

ISSN 2007-4700

# Revista

de  
arte  
y  
cultura  
mexicana

MÉXICO

Número 5 • Septiembre 2013



Universidad de Salamanca



# Revista

---

L  
a  
C  
e  
n  
t

MÉXICO

Número 5 • Septiembre  
de 2013-febrero de 2014



Cátedra de Derechos Humanos  
**Manuel de Lardizábal**



Universidad  
de Huelva



**INACIPE**



José Guadalupe Posada,  
*Horrrible asesinato. Espantoso parricidio*, s.f.  
 Zincografía  
 Colección Museo Nacional de la Estampa,  
 CONACULTA-INBA



**CONACULTA**

Horrible y horrible en grado extraordinario es lo que está pasando en nuestro país. En el cerclito de los que tienen más de 100 mil pesos al mes de renta, se componen al saber las infamias humanas que se están cometiendo, más enfermerías que el mismo Bernardo, patrón de los asesinos, no se hubiera podido imaginar. Es el caso el siguiente:

En el caso de Zapotiltic, una localidad nos informan del reciente hecho que puede indignar aun al más depravado de los sentimientos humanos.

Algunos de los días de la semana pasada, Bernardo Manrique, asesino de la madre más infame a su acusado pa-

dres es decir, al autor de tan doloroso de este horrores atestados no lo ha podido investigar ni los vecinos ni las autoridades, ni las más altas autoridades, por más preguntas que se hacen. Algunos días después, cuando ya se atrajo, le daba a su padre el tratamiento más lejano que se pueda imaginar, y al finalizar el procedimiento de respeto trajinaba a su padre de la mano para que lo llevase a su casa.

[Qui] sería la causa de tan horribles asesinatos? No lo sé, pero parece ser que es la pobreza, el desamparo, el furor, sobre todo el desenfreno padres que no tienen donde vivir, que no tienen trabajo, que no tienen nada. Baladas en todo el cuerpo hasta verla expirar. Este asesinato lo cometió den-

REVISTA PENAL MÉXICO, año 2, núm. 5, es una publicación semestral editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe) a través de la Dirección de Publicaciones, Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Del. Tlalpan, C.P. 14000, México, D.F., Tel. 5487 1571, página web: [www.inacipe.gob.mx](http://www.inacipe.gob.mx), e-mail: [publicaciones@inacipe.gob.mx](mailto:publicaciones@inacipe.gob.mx), y la Universidad de Huelva. Dr. Cantero Cuadrado, 6. 21071 Huelva, España. Editores responsables: Juan Carlos Ferré Olivé y Rafael Estrada Michel. Reserva de Derechos al Título Exclusivo núm. 04-2012-042012493900-102; ISSN: 2007-4700. Certificado de Licitud de Título y Contenido: 15411. Impresión por Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A. de C.V. (IEPSA), av. San Lorenzo núm. 244, Col. Paraje San Juan, Del. Iztapalapa, C.P. 09830, México, D.F.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura de los editores de esta publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación, sin previa autorización del Instituto Nacional del Derecho de Autor.

# Revista

DIRECTORIO DEL INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

JESÚS MURILLO KARAM  
*Procurador General de la República  
y Presidente de la H. Junta de Gobierno del Inacipe*

MARIANA BENÍTEZ TIBURCIO  
*Subprocuradora Jurídica y de Asuntos Internacionales de la PGR  
y Secretaria Técnica de la H. Junta de Gobierno del Inacipe*

RAFAEL ESTRADA MICHEL  
*Director General  
del Instituto Nacional de Ciencias Penales*

ALEJANDRO PORTE PETIT  
*Encargado de la Secretaría General Académica*

JORGE MARTÍNEZ IGLESIAS  
*Encargado de la Secretaría General de Extensión*

MARYSOL MORÁN BLANCO  
*Encargada de la Dirección de Publicaciones*

I  
n  
a  
c  
i  
p  
e  
P  
e  
n  
a  
l  
MÉXICO

Número 5 • Septiembre  
de 2013-febrero de 2014

## DIRECTORIO DE LA REVISTA PENAL MÉXICO

### CODIRECTORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ

*Universidad de Huelva*

RAFAEL ESTRADA MICHEL

*Director General del Inacipe*

### COMITÉ CIENTÍFICO

KAI AMBOS

*Universidad Georg August de Gotinga*

LUIS ARROYO ZAPATERO

*Universidad de Castilla-La Mancha*

ANDRÉS BAYTELMAN

*Baytelman Legal. Fraud, Forensics and Compliance*

MARIANA BENÍTEZ TIBURCIO

*Procuraduría General de la República*

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

*Universidad de Salamanca*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Suprema Corte de Justicia de la Nación*

LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO

*Instituto Ciudadano de Estudios Sobre la Inseguridad, A.C.*

ENRIQUE DÍAZ-ARANDA

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

JAVIER DONDÉ MATUTE

*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

PABLO GALAIN PALERMO

*Instituto Max Planck para el Derecho Penal  
Extranjero e Internacional*

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO

*Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, A.C.*

OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL

*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Universidad Pablo de Olavide*

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO

*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA

*Comisión Nacional de los Derechos Humanos*

CLAUS ROXIN

*Universidad de Múnich*

ULRICH SIEBER

*Instituto Max Planck para el Derecho Penal  
Extranjero e Internacional*

MANUEL VIDURRI ARÉCHIGA

*Universidad de Guanajuato*

JESÚS ZAMORA PIERCE

*Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.*

### CONSEJO DE REDACCIÓN

VICTORIA ADATO GREEN

*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

ISRAEL ALVARADO MARTÍNEZ

*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS

*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

GUSTAVO FONDEVILA

*Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C.*

LUIS GONZÁLEZ PLACENCIA

*Comisión de Derechos Humanos del D.F.*

MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ

*Academia Mexicana de Ciencias Penales*

RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ

*Poder Judicial de la Federación*

MARÍA ELOÍSA QUINTERO

*Instituto Nacional de Ciencias Penales*

MIGUEL SARRE IGUÍNIZ

*Instituto Tecnológico Autónomo de México*



## CONTENIDO

### DOCTRINA

José Luis de la Cuesta Arzamendi <i>Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español</i> .....	9
Patricia Faraldo Cabana <i>Algunas propuestas dirigidas a mejorar la recuperación de activos procedentes del crimen organizado</i> .....	35
José L. González Cussac <i>El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación</i> .....	49
Carlos Martínez-Buján Pérez <i>La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico</i> .....	61
Antonio Vercher Noguera <i>El delito de prevaricación en el urbanismo y la ordenación del territorio</i> .....	77
Juana del Carpio Delgado <i>La pena de prisión permanente en el anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal español</i> .....	89
Miguel Abel Souto <i>El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social</i> .....	109
Alfonso Galán Muñoz <i>El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos</i> .....	141
Carmen López Peregrín <i>La atenuación de la pena por dilaciones indebidas en el Código Penal español</i> .....	165
Elena Núñez Castaño <i>El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?</i> .....	179
Alex van Weezel <i>Mandato de determinación de los tipos penales: una garantía en peligro</i> .....	207
Isabel Montoya Ramos <i>La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra México</i> .....	217



BIBLIOGRAFÍA

- Comentarios bibliográficos* ..... 251



## Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español



José Luis de la Cuesta Arzamendi\*

Instituto Vasco de Criminología, España

**RESUMEN:** La exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, introducida en España por la reforma operada en 2010, suscita no pocas cuestiones controvertidas cuyo esclarecimiento resulta esencial. Basada en los delitos cometidos por administradores, representantes y hasta empleados de las entidades con personalidad jurídica, a partir del estricto tenor literal interpretado aisladamente, hay quien sostiene que el modelo seguido es un sistema indirecto de atribución, en suma, de heteroresponsabilidad. Sin embargo, desde el prisma constitucional y de los principios penales fundamentales, no hay duda de que toda responsabilidad penal debe erigirse sobre un hecho injusto (y culpable) propio, por lo que los esfuerzos doctrinales dirigidos a la búsqueda de una adecuada fundamentación en esta línea se encuentran plenamente justificados. Por su parte, no dejan de ser muy cuestionables el numerus clausus adoptado y, muy en particular, la selección de las figuras delictivas abiertas a la generación de este tipo de responsabilidad, así como la restricción de las entidades susceptibles de ser declaradas penalmente responsables. Las críticas se extienden también a los defectos e insuficiencias del sistema de penas y las reglas de aplicación. La decisión político criminal supone en todo caso la plena incorporación del Derecho español al ya importante grupo de Estados europeos que asumen la necesidad del instrumento penal para hacer frente a la criminalidad de empresa, para la que los mecanismos sancionadores de carácter administrativo hace tiempo que demostraron su insuficiencia desde múltiples puntos de vista.

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad penal de las personas jurídicas, reformas penales, sistema de penas para las personas jurídicas.

\* Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP-IAPL). Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación DER2010-21164 (Subprograma JUR), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del que el autor es investigador principal.

## Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español

**ABSTRACT:** The requirement for criminal liability to legal persons, which was finally introduced in Spain in the reform implemented in 2010, raises more than a few controversial issues that should be explained. Based on the crimes carried out by administrators, representatives, and even employees of entities with legal personality, from the separately understood literal wording, some claim that the adopted model is an indirect or attribution system, in sum, a system of hetero-responsibility. However, from the viewpoint of the Constitution and the basic criminal fundamentals, there is no doubt that any criminal responsibility must rest on a deed that is unfair (and guilty)proper, so doctrinal efforts aimed at finding a suitable foundation in this line are fully justified. On their part, the *numerus clausus* adopted and, most notably, the selection of the criminal types open to the generation of this kind of responsibility do not cease to be very questionable as well as the restriction of the entities which can be held criminally liable. The remarks also criticize the shortcomings and inadequacies of the system of penalties and enforcement rules. Anyhow, the criminal political decision involves full incorporation of Spanish criminal law in the already large group of European states that acknowledge the need for a crime instrument to address corporate crime, for which administrative sanction mechanisms have long proven their inefficiency from multiple standpoints.

**KEY WORDS:** criminal liability of legal persons, criminal justice reforms, system of penalties for legal persons.

**SUMARIO:** I. Personas jurídicas e intervención penal: evolución del Derecho penal español. II. Alternativas básicas: posición personal. III. La nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español. IV. Conclusión.

Si en 1983, la reforma urgente y parcial del viejo Código mantuvo el postulado *societas delinquere non potest*, defendido con carácter general en España,<sup>1</sup> introduciendo en su art. 15 bis la fórmula de actuar en lugar de otro —más llamada a la cobertura de las lagunas de punibilidad derivadas de los delitos especiales, que a la instrumentación de un mecanismo adecuado para la exigencia de responsabilidad penal en los hechos cometidos en el marco de personas jurídicas—, veintisiete años después, la LO 5/2010 ha supuesto definitivamente el “certificado de defunción”<sup>2</sup> del paradigma anterior,<sup>3</sup> al establecer la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas en aquellas figuras

delictivas (*numerus clausus*) previstas expresamente por la ley.

## I. Personas jurídicas e intervención penal: evolución del Derecho penal español

La gestación de esta importante decisión de política criminal y penal viene, en todo caso, de lejos.

Ya el nuevo Código Penal de 1995 —en cuyo artículo 31 se mantuvo la norma del actuar en nombre de otro— aludió en su art. 262 (*alteración de precios en concursos y subastas públicas*) a la imposición, entre otros, a la empresa de la pena de inhabilitación especial (inclusiva de la prohibición de contratar con las

<sup>1</sup> Con todo, no faltaron autores favorables a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España como Saldaña (*Capacidad criminal de las personas sociales (Doctrina y Legislación)*, Madrid, 1927) o Massaveu (“La responsabilidad penal de las personas corporativas en la doctrina y en la legislación”, *Revista de Estudios Penales*, II, 1945, pp. 50 y ss.), y al igual que Barbero Santos (“Responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, *Revista Española de Derecho Mercantil*, 1957, pp. 1304 y ss.).

<sup>2</sup> Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, dir. por Díaz-Maroto y Villarejo, Cizur Menor, 2011, p. 66.

<sup>3</sup> En contra, sin embargo, por entender que “la responsabilidad de la persona jurídica sólo es formalmente penal”, Robles Planas, R., “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, *La Ley*, 7705, D-359, 29 de septiembre de 2011 (PDF), pp. 12 y ss.

administraciones públicas), algo que, si para Zugaldía Espinar<sup>4</sup> constituía una prueba del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pasó por lo general como anecdótico: un mero descuido del legislador.<sup>5</sup>

Pero, sobre todo, el elenco de reacciones penales tradicionales —penas y medidas de seguridad— se completó en el nuevo Código con las llamadas consecuencias accesorias. Entre éstas, al lado del comiso, ocupaban una posición de relevancia las previstas por el artículo 129, dirigidas a sociedades, asociaciones, fundaciones o empresas (tanto de titularidad individual, como con personalidad jurídica propia)<sup>6</sup> y “orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma” (art. 129.3). La nueva regulación suscitó un importante debate doctrinal, que se vio acentuado cuando la LO 15/2003 afirmó su voluntad expresa de abordaje de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.<sup>7</sup>

## A) Las llamadas “consecuencias accesorias”

En la línea de otros ejemplos del Derecho comparado,<sup>8</sup> pero sin incluir la multa,<sup>9</sup> el artículo 129 con-

templó como “consecuencias accesorias” aplicables a las personas jurídicas: la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos; la disolución de la sociedad, asociación o fundación; la suspensión de las actividades; la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; y la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores,<sup>10</sup> así, la clausura temporal y la suspensión pueden ser acordadas por el juez instructor también durante la tramitación de la causa (art. 129.2 CP).

Muy criticado por la doctrina por su carácter “sumamente atrasado”<sup>11</sup> y especialmente defectuoso desde el prisma técnico,<sup>12</sup> el artículo 129 dio lugar a múltiples controversias en torno la naturaleza y el fundamento de esta nueva reacción penal,<sup>13</sup> favorecidas por la escasez de su contenido.<sup>14</sup>

Habida cuenta de la no inclusión en el catálogo general de penas (art. 33 CP)<sup>15</sup> y atendido su presupuesto de aplicación (las necesidades de prevención especial),<sup>16</sup> así como la terminología empleada por el Código Penal en

<sup>4</sup> “Las penas previstas en el art. 129 del Código Penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”, *Poder Judicial*, 1997, p. 333.

<sup>5</sup> Carrasco Andrino, M.M., “Acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129 CP”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 18, 2006, p. 147.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 159; Feijoo Sánchez, B., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 2002, p. 57.

<sup>7</sup> De la Cuesta y Pérez Machío, “Auf dem Weg zu einem Strafrecht für juristische Personen—das spanische Strafrecht”, en *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht—Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen—Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Sieber et al. (ed.), Colonia, Múnich, 2008, pp. 527 y ss.

<sup>8</sup> Bacigalupo, E., “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de ‘compliance’ (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, *La Ley*, 7442, 2009, pp. 1 y ss.; Carbonell Mateu y Morales Prats, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, dir. por Álvarez García y González Cussac, Valencia, 2010, pp. 64 y ss.; Zugaldía Espinar, J.M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, pp. 176 y ss.

<sup>9</sup> Guardiola Lago M.J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Valencia, 2004, pp. 136 y ss.

<sup>10</sup> Junto a la disolución, la clausura de la empresa y la prohibición de realización en el futuro de actividades etc. podían tener un carácter definitivo o, salvo la primera, llegar hasta los cinco años; este límite temporal era también aplicable a la suspensión y a la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, a imponer por el tiempo necesario y sin superar los cinco años.

<sup>11</sup> Tiedemann, K., “Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado”, en *La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, coord. por Gómez Colomer y González-Cussac, Castelló de la Plana, 1997, p. 25.

<sup>12</sup> Por todos, Octavio de Toledo y Ubieto, E., “Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, ed. por Díez Ripollés et al., Madrid, 2002, pp. 1141 y ss.

<sup>13</sup> Carrasco Andrino, M.M., “Acerca...”, *op. cit.*, pp. 144 y ss.

<sup>14</sup> De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, dir. por Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre, vol. I, Cuenca, 2001, p. 977.

<sup>15</sup> Fernández Teruelo, J.G., “Las consecuencias accesorias del art. 129 CP”, en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, coord. por Quintero Olivares y Morales Prats, Pamplona, 2001, p. 279.

<sup>16</sup> Para una reformulación en este sentido, Silva Sánchez, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal”, en *Derecho penal económico. Manuales de Formación Continuada del C.G.P.J.*, núm. 14, Madrid, 2001, pp. 342 y ss.

## Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español

algunos de los pasajes referidos a ellas, un sector doctrinal se inclinó por considerarlas *medidas de seguridad*, admitiendo implícitamente la capacidad de acción de las personas jurídicas, pues, de no poder cometer delitos (por incapacidad de acción), la persona jurídica tampoco debería poder ser considerada peligrosa criminalmente. Eminent autores destacaron, con todo, junto a la ausencia de las consecuencias accesoriales de los listados de medidas de los arts. 96 y 105, la incompatibilidad entre el concepto de peligrosidad individual y la peligrosidad objetiva<sup>17</sup> del art. 129.3, exclusiva de la persona jurídica<sup>18</sup> y caracterizada por su nota instrumental,<sup>19</sup> en cuanto dirigida a la evitación de la continuidad de la actividad delictiva y sus posibles efectos.<sup>20</sup>

Para otros autores,<sup>21</sup> las consecuencias accesoriales debían considerarse propias y verdaderas penas, por llenar los requisitos sustantivos propios de éstas y tratarse de respuestas a la comisión de un hecho delictivo, de carácter preventivo (general y especial), legalmente previstas y destinadas a ser impuestas por el juez penal, con respeto de todas las garantías. También aquí (al lado de la falta de inclusión en el catálogo general de penas) las evidentes distancias entre penas y consecuencias accesoriales,<sup>22</sup> a pesar de su proximidad en algunos aspectos,<sup>23</sup> unida al hecho de su imposición po-

testativa y no obligatoria, cuestionaban decisivamente esta posición.

Por todo ello, la mayor parte de los autores, apoyados en su “naturaleza peculiar”,<sup>24</sup> acabaron inclinándose a favor de su configuración como una “tercera vía” penal, distinta de la propia de las penas y de las medidas de seguridad, las cuales, basadas respectivamente en la culpabilidad y en la peligrosidad individuales, quedaban reservadas para las personas físicas.<sup>25</sup> Con todo, en este mismo marco, y compartida plenamente la necesidad de su imposición con todas las garantías, siguió debatiéndose en torno a la naturaleza jurídica de las mismas, y así, para algunos, aun aplicadas por el juez penal, tenían naturaleza administrativa.<sup>26</sup> La mayoría de los autores integrados en esta línea entendía, sin embargo, que se trataba de consecuencias penales, derivadas de la comisión de un hecho típicamente antijurídico impuestas no como accesoriales a la pena, sino a partir de la constatación judicial de esa peligrosidad derivada del hecho de la comisión de un hecho típico por parte de las personas físicas a ellas vinculadas. No obstante, la falta de regulación suficiente del vínculo de conexión<sup>27</sup> y las demás insuficiencias y defectos técnicos oscurecían su vocación de autonomía conceptual entre las consecuencias del delito,<sup>28</sup> dirigida a asegurar una respuesta para las personas jurídicas o

<sup>17</sup> Feijoo Sánchez, B., *Sanciones..., op. cit.*, pp. 142 y ss.

<sup>18</sup> Zugaldía Espinar, J.M., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas por el art. 129 del Código Penal)”, en *El nuevo Derecho Penal español, op. cit.*, p. 888.

<sup>19</sup> Luzón Peña, D.M., “Las consecuencias accesoriales como tercera vía de las sanciones penales”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, coord. por Octavio de Toledo et al., Valencia, 2004, pp. 545 y ss.

<sup>20</sup> Fernández Teruelo, J.G., *op. cit.*, p. 280; Serrano Butragueño, I., *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, p. 884.

<sup>21</sup> Bacigalupo Saggese, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, pp. 284 y s. Rodríguez Ramos, L., “Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión”, *La Ley*, 3 de octubre de 1996, pp. 1 y ss.; Zugaldía Espinar, J.M., “Artículo 129”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. por Cobo del Rosal, Madrid, 1999, p. 1051; Zúñiga, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona, 2003, p. 213.

<sup>22</sup> Mapelli Caffarena, B., “Las consecuencias accesoriales en el nuevo Código Penal”, *Revista Penal*, núm. 1, 1998, p. 48.

<sup>23</sup> Arroyo Zapatero, L., “Derecho Penal Económico y Constitución”, *Revista Penal*, núm. 1, 1998, p. 14; Muñoz Conde, F., Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos”, *Revista Penal*, núm. 1, 1998, p. 70.

<sup>24</sup> Landrove Díaz, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6<sup>a</sup> ed., Madrid, 2005, p. 127.

<sup>25</sup> De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Una nueva línea de intervención penal: el derecho penal de las personas jurídicas”, en *La Administración de Justicia en los albores del Tercer milenio*, comp. por Messuti y Sampedro Arrubla, Buenos Aires, 2001 p. 981; De la Fuente Honrubia, F., “Tendencias político-criminales en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, ICADE, 42, 1997, p. 26; Fernández Teruelo, “Las consecuencias accesoriales artículo 129 CP”, en *El nuevo Derecho Penal español, op. cit.*, p. 280; Octavio de Toledo y Ubieto, E., “Las consecuencias accesoriales...”, *op. cit.*, p. 1129; Tamarit Sumalla, J.M., “Las consecuencias accesoriales del artículo 129 del Código Penal. Un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, op. cit.*, p. 1163.

<sup>26</sup> García Arán, M., “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, ed. por Cerezo Mir et al., Granada, 1999, p. 327; medidas aseguradoras, reparadoras o preventivas, para Echarri Casi, F.J., *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesoriales*, Pamplona, 2003, p. 111; Gracia Martín, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, coord. por Mir Puig y Luzón Peña, Barcelona, 1996, p. 69.

<sup>27</sup> Mir Puig, S., “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6, 2004, p. 5.

<sup>28</sup> De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Consecuencias accesoriales...”, *op. cit.*, p. 981.



empresas, eludiendo las dificultades inherentes, desde el principio de culpabilidad personal, a la imposición de verdaderas penas a las mismas.

## B) La reforma de 2003: nuevas disposiciones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La Ley Orgánica 15/2003 afectó levemente al contenido del artículo 129, al que se insertó una doble referencia para salvar “lo establecido en el artículo 31” e incluir en la audiencia previa al ministerio fiscal, ampliando su aplicación a nuevos delitos.<sup>29</sup>

La Exposición de Motivos reconocía, en todo caso, la intención específica de “aborda(r) la responsabilidad penal de las personas jurídicas” (apartado II, letra i), lo que trataba de realizarse a través de dos nuevas previsiones:

- La primera, en la parte general del Código, declarando a la persona jurídica responsable directa y solidaria de la multa impuesta al administrador de hecho o de derecho que hubiera actuado en su nombre, sin concurrir en él (y sí en la entidad) “las condiciones, cualidades o relaciones” requeridas por la correspondiente figura de delito o falta (art. 31.2).
- La segunda, concerniente al tráfico organizado de drogas, ordenando la imposición de una multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito, a las sociedades u organizaciones involucradas en los hechos de tráfico; todo ello, sin perjuicio del comiso y de la posibilidad de aplicación de otras consecuencias accesorias, que el art. 369.2 prefirió denominar “medidas”.

### a) Responsabilidad directa y solidaria del pago de la multa

Incardinado en el marco de la regulación del actuar en nombre de otro,<sup>30</sup> el nuevo artículo 31.2 no era de aplicación general, sino que venía sólo referido a los supuestos estrictamente previstos por el número 1 del artículo 31: esto es, aquellos delitos especiales en los que la no concurrencia de las condiciones, cualidades o relaciones típicas en el administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica (en la que sí concurrían) llevaría a la impunidad.<sup>31</sup> En estos casos, de imponerse a la persona física interviniente la pena de multa “como autor del delito”,<sup>32</sup> en virtud de lo dispuesto por el art. 31.2, la persona jurídica “en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó” quedaba sujeta a la responsabilidad directa y solidaria del pago de la misma.

La doctrina criticó los evidentes defectos<sup>33</sup> de una regulación carente de claridad,<sup>34</sup> “mezcla de tendencias”, pues en realidad se declaraba a la persona jurídica “responsable del pago [naturaleza civil] de la pena de multa [naturaleza penal]”,<sup>35</sup> y nada compatible con principios penales elementales, como la personalidad,<sup>36</sup> la igualdad<sup>37</sup> y hasta la inderogabilidad de las penas.<sup>38</sup> De todos modos, el debate más importante se centró en torno a la naturaleza de la nueva responsabilidad —legalmente descrita con términos más civiles que penales e inhabituales en el plano penológico— extendiéndose la opinión de que, más que introducir una propia y verdadera sanción penal (o de naturaleza civil o administrativa) o, en su caso, una consecuencia accesoria,<sup>39</sup>

<sup>29</sup> Carrasco Andriño, M.M., “Acerca...”, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

<sup>30</sup> Críticamente, Carrasco Andriño, M.M., *op. cit.*, p. 153; Gómez-Jara Díez, C., “El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de “lege lata” y de “lege ferenda”, *La Ley*, 6548, 13 de septiembre de 2006, p. 2; Galán Muñoz, A., “¿Sociedades delinquere nec punire potest? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 18, 2006, pp. 266 y ss.

<sup>31</sup> Silva Sánchez y Ortiz de Urbina Gimeno, “El artículo 31.2 del Código Penal: ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la multa?”, *InDret*, 2, 2006, pp. 5 y ss.; Zugaldía Espinar, J.M., (Dir.), *Derecho penal. Parte General*, 2<sup>a</sup> ed., 2004, p. 958. Muy críticamente, Fernández Teruelo, J.G., “Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del art. 31 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003)”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 12, 2005, p. 35.

<sup>32</sup> A favor de su interpretación en sentido estricto, Silva Sánchez y Ortiz de Urbina Gimeno, “El artículo 31.2...”, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

<sup>33</sup> Álvarez García, F.J., “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal”, *Revista de Derecho Penal*, 12, 2004, pp. 141 y ss.; Fernández Teruelo, J.G., “Obligación solidaria...”, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

<sup>34</sup> Por todos, Luzón Peña, D.M., “Las consecuencias accesorias...”, *op. cit.*, p. 549 (n. 7).

<sup>35</sup> Gómez-Jara Díez, C., “El nuevo...”, *op. cit.*, p. 2.

<sup>36</sup> De la Fuente Honrubia, F., *Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal*, Valladolid, 2004, pp. 71 y ss.; Fernández Teruelo, J.G., “Obligación solidaria...”, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

<sup>37</sup> Carrasco Andriño, M.M., “Acerca...”, *op. cit.*, pp. 154 y ss.

<sup>38</sup> De la Fuente Honrubia, F., *Las consecuencias accesorias...», op. cit.*, pp. 71 y ss.; Fernández Teruelo, J.G., “Obligación solidaria...”, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

<sup>39</sup> Mir Puig, S., “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, *op. cit.*, 762.

## Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español

la fórmula legal buscaba sólo el “aseguramiento patrimonial de una deuda de Derecho público”,<sup>40</sup> sin que de ello pudiera derivarse ninguna regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español.

En cualquier caso, una posición minoritaria, que se resistía a la asimilación de lo dispuesto por el art. 31.2 con la obligación directa y solidaria del pago de la responsabilidad civil *ex delicto*,<sup>41</sup> y partía de la admisibilidad de “reglas jurídico-civiles de atribución de una consecuencia jurídico-penal”,<sup>42</sup> trató de elaborar de un modo constitucionalmente aceptable los presupuestos de la que consideraban una responsabilidad penal generada a partir de “un hecho de conexión”.<sup>43</sup> Así, a juicio de Gómez-Jara Díez, la extensión de la responsabilidad penal a la persona jurídica a través del art. 31.2 podía hallar su fundamento en la infracción del deber de garantía propio de la persona jurídica respecto de las actuaciones de sus empleados, que le exige “configurar su ámbito de organización de manera idónea para evitar la actuación delictiva de éstos”.<sup>44</sup> Por otro lado, para Galán Muñoz el art. 31.2 CP presuponía la identidad entre “la persona física actuante y la jurídica” y, con base en este entendimiento, fundamentaba “la culpabilidad de la persona jurídica atendiendo a la propia de su *alter ego*”, eludiendo toda infracción del principio de personalidad de las penas. La efectiva condena de la persona física tenía sentido porque sólo entonces cabía asegurar la presencia de todos los elementos precisos para responsabilizar a la persona jurídica; y, para no infringir el principio *ne bis in idem*, se entendía que la responsabilidad del pago de la multa fuera declarada de modo solidario.<sup>45</sup>

## b) Tráfico organizado de drogas: art. 369.2

En 1995 el art. 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas) incluyó una alusión a la imposición al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial, la reforma de 2003 mantuvo la referencia y también puntualmente permitió imponer en los delitos cualificados de tráfico organizado de drogas una multa del tanto al triple de la droga objeto del delito,<sup>46</sup> aplicable a “la organización, asociación o persona titular del establecimiento” (art. 369.2).

Respecto del artículo 262, la conclusión generalizada siguió siendo el rechazo de la naturaleza de pena de la prohibición de contratar con las administraciones públicas impuesta a la empresa.<sup>47</sup>

En el caso del art. 369.2, importantes autores defendieron la naturaleza de consecuencias accesorias<sup>48</sup> de todas las calificadas por aquél como “medidas”, si bien no faltaron quienes lo consideraron algo particularmente dudoso respecto de la inhabilitación especial, como en el caso de la multa,<sup>49</sup> la cual podía imponerse de manera directa y acumulativa, sin exigir, además, de las personas físicas intervenientes una actuación por cuenta de la “organización,<sup>50</sup> asociación o persona titular del establecimiento”.

## C) Recapitulación

La evolución brevemente revisada pone de manifiesto la manera en la que el legislador penal español fue progresivamente decantando su voluntad de responder a la comisión de hechos delictivos a través de entidades y empresas. Una evolución que, partiendo del

<sup>40</sup> Silva Sánchez y Ortiz de Urbina Gimeno, “El artículo 31.2...”, *op. cit.*, p. 39.

<sup>41</sup> Suárez González, C.J., “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, *Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mouruillo*, ed. por Bajo Fernández et al., Madrid, 2005, p. 1786.

<sup>42</sup> Gómez-Jara Díez, C., “El nuevo...”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 5. Véase también Galán Muñoz A., “¿Sociedades...?”, *op. cit.*, p. 269.

<sup>44</sup> Lo que no impediría excluir su culpabilidad, conforme a un concepto constructivista de responsabilidad empresarial, si pudiera demostrar que el cumplimiento de la fidelidad al Derecho se integra firmemente en su cultura empresarial. *La culpabilidad de la empresa*, Madrid, 2005, p. 312; véase también del mismo autor, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, 2006, pp. 05-21 y ss.

<sup>45</sup> “¿Sociedades...?”, *op. cit.*, p. 271.

<sup>46</sup> Esto, junto al comiso y la clausura, suspensión, disolución o intervención, la privación del derecho a obtener beneficios fiscales, a la sociedad u organización a través de la cual el delito se hubiera cometido, a las que el art. 369.2 (como a las demás del art. 129) llamaba “medidas”.

<sup>47</sup> Que Quintero Olivares calificó de consecuencia accesoria a pesar de su falta de previsión por el art. 129. *Comentarios al nuevo Código Penal*, dir. por Quintero Olivares, *op. cit.*, p. 1320.

<sup>48</sup> Carrasco Andrino, M.M., “Acerca...”, *op. cit.*, p. 157.

<sup>49</sup> Por todos, Zugaldía Espinar, J.M., *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 956.

<sup>50</sup> Contra la posibilidad de que pudiera imponerse una pena a una “organización”, concepto que no exige la personalidad jurídica, Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2008, p. 198.

error del art. 262 y del establecimiento de una serie de sanciones de naturaleza nada clara y muy controvertida (las consecuencias accesorias), se tradujo en la reforma de 2003 con la introducción de dos previsiones específicas, los artículos 31.2 y 369.2 (este último estrictamente limitado a los delitos de tráfico de drogas), orientadas más que a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a hacer soportar de algún modo a la entidad las consecuencias (fundamentalmente económicas) de la misma.

## II. Alternativas básicas: posición personal

En realidad, adoptada la decisión de intervención por parte del Derecho penal, la primera cuestión que debería plantearse todo legislador es la del modelo a seguir para instrumentar esta responsabilidad, a cuyo efecto se abren al menos como alternativas más básicas:<sup>51</sup>

- el sometimiento de las personas jurídicas a un régimen de responsabilidad penal ligado y dependiente del de las personas físicas; y
- la construcción de una nueva línea de intervención penal específica para los entes dotados de personalidad jurídica, que —con plenas garantías y límites claros— permita incidir sobre éstos de un modo directo, a partir de la delimitación de su propia y característica responsabilidad, y sin perjuicio de la oportuna exigencia de responsabilidad penal a las personas físicas intervenientes.

