito es la auto-organización y la iniciativa legislativa popular que, aunque está constitucionalmente vedada, se manifiesta en los hechos. Por otro lado, la crítica conlleva aceptar que los ciudadanos no tienen la capacidad requerida para realizar juicios independientes sobre lo que es correcto (el castigo basado en el merecimiento) y lo bueno (promover la obediencia o disminuir el nivel de interferencia arbitraria proveniente del delito).

La tercera crítica afirma que el enfoque de la credibilidad moral conlleva un proceso deliberativo limitado, desde que los legisladores reciben los juicios comunitarios actuando como mandatarios que deben traducirlos en normas penales. En consecuencia, los legisladores desaprovecharían los beneficios epistémicos de la democracia deliberativa. La propuesta del enfoque de la credibilidad moral, al exigir un proceso de decisión basado en la puesta en escena de una deliberación falsa, presupone así una democracia intencionalmente pobre en la dimensión de su valor epistémico⁵¹. Pero esta crítica sólo funciona si aceptamos que el proceso de deliberación debe circunscribirse a los representantes.

Las críticas segunda y tercera de FERRANTE al enfoque de la credibilidad moral se basan en una concepción elitista de la democracia deliberativa, en tanto que el engaño sólo es necesario si los miembros de la comunidad creen que los legisladores tienen mayor capacidad epistémica y la deliberación debe ser fingida sólo si se limita al ámbito reducido de los representantes. David ESTLUND, que ha analizado cuidadosamente esta posición, a la que denomina autoritarismo epistémico normativo, señala que se fundamenta en tres tesis: 1) La tesis cognitiva: las pretensiones políticas normativas (al menos a menudo) son verdaderas o falsas; 2) La tesis epistémica elitista: algunas (relativamente pocas) personas pueden conocer la verdad (corrección) política normativa mucho mejor que las demás; 3) La tesis autoritaria: el conocimiento político normativo de aquellos que lo poseen es una poderosa razón moral para concederles el poder político⁵².

En ambas críticas, FERRANTE omite una alternativa al engaño que garantizaría, como efecto principal, que los juicios de merecimiento sean con mayor probabilidad verdaderos y, como efecto secundario, que estos reflejen los juicios comunitarios. La alternativa consiste en un

⁵¹ FERRANTE, Marcelo. «Community Views and Criminal Law Reform». *Revista Jurídica U.P.R.*, n.º 77, 2008, p. 25.

⁵² MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2006, p. 53.

modelo de democracia deliberativa propia del republicanismo fuertemente democrático⁵³. Esta concepción no elitista de la democracia deliberativa parte de negar la tesis epistémica elitista. La concepción republicana de democracia deliberativa, a diferencia de la elitista, propone convertir la deliberación política en pública, incentivando no sólo mecanismos institucionalizados de participación deliberativa de la ciudadanía que complementen a las estructuras representativas existentes, sino también la deliberación informal y no institucionalizada que tiene lugar en la esfera de forma difusa pero constante⁵⁴.

VI. RECAPITULACIÓN DE LAS FORTALEZAS Y DEBILIDADES DE LOS TRES ENFOQUES

Las propuestas analizadas poseen serias limitaciones para promover la disminución de la interferencia arbitraria. En este sentido, no pueden satisfacer las dos demandas predominantes en el debate, tanto la disminución de los niveles del delito como de la interferencia arbitraria estatal. El elitismo penal de PETTIT promete leyes penales no arbitrarias. Pero, al delegar la legislación penal en técnicos, supone, en primer lugar, la posibilidad de que éstos sancionen leyes arbitrarias y, en segundo lugar, el aumento de la desobediencia –interferencia arbitraria privada– cuando la visión de los técnicos resulte distinta a la visión popular, en consecuencia, los ciudadanos dejarían de ver en el Derecho Penal una fuente de información moral. El enfoque de la credibilidad moral de ROBINSON garantiza el aumento de la obediencia –disminución de la interferencia arbitraria proveniente del delito–pero supone el riesgo de un Derecho Penal que contenga juicios de merecimiento incorrectos –interferencia arbitraria estatal–. La crítica de FERRANTE hace hincapié en el valor epistémico de la deliberación para obtener juicios de merecimiento correctos, pero dado que se apoya en la tesis epistémica elitista, la limita a los funcionarios. En una comunidad donde la tesis epistémica elitista no es aceptada, difícilmente sea admitida una reforma que refleje únicamente los juicios de merecimiento que sea producto de la deliberación razonada entre funcionarios. Esta falta de aceptación se traduciría en el aumento de la desobediencia –interferencia arbitraria proveniente del delito– consistente, sobre todo, en la proliferación de casos de linchamientos u homicidios de presuntos autores de delitos.