Todo ello, bien respecto de cualquier hecho delictivo o tan sólo por aquellas figuras criminales más

cercanas al actuar empresarial, y modulando, en su caso, las diversas categorías dogmáticas<sup>52</sup> para posibilitar su adaptación a las características propias de aquellas entidades.

La segunda de las alternativas apunta al régimen de autorresponsabilidad, un modelo que alcanza una importancia cada vez más relevante en el plano científico y doctrinal.<sup>53</sup>

Por otra parte, el sistema de heterorresponsabilidad se basa en la “responsabilidad por atribución”<sup>54</sup> de los delitos cometidos por quienes operan finalmente como recursos personales e instrumentos para la realización de las actividades de las entidades.

Con todo, debido en gran parte a las dificultades que para la persecución penal suscita lo anterior, incluso en este plano se han ido abriendo camino los llamados modelos estructurados sobre el principio de agregación.<sup>55</sup> Esta perspectiva, sabedora de que la integración de determinados tipos penales no puede apreciarse sino a través de la valoración del conjunto de lo actuado, busca llegar a una exigencia de responsabilidad penal que no dependa de la suerte de los comportamientos de determinados sujetos individuales, por muy relevantes que éstos sean en la estructura directiva u organizativa de la entidad.

En los modelos de atribución el examen y la delimitación de los vínculos de conexión constituyen, naturalmente, una cuestión de la mayor relevancia.<sup>56</sup> Ahora bien, siendo la responsabilidad penal lo opuesto a una responsabilidad puramente objetiva, tampoco en estos modelos puede evitarse el debate en torno a la fundamentación material de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En esta línea,

<sup>51</sup> Para una descripción general de los principales modelos teóricos, Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, pp. 88 y ss. Véase también Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp.80 y ss.; Gómez-Jara Díez, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 233 y ss.; Silva Sánchez, J.M., “La evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, núms. 86-87, 2008, pp. 129 y ss.

<sup>52</sup> Bacigalupo, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, en *La Ley*, núm. 7541, 5 enero 2011, p. 2 (del texto con notas descargado de la web, 13 pp.). En sentido similar, Bajo Fernández, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español”, en *Responsabilidad penal de las empresas*, *op. cit.*, p. 26; Echarri Casi, F.J., *Sanciones...*, *op. cit.*, p. 39; Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 79; y Rodríguez Ramos, L., “Nuevos aspectos dogmáticos y procesales del Principio *Societas delinquere potest*”, en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, p. 175. Advierte, con todo, de sus posibles consecuencias negativas para la propia dogmática jurídico-penal, Robles Planas, R., “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, *InDret*, 344, 2006, p. 5.

<sup>53</sup> Heine, G., *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, von individuellem Fehlverhalten zu Kollectiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Baden-Baden, 1995; Lampe, J., “Systemrecht und Unrechtssysteme”, *ZStW*, vol. 106, 1994, pp. 684 y ss.

<sup>54</sup> Silva Sánchez, J.M., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp. 321 y ss.

<sup>55</sup> Vervaele, J.A.E., “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 1, 1998, p. 167.

<sup>56</sup> Bacigalupo Sagesse, S., *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 379 y ss., en especial pp. 390 y ss.

## Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español

entre otras propuestas,<sup>57</sup> la doctrina del defecto de organización, formulada hace más de dos décadas por Tiedemann,<sup>58</sup> sigue constituyendo un punto de referencia esencial, aun cuando su incardinación preferible en la estructura del delito no sea, a nuestro juicio, la culpabilidad.<sup>59</sup> En efecto, presupuesta la capacidad general de autoorganización o funcionamiento de las entidades jurídicas, en el propio plano del injusto típico —bien directamente o como reflejo de la infracción por parte de la persona jurídica de su deber de garantía en la evitación de la comisión en su seno de hechos delictivos—, el defecto de organización o funcionamiento, ligado al incremento de riesgo,<sup>60</sup> constituye un elemento clave del injusto propio de la persona jurídica,<sup>61</sup> facilitando la exclusión de la tipicidad respecto de resultados (delitos) imprevisibles o inevitables y, en general, cuando su producción sea completamente ajena al defecto de organización apreciado.<sup>62</sup>

En un Derecho penal respetuoso de los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado, la imputación típica (objetiva y subjetiva) no basta para la proclamación de la responsabilidad penal. Ésta, como responsabilidad personal, requiere también la atribución del hecho típico al sujeto individual y la confirmación de la necesidad de intervención

penal respecto del mismo, en este caso, respecto de la propia persona jurídica. La imputabilidad de las personas jurídicas<sup>63</sup> no deja de ser problemática; y lo mismo cabe decir de las propuestas de dotar de contenido específico a su culpabilidad,<sup>64</sup> entre las que la culpabilidad por la dirección de la empresa<sup>65</sup> destaca entre los criterios de culpabilidad organizativa,<sup>66</sup> si bien presenta demasiadas afinidades con la culpabilidad por el modo de vida, nada compatible con un Derecho penal del hecho. También parecen de gran interés los ensayos de construcción de la culpabilidad de la persona jurídica con base en la “cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad”.<sup>67</sup> No obstante, tiene razón Gómez Tomillo al criticar estas posturas que acotan excesivamente “las posibilidades sancionatorias”, que quedan “reducidas al ámbito de lo excepcional”, pues “una cultura tal es más propia de las organizaciones criminales que de las personas jurídicas que operan en el mercado y que excepcionalmente incurren en un delito”.<sup>68</sup> Por ello, resulta más razonable fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica en “su disposición jurídica en el momento del hecho”, expresiva, como recuerda Feijoo Sánchez, no de la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, sino de la falta de (o carencias que presenta en la entidad) esa “cultura

<sup>57</sup> De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Una nueva línea...”, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

<sup>58</sup> Tiedemann, K., “Die Bebüssung von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 41, 1988, pp. 1169 y ss. También, Dannecker, G., “Zur Notwendigkeit der Einführung Kriminalrechtlicher sanktionen gegen Verbände”, en *Golddammers Archiv für Strafrecht*, 2001, pp. 101 y ss. Criticamente, Robles Planas, R., “¿Delitos...?”, *op. cit.*, p. 19; Heine, G., *op. cit.*; Hirsch, H., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, Leverkussen, 1993; Volk, K., “Zur Bestrafung von Unternehmen”, en *Juristische Zeitung*, 1992, pp. 429 y ss.; Schünemann, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en *Hacia un Derecho Penal económico/europeo/Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*, ed. por Arroyo Zapatero, Madrid, 1995, pp. 565 y ss.

<sup>59</sup> También, entre otros, Gómez Jara Díez, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *La Ley*, núm. 7534, 2010 (PDF), p. 9; Gracia Martín, L., “La cuestión...”, *op. cit.*, pp. 132 y s.; Pérez Manzano, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Actualidad Penal*, 2, 1995, pp. 21 y ss. A favor, sin embargo, de su pertenencia a la culpabilidad, en la línea originaria de Tiedemann, por todos, Gómez Tomillo, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, 2010, pp. 104 y ss.

<sup>60</sup> Heine, G., *op. cit.*, pp. 311 y ss.

<sup>61</sup> Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp. 80 y ss. Critica, sin embargo, la “debilidad del modelo”, Robles Planas, R., “Pena...”, *op. cit.*, pp. 1 y ss.

<sup>62</sup> De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Una nueva línea...”, *op. cit.*, p. 79.

<sup>63</sup> Gómez-Jara Díez, C., “Imputabilidad de las personas jurídicas”, en *Libro homenaje al Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, *op. cit.*, pp. 425 y ss.

<sup>64</sup> Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 91 y ss.; Zugaldía Espinar, J.M., *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 116 y ss. y 151 y ss.

<sup>65</sup> Heine, G., *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, *op. cit.*, p. 313.

<sup>66</sup> Cuadrado Ruiz, M.A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un paso hacia delante ¿un paso hacia atrás?”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 12, 2007, p. 138.

<sup>67</sup> Por todos, Gómez-Jara Díez, C., *La culpabilidad...*, *op. cit.*, en particular, pp. 208 y ss.; y del mismo autor, “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 9.

<sup>68</sup> “Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 25, 2011, p. 71.

de cumplimiento de la legalidad” que le es legal e individualmente exigible.<sup>69</sup>

### III. La nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español

En todo caso, la reforma de 2003 no supuso un punto final en el proceso de regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español. Confirmada esa voluntad por los posteriores anteproyectos y proyectos de reforma desde 2006,<sup>70</sup> antes de finalizar la primera década del siglo XXI se ha aprobó la LO 5/2010 de reforma del Código Penal, que entró en vigor el 23 de diciembre del mismo año tras una *vacatio* de seis meses.

La reforma deroga lo previsto en los artículos 31.2, y 369.2 (no así el art. 262.2, que no resulta afectado). Respondiendo a un creciente consenso doctrinal<sup>71</sup> —que, partiendo de la crítica al sistema de las consecuencias accesorias, cuya “relevancia práctica” fue tan sólo “marginal”,<sup>72</sup> reclamaba la es-

tructuración apropiada del sistema adecuado de intervención sobre las personas jurídicas, hace tiempo propugnado en el plano del Consejo de Europa por la Rec. (18)88—, rompe ya sin matices con el principio *societas delinquere non potest*.<sup>73</sup> Y regula explícitamente<sup>74</sup> la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español, que, naturalmente, lleva aparejada la correspondiente responsabilidad civil directa de la entidad, “en los términos establecidos en el artículo 110” y “de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos” (art. 116.3 CP).<sup>75</sup> Como expresa Zúñiga Rodríguez, se supera de este modo “la etapa del *si* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para adentrarnos en el *cómo hacerlo*”.<sup>76</sup>

La decisión, justificada por el preámbulo con base en una amplia lista de textos normativos de la Unión Europea (los cuales, sin embargo, salvo alguna curiosa excepción, no exigen que la responsabilidad que demandan para la persona jurídica tenga que ser de naturaleza estrictamente “penal”),<sup>77</sup> se incardina en la línea seguida por no pocos legisladores hasta del marco

<sup>69</sup> “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp. 107-109.

<sup>70</sup> Jiménez-Villarejo Fernández, F., “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el espacio judicial europeo. Comentarios al Proyecto de modificación del Código Penal de 2006”, en *La reforma de la Justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, coord. por Arangüena Fanego y Sanz Morán, Valladolid, 2008, pp. 51 y ss.; Morales Prats, F., “La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español: de lo accesorio a lo principal”, en *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, dir. por Muñoz Conde, Valencia, 2008, pp. 595 y ss.; y, del mismo autor, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas; perspectivas de reforma en el Derecho penal español”, *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, dir. por Álvarez García, Valencia, 2009, pp. 47 y ss. Véase también Choclán Montalvo, J.A., “Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica en el artículo 31 bis del texto proyectado”, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos. Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 6, 2009, pp. 291 y ss.; Fernández Teruelo, J.G., “La reforma del Código Penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La reforma de la Justicia penal*, *op. cit.*, pp. 23 y ss.; Gómez Benítez, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de Reforma del Código Penal”, en *El Anteproyecto..., op. cit.*, pp. 203 y ss.; Octavio de Toledo y Ubieto, E., “Responsabilidad penal para los entes sociales?”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXII, 2009, pp. 126 y ss.; Roso Cañadillas, R., “Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa”, en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, dir. por Luzón Peña, Madrid, 2010, pp. 279 y ss. y 284 y ss.; Zúñiga Rodríguez, L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática de las sanciones”, en *El Anteproyecto..., op. cit.*, pp. 303 y ss.

<sup>71</sup> Traducido hasta en propuestas articuladas, entre las que cabe destacar por su desarrollo e importancia la de Nieto Martín, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, dir. por Serrano-Piedecasas y Demetrio Crespo, Madrid, 2008, pp. 146 y ss.

<sup>72</sup> Feijoo Sánchez, B., “La reforma del art. 129 CP”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal...*, *op. cit.*, p. 241.

<sup>73</sup> Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 66. En contra, sin embargo, Robles Planas, R., “Pena...”, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

<sup>74</sup> De un “modo formal, expreso y sincero”. Rodríguez Ramos, L., “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención”, *La Ley*, núm. 7561, 2011, p. 1 (del texto con notas descargado de la web, 12 pp.).

<sup>75</sup> Para las cuestiones que suscita y, en particular, la compatibilidad de esta norma con lo dispuesto, con anterioridad, por el artículo 120.4 CP, por todos, Gómez Tomillo, M., *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 193 y ss.

<sup>76</sup> “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. Consideraciones de urgencia sobre la reforma al CP de 2010”, en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, dir. por Muñoz Conde et al., Valencia, 2011, p. 1154.

<sup>77</sup> De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Armonización penal en la Unión Europea”, en *La reforma de la justicia penal*, *op. cit.*, p. 146; véase también Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 70; González Cuéllar Serrano y Juanes Peces, “La responsabilidad

## Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español

continental europeo, conscientes de la frecuencia y trascendencia de los hechos delictivos que tienen lugar, fundamentalmente, en el ámbito de la empresa, respecto de los que no cabe esperar mayor incidencia preventiva de los instrumentos del Derecho administrativo sancionador<sup>78</sup> y para los que las respuestas penales tradicionales, centradas en la responsabilidad penal individual, son tantas veces ineficaces,<sup>79</sup> dada la complejidad de los mecanismos internos de división de tareas.<sup>80</sup>

### A) El nuevo artículo 31 bis

Conforme a lo dispuesto por el nuevo art. 31 bis, en los supuestos expresamente previstos por la ley, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede derivar de la comisión de determinados delitos en provecho de la entidad por parte de ciertas personas físicas.<sup>81</sup>

Estas personas físicas deben:

- presentar un determinado vínculo de conexión con la persona jurídica, manifestado en su condición de
  - representantes legales y administradores de hecho o de derecho de la misma, o personas sometidas a la autoridad de los anteriores; y
- actuar, además,
  - bien en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, si se trata de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho;

- bien, por lo que se refiere a las personas sometidas a la autoridad de los anteriores en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica, y
- por no haberse ejercido sobre ellas el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

La distinción expresa entre representantes legales<sup>82</sup> y administradores, de un lado, y personas sometidas a su autoridad, del otro, lleva a restringir el marco de aplicación de la primera categoría a los verdaderos administradores (de derecho o de hecho), representantes orgánicos y obligatorios, y a los representantes “no orgánicos y voluntarios”.<sup>83</sup> Son administradores aquellas personas en cuyas manos se encuentra el “control del funcionamiento”<sup>84</sup> de la entidad y que cuentan con “capacidad real de tomar decisiones socialmente relevantes [...] sobre las cuestiones atinentes al giro de la empresa”,<sup>85</sup> actuando bajo la sujeción directa de los órganos de gobierno de la entidad.

La categoría más problemática en este plano es la de los administradores de hecho, para los que —respecto del artículo 31 y los delitos societarios— mantiene la doctrina que conviene “sustentar (se) sobre bases materiales que tengan que ver con el bien jurídico protegido y la capacidad del sujeto activo de lesionar dicho bien”,<sup>86</sup> algo que, coherentemente, ha

penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, *La Ley*, 7501, 3 de noviembre de 2010, p. 1 (del texto con notas descargado de la web, 8 pp.); Octavio de Toledo y Ubieto, E., “¿Responsabilidad penal...?”, *op. cit.*, pp. 118 y s.; Silva Sánchez, J.M., “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, *La Ley*, 7464, 9 de septiembre de 2010, p. 2 (del texto con notas descargado de la web, 10 pp.). En realidad, entre las múltiples directivas y decisiones-marco, sólo la Directiva 2009/52/CE sobre normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, alude expresamente (en el título de su artículo 12) a Sanciones “penales” aplicables a las personas jurídicas, si bien en su artículo 11, al referirse a la responsabilidad de las personas jurídicas, evita la inclusión del calificativo “penal”. También con algún matiz, Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, en *Memento Experto. Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*, coord. por Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, 2010, p. 12.

<sup>78</sup> Zúñiga Rodríguez, L., “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 1163.

<sup>79</sup> Schünemann, B., “Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht”, en *Bausteine des europäisches Wirtschaftsstrafrechts*, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Schünemann y Suárez González (ed.), Colonia, 1995, pp. 271 y ss.

<sup>80</sup> Destaca Fernández Teruelo la posibilidad de que la penalización de la persona jurídica pueda acabar beneficiando al delinquente económico, al “contribuir a relajar los esfuerzos por localizar al autor” (“La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, septiembre 2011, p. 11), si bien, como recuerda Carbonell Mateu, esto puede evitarse con “la acumulación de responsabilidades”. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su ‘dogmática’ y al sistema de la reforma de 2010”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 101, 2010, pp. 9 y ss.

<sup>81</sup> Censura Carbonell Mateu la falta de referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por “los hechos constitutivos de delito que sean consecuencia de acuerdos adoptados por sus órganos sociales a los que, legal o estatutariamente corresponda la adopción de decisiones ejecutivas”, que “encaja mucho mejor con el dolo” y cuyo tratamiento penal no deja de suscitar “inconvenientes”, aunque no insuperables, desde la perspectiva del art. 31 bis. “Responsabilidad penal”, *op. cit.*, p. 28.

<sup>82</sup> Critica la terminología empleada, Del Rosal Blasco, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, núm. 1, del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 103, 2011, p. 54.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>84</sup> Morales Prats, F., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 55.

<sup>85</sup> Gómez Tomillo, M., “Imputación objetiva...”, *op. cit.*, p. 57.

<sup>86</sup> Por todos, Del Rosal Blasco, B., “La delimitación típica...”, *op. cit.*, p. 60.

de ser también aplicable al primer párrafo del número 1º del artículo 31 bis.<sup>87</sup>

Por lo que se refiere a los representantes legales, literalmente cubriría a los empleados que contratan con terceros participando en la actividad exterior de la entidad, lo que lleva a un mapa de posibles sujetos activos “notablemente amplio”,<sup>88</sup> inclusivo de mandos intermedios.<sup>89</sup> Para corregir lo que considera un probable exceso, propone Del Rosal Blasco una interpretación restrictiva, que reconduzca el ámbito de su aplicación al “factor”.<sup>90</sup> Sin perjuicio de la coherencia de la propuesta en la línea del “modelo amplio de identificación”<sup>91</sup> defendido por este autor (un sistema, en definitiva, de atribución),<sup>92</sup> desde la perspectiva que inspira este trabajo no parece, sin embargo, político-criminalmente adecuado restringir de entrada las posibilidades de autorresponsabilidad de los entes jurídicos a los hechos cometidos por apoderados generales, gerentes y directores generales.<sup>93</sup> Máxime cuando la letra de la ley no lo exige y puesto que, aun cuando no sea en la práctica lo normal,<sup>94</sup> conforme al concepto de administradores de hecho y de derecho defendido (congruente con el sentido otorgado en otros pasajes del Código) y a los solos efectos del primer párrafo del art. 31 bis 1 primero, podrá haber representantes legales que no sean administradores de hecho o de derecho en el sentido restrictivo mantenido. Abunda igualmente en lo anterior el extenso y

plural universo organizativo que encuentra amparo en la personalidad jurídica y las grandísimas distancias estructurales, de dimensión, etc., entre unas entidades y otras, que podría resultar en impunidad dada la “división del trabajo, la descentralización y la atomización de responsabilidades”<sup>95</sup> que caracterizan, en particular, a las grandes empresas.<sup>96</sup>

Por otra parte, es posible la administración de una sociedad por otra persona jurídica, si concurren los requisitos legalmente exigidos,<sup>97</sup> el representante de esta última será “el administrador de hecho de la sociedad”.<sup>98</sup>

La actuación de estas personas debe reunir ciertas características para permitir la atribución a la persona jurídica del delito cometido: han de intervenir en nombre de la persona jurídica y, en todo caso, por su cuenta y en su provecho.

La exigencia de haber actuado en nombre y por cuenta de la persona jurídica obliga a entender que las personas físicas han de operar en el giro o tráfico de la entidad y en el marco “formal, material y funcional” del “contenido real de su mandato, por lo que, de actuar la persona física fuera de su ámbito, el delito no será imputable a la persona jurídica, aunque le favorezca”,<sup>99</sup> así, las “extralimitaciones” puntuales llevarían, en el plano penal, a “excluir la responsabilidad de la corporación por su conducta”.<sup>100</sup> La referencia al provecho, cuya naturaleza no queda legalmente

<sup>87</sup> Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 93.

<sup>88</sup> Del Rosal Blasco, B., “La delimitación típica...”, *op. cit.*, p. 65.

<sup>89</sup> Expresamente a favor de su inclusión en el art. 31 bis 1, Gómez Tomillo, M., “Imputación objetiva...”, *op. cit.*, p. 58 (n. 35), que los considera “administradores de hecho”, *Introducción..., op. cit.*, p. 76. En contra, Fiscalía General Del Estado (FGE), *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*, Madrid, 1º de junio de 2011, p. 50.

<sup>90</sup> “La delimitación típica...”, *op. cit.*, p. 65. A favor de que se trate tan sólo de “quien asuma la representación general”, Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 94.

<sup>91</sup> Del Rosal Blasco, B., “Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa”, *La Ley*, núm. 7670, 11 de julio de 2011, pp. 3 y ss.

<sup>92</sup> “Un doble sistema de atribución”. Del Rosal Blasco, B., “La delimitación típica...”, *op. cit.*, p. 44.

<sup>93</sup> Del Rosal Blasco, B., *op. cit.*, p. 65.

<sup>94</sup> Carbonell Mateu, Morales Prats y Dopico Gómez-Aller, “Personas jurídicas: artículo 31 bis CP”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>95</sup> Gómez Tomillo, M., *Introducción..., op. cit.*, pp. 75 y ss.

<sup>96</sup> Blanco Cordero, I., “Recensión del libro de Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011, r 2:3.

<sup>97</sup> Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 97; Fernández Teruelo, J.G., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 33; Gómez Tomillo, M., *Introducción..., op. cit.*, pp. 68 y ss.

<sup>98</sup> Por todos, Del Rosal Blasco, B., “La delimitación típica...”, *op. cit.*, p. 64 (n. 49). Véase también FGE, *Circular 1/2011, op. cit.*, p. 50.

<sup>99</sup> En esta línea, incluso requiriendo que la actuación “asuma las directrices de comportamiento de la persona jurídica... no se oponga a su Código de conducta”, De la Mata, Bilbao y Algorta, “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, *La Ley Penal*, núm. 87, 2011, pp. 2 y ss. (del texto con notas descargado de la web, 18 pp.).

<sup>100</sup> FGE, *Circular 1/2011, op. cit.*, p. 34. Véase también Bacigalupo, S., “Los criterios...”, *op. cit.*, p. 3; Del Rosal Blasco, B., “La delimitación típica...”, *op. cit.*, p. 86; Zugaldia Espinar, J.M., “Sociedades delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)”, *La Ley Penal*, núm. 76, 2010, p. 3 (del texto con notas descargado de la web, 8 pp.).

## Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español

fijada,<sup>101</sup> ha sido criticada por su falta de claridad<sup>102</sup> —muy en particular, en lo que concierne a la necesidad o no de que se trate de un provecho económico—<sup>103</sup> y ha de entenderse en sentido amplio, compatible con el provecho propio de la persona física,<sup>104</sup> y de forma objetiva: como “efectiva tendencia”<sup>105</sup> o “idoneidad *ex ante*”<sup>106</sup> para reportar beneficio, utilidad, ventaja, interés<sup>107</sup> a la persona jurídica en un cierto plazo, lo que incluye tanto el provecho directo como el indirecto (reducción de costes)<sup>108</sup> y sin que se requiera su verificación o realización efectivas.

En el párrafo segundo del art. 31 bis 1 se alude a las personas sometidas a la autoridad de representantes y administradores, lo que para la mayor parte de la doctrina abarca a todo aquel que actúe bajo la autoridad<sup>109</sup> de administradores y representantes, sin necesidad de una vinculación laboral o mercantil formal con la entidad.<sup>110</sup> Por lo que se refiere a su actuación, debe darse “en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho” de la entidad; además, es preciso que los hechos hayan podido tener lugar “por no haberse ejercido sobre ellos el debido control” por parte de los administradores y/o representantes legales<sup>111</sup> y “atendidas las concretas circunstancias del caso”. Dada la amplitud del supuesto, que debería interpretarse “por exclusión”, esto es, centrándose en los casos de violación del

deber de control no susceptibles de incardinación en el párrafo primero del art. 31 bis 1,<sup>112</sup> aun cuando, literalmente, baste con la constatación del defecto de control, por medio del principio de intervención mínima habrá de exigirse que éste sea calificable al menos de grave.

*B) Modelo de responsabilidad penal*

La simple lectura del contenido del artículo 31 bis 1 permite enseguida destacar la importancia que el seno del nuevo sistema de imputación de la responsabilidad penal alcanzan tanto el hecho delictivo que ha de cometer la persona física, como el vínculo de conexión con la persona jurídica. Ambos se conforman como aspectos esenciales de referencia de cara a la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, configurando aparentemente un sistema de hetero-responsabilidad, prolongación de lo que, en la línea “del sistema anglosajón del *alter ego*”, se viene calificando como “modelo de la transferencia o la atribución”,<sup>113</sup> también llamado, entre otras, modelo de adhesión o de responsabilidad penal indirecta (“incluso derivada”),<sup>114</sup> y que supone por tanto la imputación por “identificación”<sup>115</sup> o por “representación”<sup>116</sup> de la entidad con base en el hecho de otros, cuyos posibles excesos tratan de compensarse con la restricción del

<sup>101</sup> Bacigalupo, S., “Los criterios…”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>102</sup> Gómez Tomillo, M., “Imputación objetiva…”, *op. cit.*, p. 63.

<sup>103</sup> A favor, con razón, de su no restricción a lo “estrictamente económico(s)”, Zugaldía Espinar, J.M., “Sociedades…”, *op. cit.*, p. 3. Véase también Roso Cañadillas, R., “Las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa”, *La Ley Penal*, núm. 81, 2011, p. 2 (del texto con notas descargado de la web, 7 pp.).

<sup>104</sup> Destaca la irrelevancia, a estos efectos, de las “intenciones o motivaciones” de los sujetos intervenientes, Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal…”, *op. cit.*, p. 99.

<sup>105</sup> FGE, *Circular 1/2011*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>106</sup> Gómez Tomillo, M., *Introducción…*, *op. cit.*, p. 86.

<sup>107</sup> Del Rosal Blasco, B., “La delimitación típica…”, *op. cit.*, p. 87.

<sup>108</sup> Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad…”, *op. cit.*, p. 18.

<sup>109</sup> A juicio de Fernández Teruelo, “directa” (“La responsabilidad penal…”, *op. cit.*, p. 33); sin embargo la FGE admite la falta del debido control “a través de la cadena de delegaciones que se haya previsto a tal fin”, *Circular 1/2011*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>110</sup> Del Rosal Blasco, B., “La delimitación típica…”, *op. cit.*, p. 89. Así, podrán estar vinculados con la entidad por alguna relación de carácter laboral, de arrendamientos de servicios, o empresa de trabajo temporal, FGE, *Circular 1/2011*, *op. cit.*, p. 46; también Gómez Tomillo, M., *Introducción…*, *op. cit.*, pp. 79 y ss. Feijoo Sánchez entiende, con todo, que “sólo deberían ser relevantes los comportamientos de aquellas personas que tengan una relación laboral o de Alta Dirección con la persona jurídica”, “La responsabilidad penal…”, *op. cit.*, p. 100.

<sup>111</sup> Del Rosal Blasco, B., “La delimitación típica…”, *op. cit.*, p. 90. Lo que, como recuerda Feijoo Sánchez, obliga a entender que los hechos cometidos han de constituir la “necesaria concurrencia o realización de la infracción de los deberes” por parte de los administradores y/o representantes. “La responsabilidad penal…”, *op. cit.*, p. 103.

<sup>112</sup> Del Rosal Blasco, B., “La delimitación típica…”, *op. cit.*, pp. 90 y ss.

<sup>113</sup> Robles Planas, R., “Pena…”, *op. cit.*, p. 9.

<sup>114</sup> Úbeda de los Cobos, J.J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, *La Ley Penal*, núm. 77, 2010, p. 6 (del texto con notas descargado de la web, 8 pp.).

<sup>115</sup> Del Rosal Blasco, B., “Responsabilidad penal…”, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

<sup>116</sup> De Urbano Castrillo, E., “El impacto de la reforma del Código Penal, en relación a las personas jurídicas”, en *La Ley penal*, núm. 61, 2009, p. 4 (del texto con notas descargado de la web, 9 pp.); en sentido similar, Fernández Teruelo, J.G., “La responsabilidad penal…”,

elenco de personas de referencia y la exigencia adicional de determinados requisitos materiales.

Sin perjuicio de lo anterior, otros elementos del propio artículo 31 bis afirman, por su parte, la autonomía de la responsabilidad de la entidad:<sup>117</sup> éste es particularmente el caso del contenido del artículo 31 bis 2, en el que se declara exigible la responsabilidad penal de la persona jurídica, aun cuando “la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”. A ello se añade la previsión del número 3, relativa a la ineeficacia de cara a la responsabilidad de la entidad de las “circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad”, así como “el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia”.

En todo caso, hay que reconocer que, aisladamente considerado, el tenor literal del párrafo 1 del artículo 31 bis 1 ofrece escaso margen de juego a todo lo que no sea la responsabilidad objetiva de la entidad por la actuación de otro;<sup>118</sup> y que sólo en el párrafo segundo se alude a lo que, conforme a la teoría del defecto de organización, podría servir de fundamento para la construcción de una responsabilidad propia de la persona jurídica: la falta del debido control.<sup>119</sup> No faltan, por ello, autores que defienden que el sistema introducido es un sistema mixto,<sup>120</sup> el cual, sin perjuicio de independizar la responsabilidad penal de la persona jurídica de la de las personas físicas, se apoya claramente en la adhesión/identifi-

cación/atribución respecto de los delitos cometidos por los representantes y administradores, derivando hacia una mayor autorresponsabilidad (con base en el defecto de control) en los supuestos contemplados por el segundo párrafo del artículo 31 bis 1.<sup>121</sup>

Ahora bien, salvo que se prefiera defender que la responsabilidad proclamada “sólo es formalmente penal”,<sup>122</sup> para un Derecho penal que quiera seguir siendo fiel a sus más elementales principios no deja de ser una exigencia principal la búsqueda de aquello que pueda constituir el núcleo del injusto específico,<sup>123</sup> fundamentador (junto a la culpabilidad) de la responsabilidad penal propia de la persona jurídica, con base en su “hecho propio”<sup>124</sup> y no por el “inevitable hecho de referencia”,<sup>125</sup> p. ej. de su directivo o empleado; pues, aun cuando constituya un “presupuesto” de su responsabilidad, éste no puede ser considerado su “fundamento”,<sup>126</sup> salvo que aceptemos la responsabilidad penal por el hecho ajeno”.<sup>127</sup> En el caso de la regulación penal introducida por la LO 5/2010, la exigencia resulta aún más acuciante a la vista de que, en la parte especial, no son pocos los delitos, calificados como menos graves si se realizan por personas físicas, que serán objeto de penas con “la consideración de graves” (art. 33.7) de ser de ellos declaradas responsables las personas jurídicas. Sin perjuicio de lo establecido por la regla 2<sup>a</sup> del art. 66 bis (que, por otra parte, tiene una aplicación limitada, tanto por las penas afectadas como por la propia naturaleza de algunas de ellas), y al margen de las críticas que pueden

*op. cit.*, p. 19. Véase también, con matizaciones, Bacigalupo Sagesse, S., “Artículo 31 bis”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. por Gómez Tomillo, 2<sup>a</sup> ed., Valladolid, 2010, p. 272; de la misma, “Los criterios de imputación...”, *op. cit.*, p. 3, donde acaba indicando que, en realidad, “el legislador no ha elaborado un *modelo de imputación* en sentido estricto”, p. 4.

<sup>117</sup> Por todos, Zugaldía Espinar, J.M., “Sociedades...”, *op. cit.*, p. 2.

<sup>118</sup> Fernández Teruelo, J.G., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp. 22 y ss.; Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9<sup>a</sup> ed. (a cargo de V. Gómez Martín), Barcelona, 2011, p. 204.

<sup>119</sup> Carbonell Mateu y Morales Prats, “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 71; Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 18; Nieto Martín, A., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Xurídica Galega*, núm. 63, 2009, p. 50.

<sup>120</sup> Rivas-Verdes Montenegro, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas”, *La Ley penal*, núm. 75, 2010, p. 5 (del texto con notas descargado de la web, 13 pp.); Silva Sánchez, J.M., “La reforma...” *op. cit.*, pp. 6 y s. Para Carbonell Mateu y Morales Prats, el modelo es cercano a un sistema de transferencia, aun cuando se apoya en la “responsabilidad directa y coprincipal” de la persona jurídica. “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 72.

<sup>121</sup> Gómez-Jara Díez, C., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp. 1 y ss.

<sup>122</sup> Robles Planas, R., “Pena...”, *op. cit.*, p. 12.

<sup>123</sup> Por todos, Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 91.

<sup>124</sup> Critica Robles Planas las referencias doctrinales a un supuesto “hecho propio” de la persona jurídica, por entender que es simplemente “una ficción construida para disimular la violación del principio de culpabilidad”. “El ‘hecho propio’ de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, *Indret*, núm. 2, 2009, p. 5; en el mismo sentido, Del Rosal Blasco, B., “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>125</sup> Zugaldía Espinar, J.M., “Sociedades...”, *op. cit.*, p. 2.

<sup>126</sup> Gómez-Jara Díez, C., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>127</sup> Bajo Fernández, M., “Modelo para un Derecho penal de las personas jurídicas”, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, coord. por García Valdés *et al.*, tomo I, Madrid, 2008, p. 721.

## Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español

derivar desde el principio de proporcionalidad, esto obliga, sin duda, a buscar aquel injusto específico que permita fundamentar el salto en la gravedad de la pena por la comisión de los mismos delitos.

Por otra parte, el Código Penal carece de toda norma (cuya ilegitimidad sería palmaria) que permita ignorar para la persona jurídica lo dispuesto en los artículos 5 y 10, sin que baste para ello su concurrencia en la persona física, corresponde al intérprete proceder a una lectura del contenido del artículo 31 bis en la línea de lo requerido por aquellos preceptos, los cuales rechazan la responsabilidad penal puramente objetiva y proclaman la irresponsabilidad penal en ausencia de dolo o imprudencia.

Frente al pronunciamiento de la *Circular 1/2010* en el sentido de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es propiamente una forma de “heteroresponsabilidad”, “responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial” y que, sin perjuicio de su carácter autónomo, presenta una “naturaleza indirecta o subsiguiente”,<sup>128</sup> resultan, por todo ello, especialmente valiosos los esfuerzos doctrinales dirigidos a resolver las dificultades anteriores, destacando apropiadas las propuestas que, apartir de la idea del defecto de organización, se centran en la falta del debido control.

En efecto, a nuestro parecer y como ya se ha indicado, junto a la realización del hecho delictivo por las personas físicas de referencia, lo dogmáticamente razonable y coherente con la realidad de la “criminalidad de la empresa”<sup>129</sup> es construir no tanto la culpabilidad<sup>130</sup> cuanto el núcleo del injusto específico de la persona jurídica sobre la violación por ésta de su posición de garantía, o lo que es lo mismo de su

deber de autoorganización de un modo adecuado para la evitación de delitos en el marco de las actividades sociales realizadas por su cuenta y provecho; un deber de garantía “del cumplimiento de la legalidad y de la adecuación de la organización a lo prescrito por el Derecho”,<sup>131</sup> que se presenta como de carácter “colectivo”, dirigido “a todos los entes dotados de personalidad jurídica”,<sup>132</sup> y que no por el hecho de que la falta del debido control sólo resulte mencionada de manera expresa en el párrafo segundo del art. 31 bis 1, deja de ser legalmente exigible respecto de los hechos de sus administradores o representantes contemplados en el párrafo primero,<sup>133</sup> habida cuenta de la delimitación legal de su actuar y de la reconducción del mismo al giro propio de la entidad, esto es, al “ámbito que la persona jurídica podría y debería haber controlado”, por ser el desplegado “al amparo de su nombre y/o con la ayuda de sus recursos”.<sup>134</sup>

La responsabilidad penal de la persona jurídica sólo debería, por tanto, surgir cuando a la infracción del mencionado deber por parte de la entidad pueda objetivamente imputarse la comisión por las personas físicas contempladas de alguno de los hechos delictivos específicamente previstos,<sup>135</sup> en el marco de sus actividades sociales y en el modo en cada caso exigido por el artículo 31 bis 1, el cual, en su párrafo segundo, requiere asimismo la falta de aplicación del debido control (dolosa o imprudentemente)<sup>136</sup> por parte de las personas físicas responsables; todo ello, siempre que concurra también el “merecimiento de pena”;<sup>137</sup> esto es, si ratificada su capacidad individual de autoorganización y funcionamiento (imputabilidad), podía evitarlo<sup>138</sup> y no se

<sup>128</sup> *Circular 1/2010, op. cit.*, pp. 30 y 107. Para una crítica en este punto de la Circular, Rodríguez Ramos, L., “La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El ‘delito de sospecha blindado’ y la responsabilidad objetiva ‘impura’ en la Circular 1/2010 de la FGE”, *La Ley*, núm. 7694, 14 septiembre 2011, pp. 1 y ss.

<sup>129</sup> Que conviene distinguir con claridad de la “criminalidad en la empresa” y de la “criminalidad contra la empresa” Galán Muñoz, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 16, 2011, p. 29.

<sup>130</sup> A favor del entendimiento de que la regulación española asume el concepto de culpabilidad por defecto de organización, por todos, Gómez Tomillo, M., *Introducción..., op. cit.*, pp. 141 y ss.

<sup>131</sup> Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 67.

<sup>132</sup> Galán Muñoz, A., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 29.

<sup>133</sup> Por todos, Bacigalupo, S., “Los criterios...”, *op. cit.*, p. 3; Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 18; Roso Cañadillas, R., “Las fuentes...”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>134</sup> Galán Muñoz, A., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 28.

<sup>135</sup> Afirma la necesidad del hecho de conexión (y relación de causalidad) y su compatibilidad con una responsabilidad independiente, esto es, no vicarial ni por el hecho de otro, Gómez Tomillo, M., “Imputación objetiva...”, *op. cit.*, pp. 49 y ss.

<sup>136</sup> FGE, *Circular 1/2011, op. cit.*, p. 47. En el mismo sentido, Gómez-Jara Díez, C., *Fundamentos modernos..., op. cit.*, p. 489; Gómez Tomillo, M., “Imputación objetiva...”, *op. cit.*, p. 60.

<sup>137</sup> Bajo Fernández, M., “Modelo...”, *op. cit.*, p. 727.

<sup>138</sup> Carbonell Mateu, J.C., “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

hallaba amparada por excusa legal alguna (culpabilidad), manifestando así, también, en el momento del hecho las carencias de la entidad en cuanto a esa “cultura de cumplimiento de la legalidad”<sup>139</sup> que le era individualmente exigible.

Ni las dificultades de aplicación de la categoría del dolo a las personas jurídicas,<sup>140</sup> ni la proximidad del desarrollo del debido control con la observancia del debido cuidado sirven de fundamento suficiente para entender que esta responsabilidad haya de ser “de naturaleza imprudente”.<sup>141</sup> El artículo 31 bis admite tanto la responsabilidad dolosa como la imprudente de la entidad, que no puede confundirse con el hecho de que la responsabilidad de la persona física sea dolosa o por imprudencia. Ciertamente, es de reconocer que la vía de la imprudencia puede resultar muy adaptada a las características de la realidad de esta criminalidad, permitiendo un adecuado juego a la implantación o no de mecanismos de prevención de delitos.<sup>142</sup> Además, el hecho de que, en la parte subjetiva del tipo del delito imprudente, la concurrencia “[d] el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante”<sup>143</sup> pueda quedar en la práctica satisfecha con la mera constatación de la ausencia de voluntad del autor de comisión del hecho resultante, facilitaría su apreciación respecto de la persona jurídica. Ahora bien, conviene indicar que, *de lege lata*, la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal por imprudencia<sup>144</sup> a las personas jurídicas se enfrenta a no pocas dificultades en el Derecho penal vigente en España:

- De un lado, para admitir el castigo de las acciones u omisiones imprudentes, el artículo 12 del Código

Penal obliga a que “expresamente lo disponga la ley”, y ni en el artículo 31 bis ni en los preceptos de la parte especial alusivos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se halla referencia explícita alguna al castigo de la comisión imprudente por parte de éstas;<sup>145</sup> por ello, la vía de la imprudencia quedará abierta a lo sumo en aquellos casos en que se encuentre expresamente prevista para la comisión imprudente del respectivo delito por parte de la persona física;<sup>146</sup> en realidad, financiación del terrorismo y blanqueo,<sup>147</sup> conforme a la legislación en vigor.<sup>148</sup>

- Por otro lado, y dejando al margen la cuestión de que “el marco penal es único”,<sup>149</sup> teniendo las penas para las personas jurídicas, por disposición legal, “todas la consideración de graves”, como ya se ha indicado, del repaso de las previstas por los tipos penales de la parte especial del Código se desprende que, en no pocos supuestos, las penas aplicables a las personas jurídicas serán de mayor gravedad que las susceptibles de imposición a las personas físicas por hechos dolosos, algo que no resultará fácil de justificar (desde el prisma del principio de proporcionalidad) simplemente por la presencia del injusto específico de la persona jurídica y que se convertiría especialmente en rechazable si, frente al castigo en el caso de la persona física del delito doloso, la imputación, en el caso de la persona jurídica, fuera además por vía de la imprudencia.
- El examen de lo dispuesto por el artículo 66 bis en materia de aplicación de las penas lleva también a la misma conclusión: siendo la regla general la libertad judicial en cuanto a la aplicación de las penas en los delitos imprudentes (que, frente al criterio seguido por el proyecto y anteproyectos que le precedieron —los

<sup>139</sup> Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 109.

<sup>140</sup> Y sus riesgos para la dogmática penal tradicional, Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 161 y ss.

<sup>141</sup> Galán Muñoz, A., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp. 35 y ss. Por su parte, Rodríguez Ramos mantiene que el “título de imputación objetiva” ha de ser la “comisión por omisión”, debiendo ser el de “imputación subjetiva” la imprudencia, que ha de exigirse sea grave. “¿Cómo...?”, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

<sup>142</sup> Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

<sup>143</sup> Que se añade al “elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente)”. Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9<sup>a</sup> ed., *op. cit.*, p. 297.

<sup>144</sup> Incluso si sólo se limita a la imprudencia grave, como propone Dopico Gómez-Aller, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 21.

<sup>145</sup> Sin embargo, Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9<sup>a</sup> ed., *op. cit.*, p. 206.

<sup>146</sup> Gómez Tomillo, M., *Introducción....*, *op. cit.*, pp. 13 y ss.; Rodríguez Ramos, L., “¿Cómo...?”, *op. cit.*, p. 6; Zugaldía Espinar, J.M. “Sociedades...”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>147</sup> Respecto del blanqueo, advierte, en todo caso, Feijoo Sánchez que, de interpretarse el “en tales casos” del art. 302.2 en el sentido de que se refiere exclusivamente a los supuestos “de existencia de una organización dedicada al blanqueo [...] no cabrían supuestos de imprudencia”. “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 78 (n. 18).

<sup>148</sup> Morales Prats, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículos 31 bis, 31.2, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)”, en *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, dirigido por Quintero Olivares, Cizur Menor, 2010, p. 57; Roso Cañadillas, R., “Las fuentes...”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>149</sup> Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9<sup>a</sup> ed., *op. cit.*, p. 206.

## Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español

cuales mantuvieron igualmente este mismo criterio para las penas aplicables a las personas jurídicas—, sólo se somete “a su prudente arbitrio”), el artículo 66 bis, introducido por la reforma de 2010, se ocupa de detallar las reglas de aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas, declarando la plena aplicabilidad de las reglas 1<sup>a</sup> a 4<sup>a</sup> y 6<sup>a</sup> a 8<sup>a</sup> del artículo 66, unas reglas reservadas exclusivamente para los delitos dolosos, en el caso de las personas físicas.

Por todo lo cual, y a falta de todo apoyo legal más específico, ha de concluirse que en el Derecho penal español en vigor la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe reconducirse exclusivamente por la vía dolosa (inclusiva del dolo eventual).

### C) Ámbito de aplicación: “Numerus clausus”

La aplicación del sistema de responsabilidad penal definido por el artículo 31 bis se refiere exclusivamente a “los supuestos previstos en este Código”. La reforma limita en exceso el catálogo de delitos imputables jurídicamente a la persona jurídica,<sup>150</sup> taxativamente,<sup>151</sup> los siguientes:

- Tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis)
- Trata de seres humanos (art. 177 bis 7)
- Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis)
- Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197.3, segundo párrafo)
- Estafas y fraudes (art. 251 bis)
- Insolvencias punibles (art. 261 bis)
- Daños informáticos (art. 264.4)
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado, los consumidores y la corrupción entre particulares (art. 288.1 en relación con arts. 270 a 286 bis)
- Blanqueo de capitales (art. 302.2)
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis)
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 4)

- Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4)
- Delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328.6)
- Delitos relativos a los materiales y radiaciones ionizantes (art. 343.3)
- Delitos de riesgo por explosivos y otros agentes susceptibles de causar estragos, así como delitos relativos a sustancias destructoras del ozono (art. 348.3)
- Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis)
- Falsificación de medios de pago (art. 399 bis)
- Cohecho (art. 427.2)
- Tráfico de influencias (art. 430)
- Corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2)
- Organizaciones y grupos criminales (art. 570 quater)
- Financiación del terrorismo (art. 576 bis 2)

Una primera cuestión suscitada es si el “delito” cometido por la persona física debe entenderse como comportamiento típico, antijurídico y culpable. El párrafo 3 del art. 31 ordena que la falta de culpabilidad<sup>152</sup> de la persona física “no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, por lo que no será precisa la culpabilidad y sí un hecho típico y antijurídico;<sup>153</sup> sin embargo, será difícil constatar la concurrencia de causas de justificación cuando falte la persona física sujeto activo del delito concreto, por lo que, en estos supuestos, bastará con que el hecho de la persona física sea “objetivamente típico”,<sup>154</sup> apuntando, así, indiciariamente a su carácter penalmente injusto.

Ahora bien, y entrando en los delitos particulares, siendo predominantes —junto a las infracciones penales en las que la personalidad jurídica es frecuentemente aprovechada por la criminalidad organizada— las directa o indirectamente reconducibles al Derecho penal socioeconómico, llama la atención la presencia de figuras difícilmente aplicables a la realidad de las personas jurídicas y, simultáneamente, la ausencia de delitos destacados en este marco.<sup>155</sup> En este orden de ideas, al lado de la contaminación

<sup>150</sup> Por todos, Zugaldía Espinar, J.M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, disponible en: <http://resp-pj.blogspot.com/2011/03/sociedades-delinquiere-potest-por-jose.html>, p. 5.

<sup>151</sup> Bacigalupo Sagesse, S., “Artículo 31 bis”, en *Comentarios al Código Penal*, 2<sup>a</sup> ed., dir. por Gómez Tomillo, Valladolid, 2011, p. 273.

<sup>152</sup> Los proyectos y anteproyectos anteriores se referían, en un sentido más amplio, a la ineficacia de la concurrencia de eximentes de responsabilidad en la persona física de cara a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

<sup>153</sup> Zúñiga, L., “Sociedades delinquiere potest”, *op. cit.*, p. 14.

<sup>154</sup> Gómez Tomillo, M., “Imputación objetiva...”, *op. cit.*, p. 54.

<sup>155</sup> Fernández Teruelo, J.G., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 9; Rodríguez Ramos, L., “¿Cómo...?”, *op. cit.*, pp. 10 y s. (n. 3).

ambiental por imprudencia y de determinadas infracciones en el campo de productos defectuosos o de riesgo, incluso resultantes en lesiones u homicidios,<sup>156</sup> debían haber merecido una especial mención las infracciones penales contra los trabajadores<sup>157</sup> y en materia de seguridad en el trabajo,<sup>158</sup> supuesto para el que continúa vigente la previsión del artículo 318 CP, por lo que el juez podrá facultativamente adoptar alguna de las “consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito” previstas por el art. 129; ahora bien, éste expresamente queda reservado, por exigencia de su propio tenor literal, a las entidades que, por carecer de personalidad jurídica, están excluidas del artículo 31 bis,<sup>159</sup> lo que muestra un grave problema de negligencia del legislador que se traduce en la falta de coordinación entre los diversos preceptos. Lo mismo prevé el Código Penal, “con criterio inconsciente”,<sup>160</sup> para los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), negación o impedimento de la actuación inspectora o supervisora (art. 294), delitos de riesgos producidos por explosivos y otros agentes (art. 348), delitos contra la salud pública distintos del tráfico de drogas (art. 366) y falsificación de moneda (art. 386), supuestos en los que la aplicación a las personas jurídicas de las consecuencias del artículo 129, respetando los requisitos del art. 31 bis, deberá serlo tan sólo con carácter facultativo.<sup>161</sup>

Conviene recordar, para finalizar este punto, la experiencia del Derecho penal francés, el cual, al introducir en el nuevo Código una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas limitada

a los casos expresamente previstos por la ley y el reglamento (art. 121-2), por medio de la Ley Perben II (Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo) suprimió esta referencia, pasando a regir el principio de generalidad, a partir de su entrada en vigor.<sup>162</sup> Esta solución resulta mucho más razonable,<sup>163</sup> ya que también son imaginables supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica en otras áreas delictivas, incluso (p. ej., en el ámbito sanitario)<sup>164</sup> respecto de hechos generadores de muerte o de lesiones.

#### *D) Personas jurídicas responsables*

La nueva responsabilidad penal es predicable de las “personas jurídicas”, sin ninguna exigencia particular respecto de su sistema de organización y complejidad.<sup>165</sup> La falta de personalidad sólo deja abierta la aplicabilidad de las consecuencias accesorias del art. 129.

El concepto de persona jurídica no resulta definido por el Código Penal,<sup>166</sup> pero deberá ser más amplio que en el artículo 297, el cual sí recoge una definición de sociedad, pero referida en exclusiva a los delitos societarios.<sup>167</sup>

En la línea de los “ordenamientos más intervencionistas”,<sup>168</sup> ciertas personas jurídicas quedan al margen del nuevo sistema, si bien, a “las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil” a las que se refirieron los textos anteriores al Anteproyecto de 2009 (que aludían a asociaciones, fundaciones y sociedades), han acabado sumándose “algunas personas

<sup>156</sup> Gómez Tomillo, M., *Introducción...*, op. cit., p. 19.

<sup>157</sup> Bacigalupo, S., “Los criterios...”, op. cit., p. 4.

<sup>158</sup> Por todos, Rivas-Verdes Montenegro, C., “La responsabilidad penal...”, op. cit., p. 5.

<sup>159</sup> Mantiene un entendimiento en sentido amplio, De la Fuente Honrubia, F., “Las consecuencias accesorias...”, op. cit., p. 166.

<sup>160</sup> González Cuéllar Serrano y Juanes Pece, “La responsabilidad penal...”, op. cit., p. 2.

<sup>161</sup> Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad...”, op. cit., p. 24.

<sup>162</sup> Por todos, Couret, A., “Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales”, *Revue de jurisprudence sociales*, núm. 11, 2006, pp. 843 y ss.; Sordino, M.Ch., “La disparition du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales: une fin espérée... adoptée dans la plus grande discréption”, *La Gazette du Palais*, núm. 254, 2004, pp. 13 y ss.

<sup>163</sup> Abiertamente también a favor del *numerus apertus*, Rodríguez Ramos, L., “¿Cómo...?”, op. cit., p. 2. Demanda también la ampliación del listado de delitos, FGE, *Circular 1/2011*, op. cit., pp. 59 y ss.

<sup>164</sup> Trespaderne Beracierto, M.I., *¿Responsabilidad del profesional e irresponsabilidad de la organización sanitaria? La necesaria revisión de la política criminal por defectuosa asistencia en el marco de la nueva organización sanitaria autorregulada* (Tesis doctoral UPV/EHU), San Sebastián, 2011.

<sup>165</sup> Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, op. cit., pp. 33 y ss.

<sup>166</sup> Crítica también Zugaldía Espinar la falta de pronunciamiento por parte del Código sobre la “determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas”, que pone de manifiesto el “olvido de la transnacionalidad del fenómeno”. “Socetas...”, op. cit., pp. 8 y 7. Véase, por su parte, Feijoo Sánchez, quien considera que, respecto de las personas jurídicas extranjeras que cuenten en España con sucursales o unidades sin personalidad jurídica, quedará abierta tanto la vía del art. 31 bis como la del art. 129 CP, incluso para su aplicación simultánea. “La responsabilidad penal...”, op. cit., p. 75.

<sup>167</sup> En los grupos de sociedades la responsabilidad residirá en cada sociedad. Feijoo Sánchez, B., op. cit., p. 78.

<sup>168</sup> Gómez-Jara Díez, C., “La responsabilidad penal...”, op. cit., p. 1.

## Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español

jurídico-públicas”.<sup>169</sup> El art. 31 bis 5 declara, en efecto, la inaplicabilidad de su contenido a:

- Las entidades de Derecho público y asimiladas: en particular, el Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, y las organizaciones internacionales de Derecho público.
- Las entidades estatales<sup>170</sup> mercantiles: Agencias y Entidades Públicas Empresariales, organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas, Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.
- Los partidos políticos y sindicatos.

Las razones comúnmente aludidas para la exclusión de las entidades públicas del ámbito de la responsabilidad penal suelen reconducirse a la relevancia de su papel constitucional o de sus funciones públicas, que podrían verse muy negativamente afectadas en caso de procesamiento de la persona jurídica o por la imposición de sanciones penales, cuya aplicación resulta en algunos supuestos (*v. gr.* disolución o suspensión) difícilmente imaginable. También cabría aludir a su falta de capacidad de autoorganización, dada su total sujeción a la ley, pero esta objeción alcanza progresivamente un menor peso habida cuenta de las nuevas tendencias organizativas, también en el seno de la propia administración pública.<sup>171</sup>

En todo caso, la doctrina recuerda la plena admisibilidad de las “relaciones interadministrativas de carácter sancionador”<sup>172</sup> y comparte ampliamente la falta de suficiente fundamento de la exclusión de algunos

supuestos: como las Cámaras de Comercio o Colegios profesionales y, en particular, las sociedades mercantiles públicas, los sindicatos y los partidos políticos.<sup>173</sup> Por su parte, la Circular 1/2011 considera que la exclusión de las Cámaras de Comercio o Colegios profesionales deberá quedar sujeta a una “valoración jurídica casuística”<sup>174</sup> y, en el caso de las organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía y administrativas, mantiene que deberá procederse a un entendimiento restrictivo de la exclusión, que resultará aplicable tan sólo “en el marco de su actividad en el ejercicio de las funciones de soberanía o administrativas” y, si se trata de las sociedades estatales, cuando efectivamente estén ejecutando políticas públicas o prestando servicios de interés económico general.<sup>175</sup>

Tampoco parece muy oportuna la regulación de las denominadas “sociedades de pantalla” (art. 31 bis 5),<sup>176</sup> por lo restrictivo de la fórmula a través de la cual se trata de permitir la declaración de responsabilidad penal, al exigirse que el propósito de la elección de una de las formas jurídicas excluyentes de la responsabilidad penal haya sido precisamente la elusión de “una eventual responsabilidad penal”, cuestión “de una enorme relevancia” que deberá ser apreciada por el juez penal.<sup>177</sup>

De nueva cuenta aquí el Derecho penal francés se presenta menos cerrado que la regulación introducida en 2010 en España: dejando a salvo al Estado, permite la declaración de responsabilidad penal de las personas de Derecho público y hasta de los entes territoriales y sus agrupaciones, si bien en estos supuestos sólo por las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público (art. 121-2).<sup>178</sup>

<sup>169</sup> FGE, *Circular 1/2011*, *op. cit.*, p. 16 y, en general, pp. 14 y ss.

<sup>170</sup> ¿Y las autonómicas, provinciales y locales? A favor de su asimilación a las estatales, por todos, FGE, *Circular 1/2011*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>171</sup> En este sentido, *v. gr.* en la Comunidad Valenciana, el Decreto 62/2010, de 16 de abril, por el que se establecen los instrumentos generales del sistema para la modernización y mejora de la calidad de los servicios públicos de los entes, organismos y entidades del sector público dependiente de la Generalitat (*DOCV*, núm. 6250, de 21 de abril de 2010) o, en Baleares, el Decreto 89/2010, de 9 de julio, por el cual se regula la creación del Comité de Gerencia del sistema de gestión por procesos (*BOIB*, núm. 107, de 19 de julio de 2010).

<sup>172</sup> Gómez Tomillo, M., *Introducción...*, *op. cit.*, p. 42, quien reproduce a título ilustrativo el texto del F.J. 3º de la STS de 7 de noviembre de 2003, pp. 42 y ss.

<sup>173</sup> Morales Prats, F., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 61. Véase también, al respecto, Valls Prieto, J., “Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos?”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 104, 2011, pp. 109 y ss.

<sup>174</sup> FGE, *Circular 1/2011*, *op. cit.*, p. 21. A favor de un “régimen híbrido” para estos supuestos, también Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>175</sup> FGE, *Circular 1/2011*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>176</sup> Por todos, Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>177</sup> Úbeda de los Cobos, J.I., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 6; duda el autor de que el juez pueda contar con el “conocimiento profundo de la estructura de la sociedad, su actividad y su relación con otras entidades” legalmente requerido (p. 7).

<sup>178</sup> Bouloc, B., *Droit pénal général*, 22ª ed., París, 2011, p. 722.

## E) Penas (y otras consecuencias)

Las penas aplicables a las personas jurídicas “tienen todas la consideración de graves” (art. 33.7). Esto, que como ya se ha indicado, no deja de suscitar agravios ante las previstas para las personas físicas por algunos delitos en particular, apunta al “carácter de *ultima ratio* de la intervención penal”,<sup>179</sup> algo razonable dada la particular “onda expansiva del castigo”<sup>180</sup> en este ámbito, y tiene especial incidencia en cuanto a la prescripción.<sup>181</sup>

El artículo 33.7 recoge las siguientes penas:<sup>182</sup>

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

En realidad, se trata de las sanciones ya conocidas como consecuencias accesorias por el viejo artículo 129 del Código Penal, a las que se ha añadido, como pena “fundamental”,<sup>183</sup> “de imposición obligatoria”,<sup>184</sup> la multa, cuya importancia destaca la doctrina<sup>185</sup> como la pena aparentemente más idónea en estos supuestos. La previsión de la pena de multa —que en principio ha de establecerse “en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, el valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida” (art. 52.4)— se ha visto acompañada por la introducción de una regulación específica de su extensión máxima (cinco años), cuantía<sup>186</sup> y fraccionamiento (hasta durante 5 años, si la cuantía pone su “supervivencia... o el mantenimiento de los puestos de trabajo... o cuando lo aconseje el interés general”) (art. 53.5). También se regula el sistema de responsabilidad subsidiaria en caso de impago de la multa impuesta que abre la vía (potestativa para el tribunal) de la intervención de la persona jurídica “hasta el pago total de la misma”; esto suscita la cuestión de si podrá extenderse más allá de los cinco años para los que la intervención judicial se encuentra legalmente prevista como pena,<sup>187</sup> algo que debería responderse en sentido negativo.

Sólo respecto de la pena de multa se alude, además, en el último inciso del art. 31 bis 2, a una posible necesidad de modulación<sup>188</sup> de “las respectivas

<sup>179</sup> Zúñiga Rodríguez, L., “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 1174.

<sup>180</sup> Roso Cañadillas, R., “Derecho Penal...”, *op. cit.*, p. 287.

<sup>181</sup> FGE, Circular 1/2011, *op. cit.*, p. 62.

<sup>182</sup> La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medidas cautelares durante la instrucción de la causa; no así otras penas, como la prohibición de determinadas actividades, cuya utilidad en esta línea podría, sin embargo, resultar de gran interés. Morales Prats, F., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 63.

<sup>183</sup> Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 13.

<sup>184</sup> Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 111.

<sup>185</sup> Por todos, Bacigalupo, S., “Los criterios...”, *op. cit.*, p. 6; Zúñiga Rodríguez, I., “Societas delinquere potest”, en *La reforma penal de 2010*, coord. por Zúñiga Rodríguez *et al.*, Salamanca, 2011, p. 17.

<sup>186</sup> Frente a los 2 y 400 €, límites ordinarios de las cuotas diarias para las personas físicas, en el caso de las personas jurídicas, las cuotas diarias se valoran entre 30 y 5.000 € (art. 50.4). Y, por lo que respecta a la multa proporcional, el art. 52.4 establece que, en caso de imposibilidad motivada de su cálculo con base en el beneficio obtenido o facilitado, el perjuicio causado, el valor del objeto o la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, las multas previstas deberán sustituirse por: multa de 2 a 5 años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 5 años; multa de 1 a 3 años, si la prevista es prisión de más de 2 años e inferior a 5; multa de 6 meses a 2 años, en los demás casos.

<sup>187</sup> De la Mata, Bilbao y Algorta, “La atribución...”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>188</sup> Al respecto, por todos, Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 116.

## Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español

cuantías” en el caso de doble responsabilidad —tanto de la persona jurídica como de la persona física responsable—, una norma que persigue explícitamente que “la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad” de los delitos cometidos. Calificada de “innecesaria”<sup>189</sup> siempre que las reglas penales sean objeto de adecuada aplicación, la previsión ha sido acertadamente criticada por entender que, enfocada a encarar un posible *bis in idem*, en el supuesto de que efectivamente éste tuviera lugar, “la previsión de modulación de la cuantía de la multa sería a todas luces insuficiente para evitar los problemas de constitucionalidad”<sup>190</sup>.

Se subraya, por el contrario, la buena acogida de la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, por considerarse justo que una empresa desde la cual se han cometido delitos quede inhabilitada para la obtención de ayudas públicas.<sup>191</sup>

En cuanto a la intervención judicial, que se aproxima a lo que pudiera ser una libertad vigilada de la persona jurídica, si bien presenta el inconveniente de la sobrecarga del aparato de la Administración de Justicia, la experiencia comparada pone de manifiesto su eficacia en este ámbito. Al igual que respecto de la multa, el Código Penal —que en realidad desaprovecha en gran parte sus posibilidades—<sup>192</sup> recoge para la intervención una regulación más detallada que la prevista para el resto de las penas aplicables para las personas jurídicas. Indica así el segundo párrafo de la letra g) del art. 33.7 que podrá extenderse “a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio”, lo que deberá ser objeto de exacta determinación judicial, al igual que la persona encargada y los plazos de los in-

formes de seguimiento. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Se permite la modificación o suspensión “en todo momento” de la intervención, “previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal”, y el Código Penal se remite a la vía reglamentaria en lo concerniente a la determinación de los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

En cualquier caso, son muchas las insuficiencias detectables en una regulación que carece de referencias sobre la ejecución de las penas interdictivas y hasta su incumplimiento.<sup>193</sup> De otra parte, como la comparación del listado de penas con los empleados en el marco comparado pone de manifiesto, las ausencias son relevantes:<sup>194</sup> *v. gr.* la publicación de la sentencia en los medios de comunicación del área económica o de actividad en la que la empresa se mueve,<sup>195</sup> la inscripción de la entidad en determinados registros administrativos de carácter público,<sup>196</sup> la prohibición de cotizar en mercados<sup>197</sup> o la prohibición de publicitarse,<sup>198</sup> de emitir obligaciones y cheques, de utilizar tarjetas, durante un cierto tiempo, y hasta la amonestación pública, la imposición de obligación de realizar actividades<sup>199</sup> o prestaciones de servicios a la comunidad,<sup>200</sup> la misma “ pena” de reparación [...]<sup>201</sup> Todas estas sanciones, sin suponer un gran riesgo para la viabilidad de la entidad, por su incidencia negativa, presentan un contenido punitivo cuya eficacia preventiva no ha de tenerse por irrelevante en el caso de las personas jurídicas. Llama igualmente la atención la “ausencia de sustitutivos penales”,<sup>202</sup> que, en el caso de las personas físicas,

<sup>189</sup> De la Mata, Bilbao y Algorta, “La atribución...”, *op. cit.*, p. 14.

<sup>190</sup> Carbonell Mateu, J., “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 30.

<sup>191</sup> Por todos, Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 28; Zúñiga Rodríguez, L., “Sociedades...”, *op. cit.*, p. 19.

<sup>192</sup> Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp. 124 y ss.

<sup>193</sup> *Ibidem*, pp. 126 y ss.

<sup>194</sup> Para un repaso de las sanciones impuestas a personas jurídicas en Derecho comparado, De Vicente Martínez, R., “Sanciones y reparación en el Derecho penal económico”, en *Cuestiones actuales...*, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

<sup>195</sup> Carbonell Mateu, Morales Prats y Dopico Gómez-Aller, *op. cit.*, p. 46.