La insuficiencia de los enfoques para satisfacer las demandas presentes en la comunidad, tanto la disminución de la interferencia arbitraria estatal como de la interferencia arbitraria privada, puede ser superada por el modelo de democracia deliberativa del republicanismo fuertemente democrático. Aunque este modelo apoya la idea de autogobierno y la plena participación en la toma de decisiones públicas por razones intrínsecas –el ejercicio de la autonomía pública y la igualdad política básica entre todos los ciudadanos–, también se compromete con la dimensión epistémica de los procedimientos públicos de toma de decisión, con la racionalidad y razonabilidad de los resultados y con la calidad de la participación⁵⁵. La democracia deliberativa, por su valor epistémico, garantiza que las decisiones colectivas sean correctas con mayor probabilidad. De tal manera, disminuye la interferencia arbitraria estatal, que tiene lugar a través de un Derecho Penal basado en juicios de merecimiento incorrectos. Hasta aquí, la propuesta de MARTÍ no da cuenta de la disminución de la interferencia arbitraria proveniente del delito.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem., p. 242.

⁵⁵ Idem., p. 145.

Lo que pasa por alto es una ventaja adicional de su propuesta. El modelo de democracia deliberativa del republicanismo fuertemente democrático, como efecto secundario, provee una ventaja causal: garantiza que la ley penal refleje los juicios comunitarios de merecimiento a partir de la ampliación de la deliberación a toda la comunidad. De tal manera, causaría la disminución de la interferencia arbitraria proveniente del delito, como prevé el enfoque de la credibilidad moral.

Los arreglos institucionales de la democracia deliberativa del republicanismo fuertemente democrático se centran en cuatro estrategias generales: 1) la creación de mecanismos institucionales de participación y deliberación directa; 2) *la protección, promoción y regulación de los espacios no institucionales de deliberación pública masiva* bajo el fortalecimiento de la esfera pública; 3) la incorporación de elementos que hagan más abierta y responsable (*accountable*) la toma de decisiones y que fortalezcan su calidad deliberativa; 4) la adopción de medidas encaminadas a desarrollar la cultura política y democrática de la ciudadanía, que posibiliten una participación responsable y de calidad⁵⁶.

VIII. CONCLUSIÓN

Como surge del debate sobre la reforma del Código Penal existe un interés compartido en disminuir la interferencia arbitraria. Sin embargo, se pueden identificar dos posiciones que demandan la disminución de la interferencia arbitraria proveniente del delito y la disminución de la interferencia arbitraria estatal. Las propuestas teóricas analizadas se caracterizan por privilegiar alguna de ambas demandas.

La democracia deliberativa del republicanismo fuertemente democrático puede responder a ambas demandas. Por un lado, proveyendo los juicios de merecimiento correctos –disminución de la interferencia arbitraria estatal– gracias al valor epistémico de la deliberación. Por otro lado, promoviendo la obediencia –disminución del delito– desde que la ampliación de la deliberación a la ciudadanía permite que el Derecho Penal refleje los juicios de merecimiento vigentes en la comunidad. Sin embargo, tales ventajas se ven atemperadas en sociedades desiguales. En estos casos, la reforma sólo puede promover la disminución de la interferencia arbitraria estatal y evitar que tal disminución se traduzca en el aumento de la desobediencia proveniente de linchamientos y homicidios a potenciales infractores, mientras que el nivel de interferencia en los otros casos –otros delitos– se mantendría igual.