<sup>196</sup> Roso Cañadillas, R., “Derecho Penal...”, *op. cit.*, pp. 289 y ss.

<sup>197</sup> De la Fuente Honrubia, “Las consecuencias accesoriales del art. 129 del Código Penal”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, *op. cit.*, p. 167.

<sup>198</sup> Morales Prats, F., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 64.

<sup>199</sup> Critica Feijoo Sánchez que el art. 33.7 e) permite prohibir la realización de actividades, pero no obligar a su realización. “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 123.

<sup>200</sup> López Peregrin, C., “La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesoriales del art. 129 CP, once años después”, en *Problemas actuales...*, *op. cit.*, p. 57 (n. 41).

<sup>201</sup> De Vicente Martínez, R., “Sanciones...”, *op. cit.*, pp. 214 y ss.

<sup>202</sup> Zugaldia Espinar, J.M. “Sociedades...”, *op. cit.*, p. 7.

permitan la suspensión condicional temporal (total o parcial) de la ejecución de la pena impuesta o incluso su sustitución, pues también en este campo la resocialización de las personas jurídicas debería constituir “una de las prioridades del Derecho Penal”.<sup>203</sup>

Como ya se ha dicho, las penas recogidas en los apartados c) - g) del art. 33.7 (esto es, todas las previstas para las personas jurídicas, salvo la multa y la disolución) operan, con el mismo contenido,<sup>204</sup> como consecuencias accesorias “en caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas” sin personalidad jurídica,<sup>205</sup> pudiendo imponerse motivadamente, al igual que “la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”,<sup>206</sup> en los supuestos específicamente previstos por el Código, así como respecto de las infracciones penales que permiten la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas (art. 129). Frente a lo desarrollado de la responsabilidad penal, para las consecuencias accesorias —que al cumplir una “función residual”,<sup>207</sup> siguen siendo “de aplicación potestativa” y resultan susceptibles de imposición cautelar (art. 129.3)—, el Código Penal mantiene aún una “grave indefinición”<sup>208</sup> e “indeterminación”,<sup>209</sup> tanto en lo concerniente a los requisitos de imputación,<sup>210</sup> como sobre su naturaleza jurídica. Han desaparecido también del art. 129 las anteriores referencias a su fundamento y finalidad —preven-

ción de la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos—, actualmente recogidas en el artículo 66 bis, el cual debe seguir entendiéndose aplicable a las consecuencias accesorias.<sup>211</sup> La reforma mantiene el *numerus clausus* e introduce una importante precisión, que aclara el sentido de la accesoriiedad de estas consecuencias. En efecto, el propio artículo 129 alude a estas consecuencias como “accesorias a la pena que corresponda al autor del delito”, lo que viene a quitar todo apoyo a las tesis de quienes, en la línea defendida con base en el anterior art. 129, continúan manteniendo que basta con una accesoriiedad limitada, traducida en la constatación de la comisión de un hecho típico y antijurídico,<sup>212</sup> de este modo debe entenderse ya que la accesoriiedad requerida es máxima:<sup>213</sup> “sin pena [...] no hay consecuencia accesoria”.<sup>214</sup>

La inaplicabilidad del art. 129 a las entidades con personalidad jurídica cierra el paso a toda alternativa de intervención preventivo-especial, al margen de la pena aun en los casos en que ésta pudiera resultar indicada.<sup>215</sup> No suaviza lo anterior el hecho de que de la regulación de las penas interdictivas, las cuales, a juicio de Feijoo Sánchez, en realidad “sólo tienen de penas el nombre”,<sup>216</sup> se desprenda que su orientación es la preventivo-especial indicada.

#### *F) Reglas de aplicación de las penas*

Si bien la elección de la aplicada a la concreta figura delictiva queda en manos del juez,<sup>217</sup> el artículo 66 bis

<sup>203</sup> Roso Cañadillas, R., “Derecho Penal...”, *op. cit.*, p. 288.

<sup>204</sup> Con “el mismo alcance y el mismo fundamento”, para De la Fuente Honrubia, F., “Las consecuencias accesorias...”, *op. cit.*, p. 164; si bien más adelante indica que la diferencia se encuentra en “el contenido retributivo y afflictivo derivado de poder imponer las penas de multa y disolución de las personas jurídicas, una vez declarada su responsabilidad penal” (*ibidem*, pp. 164 y s.).

<sup>205</sup> Véase, con todo, Gómez Tomillo, M., *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 162 y s; a partir de la falta de claridad del tenor literal entiende este autor que cabe también en él que la referencia a la carencia de personalidad jurídica quede sólo referida a los “grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones”, lo que, de ser así, permitiría cubrir parcialmente por esta vía “la autoría y participación de personas jurídicas en delitos cometidos por personas jurídicas”.

<sup>206</sup> En opinión de Feijoo Sánchez, el único sentido de esta referencia añadida es “dejar claro que se trata de una consecuencia que carece de límite temporal”. “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 247.

<sup>207</sup> Morales Prats, F., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 67. De “cuasisupletorio” califica a su régimen De la Fuente Honrubia, F., “Las consecuencias accesorias...”, *op. cit.*, p. 164.

<sup>208</sup> Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 38.

<sup>209</sup> Ramón Ribas, E., “Consecuencias accesorias (art. 129 CP)”, en *La Reforma Penal...*, *op. cit.*, p. 113.

<sup>210</sup> Feijoo Sánchez, B., “La reforma...”, *op. cit.*, pp. 244 y s.

<sup>211</sup> Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 38; Feijoo Sánchez, B., “La reforma...”, *op. cit.*, p. 243.

<sup>212</sup> En este sentido, De la Fuente Honrubia, F., “Las consecuencias accesorias...”, *op. cit.*, p. 165.

<sup>213</sup> Ramón Ribas, E., “Consecuencias accesorias...”, *op. cit.*, p. 115; también Bacigalupo, S., “Los criterios...”, *op. cit.*, p. 3; con todo, Gómez Tomillo, M., *Introducción...*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>214</sup> Feijoo Sánchez, B., “La reforma...”, *op. cit.*, p. 247.

<sup>215</sup> Ramón Ribas, E., “Consecuencias accesorias”, *op. cit.*, p. 116.

<sup>216</sup> Feijoo Sánchez, B., “La reforma...”, *op. cit.*, p. 113.

<sup>217</sup> Críticamente, por vulneración del principio de legalidad, Bacigalupo, S., “Los criterios...”, *op. cit.*, p. 7; González-Cuéllar Serrano y Juanes Peces, “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 5.

## Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español

contempla un doble conjunto de criterios de aplicación de las penas.

Por un lado, las reglas generales 1<sup>a</sup> a 4<sup>a</sup> y 6<sup>a</sup> a 8<sup>a</sup> del artículo 66.1, declaran extensibles a “la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas”. Son éstas las relativas a la concurrencia de circunstancias modificativas, las cuales, a pesar de la dicción “un tanto engañosa” del primer párrafo del art. 66 bis, se aplicarán sólo a la pena de multa.<sup>218</sup> El artículo 31 bis 4 establece, además, un “sistema tasado y cerrado de atenuantes”,<sup>219</sup> limitándolas a determinados supuestos de actuación post-delictiva de la persona jurídica, encauzada a través de sus representantes legales: confesión (con carácter previo al conocimiento de que el procedimiento se dirige contra ella); colaboración en la investigación del hecho, aportando pruebas nuevas y decisivas; reparación o disminución del daño (con anterioridad al juicio oral); y establecimiento (también con carácter previo al juicio oral) de “medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.<sup>220</sup>

Esta regulación —que parece querer dar cauce en el plano penal al “fenómeno de la autorregulación regulada”<sup>221</sup>— ha generado una importante crítica doctrinal referida tanto a la limitación excesiva de las circunstancias como a su conformidad constitucional,<sup>222</sup> a la propia naturaleza de las mismas y al alto

grado de exigencia.<sup>223</sup> Así, no se comprende la falta de mención a la atenuante analógica o a la de dilaciones indebidas,<sup>224</sup> previstas para los hechos cometidos por las personas físicas, lo que puede ser fuente de insopportables situaciones de desigualdad.<sup>225</sup> Por otra parte, la naturaleza *ex post* de la atenuante del artículo 31 bis 4 d) suscita la cuestión del tratamiento a otorgar a los casos de adopción de medidas con carácter anterior o coetáneo a la realización del hecho delictivo. En general, la doctrina considera que la no regulación expresa de las eximentes deja abierta la plena aplicabilidad de las previstas con carácter genérico en el Código, en particular de las contenidas en los números 4º, 5º y 6º del art. 20, siempre que sea posible.<sup>226</sup> Partiendo de lo anterior, en cuanto a las autorregulaciones, códigos de conducta corporativa y programas de prevención o cumplimiento, tan bien valorados en el marco comparado,<sup>227</sup> se entiende que su adopción y exigencia de aplicación en el modo adecuado debería llevar a la no declaración de responsabilidad penal de la entidad,<sup>228</sup> especialmente si colabora con las autoridades tras la comisión del delito,<sup>229</sup> si bien se discute sobre la vía adecuada de incardinación del supuesto en la estructura de la teoría del delito.<sup>230</sup> En contra de esta posición, sin embargo, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2011, expresamente afirma que “las normas de autorregulación de las empresas o *compliance guide*, sólo son

<sup>218</sup> Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 112.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>220</sup> Indica Fernández Teruelo cómo la eficacia dependerá más que “del tipo de medidas [...] de la forma concreta en que *en el futuro* se ejecuten”. “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 35. Por su parte, a juicio de Del Rosal Blasco, el modo en que se regula esta atenuante, de redacción “poco feliz”, impide mantener que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en España, “esté basada en un hecho propio de la persona jurídica”. “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>221</sup> Gómez-Jara Díez, C., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>222</sup> Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 129; Gómez-Jara Díez, C., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>223</sup> Por todos, Gómez Tomillo, M., *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 145 y ss.; Morales Prats, F., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp. 59 y ss. Véase también FGE, *Circular 1/2011*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>224</sup> Defiende, sin embargo, y a pesar del “sólo” inicial, la aplicabilidad de otras atenuantes, como la de “dilación extraordinaria e indebida”, Rodríguez Ramos, L., “¿Cómo...?”, *op. cit.*, p. 2. En contra, FGE, *Circular 1/2011*, *op. cit.*, p. 51, que no excluye que por parte de los órganos jurisdiccionales se aplique “una interpretación análoga *in bonam partem*” (p. 52).

<sup>225</sup> Gómez-Jara Díez, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2011, p. 89; Gómez Tomillo, M., “Imputación objetiva...”, *op. cit.*, p. 84.

<sup>226</sup> Morales Prats, F., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp. 58 y ss.

<sup>227</sup> Alonso Gallo, J., “Los programas de cumplimiento”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal...*, *op. cit.*, pp. 143 y ss.; Nieto, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de empresa”, *Política criminal*, núm. 5, 2008, A3-5.

<sup>228</sup> Bacigalupo, S., “Los criterios...”, *op. cit.*, p. 5; De la Mata Barranco, N.J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*, dir. por Juanes Peces, Madrid, 2010, p. 85; Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp. 70, 105 y 1135; Zúñiga Rodríguez, L., “Sociedades...”, *op. cit.*, p. 21.

<sup>229</sup> Morales Prats, F., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 58.

<sup>230</sup> Para De la Mata, Bilbao y Algorta, sería un supuesto de “ausencia de tipicidad” (“La atribución...”, *op. cit.*, p. 4), mientras que para Gómez-Jara Díez, excluiría la culpabilidad (“La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 4).

relevantes en la medida en que traduzcan una conducta. Su formalización no aporta ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal”.<sup>231</sup>

Al lado de las reglas generales explicadas, el artículo 66 bis distingue los supuestos en los que la previsión penal tenga un carácter general de aquellos que vengan ya con una duración limitada.

En el primero de los casos, de cara a la aplicación de las penas de disolución, suspensión, clausura de locales, prohibición de actividades, inhabilitación e intervención judicial, se recogen como criterios complementarios: la necesidad para prevenir la continuidad delictiva o sus efectos, las consecuencias económicas y sociales y, especialmente, los efectos para los trabajadores, así como el puesto ocupado en la estructura de la persona jurídica por parte de la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Esta previsión parece responder a las peculiaridades propias de la actividad empresarial, caracterizada por la división técnica del trabajo, la especialización, la complementariedad de las diferentes aportaciones de los sujetos en el contexto de un plan común y la jerarquía, elementos todos ellos que deben tomarse en cuenta a la hora de proceder a la aplicación de la pena.

Cuando las penas anteriores (salvo la disolución) vengan ya impuestas con una duración limitada desde el tipo penal de la parte especial, la segunda regla del art. 66 bis establece, como reflejo del principio de proporcionalidad,<sup>232</sup> que “ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física”, frenando así la extensión que determinadas sanciones penales podrían alcanzar con base en razones estrictamente preventivas.<sup>233</sup>

En la misma regla 2<sup>a</sup>, precisando “indirectamente”<sup>234</sup> las agravantes específicas de responsabilidad

penal de las personas jurídicas, se añaden exigencias ulteriores para la imposición de esas penas por plazos superiores a dos años o a cinco años (o con carácter permanente, en el caso de la disolución o prohibición de actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito):

- Reincidencia de la persona jurídica (condena ejecutoria previa al delinquir, por un delito del mismo título y misma naturaleza) o utilización instrumental de la misma<sup>235</sup> para la comisión de ilícitos penales, si se trata de imponer las penas por una duración superior a dos años.
- Reincidencia cualificada (al menos por tres delitos del mismo título y la misma naturaleza: art. 66.1.5<sup>a</sup>) o utilización instrumental de la persona jurídica con vistas a la comisión de ilícitos penales, para la imposición con carácter permanente de la disolución o de la prohibición definitiva de actividades, y para la aplicación por más de cinco años de la prohibición de actividades y la pena de inhabilitación (cuyo límite máximo es de 15 años).

## G) Extinción de la responsabilidad penal: excepciones

La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se cierra en el Libro I del Código Penal con lo relativo a la extinción de la responsabilidad penal.

Aplicable, en principio, a las personas jurídicas lo dispuesto por el artículo 130 CP, asimilando a la muerte del reo la disolución de la persona jurídica (que curiosamente no se menciona si es auténtica, sino sólo para regular los supuestos de “disolución encubierta o meramente aparente”),<sup>236</sup> el art. 130.2 se ocupa de “precisar los límites y consecuencias”<sup>237</sup> de determinadas transformaciones que jurídicamente

<sup>231</sup> FGE, Circular 1/2011, *op. cit.*, p. 39; véase también Del Rosal Blasco, B., “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp. 4 y s. Con todo, Dolz Lago, M.J., “Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable. A propósito de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011”, *La Ley*, núm. 7665, D-270, 4 de julio de 2011 (PDF), p. 2. También al respecto, Gómez Tomillo, M., “Imputación objetiva...”, *op. cit.*, pp. 77 (n. 84) y 78.

<sup>232</sup> Gómez-Jara Díez, C., “Aspectos sustantivos”, *op. cit.*, p. 124; Morales Prats, F., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 65.

<sup>233</sup> Véase, entre otros, Morales Prats, F., *op. cit.*, p. 65.

<sup>234</sup> Morales Prats, F., *op. cit.*, p. 66.

<sup>235</sup> Se entiende que concurre la utilización instrumental (art. 66 bis regla 2<sup>a</sup> II b) “siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”, lo que debe entenderse como sinónimo de “delictiva”. Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 122 (n. 87).

<sup>236</sup> Tampoco se alude a los casos de disolución ordenada judicialmente. Quintero Olivares, G., “La extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas”, en *La Reforma Penal...*, *op. cit.*, pp. 118 y s.

<sup>237</sup> Quintero Olivares, G., *ibidem*, p. 117.

## Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español

son tratadas, con carácter general, como desaparición de la entidad, para impedir que puedan derivar sin más en extinción de la responsabilidad penal en evidente “fraude de ley”.<sup>238</sup>

Dispone así el art. 130.2 que, en los supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica, la responsabilidad penal no se extingue, sino que “se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión”, permitiendo al juez o tribunal su moderación “en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable guarde con ella”.

Sin perjuicio de lo necesario de una solución como la prevista, dados los “problemas prácticos” que suscitará el precisar esa “proporción”,<sup>239</sup> desde el prisma técnico la fórmula presenta importantes problemas en un marco regulador que no prevé la posibilidad de variación de las penas impuestas en fase de ejecución.<sup>240</sup> Por otro lado, siendo la responsabilidad penal personal,<sup>241</sup> no resulta fácil de admitir el “traslado” de la misma a otra(s) entidad(es), máxime cuando no se requiere la identidad “absoluta”, sino que basta con una “identidad sustancial”.<sup>242</sup> En este sentido, el establecimiento de mecanismos de “retroacción y anulación de la absorción o fusión”, con el fin de permitir el procesamiento y sanción de la persona jurídica infractora,<sup>243</sup> hubiera sido ciertamente mucho más apropiado.

La misma regla de inextinción se aplica igualmente para la disolución encubierta o tan sólo aparente, entendiéndose, con base en “un criterio económico-organizativo”,<sup>244</sup> que esto concurre “cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos” (art. 130.2). Se trata de una previsión dirigida a evitar el abuso de derecho que derivaría de una desaparición meramente formal y no real, lo que ha sido objeto de crítica por la “clara inversión de la carga de la prueba”<sup>245</sup> que supone.

## IV. Conclusión

La ruptura con el principio *societas delinquere non potest* por parte del legislador español de 2010 constituye una decisión fundamental de política criminal y penal que se inscribe en la línea de importantes ejemplos del Derecho penal comparado europeo, los cuales, a lo largo de las últimas décadas, han ido reconociendo la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, como recurso fundamental para la lucha contra la criminalidad de empresa, tan relevante en el plano de la criminalidad económica o de la corrupción y como instrumento de las tramas organizadas.

En este sentido, y aun cuando las “consecuencias accesorias” introducidas en 1995 por el nuevo Código Penal daban la oportunidad de construir una nueva línea de intervención penal, la decisión de 2010 supone el banderazo de salida a nuevos debates y pone fin a otros anteriores.

No son pocas, en efecto, las cuestiones suscitadas por la nueva regulación, entre las que destaca por su importancia, lo relativo al modelo de responsabilidad penal establecido. En efecto, si bien inicialmente, a partir del estricto tenor literal interpretado aisladamente, hay quien mantiene que estamos ante un supuesto de heteroresponsabilidad, el respeto del modelo constitucional de responsabilidad penal obliga a indagar en aquellos elementos que, sin olvidar la exigencia de un hecho de referencia, permitan erigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre su propio injusto; a tal objeto, la infracción del deber de vigilancia y prevención de la comisión de delitos, en cuanto reflejo del defecto de organización, se presenta como un criterio especialmente útil para fundamentar esta responsabilidad, a cuyo efecto, a la luz del conjunto de la regulación actualmente en vigor en España, no debería bastar la imprudencia.

<sup>238</sup> Morales Prats, F., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 68.

<sup>239</sup> Quintero Olivares, G., “La extinción...”, *op. cit.*, p. 118.

<sup>240</sup> Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 137.

<sup>241</sup> Para Robles Planas, el hecho de esta regulación es, precisamente, un argumento más a favor del entendimiento de la “abierta consagración de la responsabilidad por hecho ajenos y [...] expresa renuncia a los postulados de personalidad de las penas y de la responsabilidad penal como manifestaciones fundamentales del principio de culpabilidad” en el caso de las personas jurídicas en Derecho penal español. “Pena...”, *op. cit.*, p. 10.

<sup>242</sup> Fernández Teruelo, J.G., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 36.

<sup>243</sup> Dopico Gómez-Aller, J., “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 37.

<sup>244</sup> Gómez-Jara Díez, C., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 8.

<sup>245</sup> Bacigalupo, S., “Los criterios...”, *op. cit.*, p. 5.

La criticable exclusión de figuras delictivas muy relevantes en el ámbito laboral o económico, las discutibles limitaciones en cuanto a las entidades susceptibles de ser sujetos de responsabilidad penal, la falta de regulación de las eximentes, la escasa imaginación desplegada en materia de penas y sus alternativas (en realidad inexistentes) justifican, entre otras,<sup>246</sup> la demanda de revisión de una regulación que, desaprovechando los seis meses de *vacatio legis*,<sup>247</sup> ha necesitado esperar casi un año desde su entrada en vigor para dar cobertura a la “notoria ausencia de regulación procesal”.<sup>248</sup> Esto, cuando a nadie se le ocultaba que el desarrollo del estatuto procesal penal de

las personas jurídicas resultaba de todo punto imprescindible,<sup>249</sup> a la vista del potencial conflicto de intereses entre la persona jurídica y sus administradores y representantes, dada la posibilidad de declaración de responsabilidad penal de ambos y, por tanto, la necesidad de que se proceda tanto contra la persona física como contra la jurídica en aquellos hechos que puedan generar su responsabilidad penal.

Por Ley 37/2011, de 10 de octubre, referente a medidas de agilización procesal (BOE 245, 11 octubre 2011) se generó esta regulación procesal, que presenta unas distancias irrelevantes con lo previsto en la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado.<sup>250</sup>

---

<sup>246</sup> Para las insuficiencias de la regulación relativa al derecho transitorio, por todos, Feijoo Sánchez, B., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

<sup>247</sup> Morales Prats, F., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 69. También González Cuéllar Serrano y Juanes Peces, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, *La Ley*, núm. 7501, 3 de noviembre de 2010, apartado III.

<sup>248</sup> Dolz Lago, M.J., “Sobre...”, *op. cit.*, p. 1.

<sup>249</sup> Silva Sánchez, J.M., “La reforma...”, *op. cit.*, p. 5; Zúñiga Rodríguez, L., “Responsabilidad penal...”, *op. cit.*, pp. 1178 y ss. Véase también, sobre esta cuestión, Agudín Rodríguez-Magariños, A.E., “Cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 26, 2011, pp. 79 y ss.; Echarri Casi, F.J., “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, *La Ley*, núm. 7632, 18 de mayo de 2011; Gascón Inchausti, F., “Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal”, en *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal. Responsabilidad penal de personas jurídicas. Expulsión de extranjeros sustitutiva de la pena. Interrupción de la prescripción. Instrumentos para la aplicación de la ley penal más favorable. Otras modificaciones*, coord. por Gascón Inchausti, Cizur Menor. 2010, pp. 19 y ss.; Úbeda de los Cobos, J.J., “La responsabilidad penal...”, *op. cit.*, p. 11.

<sup>250</sup> FGE, *Circular 1/2011*..., *op. cit.*, pp. 74 y ss.





## Algunas propuestas dirigidas a mejorar la recuperación de activos procedentes del crimen organizado<sup>1</sup>



Patricia Faraldo Cabana

Universidad de La Coruña, España

**RESUMEN:** En los últimos años tanto la comunidad internacional, a través de medidas propias tanto de hard law y de soft law, como los Estados se han empeñado en la mejora de la efectividad de los mecanismos de prevención y represión del lavado de capitales y de la confiscación, sobre todo en el contexto del crimen organizado. Pese a este esfuerzo normativo, en muchos sistemas nacionales se constata que el nivel de aplicación del delito de blanqueo de capitales por parte de jueces y tribunales es menos que satisfactorio, y que los mecanismos legales existentes dirigidos a confiscar los bienes de origen criminal no están dando los resultados esperados. El objetivo que se pretende alcanzar en este trabajo es analizar sucintamente cuáles son las razones que pueden impedir en la práctica que las medidas legales sean efectivas y proponer soluciones. Con el fin de delimitar el tema, tras una introducción relativa a las dificultades de implementación de los estándares internacionales, el trabajo se centra en particular en los obstáculos que se plantean a nivel interno, no en los aspectos relativos a la cooperación con otros países.

**PALABRAS CLAVE:** Confiscación, blanqueo de dinero, recuperación de activos, comiso civil.

**ABSTRACT:** Over the last few years, the international community—through "hard" and "soft law" measures—as well as States have committed themselves to improving mechanisms for preventing and repelling money-laundering and for confiscation, in particular in the context of organised crime. In spite of this standardising effort, several national systems have found that the level of application of the offence of money-laundering by judges and courts is less than satisfactory, and that existing legal mechanisms aimed at confiscating assets of criminal origin are not giving the expected results. The intended aim of this work is to carry out a succinct analysis of the reasons that prevent legal measures from being effective in practice, and to put forward solutions. In order to define the topic, after an introduction to the difficulties of implementing international standards, the paper focuses in particular on internal obstacles, not on aspects relating to cooperation with other countries.

**KEY WORDS:** Confiscation, Money Laundering, Asset Recovery, Civil Forfeiture.

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido posible gracias a la concesión de los Proyectos de Investigación "Medidas alternativas a la privación de libertad" (código 10PXIB101082PR), financiado por la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia dentro del programa de promoción general de la investigación; "Consolidación de las medidas alternativas a la privación de libertad en el sistema penal español: riesgos y beneficios" (DER2011-24030JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación; y la ayuda para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema Universitario de Galicia, modalidad de grupos con potencial de crecimiento (CN 2012/169), financiada por la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia.

## Algunas propuestas dirigidas a mejorar la recuperación de activos procedentes del crimen organizado

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Las propuestas de mejora de la recuperación de activos. 1. Determinaciones previas: en torno a las dificultades de la implementación de los estándares internacionales. 2. Propuestas generales y de carácter institucional. 3. Propuestas relacionadas con el procedimiento de recuperación de activos. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

### 1. Introducción

La forma habitual de abordar un problema criminal es utilizar el Derecho penal para tipificar la conducta indeseada como delito y prever las consecuencias jurídico-penales aplicables a su autor. La delincuencia organizada no es una excepción. Hace ya décadas que los Estados y la comunidad internacional están intentando esta aproximación tradicional para poner límites a la expansión del crimen organizado.<sup>2</sup> La creación de figuras delictivas consistentes en la pertenencia o dirección de una asociación ilícita o de una organización delictiva es, sin embargo, sólo una de las tres vías que se emplean habitualmente en el Derecho comparado para abordar el fenómeno de la criminalidad organizada. En efecto, en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno<sup>3</sup> se observa que una segunda modalidad de reacción es la introducción de tipos agravados por pertenencia o dirección de asociaciones ilícitas u organizaciones delictivas en diversos delitos que, de acuerdo con un análisis criminológico, se cometen generalmente en el marco de estructuras organizadas, como los diversos tipos de tráfico ilícito. En tercer lu-

gar, también se tipifican expresamente determinadas conductas propias de la delincuencia organizada, como son el tráfico de especies protegidas de flora y fauna, drogas, armas o personas, o el blanqueo de capitales, entre otros.<sup>4</sup>

El creciente interés que ha despertado en los últimos años a nivel internacional el blanqueo de capitales se justifica sobre la base de que una de las formas más efectivas de disminuir el nivel de incidencia del crimen organizado consiste en reducir el incentivo que supone para el delincuente el disfrute de las ganancias obtenidas con la actividad delictiva. Esta presunción<sup>5</sup> unida a la dificultad que supone para la persecución que tanto los delitos de los que provienen los bienes como las actividades blanqueadoras no se circunscriban, por regla general, a un único país, sino que traspasen las fronteras nacionales, ha dado lugar a la adopción de diversas iniciativas internacionales con la finalidad, en primer lugar, de aumentar el nivel de criminalización<sup>6</sup> y, en segundo lugar, impulsar la armonización de las legislaciones de los diferentes Estados con el objetivo de facilitar la coordinación de las actividades internacionales de lucha contra el

<sup>2</sup> Es un claro ejemplo de esta aproximación la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (aprobada en diciembre de 2000 en Palermo, Italia) que insta a los Estados parte a penalizar la participación en un grupo delictivo organizado.

<sup>3</sup> En el ámbito anglosajón, en cambio, lo que se utiliza es la conspiración para delinquir (*conspiracy*), no existe la figura de asociación u organización criminal.

<sup>4</sup> Con la peculiaridad de que permiten castigar también a quien actúa al margen de cualquier asociación ilícita u organización criminal, ya que la pertenencia a estos entes se suele configurar únicamente como un tipo agravado.

<sup>5</sup> Véase una detallada crítica de esta justificación en Alldridge, P., *Money Laundering Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003, pp. 45-69.

<sup>6</sup> El art. 3.1 de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, obligaba a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, entre otros, “b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de que un acto de participación en tal delito o delitos”.

Como se puede observar, la Convención de Viena hacía referencia exclusivamente al blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas. El Convenio del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito, abierto a la firma el 8 de noviembre de 1990, por su parte, no se limita al ámbito del tráfico de drogas, sino que se extiende a la lucha contra la delincuencia grave, lo que dio inicio a la tipificación del blanqueo de bienes procedentes de delitos distintos del tráfico de drogas. Véanse, entre otros, Görg, S., *Geldwäschebezogene Terrorismusbekämpfung. Praktische Wirkung und kriminalpolitische Angemessenheit der Bekämpfungmaßnahmen*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 2010, p. 19; Hoyer, P. y Klos, J., *Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und ihre Anwendung in der Praxis*, 2<sup>a</sup> ed., Erich Schmidt, Bielefeld, 1998, pp. 37 y 38.

blanqueo. En todas estas fases se ha actuado tanto con medidas propias de *hard law* como de *soft law*.<sup>7</sup>

Pero la sanción penal del blanqueo de bienes de poco sirve si no se consigue decomisar los bienes provenientes del delito. Ello ha llevado a que se esté buscando también mejorar la efectividad de la confiscación,<sup>8</sup> sobre todo en el contexto del crimen organizado. Las medidas adoptadas en este sentido van desde la admisión del comiso por sustitución<sup>9</sup> o el “aligeramiento” de la carga de la prueba del origen ilícito de los bienes introduciendo presunciones *iuris tantum* de ilicitud que debe destruir el propietario o poseedor del bien sospechoso<sup>10</sup> a la admisión del comiso por equivalencia cuando no es posible el comiso de los bienes declarados de origen ilícito, permitiendo el comiso por un valor equivalente de otros bienes

que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho,<sup>11</sup> sin olvidar la previsión de reglas especiales en caso de comiso de bienes procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal, en cuyo caso se entiende que procede de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización criminal cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.<sup>12</sup> No obstante, las dificultades vinculadas a la naturaleza penal del comiso han limitado su eficacia a la hora de reducir las ganancias provenientes del crimen. Tanto el número total de comisos ejecutados como las sumas recuperadas se mantienen en niveles modestos.<sup>13</sup> Ello ha llevado a que también se intente la vía civil,<sup>14</sup>

---

Por su parte, la Convención de Palermo insta a los Estados parte a aplicar el blanqueo a “la gama más amplia posible de delitos determinantes”, y en concreto “cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados” (art. 6.2).

<sup>7</sup> Sobre el significado y los objetivos perseguidos con esta estrategia, véanse Mitsilegas, V., “International Regulation of money laundering and terrorist finance”, en Keramidas, G. (ed.), *International and European Financial Criminal Law*, LexisNexis Butterworths, Surrey, 2006, pp. 42-49; del mismo autor, *Money Laundering Counter-Measures in the European Union. A New Paradigm of Security Governance Versus Fundamental Legal Principles*, Kluwer Law International, La Haya, 2003, pp. 103-125.

<sup>8</sup> Sobre la racionalidad que se encuentra en el trasfondo de las medidas de confiscación, Véase Levi, M., “Criminal Asset-Stripping. Confiscating the Proceeds of Crime in England and Wales”, en Edwards, A., *Transnational Organised Crime. Perspectives on Global Security*, Routledge, Londres/Nueva York, 2003, pp. 212-215.

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, el art. 12.3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: “Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo”.

<sup>10</sup> Por ejemplo, véase el art. 12.7 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: “Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas”.

<sup>11</sup> Véase el art. 5.1, inciso a de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, que señalaba que “cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto”; el art. 2.1 del Convenio sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación del producto de los delitos de 1990, que establece que “cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para poder confiscar instrumentos y productos o bienes cuyo valor corresponda a esos productos”; el art. 12.1, inciso a de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, que dispone que “los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto”; o el art. 3 de la Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, 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, según el cual “cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que su legislación y procedimientos sobre decomiso del producto del delito también permitan, al menos en los casos en que dichos productos no pueden ser aprehendidos, el decomiso de bienes cuyo valor corresponda al de los productos, tanto en procedimientos estrictamente nacionales como en procedimientos incaudos a petición de otro Estado miembro, incluidas las solicitudes para la ejecución de órdenes de decomiso procedentes del extranjero...”.

<sup>12</sup> En este sentido, Véase el art. 3 de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, dedicado a regular la “potestad de decomiso ampliada”.

<sup>13</sup> Así se afirma, entre otros documentos, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso”, COM (2008) 766 final, Bruselas, 20 de noviembre de 2008, p. 4. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0766:FIN:ES:PDF>.

<sup>14</sup> En lo que respecta a la normativa internacional, la primera alusión directa a la posibilidad de que los Estados permitan la confiscación sin condena penal se encuentra en el art. 54 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada en Mérida en diciembre de 2003 y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005), según el cual “1. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca

## Algunas propuestas dirigidas a mejorar la recuperación de activos procedentes del crimen organizado

siguiendo la Recomendación 4 del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).<sup>15</sup> Figuras como la extinción del dominio ya no son infrecuentes en el panorama comparado.<sup>16</sup>

Pese a este esfuerzo normativo, en muchos sistemas nacionales se constata que el nivel de aplicación del delito de blanqueo de capitales por parte de jueces y tribunales es menos que satisfactorio,<sup>17</sup> y que los mecanismos legales existentes dirigidos a confiscar los bienes de origen criminal no están dando los resultados esperados.

El objetivo que se pretende alcanzar en las siguientes páginas es analizar sucintamente cuáles son las razones que pueden impedir en la práctica que las medidas legales sean efectivas y proponer soluciones. Sin embargo, con el fin de delimitar el tema, tras una introducción relativa a las dificultades de implementación de los estándares internacionales, me centraré en particular en los obstáculos que se plantean a nivel interno, esto es, no en los aspectos relativos a la cooperación con otros países.

---

conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno: ... c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delinquente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados".

También se incluye una referencia en el art. 3.4 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, según el cual "los Estados miembros podrán recurrir a procedimientos distintos de los de carácter penal para privar al autor de la infracción de los bienes de que se trate".

Sin embargo, con anterioridad otros textos internacionales ya abrían las puertas a la posibilidad de establecer mecanismos no penales de exigencia de responsabilidad. Véase, por ejemplo, el art. 10.2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que señala que "con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas [por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los arts. 5, 6, 8 y 23 de la Convención] podrá ser de índole penal, civil o administrativa".

<sup>15</sup> La numeración se corresponde con el texto revisado en febrero de 2012, ya que anteriormente esta sugerencia se encontraba en la Recomendación 3. De acuerdo con el texto actual, "Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin necesidad de condena penal (comiso no basado en una condena) o requieran a un delincuente para que demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a comiso, en la medida en que tal requisito sea consistente con los principios de su derecho interno".

<sup>16</sup> Véase una amplia panorámica de la situación internacional en Young, N.M. (ed.), *Civil Forfeiture of Criminal Property. Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, *passim*. Sobre la importancia de los procedimientos civiles véase Cassella, S.D., "The case for civil forfeiture: why in rem proceedings are an essential tool for recovering the proceeds from crime", *Journal of Money Laundering Control*, vol. 11, núm. 1, pp. 8-14; Kennedy, A., "Justifying the civil recovery of criminal assets", *Journal of Financial Crime*, vol. 12, núm. 1, pp. 8-23. Apuntan algunas desventajas de este procedimiento Daniel, T. y Maton, J., "La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles", en Jorge, G. (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 137-139. Véase también D. Claman, "The promise and limitations of asset recovery under the UNCAC", en M. Pieth, (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Bera, 2008, pp. 333-352. Sobre la extinción de dominio en México, véase, además de las obras que se citan más adelante, M.E. Quintero, "Extinción de dominio y reforma constitucional", *Iter Criminis*, núm. 6, noviembre-diciembre 2008, *passim*.

<sup>17</sup> "Disappointing" es el adjetivo utilizado en el informe elaborado por Moneyval, *3rd Round of Mutual Evaluation Reports. Horizontal Review*, Council of Europe, diciembre de 2010, p. 8. Disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/publications/3rdHorizontalreview\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/publications/3rdHorizontalreview_en.pdf).

<sup>18</sup> Véase un resumen en Jensen, N. y Png, C.-A., "Implementation of the FATF 40+9 Recommendations. A perspective from developing countries", *Journal of Money Laundering Control*, vol. 14, núm. 2, 2011, pp. 111-113. También resulta de interés Bester, H. et al., *Implementing FATF Standards in Developing Countries and Financial Inclusion: Findings and Guidelines*, First Initiative, Washington DC, 2008, que hace referencia expresa al caso mexicano en las pp. 12-14.

## II. Las propuestas de mejora de la recuperación de activos

### 1. Determinaciones previas: en torno a las dificultades de la implementación de los estándares internacionales

No cabe duda de que el estándar internacional en materia de blanqueo de bienes y recuperación de activos es el que sientan las 40+9 recomendaciones del GAFI. Ahora bien, su implementación no es nada fácil, como demuestran los informes elaborados por el propio Grupo,<sup>18</sup> siendo el grado de dificultad todavía más elevado en países en vías de desarrollo. Antes de analizar las causas, conviene advertir de la necesidad de evitar la tendencia común de reducir los problemas que rodean la aplicación de estándares internacionales al ámbito de las dificultades prácticas de su implementación. Así, en primer lugar, hay que definir qué se entiende por éxito o fracaso de un determinado estándar internacional. Por ejemplo, si bien no cabe

duda de que muchos países siguen manteniendo un bajo nivel de cumplimiento de las recomendaciones, se reconoce con carácter general que el proceso de evaluación mutua ha conducido a que se realicen mayores esfuerzos en esa dirección, lo que aumenta el nivel de concienciación de las élites políticas respecto de la necesidad de hacer algo al respecto, y, por tanto, también los esfuerzos en este sentido.

En segundo lugar, los acuerdos y estándares internacionales normalmente tienden a disimular las diferencias entre quienes promueven la acción. Las discrepancias sobre el “significado real” de tales acuerdos suelen ser frecuentes y constantes. Podemos decir que cada país tiene su propio modelo de implementación, como sugiere el concepto de cultura legal.<sup>19</sup> En efecto, existen diferencias nacionales, ¿qué se debería hacer al respecto? ¿Realmente es necesario hacer algo? Desde un punto de vista esas diferencias suponen un obstáculo que ha de ser superado a través de la armonización y la cooperación. Uno de los objetivos de las recomendaciones era producir una mayor convergencia entre las definiciones legales del blanqueo y la financiación del terrorismo para armonizar su implementación en diferentes jurisdicciones, así como fomentar la elaboración de normativa que facilitara la recuperación de activos. Desde otro punto de vista, sin embargo, puede argumentarse que la implementación ha de ser de hecho diferente si los contextos y los desafíos lo son. Y puede que constituya un valor intrínseco mantener la diversi-

dad política, legal y cultural, incluso si conduce a resultados distintos a la hora de implementar estándares internacionales. En relación con la recuperación de activos, mientras que la comunicación entre las unidades nacionales con competencias en esta cuestión está mejorando, todavía hay muy poca cooperación o fertilización cruzada de ideas a través de las fronteras nacionales. El Grupo de Acción Financiera Internacional,<sup>20</sup> el Grupo Egmont,<sup>21</sup> el Banco Mundial,<sup>22</sup> el G8<sup>23</sup> y otras instituciones globales, de esta forma, siguen ofreciendo consejos generales que se pretende sean válidos con carácter universal sobre cómo dar una respuesta efectiva al problema de la recuperación de activos. Sin embargo, primero debemos entender las especificidades de cada cultura legal antes de poder superarlas, especialmente cuando esas diferencias también afectan la manera en la que las recomendaciones y guías que se pretende que sean interculturales, pero no lo son, son interpretadas y seguidas.<sup>24</sup> Y es que los países hacen uso de los acuerdos y estándares internacionales según la forma nacional de entenderlos, de manera local, a menudo con objetivos fundamentalmente locales más que de colaboración.

Pues bien, cuando se habla de cultura legal el caso mexicano resulta ser de particular interés. Se trata de un país con un problema crónico de crimen organizado, hasta el punto que se ha llegado a cuestionar si puede ser calificado como un “Estado fallido”.<sup>25</sup> Como respuesta a ese problema se han adoptado importantes

<sup>19</sup> La definición amplia de cultura legal utilizada aquí es una forma de describir tendencias relativamente estables de comportamiento y actitudes sociales orientadas legalmente. Los elementos identificadores de la cultura legal se extienden desde hechos sobre instituciones, como el número y el papel de los abogados o las formas en que son nombrados y controlados los jueces, a distintas formas de conducta como los índices de judicialización y prisión, y, en el otro extremo, aspectos más nebulosos de ideas, valores, aspiraciones y mentalidades. Como la propia cultura, la cultura legal trata de quiénes somos, no sólo de lo que hacemos. Cf. Nelken, D., “Using the Concept of Legal Culture”, 29 *Australian Journal of Legal Philosophy*, 1, 2004. Más sobre la discusión en torno a este término en Nelken, D. (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997; Nelken, D. y Feest, J. (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Hart Publishing, Oxford, 2001, y específicamente sobre por qué este término es preferible a otros como sistema legal, tradición jurídica, mentalidad legal o ideología jurídica, Nelken, D., “Rethinking Legal Culture”, en Freeman, M. (ed.), *Law and Sociology*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 200, 208-211.

<sup>20</sup> Véase *Best practices on confiscation (Recommendations 4 and 38) and a framework for ongoing work on asset recovery*, de octubre de 2012. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/documents/guidance/bestpracticesonconfiscationrecommendations4and38andaframeworkforongoingworkonassetrecovery.html>.

<sup>21</sup> Véase el documento titulado *The Role of Financial Intelligence Units in Fighting Corruption and Recovering Stolen Assets. An Egmont Group White Paper*, octubre de 2012. Disponible en: <http://www.egmontgroup.org/news-and-events/news/2012/10/03/the-role-of-finns-in-fighting-corruption-and-recovering>.

<sup>22</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, *Stolen Asset Recovery (STAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan*, World Bank, Washington, DC, 2007. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf>.

<sup>23</sup> Véase el documento titulado *G8 Best Practice Principles on Tracing, Freezing and Confiscation of Assets*. Disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/web\\_ressources/G8\\_BPTracing.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/web_ressources/G8_BPTracing.pdf).

<sup>24</sup> En muchos informes ya se hace referencia a esa necesidad de comprender las particularidades nacionales antes de implantar estándares internacionales. Entre otros, por ejemplo, cf. Bester, H. et al., *Implementing fatf Standards*, op. cit., p. 31.

<sup>25</sup> Véanse los motivos que llevan a pensar que no lo es en Grayson G., *Mexico, Narco Violence and a Failed State?*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2009. Más sucintamente, Philip, G., “Introduction: Mexico’s struggle against organized crime”, en Philip, G. y Berruecos, S., *Mexico’s struggle for public security. Organized crime and State responses*, Palgrave, New York, 2012, p. 2; Williams, P., “El crimen organizado y la violencia en México: una perspectiva comparativa”, *Istos*, núm. 42, pp. 15 y ss.

## Algunas propuestas dirigidas a mejorar la recuperación de activos procedentes del crimen organizado

medidas orientadas tanto a mejorar la coordinación de diferentes agencias y organismos nacionales como la cooperación con otros países, en particular con Estados Unidos.<sup>26</sup> Sin embargo, pese a la introducción de un delito de lavado de capitales con relativa prontitud y a la creación también relativamente temprana de una unidad de inteligencia financiera, lo cierto es que los resultados obtenidos son pobres. Entre 1989 y 2008, apenas 25 condenas por blanqueo de bienes, entre 2004 y 2007, 149 procesamientos, de los cuales, sin embargo, sólo dos son el fruto de informes elaborados por la unidad de inteligencia financiera.<sup>27</sup> Pese a la cantidad de dinero negro que se mueve en el país, su regulación de la extinción de dominio<sup>28</sup> ha fracasado en la práctica.<sup>29</sup> Tampoco parecen funcionar adecuadamente los mecanismos de aseguramiento de bienes susceptibles de decomiso penal previstos en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.<sup>30</sup> Los posibles motivos de la falta de aplicación de los sistemas de recuperación de activos serán analizados en los siguientes apartados, ofreciéndose algunas respuestas.

### 2. Propuestas generales y de carácter institucional

Un buen sistema de recuperación de activos debería permitir: a) identificar, localizar y evaluar los bienes

que estén sujetos a comiso, b) llevar a cabo las medidas provisionales, tales como el bloqueo y el embargo, para impedir cualquier comercialización, transferencia o enajenación de esos bienes; c) tomar medidas que impidan o eviten actos que perjudiquen la capacidad del país para bloquear o confiscar o recuperar los bienes que estén sujetos a comiso, y d) adoptar las medidas de investigación pertinentes.

A continuación se realizan una serie de propuestas para mejorar el grado de cumplimiento de estos objetivos. La perspectiva que se adopta es la de mejorar los sistemas a nivel interno, nacional.<sup>31</sup> Dejamos al margen, pues, los problemas que se plantean respecto de la cooperación internacional entre Estados, que poseen una naturaleza distinta y precisan otro tipo de abordaje.<sup>32</sup>

#### a) Creación de una relación de confianza entre las partes implicadas

La existencia de una relación de confianza entre las partes implicadas es un elemento fundamental en todas las etapas de la recuperación de activos, desde la recolección y análisis de los datos de inteligencia a la obtención de pruebas para uso por parte de la fiscalía. Los organismos dedicados a estos aspectos<sup>33</sup>

<sup>26</sup> En diciembre de 2008, México y Estados Unidos firmaron la primera Carta de Acuerdo sobre la Iniciativa Mérida, con el fin de crear una nueva estructura de cooperación bilateral en seguridad, ayudando a concretar esfuerzos a ambos lados de la frontera para detener el flujo ilegal de armas, dinero y drogas.

<sup>27</sup> Datos contenidos en el resumen ejecutivo del informe de evaluación mutua del GAFI sobre México de 17 de octubre de 2008. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Mexico%20ES.pdf>.

<sup>28</sup> Ley Federal de extinción de dominio, reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de Estados Unidos Mexicanos (DOF de 29 de mayo de 2009).

<sup>29</sup> Véase González Rodríguez, J. de J., *Extinción de dominio (escenarios internacionales, contexto en México y propuestas legislativas)*, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, documento de trabajo núm. 128, mayo de 2012. Disponible en: [www3.diputados.gob.mx/.../Extincion-de-dominio-docto128.pdf](http://www3.diputados.gob.mx/.../Extincion-de-dominio-docto128.pdf).

<sup>30</sup> Califica el procedimiento de “híbrido y complejo” García Ramírez, S., *Delincuencia organizada*, 3<sup>a</sup> ed. Porrúa/UNAM, México, 2002, p. 200.

<sup>31</sup> Para ello se utilizó diversas fuentes. Así, véanse entre otros, Bester, H. et al., *Implementing FATF Standards*, op. cit., pp. 31 y ss.; Goredema, C., “Recovery of Proceeds of Crime: Observations on Practical Challenges in sub-Saharan Africa”, en International Centre for Asset Recovery, *Tracing Stolen Assets. A practitioner’s handbook*, Basel Institute on Governance, Basilea, 2009, pp. 26-31; Levi, M., “Criminal Asset Stripping”, op. cit., pp. 212-226.

<sup>32</sup> Al respecto, véase Stephenson, K. M. et al., *Barriers to Asset Recovery*, The World Bank/UNODC, Washington, 2011. Todos los convenios internacionales en la materia dedican una parte de su articulado precisamente a la recuperación de activos y a las medidas a adoptar para facilitar su repatriación al país de origen. Véanse, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; o el Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (en adelante, Convenio OCDE). Sobre la recuperación de activos en la agenda anti-corrupción, Véase ampliamente Jorge, G., “Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción”, en Jorge, G. (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. XIII-XXXII.

<sup>33</sup> Inicialmente, las unidades de inteligencia financiera. Véase una propuesta sobre su composición y funciones en AA.VV., *Unidades de inteligencia financiera: Panorama general*, Washington, DC, Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros: Banco Mundial, Unidad de Integridad de Mercados Financieros, 2004. Disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fiu/esl/fius.pdf>. A ellas se han añadido ahora las oficinas de recuperación de activos, a cuya creación ya hacían referencia el documento sobre *Prevención y control de la delincuencia organizada. Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio*, publicado en el Diario Oficial C 124 de 3/5/2000, cuya recomendación 17 b aludía expresamente a la necesidad de crear “unidades expresamente dedicadas a los procedimientos de seguimiento, embargo y decomiso de los bienes...”, debiendo garantizarse que

deberían designar personas adecuadas que actúen como punto de contacto con otros organismos, cuerpos e instituciones. Es útil que se identifiquen los cargos más importantes y las autoridades competentes a diversos niveles como puntos iniciales de contacto en relación con las políticas dirigidas a la recuperación de activos. Un elemento que facilita el establecimiento de esta relación es la organización de reuniones o eventos, tanto a nivel institucional como más informal, que permitan el conocimiento personal entre las personas designadas por las partes como puntos de contacto, pero también el establecimiento de protocolos de asistencia y colaboración entre las instituciones y organismos implicados en la recuperación de activos, de forma que se permita, por ejemplo, la presencia de miembros de la unidad de inteligencia financiera o de la oficina de recuperación de activos en las investigaciones del Ministerio Fiscal relacionadas con el crimen organizado. En relación con esto último se ha revelado como útil la previsión de mecanismos informales de asistencia e información, así como de medidas que permitan que una persona de la unidad de inteligencia financiera o de la oficina de recuperación de activos se traslade a otros organismos o jurisdicciones como persona de contacto en caso necesario, obteniendo la colaboración de las autoridades en el lugar de destino. Igualmente, el establecimiento de medidas que permitan un *feedback* constructivo ayuda a fomentar la confianza. Por ejemplo, permitiendo que las unidades de inteligencia financiera informen a las personas y entidades obligadas por qué los informes recibidos sobre operaciones sospechosas son insuficientes, o cómo podrían mejorar; o permitir que reciban información de cuántos de los casos que trasladan a la policía o al ministerio fiscal acaban en condenas, cuántos no y por qué.

La eventual falta de confianza puede estar motivada por las sospechas de corrupción o connivencia con el crimen organizado que recaen sobre el interlocutor. Esas sospechas han de ser eliminadas cuanto antes, procediendo a la investigación seria y detenida de todos los intervenientes y sus patrimonios, comprobando la exis-

tencia de antecedentes penales, pero también de aumentos injustificados del patrimonio personal o familiar.

## b) Fomento de una verdadera voluntad política

La existencia de una verdadera voluntad política de lucha contra la delincuencia organizada es un elemento fundamental en toda evaluación del nivel de efectividad de un sistema nacional de recuperación de activos. Esta voluntad política se manifiesta, en primer lugar, en el establecimiento de un marco legal apropiado, pero eso no es suficiente. Es necesario transmitir esa voluntad más allá del nivel legislativo, lo que se consigue, entre otras medidas, elaborando planes de implementación claros (una “estrategia nacional” contra el crimen organizado y la corrupción, con apoyo público por parte del gobierno, organismos públicos y privados implicados, como la banca, y organizaciones ciudadanas), ofreciendo formación a los funcionarios y empleados públicos implicados en la recuperación de activos, incluyendo la judicatura, el ministerio fiscal y los miembros de la unidad de inteligencia financiera y de la oficina de recuperación de activos, de forma que se les transmita la importancia y relevancia de los recursos obtenidos para el Estado. También es conveniente incentivar y promover la investigación y eventual condena de personas expuestas políticamente con el fin de dar ejemplo, de manera que no se trasmite la impresión de que sólo se persigue a quien no tiene vínculos políticos o a pequeños delincuentes.

## c) Recursos suficientes

La falta de recursos humanos o materiales, una formación deficiente de las personas encargadas de la recuperación de activos a todos los niveles (fuerzas de policía, judicatura, ministerio fiscal, miembros de las unidades de inteligencia financiera), la inexperiencia a la hora de implementar las medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, son elementos que pueden suponer un importante *handicap* para el país de referencia.

dichas unidades “disponen de personal y recursos técnicos y operativos suficientes para luchar contra el blanqueo de capitales”; y la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa a la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada en el sector financiero, Bruselas, 16 de abril de 2004, COM(2004) 262 final, punto 2.4. Esta iniciativa ha fructificado en la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito, cuyo objetivo consiste en asegurar que los Estados miembros de la Unión Europea creen o designen organismos nacionales de recuperación de activos que actúen como puntos de contacto nacionales para las actividades relacionadas con el comiso.

## Algunas propuestas dirigidas a mejorar la recuperación de activos procedentes del crimen organizado

Los organismos dedicados a la recuperación de activos deberían tener una estructura multidisciplinar que reúna especialistas de los servicios policiales, judiciales, fiscales, sociales y aduaneros, así como de otros servicios pertinentes. Estos especialistas deberían ejercer sus competencias habituales y comunicar la información en el seno de estos organismos sin estar ligados por el secreto profesional. Los organismos deberían disponer de recursos financieros adecuados y servir de punto centralizado para tramitar todas las solicitudes de ayuda procedentes de otros países. además de recopilar todas las estadísticas pertinentes sobre extinción de dominio, embargo y comiso de activos. En caso de que no gestionen directamente los activos embargados, deberían, al menos, recabar información sobre estos activos de las autoridades que los gestionan, así como tener acceso a todas las bases de datos pertinentes,<sup>34</sup> incluidas las que contienen información financiera (lo ideal sería un registro central de cuentas bancarias a nivel nacional), a fin de poder identificar y seguir la pista de los activos de origen delictivo. Incluso, disponer de los poderes coercitivos necesarios para obtener esta información.

Ahora bien, con el fin de determinar cuál es la forma más eficaz de aumentar los recursos existentes, se pueden realizar proyectos piloto, eligiendo varios organismos (pueden ser unidades de inteligencia financiera, el ministerio fiscal o los cuerpos de policía de diferentes estados o localidades), dotándolos de fondos extraordinarios con el fin de aumentar los esfuerzos dedicados a la recuperación de activos y permitiéndoles decidir a nivel local, y tomando en cuenta las necesidades locales, cómo se habrán de invertir: si contratando personal especializado, mejorando la formación del personal ya existente, estableciendo un sistema de recompensas por activos recuperados (que no tienen porque recaer en las personas directamente, sino que pueden suponer un aumento de fondos para el organismo de pertenencia),

etc. En el estadio final habría que medir si los fondos extraordinarios y las medidas adoptadas han tenido un impacto positivo, sea en el número de investigaciones realizadas (tanto de índole proactiva como reactiva) o en la cantidad de activos recuperados.<sup>35</sup>

### d) Coordinación entre unidades

A nivel nacional resulta fundamental establecer mecanismos que permitan la coordinación de todos los implicados en la investigación de los activos de origen criminal,<sup>36</sup> debiendo analizarse y evitarse los problemas que plantean los sistemas jurídicos fragmentados o la existencia de distintas prioridades a nivel regional o local.

### e) Colaboración por parte de las entidades y sujetos obligados

Es necesario informar adecuadamente a las entidades y sujetos obligados acerca del alcance de sus obligaciones, ofreciéndoles puntos de contacto, protocolos de actuación, listas nacionales de personas expuestas políticamente, indicadores de riesgo de corrupción, blanqueo o financiación del terrorismo, etcétera.

El establecimiento de convenios de cooperación con las grandes asociaciones del sector bancario o del juego, por ejemplo, pero también de otros sujetos obligados (colegios de abogados, contadores de cuentas, etc.) puede permitir crear lazos que acaben resultando fructíferos a mediano y largo plazo.

### *3. Propuestas relacionadas con el procedimiento de recuperación de activos*

#### a) Previsión de un procedimiento eficaz de bloqueo<sup>37</sup>

Es necesario establecer un sistema que pueda ponerse en marcha con carácter cautelar antes o durante un

<sup>34</sup> Por ejemplo, el registro de la propiedad, los registros de las empresas, el registro de matriculación de vehículos, el registro de antecedentes penales, el de la seguridad social, etcétera.

<sup>35</sup> Véase un estudio de estas características realizado en Escocia, del que se informa en Cavanagh, B., *A review of reinvestment in financial investigation from the proceeds of crime*, Scottish Government Social Research, Edinburgo, 2011. Disponible en: [www.scotland.gov.uk/socialresearch](http://www.scotland.gov.uk/socialresearch).

<sup>36</sup> Sobre el papel que debe jugar la unidad de inteligencia financiera véase Bacarese, A., “The Role of Intelligence in the Investigation and Tracing of Stolen Assets in Complex Economic Crime and Corruption Cases”, en International Centre for Asset Recovery, *Tracing Stolen Assets. A practitioner's handbook*, Basel Institute on Governance, Basilea, 2009, pp. 37-48.

<sup>37</sup> Entendemos por bloqueo la prohibición de realizar cualquier movimiento, transferencia, alteración, utilización o transacción de capitales o activos financieros que dé o pueda dar lugar a un cambio de volumen, importe, localización, propiedad, posesión, naturaleza o destino de dichos capitales o activos, o de cualquier otro cambio que pudiera facilitar su utilización, incluida la gestión de una cartera de valores.

procedimiento penal, permitiendo el bloqueo de los fondos de origen sospechoso de manera rápida y eficaz.<sup>38</sup> Piénsese que de otra forma es posible que desaparezcan, una vez que el sospechoso se dé cuenta o le adviertan (*tipping-off*) de que está siendo investigado. Puesto que el bloqueo es provisional, no lesiona de forma definitiva los intereses del propietario, siempre que existan procedimientos que permitan el desbloqueo y se contemple la posibilidad de permitir que el propietario pueda retirar los fondos necesarios para cubrir sus necesidades de subsistencia.

Hay varios tipos de procedimientos de bloqueo:<sup>39</sup> el criminal constituye una medida cautelar que se adopta en el seno de un procedimiento penal por delito; el civil tiene la ventaja de no necesitar que haya indicios suficientes de la comisión de un delito; el administrativo supone la atribución de potestades específicas dirigidas a bloquear saldos y movimientos financieros de personas concretas, otorgadas a un órgano colegiado especializado, siempre con la consideración de su naturaleza de medida preventiva carente de valor sancionador; por último, las instituciones financieras están acudiendo también al bloqueo interno, por ejemplo, con carácter previo a la notificación de una operación sospechosa de constituir blanqueo de dinero.

## b) Ampliación del comiso penal

Por su parte, los mecanismos penales de confiscación de bienes (embargo, comiso), pese a la evolución experimentada en los últimos años en orden a “aligerar” la carga de la prueba con presunciones en contra del propietario y admitir el comiso por equivalencia,

incluyendo reglas especiales en caso de delincuencia organizada, al estar vinculados en buena medida a la existencia de una condena, siempre difícil de obtener,<sup>40</sup> tampoco se han mostrado como un instrumento muy eficaz a la hora de reducir las ganancias provenientes del crimen organizado, ya que tanto el número total de comisos ejecutados como las sumas recuperadas se mantienen en niveles modestos.<sup>41</sup>

Por ejemplo, la imposibilidad de decomisar los bienes pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente, dejando de lado la adquisición “legal”, que a la postre se resume en una cuestión formal, debería abandonarse cuando menos cuando se trate de bienes en poder de personas jurídicas que el responsable controle, sea de forma individual sea junto con sus allegados (parientes o amigos). A este respecto suele echarse en falta una adecuada tipificación de las conductas de los llamados “testaferros”, que tantas veces se ha reclamado desde la doctrina.<sup>42</sup>

## c) Exploración de las posibilidades del comiso no basado en una condena penal (extinción de dominio, comiso civil, participación a título lucrativo)

En la mayoría de los Estados, el comiso es una sanción vinculada a una condena penal.<sup>43</sup> Sin embargo, en algunos ordenamientos se están introduciendo formas de comiso sin una condena penal previa, que se conocen como extinción de dominio o comiso civil.<sup>44</sup> Este procedimiento es particularmente adecuado cuando existe la sospecha de que los bienes en cuestión son producto de la comisión de delitos, dado que

<sup>38</sup> Este aspecto se destaca en todos los estudios sobre el tema. Véase por todos Bertossa, B., “What makes asset recovery so difficult in practice?”, en Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna, 2008, p. 23.

<sup>39</sup> Cfr. Pieth, M., “Recovering stolen assets”, en Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna, 2008, pp. 11 y 12.

<sup>40</sup> Véanse los problemas que ya apuntaba en relación con la determinación del origen de los bienes y la presunción de inocencia el “Draft Report of the informal Money Laundering Experts Group”, constituido dentro del *EU Multidisciplinary Working Group on Organised Crime*, 12706/98, CRIMORG 173, Bruselas, 6 de noviembre de 1998.

<sup>41</sup> Así se afirma, entre otros documentos, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso”, COM (2008) 766 final, Bruselas, 20.11.2008, p. 4. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0766:FIN:ES:PDF>. Véanse las reflexiones de Jorge, D., “El decomiso del producto del delito”, en Jorge, G. (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 72-88.

<sup>42</sup> Véase, por ejemplo, Quintero Olivares, G., “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la recepción civil”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12, 2010, pp. 5 y 6.

<sup>43</sup> En España, sin embargo, no es una pena, sino una consecuencia accesoria, lo que significa que es posible su aplicación incluso en los casos en los que no se imponga pena a ninguna persona por concurrir alguna causa de exención de la responsabilidad criminal o haberse ésta extinguido, siempre que se demuestre la “situación patrimonial ilícita” (art. 127.3, CP). Surge aquí un parecido con la recepción civil, pues también en ella se parte de que la restitución de los bienes es independiente de la inexistencia de responsabilidad penal de quien los posee.

<sup>44</sup> Sobre sus características, Véase Nikolov, N., “General characteristics of civil forfeiture”, *Journal of Money Laundering Control* 14(1), 2011, pp. 16-31. Véase también Blanco Cordero, I., “Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil

## Algunas propuestas dirigidas a mejorar la recuperación de activos procedentes del crimen organizado

su valor resulta desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y que este es un delincuente conocido o mantiene contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas, pero no se puede conseguir una condena por razones procesales o técnicas.<sup>45</sup> En este caso se podría abrir una causa ante un tribunal civil, que podría ordenar el comiso de los bienes basándose en la presunción de que los bienes provienen de actividades delictivas. En estos casos se invierte la carga de la prueba, exhortando al presunto delincuente a acreditar el origen lícito de sus bienes. Este procedimiento también resulta útil cuando la persona sospechosa de haber cometido determinados delitos haya fallecido, se haya fugado<sup>46</sup> o no pueda ser procesada por cualquier otro motivo.<sup>47</sup>

Otra modalidad de recurso al Derecho civil es la previsión de la exigencia de responsabilidad civil sobre la base de la participación a título lucrativo, esto es, la posibilidad de ordenar la restitución por enriquecimiento o participación lucrativa siempre que se estime (dentro o al margen de un procedimiento penal) que alguien se ha beneficiado de lo que otros han hecho, aunque no se le pueda condenar como participante o receptador por falta de prueba o por falta de dolo.<sup>48</sup> La participación a título lucrativo puede apreciarse cuando una persona, que no ha participado en

el delito del que provienen los bienes ni como autor ni como partícipe, obtiene un lucro, que puede consistir en la mera posesión del bien. Así las cosas, lo único que parece separar la participación a título lucrativo de la figura de blanqueo por posesión de bienes procedentes de delitos<sup>49</sup> consiste en que en el primer caso el sujeto formalmente desconoce el origen delictivo de los bienes, o no lo sabe en el sentido exigido por el dolo, no siendo posible imputarle una infracción del deber de cuidado que podría fundamentar el castigo por blanqueo imprudente.<sup>50</sup> No es necesario que el partícipe a título lucrativo esté jurídicamente vinculado ni al hecho ni a sus autores, pues simplemente es obligado a restituir porque, por la razón que sea y sin dar nada a cambio, está disfrutando de bienes que para el juez proceden de ese hecho.<sup>51</sup>

Obviamente, un sistema que opte por respuestas civiles de estas características supone tomar partido a favor de fortalecer la respuesta (no penal, o al menos no exclusivamente penal) frente a la exhibición desvergonzada de riquezas de origen inexplicable, que por lo mismo cabe atribuir a un origen delictivo. La equiparación que se realiza entre lo “inexplicable” y lo “delictivo” probablemente sea la única manera de afrontar la lucha contra la criminalidad de nuestro tiempo que no peque de ingenuidad. Sin embargo, no

o extinción de dominio)”, en Fabián Caparrós, E. et al., (dirs.), *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la corrupción*, Inacipe, México, 2012, pp. 337-371. Disponible en: [http://www.cicad.oas.org/lavado\\_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Recuperacion%20de%20Activos%20de%20la%20Corrupcion.pdf](http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Recuperacion%20de%20Activos%20de%20la%20Corrupcion.pdf). Es de gran interés la obra de Greenberg, T.S., Samuel, L. M., Grant, W. y Gray, L., *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Mundial, Washington DC, 2009. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR\\_Publication\\_-\\_Non-conviction-based\\_Asset\\_Forceiture\\_S.pdf](http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR_Publication_-_Non-conviction-based_Asset_Forceiture_S.pdf).