BIBLIOGRAFÍA

- DUFF, A. (2001), *Punishment, Communication, and Community*, Oxford: Oxford University Press.
- FERRANTE, M. (2008), «Community Views and Criminal Law Reform», *Revista Jurídica U.P.R.*, n.º 77, p. 459.
- GARGARELLA, R. (2007), «Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad» (II), *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, n. 1, septiembre 2007, pp. 101-116.
- . (2012), «Injusticia Penal, Injusticia Social», en *El castigo penal en sociedades desiguales*, Miño y Dávila editores, Buenos Aires.

⁵⁶ Idem., p. 243.

- GARLAND, D. (2005), *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona.
- HART, H. L. A. (1968), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford.
- MARTÍ, J. L. (2006), *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.
- . (2009), «The Republican Democratization of Criminal Law and Justice» en *Legal Republicanism*, Oxford University Press.
- NINO, C. (1980), *Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito*, Astrea.
- . (2007), «La relevancia moral epistémica de la democracia» en *Los escritos de Carlos Nino, Derecho, Moral y Política*, T. II, Gedisa, Buenos Aires.
- NUSBAUM, M. (2006), *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Katz, Buenos Aires.
- . (2003), «Compassion & Terror», *Daedalus*, vol. 132, n.º 1, winter 2003, pp. 10-26.
- PETTIT, P. (1997a), «Republican Theory and Criminal Punishment», *Utilitas*, vol. 9, pp. 59-79.
- . (1997b), *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós, Bs. As.
- . (2002), «Is Criminal Justice Politically feasible?», *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, p. 427.
- . (2012), *On the people's terms*, Cambridge University Press, New York.
- PETTIT, P. y BRAITHWAITE, J. (1990), *Not Just Deserts*, Oxford University Press, Oxford.
- RAWLS, J. (1967), «Two Concepts of Rules», en Philippa Foot (ed.), *Theories of Ethics*, Oxford University Press, Oxford.
- ROBINSON, P. y DARLEY, J. (1995), *Justice, Liability & Blame. Community Views and the Criminal Law*, Westview Press, Boulder.
- . (2007), «Intuitions of justice: implications for criminal law and justice policy», *Southern California Law Review*, vol. 81, n.º 1, pp. 1-68.
- ROBINSON, P. (2012a), *Principios distributivos del derecho penal: a quién debe sancionarse en qué medida*, Marcial Pons, Madrid.
- ROBINSON, P. (2012b), «El papel que corresponde a la comunidad en la determinación de la responsabilidad penal y de la pena», en *Constitución y Sistema Penal*, MIR PUIG et al., Marcial Pons, Madrid.
- WILLIAMS, B. (1981), «Una crítica del utilitarismo», en Smart J. y Williams B., *Utilitarismo: pro y contra*, Tecnos, Madrid.
- SELEME, H. (2010), «La legitimidad como autoría», *Revista brasileira de filosofia*, RBF 234.
- SUNSTEIN, C. (2010), *Leyes de miedo*, Katz, Buenos Aires.
- TYLER, T. (1990), *Why People Obey the Law*, Yale University Press, New Haven.
- ZAFFARONI, E. R. (1989), *En busca de las penas perdidas: deslegitimación dogmática jurídico-penal*, Ediar, Buenos Aires.
- . (2009), «El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente», *Pensamiento Penal*, publicación en línea disponible en <http://new.pensamientopenal.com.ar/01062010/doctrina03.pdf>.

AQUILAFUENTE, 248



**UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA**
CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



**800 AÑOS
1218-2018**

Organizan:

-  CISE
Ciencias de la Seguridad
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
-  UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
Area de Derecho Penal
-  La Opinión
Telefónica

Colaboran:

-  Universidad del Rosario
360 D.D.S.
-  OCOT
OBSERVATORIO DE CRIMINALIDAD ORGANIZATIVA TRANSNACIONAL
-  UNIVERSIDAD NACIONAL SAN MARCOS
-  Universidad Nacional
Federico Villarreal
-  IBADPP
Instituto Baldo de Derecho Procesal Penal
-  UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO
-  Uptc
Universidad Pedagógica y
Tecnológica de Colombia
-  FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
-  INSTITUTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS
-  DEREITO
Instituto de Ciencias Penales
-  INCI PP
Instituto de Ciencias Penales
-  UNIVERSIDAD DE CÁDIZ
-  UNIVERSIDAD DE SEVILLA
-  UNIVERSIDAD DE VALENCIA