<sup>45</sup> Véase lo dispuesto en FATF, *Best practices*, op. cit., p. 6, donde apuntan, entre otras razones que justifican el comiso no penal, que existan evidencias de que los bienes proceden de la actividad criminal, pero no haya prueba suficiente para destruir la presunción de inocencia a efectos de obtener una condena (piénsese que el estándar de la prueba penal es superior al de la prueba civil); que resulte imposible realizar una investigación criminal; que el delincuente no haya podido ser condenado por el delito previo por falta de prueba; que el delincuente goce de inmunidad, etcétera.

<sup>46</sup> Puesto que en el procedimiento civil la ausencia del demandado no impide, por regla general, que se inicie o continúe el procedimiento, siempre que haya sido debidamente notificado, conviene prever mecanismos que permitan la notificación “sustitutiva” cuando el demandado trata de evitarla, por ejemplo, notificando el procedimiento a los abogados con quienes el demandado se encuentra en contacto porque le representan en otro procedimiento, a los asociados conocidos, o mediante anuncios en la prensa del país donde se cree que reside. Así, Daniel, T. y Maton, J., “La recuperación de activos”, op. cit., p. 138.

<sup>47</sup> Véase sobre esos posibles motivos Blanco Cordero, I., “Recuperación de activos”, op. cit., pp. 349 y ss., citando las propuestas del GAFI.

<sup>48</sup> Véase al respecto, entre otros, Segrelles de Arenaza, I., “El partícipe por título lucrativo: Un aspecto de delincuencia patrimonial y económica”, *La Ley*, núm. 5, 2000, pp. 1918-1925.

<sup>49</sup> La posesión del producto del delito como conducta típica de blanqueo se prevé en el art. 3.1, inciso c de la Convención de Viena y en el art. 6.1 incisos b e i de la Convención de Palermo.

<sup>50</sup> Los instrumentos internacionales de *ius cogens* no han prestado particular atención a la tipificación del blanqueo imprudente. Las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida no contemplan ninguna disposición al respecto. Distinto es el caso de los convenios elaborados en el contexto europeo. El Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, prevé la posibilidad de que las partes tipifiquen todas o parte de las conductas intencionales cuando el sujeto “debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito”. En el mismo sentido, el art. 9 del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, permite que los Estados sancionen los hechos cuando su autor “debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito”.

<sup>51</sup> Como apunta Quintero Olivares, G., “Sobre la ampliación del comiso”, op. cit., *passim*.

debemos olvidar que puede llevar a abusos, como ya se ha denunciado en algunos países.<sup>52</sup>

#### d) Gestión adecuada de los bienes bloqueados o decomisados

Para aumentar la eficacia de los diversos regímenes de comiso es necesario implantar un programa que permita la gestión eficiente de los bienes bloqueados y decomisados, incluyendo, cuando sea necesario, su venta, previa valoración, manteniendo en todo momento un registro de los bienes. Dependiendo del tipo de bien y de las particulares circunstancias de cada caso, el mejor método de gestión puede consistir en uno de los siguientes o en una combinación de varios de ellos: las autoridades competentes, un administrador nombrado por el tribunal, el propietario actuando como depositario de los bienes embargados. Es necesario que antes de realizar el bloqueo o el comiso se haya planificado el destino de los bienes, teniendo en cuenta su naturaleza, y se haya previsto asimismo la necesidad de responder por la pérdida o los daños que eventualmente se ocasionen. Cuando se trate de bienes perecederos o que sufren una rápida depreciación por el transcurso del tiempo hay que prever la posibilidad legal de ordenar su venta, sin consentimiento del propietario. Igualmente hay que contemplar la posibilidad de que se ordene la destrucción de los bienes bloqueados o decomisados cuando su posesión constituya un delito (drogas), o producto del delito (bienes falsificados) o bien, constituyan un peligro para la salud pública.<sup>53</sup>

### III. Conclusiones

Como cabe observar, las propuestas realizadas no necesitan, en buena parte de los casos, grandes reformas legales, sino el establecimiento de protocolos de actuación que permitan superar los bloqueos informativos y la mejora puntual de algunos instrumentos

jurídicos. No me parecen útiles otras propuestas excesivamente criminalizadoras, como la de creación de un nuevo delito en el caso de posesión de bienes “injustificados” para perseguir los productos del delito en aquellos casos en que su valor resulte desproporcionado en relación con los ingresos declarados por su propietario y este tenga contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas.<sup>54</sup>

Ya a un nivel más elevado, no tanto jurídico como político, habría que plantearse si algunos aspectos de la lucha contra la delincuencia organizada no han exacerbado precisamente el problema que se quería solucionar. Es importante destacar que las oportunidades que explotan las organizaciones criminales, en general, están creadas por la prohibición de determinados tráficos, muy en particular los de drogas y personas, mercados que no serían tan lucrativos si se despenalizara de forma controlada el tráfico de drogas o se regularan de forma más humana las migraciones internacionales.<sup>55</sup>

### IV. Bibliografía

- Allridge, P., *Money Laundering Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003.
- Bacarese, A., “The Role of Intelligence in the Investigation and Tracing of Stolen Assets in Complex Economic Crime and Corruption Cases”, en *International Centre for Asset Recovery, Tracing Stolen Assets. A practitioner’s handbook*, Basel Institute on Governance, Basilea, 2009, pp. 37-48.
- Bertossa, B., “What makes asset recovery so difficult in practice?”, en Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna, 2008, pp. 19-27.
- Bester, H. et al., *Implementing FATF Standards in Developing Countries and Financial Inclusion: Findings and Guidelines*, First Initiative, Washington DC, 2008. Disponible en: [http://www.cenfri.org/documents/AML/AML\\_CFT%20and%20Financial%20Inclusion.pdf](http://www.cenfri.org/documents/AML/AML_CFT%20and%20Financial%20Inclusion.pdf).

<sup>52</sup> Véase, entre otros, Williams, M.R., Holcomb, J.E., Kovandzic, T.V. y Bullock, S., *Policing for profit. The abuse of civil asset forfeiture*, Institute for Justice, Arlington, 2010. Disponible en: [http://www.ij.org/images/pdf\\_folder/other\\_pubs/assetforfeituretoemail.pdf](http://www.ij.org/images/pdf_folder/other_pubs/assetforfeituretoemail.pdf), en relación con la situación en Estados Unidos.

<sup>53</sup> Véase lo dispuesto en FATF, *Best practices*, op. cit., pp. 9 y 10.

<sup>54</sup> Así se plantea en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre “Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que ‘el delito no resulte provechoso’”, COM (2008) 766 final, Bruselas, 20 de noviembre de 2008, p. 7.

<sup>55</sup> Véase las propuestas en este sentido del Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas*, Málaga, 1991. Disponible en: <http://www.gepc.es/docs/gepc1.pdf>; y *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Málaga, 1997. Disponible en: <http://www.gepc.es/docs/gepc4.pdf>.

## Algunas propuestas dirigidas a mejorar la recuperación de activos procedentes del crimen organizado

- Blanco Cordero, I., "Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (decomiso civil o extinción de dominio)", en Fabián Caparrós, E. et al., (dirs.), *El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la corrupción*, Inacipe, México, 2012, pp. 337-371. Disponible en: [http://www.cicad.oas.org/lavado\\_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Recuperacion%20de%20Activos%20de%20la%20Corrupcion.pdf](http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Recuperacion%20de%20Activos%20de%20la%20Corrupcion.pdf).
- Cassella, S.D., "The case for civil forfeiture: why in rem proceedings are an essential tool for recovering the proceeds from crime", *Journal of Money Laundering Control*, vol. 11, núm. 1, pp. 8-14.
- Cavanagh, B., *A review of reinvestment in financial investigation from the proceeds of crime*, Scottish Government Social Research, Edinburgo, 2011. Disponible en: [www.scotland.gov.uk/social-research](http://www.scotland.gov.uk/social-research).
- Claman, D., "The promise and limitations of asset recovery under the UNCAC", en Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna, 2008, pp. 333-352.
- Daniel, T. y Maton, J., "La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles", en Jorge, G. (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 133-154.
- García Ramírez, S., *Delincuencia organizada*, 3<sup>a</sup> ed., Porrúa/UNAM, México, 2002.
- Goredema, C., "Recovery of Proceeds of Crime: Observations on Practical Challenges in sub-Saharan Africa", en *International Centre for Asset Recovery, Tracing Stolen Assets. A practitioner's handbook*, Basel Institute on Governance, Basilea, 2009, pp. 23-36.
- Görg, S., *Geldwäschebezogene Terrorismusbekämpfung. Praktische Wirkung und kriminalpolitische Angemessenheit der Bekämpfungmaßnahmen*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 2010.
- Grayson G., *Mexico, Narco Violence and a Failed State?*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2009.
- Greenberg, T.S., Samuel, L.M., Grant, W. y Gray, L., *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Mundial, Washington DC, 2009. Disponible en: [http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR\\_Publication\\_-\\_Non-conviction-based\\_Asset\\_Forceiture\\_S.pdf](http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/StAR/StAR_Publication_-_Non-conviction-based_Asset_Forceiture_S.pdf).
- Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas*, Málaga, 1991, disponible en: <http://www.gepc.es/docs/gepc1.pdf>.
- \_\_\_\_\_, *Alternativas al tratamiento jurídico de la discriminación y de la extranjería*, Málaga, 1997. Disponible en: <http://www.gepc.es/docs/gepc4.pdf>.
- Hoyer, P. y Klos, J., *Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und ihre Anwendung in der Praxis*, 2<sup>a</sup> ed., Erich Schmidt, Bielefeld, 1998.
- Jensen, N. y Png, C.-A., "Implementation of the FATF 40+0 Recommendations. A perspective from developing countries", *Journal of Money Laundering Control*, vol. 14, núm. 2, 2011.
- Jorge, G. (Dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- \_\_\_\_\_, "Los desafíos de recuperar el producto de delitos de corrupción", en Jorge G. (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. XIII-XXXII.
- \_\_\_\_\_, "El decomiso del producto del delito", en Jorge G. (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, pp. 67-106.
- Kennedy, A., "Justifying the civil recovery of criminal assets", *Journal of Financial Crime*, vol. 12, núm. 1, pp. 8-23.
- Levi, M., "Criminal Asset-Stripping. Confiscating the Proceeds of Crime in England and Wales", en Edwards, A., *Transnational Organised Crime. Perspectives on Global Security*, Routledge, Londres-Nueva York, 2003, pp. 212-226.
- Mitsilegas, V., "Countering the chameleon threat of dirty money: 'hard' and 'soft' law in the emergence of global regime against money laundering and terrorist finance", en Edwards, A. y Gill, P. (eds.), *Transnational Organised Crime. Perspectives on global security*, Routledge, Londres, 2003, pp. 195-211.
- \_\_\_\_\_, *Money laundering counter-measures in the European Union. A New Paradigm of Security Governance Versus Fundamental Legal Principles*, Kluwer Law International, La Haya, 2003.
- \_\_\_\_\_, "International regulation of money laundering and terrorist finance", en Keramidas, G. (ed.), *International and European Financial Criminal Law*, LexisNexis Butterworths, Surrey, 2006, pp. 41-64.

- Moneyval, *3<sup>rd</sup> Round of Mutual Evaluation Reports. Horizontal Review*, Consejo Europeo, diciembre de 2010, p. 8. Disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/publications/3rdHorizontalreview\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/publications/3rdHorizontalreview_en.pdf).
- Nelken, D., "Using the Concept of Legal Culture", *Australian Journal of Legal Philosophy*, 29, 2004, pp. 1-26.
- \_\_\_\_\_, "Rethinking Legal Culture", en Freeman, M. (ed.), *Law and Sociology*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 200-224.
- Nelken, D. (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Darmouth, 1997.
- Nelken, D. y Feest, J. (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- Nikolov, N., "General characteristics of civil forfeiture", *Journal of Money Laundering Control*, 14(1), 2011, pp. 16-31.
- Philip, G., "Introduction: Mexico's struggle against organized crime", en Philip, G. y Berruecos, S., *Mexico's struggle for public security. Organized crime and State responses*, Palgrave, New York, 2012, pp. 1-12.
- Pieth, M. (ed.), *Recovering Stolen Assets*, Peter Lang, Berna, 2008.
- Quintero, M.E., "Extinción de dominio y reforma constitucional", *Iter Criminis*, núm. 6, noviembre-diciembre de 2008.
- Quintero Olivares, G., "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la recepción civil", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12, 2010, pp. 1-20. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf>.
- Rui, J.P., "The Civil Asset Forfeiture Approach to Organised Crime. Exploring the Possibilities for an EU Model", *Eucrim*, núm. 4, 2011, pp. 153-161. Disponible en: [http://www.mpicc.de/eucrim/archiv/eucrim\\_11-04.pdf](http://www.mpicc.de/eucrim/archiv/eucrim_11-04.pdf).
- Segrelles de Arenaza, I., "El partícipe por título lucrativo: Un aspecto de delincuencia patrimonial y económica", *La Ley*, núm. 5, 2000, pp. 1918-1925.
- Stephenson, K.M. et al., *Barriers to Asset Recovery*, The World Bank/UNODC, Washington, 2011.
- Williams, P., "El crimen organizado y la violencia en México: una perspectiva comparativa", *Istor*, año 11, núm. 42, pp. 15-40.
- Williams, M.R., Holcomb, J.E., Kovandzic, T.V. y Bullock, S., *Policing for profit. The abuse of civil asset forfeiture*, Institute for Justice, Arlington, 2010. Disponible en: [http://www.ij.org/images/pdf\\_folder/other\\_pubs/assetforfeituretoemail.pdf](http://www.ij.org/images/pdf_folder/other_pubs/assetforfeituretoemail.pdf).
- Young, N.M. (ed.), *Civil Forfeiture of Criminal Property. Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009.





## El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación\*



José L. González Cussac

Universidad de Valencia, España

**RESUMEN:** El tratamiento jurídico y jurisdiccional de los secretos de Estado siempre genera polémicas. Se presentan problemas a la hora de la investigación judicial de las actividades secretas del Estado (fondos reservados, responsabilidad de funcionarios, etc.). Se concluye que la justicia siempre tiene potestad para investigar todos los delitos, pero los jueces no son competentes para revelar materias clasificadas legalmente.

**PALABRAS CLAVE:** Información clasificada, secretos de Estado, investigación de delitos, medios de prueba.

**ABSTRACT:** The jurisdictional and legal handling of State secrets always generates polemics. Problems come forward when carrying out the judicial inquiry of the secret activities of the State (reserved funds, responsibility of officials, etc.). The conclusion is that justice always has the power to investigate all crimes, but the judges are not competent to reveal legally classified matters.

**KEY WORDS:** classified information, state secrets, crime investigation, means of evidence.

**SUMARIO:** 1. Planteamiento. 2. La solución de un caso difícil como propuesta. 3. La posibilidad de investigación judicial de los delitos cometidos a través de actividades declaradas como secretas. 4. La posición jurídica del funcionario público: entre la obligación de declarar como testigo y el deber de secreto. 5. Las posibles consecuencias delictivas de prestar declaración sobre tal uso a tenor de lo dispuesto en los artículos 417 y 599 CP (antes art. 367): delito de revelación de secretos. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

\* Publicado previamente en *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos* (coordinadores F.J. Álvarez García, M.A. Cobos Gómez de Linares, P. Gómez Pavón, A. Manjón-Cabeza Olmeda y A. Martínez Guerra), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 603-620. También publicado en *Inteligencia y seguridad: Revista de Análisis y prospectiva*, núm. 12, 2012.

## El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación

### 1. Planteamiento

En numerosas ocasiones y en diversos países se ha planteado el dilema del acceso judicial a los secretos de Estado.<sup>1</sup> Pero como advirtiera ya Díez-Picazo Jiménez,<sup>2</sup> hay que tener en cuenta que las hipótesis de solicitud de intervención judicial sobre datos de carácter reservado pueden ser de dos tipos: primero, una pretensión de levantamiento del secreto o de declaración de que su revelación es lícita, ya que se le pide al juez que ordene o convalide la revelación del secreto a efectos, en principio, extraprocesales; y, segundo, la pretensión de utilización de información secreta como prueba en un proceso, esto es, se solicita al juez para que obtenga o admita información clasificada a efectos intraprocesales.<sup>3</sup>

Como el mismo autor citado reconoce explícitamente, la distinción entre ambas hipótesis no siempre es nítida: por ejemplo, cabe solicitar la práctica de una prueba para dar a conocer a la opinión pública cierta información clasificada. Con todo, la distinción puede ser válida, especialmente porque nos permite una reflexión acerca de la posición constitucional del juez en cada una de las dos hipótesis; y también, porque en cualquier caso, la resolución judicial ha de ceñirse al objeto del litigio.

En efecto, cuando se solicita al juez que ordene o avale la revelación de un secreto, la cuestión principal es si la tutela de ese secreto está protegida por la

Constitución o, aun siendo legítima, no lo está. En este último supuesto, el juez ha de limitarse a aplicar la ley correspondiente. Pero, en cambio, si el secreto es constitucionalmente relevante, no basta con la aplicación judicial de la ley, sino que la operación clave consistirá en determinar si hay en juego otros valores constitucionales ante los cuales dicho secreto deba ceder. Esto es, en estas hipótesis deberá proceder a una ponderación de los valores constitucionales en conflicto, con una significativa importancia del principio de proporcionalidad, que en cualquier caso exige minimizar el sacrificio del valor que deba ceder.<sup>4</sup> Naturalmente, también existen supuestos en los que la ley aplicable excluye la ponderación entre los valores constitucionales en conflicto, ya que la contiene expresamente y en consecuencia impone la prevalencia de un valor sobre los otros. Pues bien, en estas hipótesis el juez debe aplicar la ley y la única alternativa razonable que le queda es plantear la cuestión de inconstitucionalidad. De ahí que en materia de secretos oficiales se discuta acerca de la concurrencia o no del control constitucional junto al control de legalidad.<sup>5</sup>

En este contexto, resulta esencial acoger con precisión la distinción propuesta por Varela Castro,<sup>6</sup> entre los grados de alcance de las limitaciones al principio de publicidad: así, junto al deber genérico de sigilo de los funcionarios, de carácter subjetivo para su determinación,<sup>7</sup> se prevén supuestos de materias,

<sup>1</sup> Chiavario, M. et al., *Segreto di Stato e giustizia penale*. Bolonia, Zanichelli, 1978; Clarke, D.L., "Secrecy, foreign intelligence and civil liberties: has the pendulum swung too far?", *Political Science Quarterly*, núm. 3, 1984; Grevi, V., "Segreto di Stato e proceso penale, en *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Cedam, Padua, 1983; Guarneri, C. y Pederzoli P., *La Democrazia Giudiziaria*, Bolonia, Il Mulino, 1997; Halperin, Morton H. y Hoffman, Daniel N., "Top secret: national security and the right to know", Washington, New Republic Books, 1977; MacCormick, N., "The Interest of the State and the Rule of Law", en Wallington P. y Merkin, R. (eds.), *Essays in Memory of Professor F.H. Lawson*, Londres, Butterworths, 1986; McCuen, Gary E., *Secret democracy: civil liberties vs. the national security state*, Hudson, Wis., G.E. McCuen Publications, 1990; Miglio, G., "Il segreto politico", en *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Cedam, Padua, 1983; Musio, G., "Il segreto politico-militare di fronte alla corte costituzionale", en *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 38, I, 1976; O'Dell, T.H., *Inventions and official secrecy: a history of secret patents in the United Kingdom*, Oxford University Press, 1994; Paolozzi, G., *La tutela processuale del segreto di Stato*, A. Giuffrè, Milán, 1983; Pisa, P., *Il segreto di Stato. Profili penali*, Giuffrè, Milán, 1977; Revenga Sánchez, M., *El imperio de la política. Seguridad Nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1995; Revenga Sánchez, M., "El control del secreto de Estado. Reflexiones (preliminares) de Derecho comparado", *Jueces para la Democracia*, núm. 25, 1996; Santolaya Machetti, P., "El control de los secretos de Estado: la experiencia en derecho comparado", *Poder Judicial*, núm. 40, 1995.

<sup>2</sup> Díez-Picazo Giménez, L.M., "Publicidad y secreto en la Constitución", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 25, 1997.

<sup>3</sup> Fernández Allés, J.J., "Los secretos de Estado en España. Jurisprudencia y teoría constitucional (I)", *La Ley*, núm. 4762, 25 de marzo de 1999 y "Los secretos de Estado en España. Jurisprudencia y teoría constitucional (II)", *La Ley*, núm. 4763, 26 de marzo de 1999.

<sup>4</sup> Díez-Picazo Giménez, L.M., "Publicidad y secreto en la Constitución", *op. cit.*

<sup>5</sup> Wilkinson Morena de la Vall, H., *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 205.

<sup>6</sup> Varela Castro, L., "Segreto de Estado o secreto contra el Estado (A propósito de la sentencia publicada en el caso "Amado", o quizás debiera ser otra la etiqueta?...)", *Jueces para la Democracia*, núm. 13, 1991.

<sup>7</sup> Orts Berenguer, E., "Revelación y uso indebido de secretos e informaciones", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4, Madrid, 1994.

acotadas objetivamente, cuya clasificación es graduable como secreta o reservada.<sup>8</sup> En efecto, “mientras los primeros supuestos son causa de relevamiento de la obligación de determinados sujetos respecto de la obligación de testimoniar, los segundos implican materias no susceptibles de ningún tipo de prueba”. Y esta diferencia responde al distinto fundamento de una y otra limitación a la investigación criminal. Así, en el deber genérico de sigilo del funcionario el interés tutelado es la eficacia de la acción administrativa o los derechos de los ciudadanos.<sup>9</sup> Por el contrario, la clasificación de materias secretas o reservadas responde a la seguridad nacional y la defensa del Estado. Por ello, las sanciones a uno y otro quebrantamiento de estas dos áreas de la obligación de sigilo es a su vez muy diferente por su diversa gravedad.

Por tanto, cuando lo que se solicita al juez es la admisión o la obtención de información clasificada a efectos probatorios, una de las claves ha de situarse entonces en esa faceta del derecho a la tutela judicial efectiva que consiste en utilizar “los medios de prueba pertinentes” (art. 24 CE), como establecen las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 (Sala 3<sup>a</sup>), relativas a los llamados “papeles del CESID”.<sup>10</sup> La otra clave se articula en torno al secreto de Estado. Por consiguiente, en apariencia, cuanto menos, nos hallamos ante un conflicto de intereses generalmente resuelto mediante el recurso a la técnica de la ponderación. Sin embargo, este caso presenta la particularidad de que el balancín no se proyecta sobre dos derechos fundamentales, sino entre uno de ellos (tutela judicial efectiva) y el interés del Estado en la seguridad y defensa nacional, para lo que recurre a la técnica del secreto. Dicho esto, conforme a la consolidada doctrina y jurisprudencia, la primera exigencia para poder aplicar la ponderación es que aquél interés

esté previsto formalmente en una ley con un cierto grado de determinación.<sup>11</sup>

En nuestro ordenamiento esa previsión referente a materias reservadas se encontraría en la Ley 9/1968, sobre Secretos Oficiales, modificada por Ley 48/1978, así como, básicamente por la Ley 2/2011, reguladora del CNI.<sup>12</sup>

Este debate obviamente se presenta especialmente complejo en supuestos de investigación penal, en donde precisamente el juez instructor debe decidir acerca de una conducta directamente vinculada con una actividad estatal declarada secreta. Y todavía pude devenir más difícil si esa actividad judicial se proyecta en la obtención de pruebas a través de declaraciones testificales de funcionarios públicos que conocen o pueden conocer informaciones declaradas como clasificadas, precisamente en el ejercicio de sus funciones. Sobre este punto concreto es donde deseo incidir en las líneas que siguen.

## 2. La solución de un caso difícil como propuesta

Las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 (Sala 3<sup>a</sup>) resolvieron el conocido asunto denominado “los papeles del CESID” conforman, junto al Auto del Tribunal Supremo de 20 febrero 1995 (Sala 2<sup>a</sup>), en relación al caso llamado “de los fondos reservados”, la doctrina jurisprudencial más importante nacida recientemente en nuestro país sobre esta problemática. Pero en materia penal, nos interesa examinar esta última resolución. Por ello, a partir de aquí formularé un comentario crítico y alternativo al razonamiento contenido en el precitado Auto, que de alguna manera pueda servir también como propuesta de resolución de estos supuestos. Naturalmente la propuesta está referida al Derecho español.

<sup>8</sup> Cousido González, M.P., *Secretos Oficiales. Comentarios a su Ley y Reglamento*, Bosch, Barcelona, 1995.

<sup>9</sup> Romeo Casabona, C. M., *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

<sup>10</sup> Díez-Picazo Giménez, L.M., “Publicidad y secreto en la Constitución”, *op. cit.*; Díez-Picazo Giménez, L.M., “El secreto de Estado en el proceso penal. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1994”, *La Ley*, núm. 3952, 15 de enero de 1996; Álvarez Conde, E., “La necesidad de una reforma: los secretos de Estado tras las sentencias del Tribunal Supremo de 4 abril 1997”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 25, 1997; Lozano, B., “El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración: juicio crítico de la Sentencia del Tribunal de Conflictos sobre los documentos del CESID”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, 1996; Rebollo Vargas, R. “Los límites del secreto de Estado (Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de 14 de diciembre de 1995)”, *Cuadernos Jurídicos*, núm. 40, 1996.

<sup>11</sup> Varela Castro, L., “Secreto de Estado o secreto contra el Estado...”, *op. cit.*

<sup>12</sup> González Cussac, J.L., Larriba Hinojar, B. y Fernández Hernández, A., “Derecho”, en *Inteligencia* (coord. J. L. González Cussac), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 299 y 337 y ss.

**El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación**

Pues bien, para aproximarnos al núcleo de las cuestiones que generó la actuación judicial sobre este asunto de “gastos o fondos reservados”,<sup>13</sup> deben despejarse sucesivamente varias interrogantes, y a la vez tratar de separar y ordenar aspectos muy distintos del expediente, sin embargo, el Auto comentado entremezcla sin matices lo que de manera inexorable arrastra a una solución dudosa.

Los tres planos diferentes que conviene analizar de forma separada y ordenada para alcanzar una respuesta sólida y fundada, son los siguientes:

- a) Examinar la posibilidad de investigación judicial de los presuntos delitos cometidos a través del uso de los “fondos reservados”, actividad ésta, que como es obvio, se encuentra declarada como secreta.
- b) Comprobar la posición jurídica del funcionario público, situada en principio entre la obligación de declarar como testigo y el deber de secreto; esto es, dilucidar la existencia o no para el funcionario encargado de su manejo, de una obligación jurídica de declarar ante el juez o tribunal como testigo sobre el uso de tales gastos reservados, bajo advertencia de comisión de un delito de denegación de auxilio, y conjugar esta obligación con el deber de sigilo y reserva que impone su declaración de materia clasificada.
- c) Evaluar las posibles consecuencias delictivas de prestar declaración testifical sobre tal uso de los fondos reservados, a tenor de lo dispuesto en los arts. 417 y 599 CP (delitos de revelación de secretos).

A continuación desarollo sucesivamente estos tres planos problemáticos.

### **3. La posibilidad de investigación judicial de los delitos cometidos a través de actividades declaradas como secretas**

La investigación judicial de cualquier actividad indiciariamente delictiva es una posibilidad indiscutible. En un Estado de Derecho no hay más parcelas ajenas a la investigación judicial que aquellas que se establecen legal y constitucionalmente por razón de espacio, tiempo o por las personas: territorialidad e irretroactividad de la ley penal e inviolabilidad.

Ahora bien, parece ocioso recordar que tal investigación ha de llevarse a cabo a través de los cauces legales previstos en el ordenamiento jurídico y con respeto a sus normas y principios. Y en este tema el ordenamiento jurídico ha puesto diversas limitaciones a la tarea instructora, en general, vinculada al respeto de los derechos y las garantías fundamentales, pero también en consideración a la propia seguridad del Estado, al verse en peligro por la investigación judicial, si se permitiera un acceso público e indiscriminado a los secretos. Ello no quiere decir que no se pueda investigar sobre parcela alguna de la realidad, pues ni siquiera queda excluida aquélla desempeñada por el propio Estado declarada como secreta. Es decir, que tal investigación se encuentra modulada por la materia sobre la que recae y por los bienes jurídicos que se ven afectados a través de la investigación.

Conocer la verdad material en la investigación de los hechos delictivos no es el valor supremo del ordenamiento jurídico. Es evidente que no todo está justificado para llegar a saber la verdad de una imputación criminal. La investigación penal ha de hacerse conforme a la Constitución, conforme a la ley y respetando todo un conjunto de derechos fundamentales y deberes jurídicos que se consideran preeminentes al deber de colaboración y auxilio a la justicia.

Existe un amplio consenso doctrinal y una reiterada jurisprudencia constitucional acerca de esta idea básica. De ello se deriva el entendimiento de que el art. 24 de la Constitución no consagra el derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino sólo a la proposición y práctica de pruebas pertinentes y licitas. Y a efectos constitucionales, como recuerda Díez-Picazo Jiménez, la pertinencia de la prueba queda íntimamente ligada a que su rechazo produzca indefensión (STC 116/1983, 30/1986, 1/1996, etc.): “Ello significa que, si la inadmisión como medio de prueba de la información constitucionalmente secreta no desemboca en indefensión ‘o sea, no es el único medio de acreditar la pretensión de una de las partes’, lo más ajustado a la Constitución es, quizás, rechazar la solicitud”.<sup>14</sup>

Sin embargo, la cuestión en nuestra legislación ordinaria se torna más compleja por varias causas. La primera, por una manifiesta obsolescencia de la Ley de Secretos Oficiales, actualizada de modo insuficiente

<sup>13</sup> Morales García, O., “Fondos reservados, revelación de secretos y denegación de auxilio: (a propósito de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo)”, *Actualidad Penal*, núm. 16, 1996.

<sup>14</sup> Díez-Picazo Giménez, L.M., “Publicidad y secreto en la Constitución”, *op. cit.*, 1997.

por la Ley 11/2002, reguladora del CNI.<sup>15</sup> En segundo lugar, por la ausencia de una regulación procesal específica con previsión de mecanismos idóneos para minimizar el sacrificio del secreto a efectos probatorios y encausarlo con el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes. Esto es, hallar un equilibrio razonable entre el derecho de las partes a proponer pruebas e impulsar la investigación judicial, y por otra parte, salvaguardar el secreto oficial. Las citadas sentencias del Tribunal Supremo de la Sala 3<sup>a</sup> de 4 de abril de 1997 son excelentes exponentes de que esta ausencia de regulación aboca a soluciones creativas, como la solución dada al caso, decretando una inspección reservada de los documentos clasificados *in camera*.<sup>16</sup>

Y la tercera causa, porque la figura de nuestro juez instructor, con sus exorbitados poderes de investigación de oficio, no permite una traslación simétrica y clara de la anterior doctrina en materia de derecho a la tutela judicial efectiva. Una cuestión muy ardua de resolver y que desborda este análisis, pero que debe quedar apuntada.

De modo que el juez instructor se encuentra ante dos alternativas. La primera, resolver el conflicto denegando el acceso a documentos reservados, alegando, que carece de competencia para forzar su desclasificación, o bien que la ponderación se decide por la salvaguarda de la seguridad nacional. El proceso penal podrá continuar, si tiene consistencia, con otros medios probatorios, y las partes afectadas por la denegación podrán acudir al correspondiente recurso. La segunda alternativa consiste en que el juez instructor declare la pertinencia de la prueba atinente a materias clasificadas, requiriendo documentos a las autoridades competentes o bien llamando a declarar como testigos a los funcionarios responsables de las mismas.

En cualquier caso ha de tenerse presente que en la ponderación de intereses entre el derecho fundamental y el secreto de Estado surge el problema, en un doble sentido, de la legitimación del poder competente

para establecer el límite de la investigación penal: *a) qué autoridad determina la materia tipificada como secreta; y b) quién decide si la pretensión investigadora incide o no en aquella materia.*<sup>17</sup> La primera cuestión está claramente resuelta en la legislación citada sobre Secretos Oficiales, que atribuye exclusivamente esta competencia al Consejo de Ministros. Ahora bien, al menos debemos apuntar la discusión sobre la intensidad y alcance de la revisión de estos acuerdos, así como su pretendida naturaleza de actos políticos.<sup>18</sup>

#### 4. La posición jurídica del funcionario público: entre la obligación de declarar como testigo y el deber de secreto

En el caso de una solución judicial favorable a indagar sobre la actividad declarada secreta, se presenta para el funcionario público encargado de su manejo el dilema de la existencia de una obligación jurídica de declarar ante el juez o tribunal como testigo sobre dichas actividades reservadas. Es decir, ante la indiscutible posibilidad de investigar que tiene el Juez de Instrucción, existe una indubitable obligación de declarar sobre el uso de tales actividades reservadas para el funcionario público encargado de su manejo.

Planteado en otros términos: si se dicta una resolución judicial de admisión de la práctica de la prueba, no queda más salida que acatarla, de conformidad al art. 118 CE, quedando obligado a prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso. Esta solución evitaría su responsabilidad por el delito de denegación de auxilio y desobediencia, y en caso de estimarse que esa resolución judicial lesiona derechos fundamentales u otros valores constitucionales, dejaría en todo caso abierta la exigencia de responsabilidad al Estado por error judicial (art. 121 CE), o directamente del propio juez (art. 117 CE). No obstante, de seguirse esta vía subsiste una hipotética imputación del servidor público por revelación de secretos relativos a la seguridad y defensa nacional.

<sup>15</sup> González Cussac, J.L., Larriba Hinojar, B. y Fernández Hernández, A., “Derecho”, en *Inteligencia, op. cit.*, 2012, p. 344 y ss.

<sup>16</sup> Díez-Picazo Giménez, L.M., “El secreto de Estado en el proceso penal. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1994”, *La Ley*, núm. 3952, 15 de enero de 1996; Álvarez Conde, E., “La necesidad de una reforma: los secretos de Estado tras las sentencias del Tribunal Supremo de 4 abril 1997”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 25, 1997; Lozano, B., “El sistema de conflictos jurisdiccionales...”, *op. cit.*; Rebollo Vargas, R., “Los límites del secreto de Estado (Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de 14 de diciembre de 1995)”, *Cuadernos Jurídicos*, núm. 40, 1996.

<sup>17</sup> Varela Castro, L., “Secreto de Estado o secreto contra el Estado...”, *op. cit.*

<sup>18</sup> Díez Sánchez, J.J., “El control judicial de los secretos oficiales”, en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

## El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación

Ahora bien, porque si se sigue esta interpretación, se está aceptando implícitamente que, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la Constitución permite que los jueces en el proceso penal tengan acceso a informaciones declaradas secretas. Y esta derivada no puede considerarse como una solución jurídicamente impecable.

Y no lo es porque los jueces, al igual que el resto de los poderes públicos, estén plenamente “sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (art. 9 CE). Como he advertido con anterioridad, tanto la ley fundamental como otras leyes ordinarias fijan límites a la actividad judicial, asociados a la vigencia de derechos y garantías fundamentales.<sup>19</sup> De modo que tampoco los jueces podrán traspasarlos lícitamente, con independencia de su virtual eficacia para el esclarecimiento sobre hechos relevantes para la resolución de la causa.<sup>20</sup> Pues bien, de igual modo debemos determinar si el texto constitucional y la legislación ordinaria contienen un deber de no injerencia judicial en materias constitucionalmente garantizadas por el secreto.<sup>21</sup> Si así fuera, nos encontraríamos ante una hipótesis semejante a la de una resolución judicial que vulnera el derecho a la intimidad personal, si bien aquí la violación judicial recaería sobre la garantía del secreto de Estado. Esta tesis confirmaría el plasmar en el texto constitucional los límites tendentes a evitar la quiebra de los secretos oficiales, y el consiguiente daño a la seguridad nacional, también frente a investigaciones judiciales en el ámbito penal. Esto es, una manifestación del principio de separación de poderes con salvaguarda de las diferentes atribuciones de competencias.<sup>22</sup>

El Auto de 20 de febrero de 1995 que se comenta, afirma de modo contundente que el funcionario no implicado tiene la obligación de declarar y revelar a la autoridad judicial la comisión de un delito de uso concreto de los fondos reservados.<sup>23</sup> Tal afirmación se hace sin matices, sin una justificación expresa que lo fundamente y se añade que el funcionario “no puede ampararse en el art. 417-2º de la LECriminal”.

En efecto, porque la anterior aseveración olvida y desconoce que la obligación de prestar la colaboración requerida a jueces y magistrados en el curso del

proceso penal que se recoge en el art. 118 de la CE, no es una obligación general e ilimitada, sino que encuentra en la propia Constitución algunos importantes límites y excepciones.

El Tribunal Supremo en esta resolución parece desconocer el último párrafo del artículo 24.2 de la Constitución, que al concretar los derechos fundamentales y libertades públicas (tutela judicial efectiva, proscripción de la indefensión, juez ordinario predeterminado por la Ley, derecho de defensa, derecho a ser informado de la acusación, a un proceso público con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y con la posibilidad de usar los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra si mismo, así como a la presunción de inocencia) establece con carácter imperativo que “la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

No se olvide que, en el presente asunto, no se trata del secreto profesional de los periodistas, reconocido en el art. 20 d) del texto constitucional, sino de otros secretos profesionales y que este precepto encuentra hoy su desarrollo en el artículo 417 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este precepto no puede ser olvidado o derogado sin más por el Auto del Tribunal Supremo, ya que se trata de un precepto que no sólo no es inconstitucional sino que encuentra expreso respaldo en la norma constitucional citada.

En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al regular las declaraciones de los testigos en sus artículos 410 y siguientes, después de fijar la obligación general de declarar de todos los que residan en territorio español el art. 410, señala las excepciones a este precepto general, que no son pocas: el rey y la reina, sus respectivos consortes, el príncipe heredero y los regentes (art. 411), el personal diplomático conforme a lo previsto en los tratados, los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge [...], el abogado del procesado respecto de los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor (art 416), y finalmente, en el art. 417, los eclesiásticos y ministros de otros cultos sobre los hechos que les

<sup>19</sup> Vives Antón, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 967 y ss.

<sup>20</sup> Varela Castro, L., “Sobre la legitimidad del poder judicial”, *Poder Judicial*, número especial XI, 1986; Vives Antón, T.S., “La responsabilidad de los jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

<sup>21</sup> González Cussac, J.L., Larriba Hinojar, B.; y, Fernández Hernández, A., “Derecho”, *op. cit.*, p. 290 y ss.

<sup>22</sup> García de Enterría, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*. Civitas, Madrid, 1996.

<sup>23</sup> Morales García, O., “Fondos reservados...”, *op. cit.*

fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio y conforme al numeral 2º:

los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida.

Pues bien, este precepto que desarrolla el principio establecido en el art. 24.2º del texto constitucional, no puede ser derogado de *facto* por decisión judicial pese a las afirmaciones contenidas en el auto de 20 de febrero de 1995, porque es un precepto vigente y con base constitucional, sin que se haya declarado su inconstitucionalidad sobrevenida por el Tribunal Constitucional.

En conclusión, con apoyo expreso en lo establecido en el art. 24.2º *in fine* de la Constitución y en el art. 417 de la LECriminal, no existe para el funcionario público obligación de declarar como testigo en ningún proceso sobre los secretos a que haya tenido acceso por razón de su cargo, cuando estas materias hayan sido clasificadas formalmente de acuerdo a la legislación vigente. En este mismo sentido, aunque quizás más matizada, se ha pronunciado un sector de la doctrina.<sup>24</sup>

La inexistencia de esta obligación de declarar significa que ninguna consecuencia jurídica puede extraerse de la negativa a declarar: ni puede valorarse como contraíndic Peace, ni puede dar lugar a responsabilidad penal por denegación de auxilio a la justicia, ya que la Constitución y la Ley exoneran expresamente de esta obligación.

Tan es así que se protege penalmente la revelación del secreto a través de los arts. 417 y 599 del CP. Este tema lo abordaré en el siguiente apartado.

## 5. Las posibles consecuencias delictivas de prestar declaración sobre tal uso a tenor de lo dispuesto en los artículos 417 y 599 CP (antes art. 367): delito de revelación de secretos

Ya hemos visto que nunca existe para el funcionario público encargado de su manejo obligación de declarar en cualquier proceso penal de investigación sobre los secretos oficiales que hubiere conocido por razón

de su cargo. Esta posibilidad de no declarar se ampara en la necesidad de proteger el secreto oficial frente a indagaciones directas sobre el funcionario, pero también se convino que sí cabe investigar judicialmente sobre actividades relativas a materias clasificadas secretas si se aprecia la posible comisión de hechos delictivos en su gestión.

Se plantea ahora la cuestión de valorar si el funcionario público, que no tiene obligación de declarar, incurre o no en delito de revelación de secreto descrito en el CP si opta por declarar pese a la obligación legal de guardar secreto y la no obligación jurídica de declarar en el proceso.

Nos encontramos ante un caso típico de *colisión de deberes* que ha de ser resuelto según las normas clásicas del principio de ponderación de intereses.

a) Por una parte el funcionario tiene la obligación de guardar secreto, así lo disponen las leyes reguladoras de los fondos reservados y lo protege el CP a través de un tipo básico (art. 417) y otro específico (art. 599). Para garantizar la posibilidad de que guarde secreto la Constitución y la Ley le exoneran de la obligación de declarar. Incluso en un proceso penal en curso basado en la investigación de hechos presuntamente delictivos (arts. 24.2 CE y 417.2 de la LECriminal).

b) Por otra parte el funcionario público tiene el deber general de “prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso” (art. 118 de la CE y art. 412 del CP) y el deber de poner en conocimiento de la autoridad los hechos delictivos que conozca, protegido penalmente por el artículo 408 del CP. Junto a estos preceptos debe considerarse también el delito de desobediencia, en este caso a la autoridad judicial (art. 410).

Se dice que concurre un conflicto de deberes cuando para cumplir un deber es preciso infringir otro. Concurre entonces una situación de conflicto que en la doctrina mayoritaria se considera una manifestación particular del “estado de necesidad”. Lo peculiar de la colisión de deberes es que en ella el sujeto debe actuar u omitir. La situación característica de la colisión de deberes, se da tanto en caso de concurrencia de dos deberes de actuar, como cuando coinciden un deber de actuar, colaborar con la investigación judicial, y un deber de omitir, guardar secreto sobre lo conocido en ejercicio del cargo.

<sup>24</sup> Otero González, P., *La revelación de secreto de Estado en los procedimientos penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

**El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación**

En líneas generales, suele admitirse que en la colisión de deberes resulta justificada la infracción de un deber igual o inferior al que se cumple. Ello supone que habrá casos en que la obligación de guardar secreto prevalezca sobre la obligación de colaborar en el curso de la investigación judicial, y ello ocurrirá siempre que con el cumplimiento del primer deber se salvaguarde un interés jurídico igual o mayor que aquel que consiste en la colaboración con la investigación judicial.<sup>25</sup>

El conflicto entre los dos deberes que describimos habrá de resolverse ponderando los intereses en juego, y para la ponderación habrá de analizarse caso por caso para determinar cuál es el valor de cada interés jurídico.

No cabe afirmar, como hace la resolución del Tribunal Supremo, que en ningún caso constituye delitos de los arts. 417 o 599 del CP la revelación del secreto conocido en el ejercicio del cargo si se hace a través de un acto de colaboración con la autoridad judicial que investiga un delito. No cabe hacer una afirmación tan tajante y sin matices, porque tal tesis supone resolver la colisión de deberes siempre en favor de la investigación judicial como valor supuestamente preeminente frente a cualquier otro. Y esta solución implica considerar como absoluto uno de los valores en juego y a la vez orillar siempre al otro. En consecuencia, no puede aceptarse su corrección.

Ciertamente a través de la investigación judicial se busca descubrir la comisión de un hecho delictivo. Ni siquiera se trata de impedir el delito, sino de descubrir a los responsables del delito ya cometido. Por consiguiente la importancia de tal interés jurídico mantiene una relación estrecha con la gravedad del delito, pero no coincide con éste, sino que está en función de la imprescindibilidad de la revelación del secreto para llegar a conocer la verdad y otros factores concurrentes —como una grave afectación a la seguridad nacional, la revelación de identidades de agentes o fuentes, de métodos, sistemas operativos, objetivos, etc.— que habrá que relacionar con el interés que se protege a través del secreto. Uno de los parámetros posibles es la pena que el CP prevé para los respectivos delitos derivados del incumplimiento de los deberes en colisión.

Obsérvese que la revelación de secretos se castiga en el tipo básico del art. 417, 1º del CP con penas de multa de 12 a 18 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años; con pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años, si tal revelación causa grave daño a la causa pública. Sin embargo, si se aplica el tipo específico del art. 599 CP, descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional, las penas serán de prisión de dos años y seis meses a cuatro años de prisión. Por otro lado, la omisión del deber de poner en conocimiento de la autoridad los hechos delictivos que se conozcan se castiga con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años (art. 408 CP). El incumplimiento de la obligación del funcionario público de colaborar con la Administración de Justicia se castiga en el art. 412 CP con penas de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. Si la conducta es realizada por autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública, o un agente de la autoridad, se impondrán las penas de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años.<sup>26</sup>

Por tanto, si se acepta como válido el expediente de la ponderación de interés en este caso, y también se admite como criterio de solución la jerarquía de los bienes protegidos expresada en la penalidad, la solución a favor de la impunidad del funcionario que revela a la autoridad judicial secretos oficiales, debe ser cuando menos revisada.

Pero también es posible sostener, conforme a lo desarrollado anteriormente, que el conflicto ya está resuelto expresamente por el ordenamiento jurídico, a favor de la prevalencia del secreto oficial, siempre que así se haya declarado y procedido a su clasificación formalmente.

## 6. Conclusiones

En conclusión deben hacerse las siguientes matizaciones al Auto de 20 de febrero de 1995 de la Sala II del Tribunal Supremo;

<sup>25</sup> Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 345 y ss.

<sup>26</sup> Otero González, P., *La revelación...*, op. cit., pp. 75 y ss.

a) Es cierto que no existe parcela alguna de la realidad que no pueda ser investigada conforme a la ley en un proceso judicial por delito. El uso de los fondos reservados, o de cualquier otra actividad secreta, puede ser investigado si se aprecian indicios de delito en su gestión, pero respetando la reglas procesales generales que rigen la investigación penal.

b) No es cierto que exista una obligación general de declarar sobre el uso de fondos reservados. Es más, los funcionarios públicos no tienen nunca la obligación de declarar sobre los secretos que han conocido por razón de sus cargos, ya que se haya plenamente vigente el art. 417.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el art. 24.2 de la Constitución. Por ello, ninguna consecuencia jurídica puede extraerse de su decisión de no declarar.

c) A pesar de no tener obligación de declarar, si deciden hacerlo no siempre cometen el delito de revelación de secretos —pueden ver justificada su conducta por salvar un bien jurídico mayor que el que vulneran—, pero tampoco es cierto que en ningún supuesto queden impunes del delito de revelación de secretos, puesto que si el bien jurídico que salvan es inferior al que vulneran, no se hallarán el ámbito de aplicación de una causa de justificación o de una excusa. La colisión de deberes que se da en este caso debe ser resuelta analizando los intereses en juego: la necesidad de la declaración para la investigación judicial y la necesidad de salvaguardar los secretos oficiales del Estado.

En cualquier caso, como se ha advertido ya, también puede argumentarse que el juez penal carece de competencias para desvelar una materia clasificada legalmente y en consecuencia no está autorizado a recurrir a la ponderación de intereses. Al hacerlo, quebrando los procedimientos establecidos para su revisión, invadiría atribuciones que constitucional y legalmente tiene vedadas. Sin embargo, esta interpretación no significa, ni mucho menos, que el secreto de Estado no esté sujeto a límites y controles, ni tampoco que su abuso deba quedar impune.<sup>27</sup>

Una reflexión final: los asuntos relacionados con el secreto de Estado integran siempre la categoría de *casos difíciles*,<sup>28</sup> entre otras razones, por la complejidad y polémica que rodean estos asuntos en un Estado democrático de Derecho.<sup>29</sup>

## 7. Bibliografía

- Aitken, J., *Officially Secret*, Widenfeld and Nicolson, Londres, 1971.
- Álvarez Conde, E., “La necesidad de una reforma: los secretos de Estado tras las sentencias del Tribunal Supremo de 4 abril 1997”, en *El acceso judicial a la obtención de datos*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997.
- Álvarez García, F.J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Bosch, Barcelona, 1987.
- Barile, P., “Democrazia e segreto”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1987.
- Baxter, J.D., *State security, privacy and information*, Harvester Wheatsheaf, Nueva York, 1990.
- Berky, R., “Security and Society. Reflections on Law”, *Order and Politics*, J. Rent and Sons Ltd., Londres, 1986.
- Birkinshaw, P., *Reforming the secret state*, Open University Press, Philadelphia, 1990.
- Caretti, P., “Limiti costituzionali alla tutela del segreto di stato”, *Democrazia e Diritto*, 1986.
- Cavero Gómez, M., “La Ley 11/1995 de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados”, *La Ley*, núm. 4035, 1996.
- Chiavario, Mario et al., *Segreto di Stato e giustizia penale*, Zanichelli, Bolonia, 1978.
- Clarke, D.L., “Secrecy, foreign intelligence and civil liberties: has the pendulum swung too far?”, *Political Science Quarterly*, núm. 3, 1984.
- Cousido González, M.P., *Secretos Oficiales. Comentarios a su ley y reglamento*, Bosch, Barcelona, 1995.
- Díez-Picazo Giménez, L.M., “El secreto de Estado en el proceso penal. (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1994)”, *La Ley*, núm. 3952, 15 de enero de 1996.
- \_\_\_\_\_, “Publicidad y secreto en la Constitución”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 25, 1997 (Ejemplar dedicado a: Acceso judicial a la obtención de datos).
- Díez Sánchez, J.J., “El control judicial de los secretos oficiales”, en *El Derecho Administrativo en el*

<sup>27</sup> Rebollo Vargas, R., *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Cedecs, Barcelona, 1996.

<sup>28</sup> Revenga Sánchez, M., “Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997.

<sup>29</sup> Lucas, J. de, “Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VII, 1990, pp. 131 y ss.

## El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación

- umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Fernández Allés, J.J., "Los secretos de Estado en España. Jurisprudencia y teoría constitucional (I)", *La Ley*, núm. 4762, 25 de marzo de 1999.
- \_\_\_\_\_, "Los secretos de Estado en España. Jurisprudencia y teoría constitucional (II)", *La Ley*, núm. 4763, 26 de marzo de 1999.
- Ferrajoli, L., "Segreto e informazione nello Stato contemporaneo", *Democrazia e Diritto*, 1974.
- García de Enterría, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1996.
- Gómez Orfanel, G., "Secretos de Estado y publicidad en España", *Estado & Direito*, núm. 3, 1989.
- Gómez-Reino y Carnota, E., "El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 8, Civitas, 1996.
- González Cussac, J.L., B., Larriba Hinojar y A. Fernández Hernández, "Derecho", en *Inteligencia* (coord. J. L. González Cussac), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Grevi, V., "Segreto di Stato e proceso penale", en *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Cedam, Padua, 1983.
- Guarneri, C. y Pederzoli P., 1997, "La Democrazia Giudiziaria", Il Mulino, Bolonia, 1997.
- Halperin, Morton H. y Hoffman, Daniel N., *Top secret: national security and the right to know*, New Republic Books, Washington, 1977.
- Hoffman, D.N., *Governmental secrecy and the founding fathers. A study in constitutional controls*, Westpor, Connecticut, Greenwood, 1981.
- \_\_\_\_\_, *The right to Know*, Data Center, Oakland, California, 1985.
- Hooper, D., *Official secrets: the use and abuse of the act*, Secker & Warburg, Londres, 1987.
- Lozano, B., "El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración: juicio crítico de la Sentencia del Tribunal de Conflictos sobre los documentos del CESID", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, Civitas, 1996.
- Lucas, J. de, "Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VII, 1990, pp. 131 y ss.
- MacCormick, N., "The Interest of the State and the Rule of Law", en Wallington P.Y Merkin, R. (eds.), *Essays in Memory of Professor F.H. Lawson*, Londres, Butterworths, 1986.
- McCuen, Gary E., *Secret democracy: civil liberties vs. the national security state*, Hudson, Wis., G.E. McCuen Publications, 1990.
- Miglio, G., *Il segreto politico*, en *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Cedam, Padua, 1983.
- Morales García, O., "Fondos reservados, revelación de secretos y denegación de auxilio: (a propósito de los último pronunciamientos del Tribunal Supremo)" *Actualidad Penal*, núm. 16, 1996.
- Morilla Álvarez, C., "El secreto de Estado entre el control y el privilegio", *Jueces para la democracia*, núm. 25, 1996.
- Musio, G., "Il segreto politico-militare di fronte alla corte costituzionale", *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 38, I, 1976.
- O'Dell, T.H., *Inventions and official secrecy: a history of secret patents in the United Kingdom*, Oxford University Press, 1994.
- Otero González, P., *La revelación de secreto de Estado en los procedimientos penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Orts Berenguer, E., "Revelación y uso indebido de secretos e informaciones", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4, Madrid, 1994.
- Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Paolozzi, G., *La tutela processuale del segreto di Stato*, Milán, A. Giuffre, 1983.
- Pisa, P., *Il segreto di Stato. Profili penali*, Giuffre, Milán, 1977.
- Quintero Olivares, G., "El delito de desobediencia y la desobediencia justificada", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 12, 1980.
- \_\_\_\_\_, "La colaboración entre poderes y la denegación de auxilio", *Poder Judicial*, número especial VIII: seguridad ciudadana, 1989.
- Rebollo Vargas, R., *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Cedecsm, Barcelona, 1996.
- Revenga Sánchez, M., *El imperio de la política. Seguridad Nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1995.
- \_\_\_\_\_, "El control del secreto de Estado. Reflexiones (preliminares) de Derecho comparado", *Jueces para la Democracia*, núm. 25, 1996.

- 
- \_\_\_\_\_, “Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 25, 1997.
- Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L., *Protección penal de la información relativa a la defensa nacional*, Universidad Autónoma de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1991.
- Romeo Casabona, C.M., *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Sainz Moreno, F., “Secreto e información en el derecho público”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- Santolaya Machetti, P., “El control de los secretos de Estado: la experiencia en derecho comparado”, *Poder Judicial*, núm. 40, 1995.
- Segrelles de Arenaza, I., *Protección penal del Secreto de Estado*, Edersa, Madrid, 1995.
- \_\_\_\_\_, “El secreto de Estado ilegal: aspectos básicos”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997.
- Varela Castro, L., “Secreto de Estado o secreto contra el Estado (A propósito de la sentencia publicada en el caso “Amado”, o quizás debiera ser otra la etiqueta?...)”, *Jueces para la Democracia*, núm. 13, 1991.
- \_\_\_\_\_, “Sobre la legitimidad del poder judicial”, *Poder Judicial*, número especial XI, 1986.
- Vives Antón, T.S., “La responsabilidad de los jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- \_\_\_\_\_, *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Wilkinson Morena de la Vall, H., *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, Barcelona, 2007.





## La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico



Carlos Martínez-Buján Pérez

Universidad de La Coruña, España

**RESUMEN:** Este trabajo analiza la reciente expansión del Derecho Penal como instrumento de control social, fundamentalmente en el ámbito socioeconómico. Este crecimiento ha generado una situación de tensión al proyectar sobre los nuevos delitos económicos los principios de imputación y las estructuras dogmáticas creadas para los delitos tradicionales. De todo ello deriva un movimiento contrario, que propugna una reducción que conduzca hacia el Derecho penal mínimo.

**PALABRAS CLAVE:** Expansión penal, control social, delitos económicos, Derecho penal mínimo.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the recent expansion of criminal law as an instrument of social control, primarily in the socio-economic field. This growth has generated a situation of tension when projecting on the new economic crimes principles of imputation and dogmatic structures created for traditional crimes. All this results in an opposite movement that advocates a reduction that leads to the minimal criminal law.

**KEY WORDS:** criminal expansion, social control, economic crimes, minimal criminal law.

Una de las principales características del Derecho penal en la actualidad es la paulatina ampliación de su ámbito de intervención, merced a la creación de nuevas figuras de delito que cada vez se alejan más de lo que históricamente constituyó el núcleo del Derecho penal. En efecto, en los últimos años el denominado fenómeno de la “expansión” del Derecho penal se ha revelado como un fenómeno claramente perceptible en detrimento de otros sectores del Ordenamiento jurídico o incluso en detrimento de otros sistemas no jurídicos de control social.

Ello se comprueba, en particular, en las legislaciones penales vigentes de los países de la UE, *v. gr.*, en países de gran tradición jurídica en el terreno jurídico-penal, como son Alemania e Italia, y, por supuesto, en España, en donde esta tendencia se ha materializado

incluso en el seno del propio Código Penal (en adelante, CP) de 1995, que representa un fiel exponente del fenómeno de la expansión.

Por otra parte, hay que reconocer que esta tendencia a la expansión del Derecho penal parece haberse impuesto también como paradigma dominante en el movimiento de reforma penal que se elabora en el ámbito de los países de nuestro entorno jurídico y, en concreto, en el marco de los trabajos desarrollados en el seno de la UE, especialmente en el aspecto socioeconómico. Claros ejemplos vendrían representados por tres textos: el Convenio PIF (Convenio relativo a la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades europeas), el *Corpus Iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la UE, y las propuestas de armonización del

## La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico

Derecho penal económico de la UE (singularmente la denominada “propuesta de Eurodelitos”).

Conviene advertir que el llamado Derecho penal “accesorio” o “moderno” no se agota en el ámbito económico o socioeconómico, habida cuenta de que se proyecta también sobre otros intereses jurídicos (*v. gr.*, en materia de salud pública o de función pública);<sup>1</sup> mas, indudablemente, es en el ámbito socioeconómico donde el fenómeno de la expansión posee mayor relevancia, tanto desde una perspectiva cualitativa como desde una cuantitativa.

Así, una de las cuestiones más importantes que se han suscitado a raíz de este fenómeno de la expansión es el hecho de que se haya producido una situación de tensión, al intentar proyectar sobre los nuevos delitos socioeconómicos principios generales de imputación y estructuras dogmáticas que fueron elaboradas para la exégesis de los delitos tradicionales, cuando el Derecho penal no había iniciado todavía su moderna fase de ampliación a la tutela de nuevos bienes jurídicos.

Ahora bien, frente a la idea de la *expansión* se ha ido gestando otra *idea contraria*, que consiste en propugnar una reducción del ámbito de lo delictivo, que incluso debería llegar —según algunas versiones particulares de la teoría— a un regreso a la situación existente en el momento del nacimiento del Derecho penal clásico, circunscrito a la tutela directa de bienes altamente personales y del patrimonio.

La idea de la *reducción* del objeto del Derecho penal, asociada indisolublemente a la expresión “Derecho penal mínimo”, ha recobrado una fuerza inusitada en los últimos años. Sería imposible de resumir aquí el proteico entendimiento de esta expresión. No obstante, a los efectos que aquí me interesan, y aun a riesgo de incurrir en simplificaciones, cabría sintetizar las peculiaridades más características de esta corriente de pensamiento en torno a dos aspectos, que son complementarios: de un lado, se pretende restringir la selección de bienes jurídico-penales a aquellos bienes que se califican de “clásicos”, en la medida en que se articulan sobre la base de la protección de los derechos básicos del

individuo; por otro lado, se trata de respetar a ultranza todas las reglas de imputación y todos los principios político-criminales de garantía característicos del Derecho penal “clásico” o de la Ilustración.

Las referencias bibliográficas podrían ser aquí numerosas. Baste con mencionar al autor más citado en la moderna doctrina y a su obra más emblemática.<sup>2</sup> Por lo demás, dentro de la doctrina italiana, concretamente, en la línea de análisis relativa a la ampliación de bienes jurídico-penales y a una correlativa flexibilización de reglas de imputación y principios político-criminales de garantía, merece ser destacada la obra de Moccia.<sup>3</sup>

En este contexto, cobra especial importancia la contribución doctrinal vinculada a lo que se conoce como la “Escuela de Frankfurt”, que ha criticado de manera severa la decisión de que el Derecho penal extienda su objeto más allá de los límites que tradicionalmente han acompañado a la protección de los bienes jurídicos clásicos y que acabe convirtiéndose en un Derecho penal puramente funcionalista, orientado exclusivamente a la finalidad de lograr una defensa de la sociedad lo más eficaz posible frente a los riesgos derivados de las disfunciones del moderno sistema social. En la llamada Escuela de Frankfurt militan penalistas alemanes tan conspicuos como Hassemer, Lüderssen, Naucke, Herzog, Albrecht, Prittitz o Kargl.<sup>4</sup>

En el fondo de la crítica efectuada por los autores de Frankfurt late la idea básica de que una intervención del Derecho penal en estos nuevos sectores —uno de los cuales, y desde luego de los más significativos, sería el de la economía— supondría sacrificar garantías esenciales del Estado de Derecho. En definitiva, los integrantes de esta Escuela vienen a sostener que el Derecho penal debe ajustarse rigurosamente a los postulados del Estado de Derecho y respetar a ultranza las tradicionales reglas de imputación y los principios político-criminales de garantía que la ciencia penal ha venido elaborando desde la época de la Ilustración, aunque ello vaya en detrimento de la función preventiva de este sector del Ordenamiento jurídico.<sup>5</sup> Y más allá de la opinión particular

<sup>1</sup> Véase Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 291, 302 y 305; Hassemer y Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995, p. 27, 1995.

<sup>2</sup> Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995.

<sup>3</sup> Sergio Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2<sup>a</sup> ed., Nápoles, 1997.

<sup>4</sup> Sobre las características de esta “escuela”, véase por todos Silva Sánchez prólogo al libro *La insostenible situación del Derecho penal*, de J. Silva (ed.), Granada, 2000, p. XII, en donde recuerda que tal “escuela” no existe en realidad como tal, toda vez que en ella se cobijan autores con evidentes diferencias ideológicas y metodológicas.

<sup>5</sup> Véase por todos Winfried Hassemer, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, pp. 378 y ss.; Hassemer y Muñoz Conde, *op. cit.*, pp. 15 y ss., especialmente pp. 31 y ss.

de Hassemer hay que reconocer que es característica general común a todos los autores que se inscriben en la Escuela de Frankfurt el situarse en una posición liberal radical, justamente en las antípodas del Derecho penal “moderno”.<sup>6</sup> En la reciente doctrina española también ha hallado acogida —con mayor o menor fidelidad a los presupuestos originarios— la “filosofía” de la Escuela de Frankfurt.<sup>7</sup>

La contribución de la Escuela de Frankfurt se apoya, ante todo, en la formulación de una concepción del bien jurídico-penal meramente “individualista” o “personal”, en virtud de la cual se situarían en primera línea de la tutela penal los bienes jurídicos individuales, mientras que los bienes supraindividuales únicamente merecerían ser objeto de protección en la medida en que sean concebidos como puros intereses mediáticos o instrumentales al servicio del individuo. Y en las versiones más recientes se llega incluso a conclusiones todavía más contundentes por parte de algunos autores, como Kargl,<sup>8</sup> quien, partiendo de la premisa de que el Derecho penal protege *expectativas*, entendidas como posibilidad de futura autoorganización personal o desarrollo de la propia personalidad, conceptúa el daño no como una alteración perjudicial de la realidad social externa, sino como “lesión del respeto” debido a las pretensiones individuales de conservación o continuidad imperturbable de ciertos intereses valiosos. Sobre la base de este planteamiento extrae, en concreto, la conclusión de que las referidas *expectativas* no vienen dadas por la sociedad, sino que se definirían a partir de la esencia del individuo y de su propia capacidad de permanencia en el tiempo, de lo cual deduce, a su vez, que sólo la vida, la integridad, la libertad y el patrimonio merecerían protección penal.

Así las cosas, según escribe Hassemer, el Derecho penal moderno se manifiesta sobre todo en la parte especial de la legislación penal, a través del incremento en los marcos penales de delitos ya existentes o en la creación de nuevos delitos. Pues bien, en este último

sentido, al aludir a las “novedades” del Derecho penal moderno, es cuando a los sectores antes mencionados el penalista alemán añade el de la *economía*, con relación al cual señala los tres instrumentos técnicos más representativos de este nuevo Derecho penal. El primero de ellos sería una orientación institucional en la protección de bienes jurídicos, que posee como consecuencia la tutela de bienes “universales” [sic] y no individuales: como ejemplo más característico cita el nuevo delito de estafa de crédito (art. 265b StGB), a través del cual se pretende proteger, a su juicio —al lado del derecho del acreedor—, el interés económico general en prevenir los peligros que se producen en la economía con la concesión injustificada de créditos. El segundo de los citados instrumentos sería el recurso a la técnica de los tipos de peligro abstracto, que “amplían enormemente el ámbito de aplicación del Derecho penal”, dado que “al prescindir del perjuicio, se prescinde también de demostrar la causalidad”, pues “basta sólo con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el juez, ya que sólo ha sido el motivo por el que el legislador la ha incriminado”: así, *v. gr.*, un tipo delictivo como la estafa (art. 263 StGB), claramente estructurado en sus diversos elementos, ofrece al juez en todo momento información de la *ratio legis*, mientras que el tipo de la estafa de subvenciones (art. 264 StGB) sólo requiere la prueba de la acción incriminada, y deja al juez prácticamente sin ningún criterio hermenéutico. En fin, el tercer y último instrumento es en realidad una lógica consecuencia de los dos anteriores, puesto que el operar con bienes jurídicos universales y con tipos de peligro abstracto conduce a la construcción de delitos sin víctimas o, cuando menos, con víctimas difuminadas, en los que no se exige un daño.<sup>9</sup>

No obstante, es menester advertir que la dirección doctrinal representada por la Escuela de Frankfurt no propone una absoluta descriminalización de tales conductas, relegándolas exclusivamente a la condición

<sup>6</sup> Véase sobre ello Silva, Sánchez, *op. cit.*, 2000, prólogo, p. XIII.

<sup>7</sup> Véase por todos Sánchez García de Paz, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999, *passim*, especialmente pp. 81 y ss., Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001, *passim*, 2001, y bibliografía que se cita.

<sup>8</sup> Walter Kargl, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, en *La insostenible situación del Derecho penal* (ed. española del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, 2000, pp. 49 y ss.

<sup>9</sup> Véase Hassemer y Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, pp. 27 y ss.; en la doctrina española véase por todos Muñoz Conde, Francisco, “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, en *Libro homenaje Valle*, Pamplona, 2001, *passim*, especialmente pp. 570 y ss.; Sánchez García de Paz, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

## La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico

de simples ilícitos extrapenales (administrativos, civiles, laborales, etc.), de tal suerte que deban ser regulados de forma privativa en cada uno de esos sectores del Ordenamiento jurídico. En efecto, y para expresarlo en palabras de Hassemer, el Derecho penal liberal tradicional debería, ciertamente, reducir su objeto a lo que él denomina el “Derecho penal nuclear”, pero las infracciones concernientes a esos nuevos bienes jurídicos (como los referentes al orden económico) podrían ser reguladas a través de lo que él llama un “Derecho de intervención”, que —aunque no aparece suficientemente concretado— tendría que ser configurado como un Derecho sancionador situado a medio camino entre el Derecho penal y el Derecho de contravenciones o de infracciones del orden, entre el Derecho público y el Derecho civil; este Derecho de intervención se caracterizaría por contener garantías y procedimientos menos rigurosos y exigentes que los que acompañan al Derecho penal, pero, como contrapartida, dispondría de sanciones de menor entidad que este último, o sea, menos lesivas para los Derechos individuales.<sup>10</sup>

Si dejamos a un lado ahora otros ámbitos del senciente Derecho penal moderno o accesorio y nos centramos en el terreno que aquí nos incumbe, el socioeconómico, cabe añadir a lo expuesto que los penalistas incardinados en la Escuela de Frankfurt han censurado, consecuentemente, la labor codificadora que proponían los autores del Proyecto alternativo alemán de delitos contra la economía en el año 1977 y la tarea desplegada por el legislador penal alemán a lo largo de los últimos años, al introducir en el CP, merced a la promulgación de dos leyes destinadas específicamente a combatir la criminalidad económica, diversos delitos económicos configurados como tipos de peligro inspirados en su mayor parte en las directrices marcadas por el referido Proyecto alternativo.

Ello no obstante, la crítica de los autores de la Escuela de Frankfurt al nuevo Derecho penal económico alemán no ha sido mayoritariamente compartida en la doctrina germánica. Desde diversas perspectivas

metodológicas reputados especialistas han respondido a la apuntada crítica y, sobre la base de variados argumentos y con diferentes matices, han respaldado la decisión del legislador penal alemán en materia económica, llegando a propugnar incluso en algunos casos una ampliación de la esfera de intervención penal en este terreno.<sup>11</sup>

Ni que decir tiene que el conocimiento de la experiencia alemana es de capital importancia para valorar la decisión del legislador penal español de 1995, consistente no sólo en mantener las agrupaciones delictivas de índole socioeconómica que ya se describían en la legislación penal anterior, tanto en el antiguo CP como en leyes especiales, sino también en introducir en el texto punitivo de 1995 un novedoso título en el que, bajo una rúbrica que incorpora la expresión de “delitos socioeconómicos”, define ulteriores infracciones de la índole mencionada. Indudablemente, la inmensa mayoría de las infracciones aludidas puede ser englobada en la categoría de lo que —en la terminología de los penalistas de la Escuela de Frankfurt— cabe calificar de Derecho penal accesorio o moderno.

La progresiva inclusión de nuevas figuras delictivas económicas en la legislación penal española a lo largo de los últimos años, culminada con la aprobación del nuevo CP de 1995 y sus reformas posteriores, ha venido suscitando un intenso debate en la doctrina española, que viene a reproducir en esencia —como no podía ser de otro modo— la polémica iniciada ya en Alemania a finales de los años setenta con motivo de la introducción de los primeros delitos económicos en el StGB.

Con todo, sería injusto ignorar que en la doctrina española los presupuestos del debate comenzaron ya a sentarse —aunque en un plano de *lege ferenda*— con la publicación del PLOCp español de 1980, que —inspirado sin duda en el Proyecto alternativo alemán— ofrecía un catálogo de delitos contra el orden socioeconómico mucho más amplio que el que, a la postre, se incorporó al vigente CP de 1995.

<sup>10</sup> Véase Hassemer, *op. cit.*, p. 383; Hassemer y Muñoz Conde, Francisco, *op. cit.*, pp. 43 y ss., especialmente p. 46.

<sup>11</sup> Véase especialmente Klaus Tiedemann, *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona, 1993, *passim*, Schünemann, Bernd, “¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escarmiento?”, *Cuadernos del Consejo general del Poder judicial*, núm. 8, 1991, pp. 33 y ss., Kuhlen Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 1994, pp. 347 y ss.; véase además los trabajos de Bottke, Wilfried, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en *Libro homenaje Tiedemann*, Madrid, 1995 y Urs Honrad Kindhäuser, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en *Libro homenaje Tiedemann*, Madrid, 1995.

Así, mientras algunos autores —lógicamente con diversos matices en cada caso— se alineaban en lo sustancial con la orientación del PLOCP de 1980,<sup>12</sup> otros se habían mostrado rotundamente contrarios a ella<sup>13</sup> y, otros, en fin, con base en argumentos variados en cada caso, mostraban sus reservas político-criminales y dogmáticas a la apuntada intervención del Derecho penal en este moderno sector de la delincuencia.<sup>14</sup> No se puede ignorar, por tanto, la fructífera discusión doctrinal que se ha venido gestando en nuestro país desde la publicación del PLOCP de 1980 hasta la publicación del CP de 1995, aunque en la valoración de esa confrontación doctrinal tampoco se puede pasar por alto la gran diferencia existente entre ambos textos, es decir, la “megalómana” regulación del Proyecto de 1980 frente a la mucho más modesta regulación adoptada por el CP de 1995.<sup>15</sup> Por consiguiente, la valoración de las diversas posiciones doctrinales habrá de ser efectuada *cum grano salis* y realizada a la vista del concreto texto o Proyecto sobre el cual las opiniones fueron vertidas.

En la doctrina española más reciente se mantiene la división de opiniones, si bien son mayoritarios los penalistas que se muestran partidarios de la *expansión o modernización* del Derecho penal (o teoría del *Big Bang*) con todos los matices que en cada caso se agregan, pero coincidiendo en términos generales en que, en lo esencial, el sedicente abandono de los principios básicos del Derecho penal garantista por parte del moderno Derecho penal no responde a la realidad (sin ánimo exhaustivo cabe citar a autores como Arroyo, Corcoy, Díez Ripollés, Feijoo, Gallego Soler, García-Pablos, Gimbernat, Gómez Martín, Gracia, Laurenzo, Martínez-Buján, Mir, Paredes, Pozuelo, Soto o Terradillos).

Por otro lado, frente a esta tendencia se alzan voces discrepantes, inequívocamente contrarias a la expansión. En el marco de esta segunda posición, es-

pecial mención merece por su rigor (y también por tratarse de una versión más matizada y menos radical) la contribución de Silva, fiel paradigma de la teoría del *Big Crunch* o teoría del *discurso de resistencia* a la modernización del Derecho penal.

En efecto, profundizando en una línea emprendida en otros trabajos anteriores (fundamentalmente, 1992, 241 y ss. y 285 y ss.), Silva publicó en 1999 un libro de tono muy crítico sobre el fenómeno de la “expansión” del Derecho penal en el seno de las modernas sociedades postindustriales. En él se empieza por constatar que dicho fenómeno expansivo se ha plasmado en una tendencia general —claramente dominante en las legislaciones penales— a la creación de nuevos tipos penales o a la agravación de los ya existentes, en el marco de la cual destacarían los siguientes aspectos particulares: creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía.<sup>16</sup> De este modo, la referida expansión se presenta —a su juicio— como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva).

Entre las *causas de la expansión* se contaría en primer término la efectiva aparición de nuevos riesgos de procedencia humana (v. gr.: para el medio ambiente, para los consumidores) en una sociedad de enorme complejidad, ante los cuales existe una generalizada sensación (subjetiva) de inseguridad en el ciudadano, potenciada por los medios de comunicación, que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo.<sup>17</sup> A

<sup>12</sup> Véase ya por todos Bajo Fernández, Miguel, Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González, *Manual de Derecho penal. Parte especial. (Delitos patrimoniales y económicos)*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1993, pp. 561 y ss., donde se incluyen las numerosas contribuciones efectuadas por el propio Bajo y por otros penalistas. Véase, también con posterioridad, Terradillos, Basoco, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995 y la bibliografía allí citada.

<sup>13</sup> Véase, v. gr., Stampa Braun José María y Enrique Bacigalupo, *La reforma del Derecho penal económico español* (Informe sobre el Título VIII del Proyecto de Código penal de 1980), Madrid, 1980, *passim*, especialmente pp. 24 y ss.

<sup>14</sup> Véase en este sentido principalmente a Francisco Muñoz Conde, “La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley orgánica de Código penal”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 16, 1982; del mismo autor: “Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en *Libro homenaje Tiedemann*, Madrid, 1995.

<sup>15</sup> Véase Francisco Muñoz Conde, “Delincuencia económica...”, *op. cit.*, p. 271.

<sup>16</sup> Silva, Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001, pp. 20 y ss.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 26 y ss.

## La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico

este factor vendrían a añadirse otros factores, característicos de la sociedad postindustrial del Estado del bienestar, como ante todo el dato de que dicha sociedad se configure como una sociedad de “sujetos pasivos”, en la que se tiende progresivamente a una restricción de las esferas de actuación arriesgada y se forja una resistencia psicológica frente al caso fortuito; ello traería como consecuencias la eliminación de espacios de riesgo permitido y el consiguiente incremento de la apreciación de infracciones de deberes de cuidado, así como la propuesta de aumentar la tipificación de delitos de peligro.<sup>18</sup> Otro relevante factor vendría representado por el fenómeno general de identificación social con la víctima (sujeto pasivo) del delito antes que con el autor (sujeto activo), de tal suerte que la ley penal pasa a convertirse también en una *Magna Charta* de la víctima.<sup>19</sup>

Ahora bien, las causas que se acaban de citar no estarían en condiciones de explicar cabalmente por qué las demandas de protección por parte de la sociedad se dirigen precisamente (y necesariamente) hacia el Derecho penal: esto último sólo puede justificarse merced al “descrédito de otras instancias de protección”<sup>20</sup>

Por lo demás, como factores coadyuvantes se situarían la influencia de los denominados “gestores atípicos de la moral”,<sup>21</sup> así como la actitud de la izquierda política (la socialdemocracia europea), que ha venido preconizando que la consecución de la seguridad debe lograrse a través del Derecho penal.<sup>22</sup>

Finalmente, dos nuevos fenómenos característicos de las sociedades postindustriales, la globalización y la integración supranacional, operarían como “multiplicadores” o potenciadores de la expansión.

Y no sólo eso, sino que además la meta de la unificación llevará aparejada la configuración de un Derecho penal menos garantista en el que se flexibilizarán las reglas tradicionales de imputación y se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales.<sup>23</sup>

Una vez que ha descrito el fenómeno general de la “expansión”, Silva hace hincapié en el cambio de perspectiva que se origina. La expansión implica una desnaturalización, la *administrativización* del Derecho penal, que se manifiesta principalmente (aparte de en la antecitada relativización de principios político-criminales y flexibilización de las reglas de imputación) en una modificación del propio contenido material de los tipos penales.<sup>24</sup>

Pues bien, en este contexto crítico Silva cita la aparición de nuevos delitos (“de modo singular” en el ámbito socioeconómico) totalmente alejados del paradigma de los delitos clásicos. Se opera así una transformación, dado que se tiende a la protección de “contextos” cada vez más genéricos, en que lo decisivo no es el riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino la visión macroeconómica o macrosocial, esto es las “grandes cifras”, reveladoras de un problema realmente “estructural” o “sistémico”. Así las cosas, el Derecho penal de las sociedades postindustriales vendría a asumir el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador, según el cual no se requiere que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello tampoco es necesario un análisis de lesividad en el caso concreto. En otras palabras, y expresado sintéticamente, a diferencia de

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 42 y ss.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 52 y ss.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 61 y ss.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 66 y ss., esto es, organizaciones de diverso signo, ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos, pacifistas o anti-discriminatorias.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 69 y ss.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 81 y ss. Sin ánimo de exhaustividad menciona este autor, como características de la dogmática de la globalización, las siguientes cuestiones: la inversión de la carga de la prueba en materia de imputación objetiva y de aplicación de eximentes; la ampliación del ámbito operativo de la comisión por omisión y de la imputación subjetiva —en el terreno del dolo eventual—; la no distinción entre autoría y participación. Por su parte, cita como aspectos fundamentales de los principios político-criminales del Derecho penal de la globalización los siguientes: en punto al principio de legalidad, el abandono del mandato de determinación en los tipos y la primacía del principio de oportunidad; en cuanto al principio de culpabilidad, disminución del ámbito de relevancia del error de prohibición, acogida de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas y admisión de presunciones de culpabilidad; en fin, en lo atinente al principio de proporcionalidad, el castigo de conductas meramente imprudentes en relación con bienes jurídicos colectivos y la proliferación de tipos de peligro muchas veces *standard*, imputados tanto en comisión activa como en comisión por omisión.

<sup>24</sup> Véase Silva, Sánchez, *op. cit.*, 2001, pp. 121 y ss.; de este modo, “la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo ‘delito de lesión de bienes individuales’ al modelo ‘delitos de peligro de bienes supraindividuales’, pasando por todas las modalidades intermedias”, p. 121.

lo que debe acontecer en el Derecho penal, el Derecho administrativo sancionador es el Derecho del *daño cumulativo*; de ahí, en fin, que Silva se muestre especialmente crítico con la construcción de los llamados “delitos de acumulación”, según la conocida tesis formulada por Kuhlen para los delitos contra el medio ambiente.<sup>25</sup>

Finalmente, es muy importante observar que, llegado el momento de extraer las conclusiones político-criminales de su diagnóstico, Silva se aparta significativamente de la propuesta de la Escuela de Frankfurt, relativa a crear el aludido “Derecho de intervención”, y propugna en cambio que las infracciones que, según Hassemer, habrían de pasar a formar parte integrante de este sector intermedio permanezcan en la esfera del Derecho penal. Esta discrepancia con la Escuela de Frankfurt se basa, en concreto, en la idea —proclamada explícita y paladinamente por Silva en otro lugar— de que “si se pretende sacar al Derecho penal de su situación, probablemente insostenible, deben formularse propuestas *posibilistas*, en vez de refugiarse numantinamente en el extremo opuesto de la defensa de una utopía (y ucrónia) liberal radical”.<sup>26</sup>

Ello no obstante, esta última propuesta se halla supeditada a una condición, a saber, la creación de

un “modelo dual” del sistema del Derecho penal, que posea reglas de imputación y principios de garantía diferentes para cada uno de los dos niveles. En el primer bloque de ilícitos se incluirían los delitos cominados con penas privativas de libertad; en el segundo, aquellos que se vinculan a otro género de sanciones (privativas de derechos, multas y sanciones que recaen sobre personas jurídicas). De este modo, se trataría de salvaguardar el modelo clásico o liberal de reglas de imputación y de garantías político-criminales para el “núcleo duro” de los delitos que tienen asignada una pena privativa de libertad,<sup>27</sup> mientras que para el segundo bloque de delitos (con respecto al cual cita expresamente como ejemplo el caso del Derecho penal económico) se admitiría una flexibilización controlada de tales reglas y garantías.<sup>28</sup>

En todo caso, y sin perjuicio de la propuesta de *lege ferenda* que se acaba de resumir, Silva lleva a cabo también propuestas de *lege lata*, situándose en una posición “realista” ante el fenómeno de la expansión. En este sentido, tras reconocer que las modernas legislaciones penales sancionan determinados delitos económicos con penas privativas de libertad (y en algunos casos en concreto con penas de gravedad), sugiere que, en tanto ello sea así, “no

<sup>25</sup> Véase *ibidem*, pp. 131 y ss., quien utiliza el paradigma del delito acumulativo para ser aplicado también a otras figuras delictivas, entre las que —además de los delitos de tráfico de drogas y de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas— incluye el delito de defraudación tributaria (pp. 128 y ss.).

Con la denominación de “delitos por acumulación”, o “delitos acumulativos” (*Kumulationsdelikte*) se alude a delitos en los que la conducta de un determinado sujeto, aisladamente considerada, posee una escasísima peligrosidad para un bien jurídico penal, pero la acumulación de múltiples acciones individuales repetidas sí es capaz de afectar al bien jurídico; a partir de esta idea se argumenta que —singularmente en el ámbito del Derecho penal del medio ambiente y del Derecho penal económico— deben tipificarse y castigarse acciones carentes de peligrosidad en sí mismas consideradas, si se constata que su repetición puede llegar a un menoscabo de los bienes jurídicos supraindividuales implicados. Sobre los delitos acumulativos véase Kuhlen, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung” (§ 324 StGB), *Goltzamers Archiv für Strafrecht*, 1986, pp. 399 y ss., (1994) pp. 362 y ss. En la doctrina española véase por todos Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001, pp. 61 y ss., 490 y ss., con amplias referencias doctrinales. No obstante, con respecto a la posición de esta penalista importa retener aquí el dato de que, partiendo de una visión crítica de los delitos de acumulación y del moderno Derecho penal del riesgo, considera que el caso de la defraudación tributaria (incluso el de los delitos contra el medio ambiente) no puede ser reconducido acriticamente a dicho paradigma; así, razona acertadamente esta autora que “resulta claro que la evasión fiscal de un solo contribuyente no pone en peligro ni lesiona por sí sola el Erario Público o la capacidad económica de la Hacienda Pública, pero no por ello deja de ser intrínsecamente lesiva por sí misma a partir de un cierto límite mínimo, establecido en virtud de principios como el carácter fragmentario, *ultima ratio*, proporcionalidad e insignificancia”, añadiendo que “lo mismo ocurre, incluso en mayor medida, en el ámbito del medio ambiente: el vertido aislado de una pequeña cantidad de residuos por parte de una pequeña explotación industrial no menoscaba por sí sola el ‘equilibrio de los sistemas naturales’, pero si pone en peligro su conservación y *contribuye por sí misma*, aunque sea en pequeña medida, al perjuicio del medio natural”, pp. 494 y ss. Más recientemente véase Feijoo Sánchez, “Concepto de Derecho penal económico”, “Bien jurídico y delitos socioeconómicos” y “Política criminal y delitos socioeconómicos”, en J. Boix (dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid, 2008, pp. 151 y ss.

<sup>26</sup> Silva, Sánchez, *op. cit.*, Prólogo, p. XIII.

<sup>27</sup> Silva, Sánchez, *La expansión...*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

<sup>28</sup> Véase *ibidem*, pp. 160 y ss., y, ampliamente, pp. 97 y ss. Sin embargo, es importante advertir de que el propio Silva admite que “resulta una incógnita el pronosticar la fuerza comunicativa (de definición y estigmatización) de un submodelo de Derecho penal en el que se excluyan las penas privativas de libertad”, e incluso llega a conceder que “no es posible negar la eventualidad de que la distancia de ilícitos y sanciones vaya produciendo también una mayor facilidad de neutralización de la imputación penal en los casos ajenos al núcleo”. Con todo, concluye que tal reflexión constituye una hipótesis de futuro, “con la que no cabe descalificar un presente en el que la fuerza comunicativa del Derecho penal, aunque no lleve aparejada una efectiva privación de libertad, parece firme” (p. 161).

## La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico

cabe sino estimarlos incursos en el núcleo duro del Derecho penal y rechazar en línea de principio cualquier intento de flexibilizar en este ámbito reglas de imputación o principios de garantía”.<sup>29</sup>

Una vez que se ha expuesto en sus líneas fundamentales el pensamiento del discurso de “resistencia” a la modernización del Derecho penal (o teoría del *Big Crunch*), procede efectuar a continuación unas consideraciones críticas sobre dicho pensamiento, seguido de un análisis del problema de la legitimación de la intervención del Derecho penal en el ámbito socioeconómico.<sup>30</sup>

Vaya por delante que aquí asumo como punto de partida, de un lado, una posición decididamente favorable a la justificación de la intervención del Derecho penal en las nuevas áreas económicas y, por ende, adopto, en general, una posición favorable a la modernización del Derecho penal, pero ello no implica, por otro lado, que acepte acríticamente la política criminal llevada a cabo en las recientes modificaciones legales ni la práctica interpretativa consiguiente. Y es que, en efecto, en la negativa a reconocer esta doble hipótesis como punto de partida reside un grave equívoco generado ante todo por los detractores de la modernización del Derecho penal (Hassemer y la Escuela de Frankfurt, y sobre todo las versiones españolas de autores como Silva o Mendoza), a saber, partir de la existencia de determinadas modificaciones legales en los textos penales, que indudablemente merecen ser criticadas, elevarlas después a categoría general y (con ayuda de algunas argucias retóricas y peticiones de principio) acabar construyendo artifi-

cialmente la categoría de un Derecho penal moderno con el fin de efectuar a renglón seguido una censura indiscriminada, que, tras la cortina de humo de la defensa de los principios penales garantistas, pretende descalificarlo globalmente, descartando de raíz la posibilidad de una política criminal que legitime la intervención del Derecho penal en la vida social y, en lo que aquí especialmente nos interesa, el ámbito económico.<sup>31</sup>

Por lo demás coincido también con Paredes<sup>32</sup> a la hora de entender que reaccionar, a su vez, frente al discurso de resistencia a la modernización con un enfoque descalificador global, como hace Gracia,<sup>33</sup> no contribuye realmente a construir una crítica eficaz y definitiva frente a él, sino más bien a favorecer el enroque de posiciones de tales partidarios, del que pueden salir reforzados. Es más, con arreglo a las premisas metodológicas que me parecen más convincentes y que he recogido ampliamente en otro lugar,<sup>34</sup> cabe añadir que no resulta factible aceptar el novedoso, meritorio y original enfoque que Gracia propone para combatir el discurso de resistencia a la modernización del Derecho penal, enfoque que se asienta en el postulado epistemológico que, para ser aceptada como “racional”, la Ciencia penal debe poseer un carácter *científico* y un *contenido de verdad* y, además, tener correspondencia con las exigencias materiales del orden social (en concreto con un Estado social y democrático de Derecho distinto del Estado liberal, que, a su juicio, está abocado a terminar como Estado democrático de una sociedad socialista), de tal modo que si no existe tal correspondencia el discurso será

<sup>29</sup> Silva, Sánchez, *La expansión..., op.cit.*, p. 161.

Con posterioridad, en una línea similar a la contribución de Silva, cabe destacar (aparte del más arriba citado trabajo de Sánchez García de Paz) las contribuciones de Mendoza Buergo, *op. cit., passim*, especialmente pp. 38 y ss., 68 y ss., 92 y ss. Con todo, conviene recalcar que dentro de la teoría del *Big Crunch* es posible efectuar subdivisiones, a la vista de los postulados concretos que en cada caso se acogen. Muy ilustrativa al respecto es la clasificación de las diversas posturas doctrinales que realiza Díez Ripollés “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en (S. Bacigalupo y M. Cancio, coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005, pp. 248 y ss., quien, aparte de diferenciar entre la posición original de la Escuela de Frankfurt, representada por Hassemer, y la posición de aceptación resignada y limitada, pergeñada por Silva, distingue una anterior postura, de actitud de *resistencia garantista* ante las modificaciones que propone la política criminal modernizadora, en el sentido de que no ve la necesidad de realizar cesiones, aceptando niveles intermedios de intervención penales o “parapenales”; incluye Díez Ripollés en esta última a penalistas como Bueno Artús, Mendoza, Muñoz Lorente, Velásquez y “probablemente” a Cerezo.

<sup>30</sup> Véase más ampliamente Martínez-Buján Pérez, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en *Libro homenaje Cerezo*, Madrid, 2002, pp. 395 y ss. y del mismo autor: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., Valencia, 2011, pp. 79 y ss., 208 y ss.

<sup>31</sup> Véase las agudas reflexiones de Paredes Castañón, “Al otro lado del discurso jurídico penal?” Sobre las bases político-criminales de la “modernización” del derecho penal, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 17, 2006, *passim*, especialmente p. 463.

<sup>32</sup> *Idem*.

<sup>33</sup> Martín Gracia, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003.

<sup>34</sup> Véase Martínez-Buján, *op. cit.*, 2011, pp.29 y ss.

epistemológicamente inaceptable por irracional, incompatible con los tiempos históricos que corren y políticamente reaccionario.<sup>35</sup>

En efecto, frente a este enfoque hay que oponer, ante todo, que personalmente parto de la premisa de que tanto la llamada Ciencia penal (o dogmática jurídica) como —con mayor motivo, si cabe— la Política criminal no pueden ser inscritas en la *racionalidad teórica* (a fuer de asignar a la norma penal y a las propuestas político-criminales una pretensión de verdad, como si de un objeto de estudio científico se tratase), sino en el ámbito de la *racionalidad práctica* (que se asienta en una pretensión de justicia), de tal manera que ni la pretensión de validez de la norma penal ni las propuestas político-criminales son proposiciones sobre hechos y, consecuentemente, no son susceptibles de verdad o de falsedad.<sup>36</sup>

Así las cosas, si lo que perseguimos no es una *verdad* o un hecho, sino sólo una alternativa de acción, no cabrá hablar de una perspectiva que pueda ser rechazada o justificada tan solo por su origen histórico, como pretende Gracia a través de la aplicación de la filosofía de Foucault a los discursos del Derecho penal,<sup>37</sup> puesto que con este proceder se estaría incurriendo en realidad en la falacia del argumento *ad hominem*.<sup>38</sup> Desde esta perspectiva, lo que habrá que demostrar entonces es que la alternativa que se propone para modernizar el Derecho penal es éticamente mejor o más justa (dado que se protegen bienes jurídicos que merecen ser tutelados, y sólo ellos) que la que ofrece el discurso de resistencia y que la técnica de tipificación empleada para ello es más eficiente que otras para conseguir los objetivos de protección. Y ello obliga a enfrentarse a problemas concretos tales como los de la teoría del bien

jurídico, los efectos del principio de proporcionalidad en la limitación del derecho fundamental a la libertad, de la repercusión de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, de la proporcionalidad de las sanciones, o de la concreta técnica legislativa empleada para tipificar cada delito.<sup>39</sup>

Ahora bien, evidentemente, de todo lo anterior no puede extraerse la conclusión de que deba restarse mérito a la rigurosa y coherente contribución de Gracia, entre otras cosas porque, con independencia de la discrepancia metodológica que pueda existir en las premisas, en dicha contribución se aportan agudas reflexiones que permiten desenmascarar determinados argumentos del discurso de resistencia.

Efectuadas estas precisiones metodológicas, estamos en condiciones de entrar ahora en el análisis concreto de la argumentación político-criminal de la Escuela de Frankfurt.

En vía de principio, no me parece que deba ser acogida la premisa mayor de dicha argumentación, ni siquiera en la versión más matizada de Silva. Regresar en los tiempos actuales al núcleo histórico del Derecho penal, volviendo en nuestro país, por así decirlo, a la antigua legislación de las “Partidas”, es una decisión que me parece totalmente incompatible —a fuer de injusta— desde el punto de vista ideológico y contraria al principio constitucional de igualdad ante la ley. Es evidente que lo que se ha calificado de núcleo histórico del Derecho penal en materia patrimonial y económica se identifica con un Derecho penal clasista, que sirve sólo para castigar a los sectores de población sociológicamente más desfavorecidos.<sup>40</sup> Ya existe suficiente discriminación por parte de la opinión pública y por parte de los Tribunales

<sup>35</sup> Véase Martín Gracia, *op. cit.*, pp. 52 y ss., 162 y ss., y 199 y s. *passim*.

<sup>36</sup> Véase Martínez-Buján, *op. cit.*, pp. 38 y ss. y, en análogo sentido, véase, también, Paredes Castañón, *op. cit.*, pp. 448 y s., quien, en referencia concreta al enfoque ofrecido por Martín Gracia, subraya que las propuestas político-criminales son proposiciones morales (de ética aplicada, si se quiere) que, en el mejor de los casos, se apoyan en hechos comprobados (es decir, asumen proposiciones sobre estos como premisas de un razonamiento implícito previo, o los toman por objeto de sus valoraciones o prescripciones), en atención a lo cual no son susceptibles de ser criticadas por no ser científicas, no corresponderse con la realidad o no ser verdaderas.

<sup>37</sup> Véase Martín Gracia, *op. cit.*, pp. 167 y ss. y *passim*.

<sup>38</sup> Véase, en este sentido, Paredes Castañón, *op. cit.*, p. 452, quien, rechazando que la Política criminal pueda ser concebida como una ciencia, considera además, acertadamente, que sólo el enfoque de la teoría de la *racionalidad legislativa* —en la línea propuesta singularmente por Atienza y Díez Ripollés, y compartida por mí en Martínez-Buján, *op. cit.*, pp. 42 y ss.— describe adecuadamente las tareas y el método de la Política criminal, concibiéndola como un mero ejercicio de la razón práctica, esto es, como una combinación de *racionalidad moral*, basada en la teoría de la justicia (“lo mejor”), y de *racionalidad instrumental* (“lo más eficaz para...”), que proporciona las razones para la acción de los sujetos (pp. 452 y s.).

<sup>39</sup> Paredes Castañón, *op. cit.*, p. 453; Véase más ampliamente Paredes Castañón “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 11, 2003, pp. 95 y ss. y Martínez-Buján, *op. cit.*, pp. 208 y ss.

<sup>40</sup> Véase Schünemann, *op. cit.*, p. 34.

## La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico

de justicia, como se ha acreditado en la indagación criminológica<sup>41</sup> para que venga a ahondarse todavía más en el carácter discriminatorio del propio sistema legal.

Esta idea ha sido desarrollada por Gracia,<sup>42</sup> quien considera además que son únicamente las razones acabadas de apuntar las que justifican la individualización del Derecho penal económico como un objeto de estudio específico y diferenciado *dentro* del Derecho penal, del cual no es nada más que una de sus partes integrantes. A su juicio, son, pues, razones exclusivamente ideológicas y político-criminales las que permiten justificar la construcción de un *Derecho penal económico* característico de quienes detentan y ejercen el poder económico, concebido como un particular subsistema de la parte especial del Derecho penal que regula las más graves manifestaciones de lesividad social consistentes en la adquisición y en la utilización de la propiedad mediante el ejercicio del dominio de las instituciones y de los instrumentos públicos y privados de la vida económica. Por lo demás, interesa recordar que en la propuesta de Gracia estas razones se anudan al modelo del Estado social y democrático de Derecho, en la medida en que considera que éste es más auténtico Estado de Derecho que el Estado liberal, al corregir el formalismo de éste, otorgando más igualdad material y más bienestar a sus ciudadanos, y consecuentemente da cabida a la criminalización de las acciones éticas socialmente reprobables de las clases poderosas.<sup>43</sup> Sin embargo, estas últimas afirmaciones de Gracia deben ser matizadas, en el sentido de que no puede admitirse que la construcción de *todo* el moderno Derecho penal económico se justifique *exclusivamente* por tratarse del Derecho penal de las conductas socialmente desviadas de las clases poderosas. En efecto, debe ciertamente compartirse la idea de que en la actualidad el Derecho penal globalmente considerado (y buena parte del discurso de resistencia que lo avala) sigue poseyendo el sesgo clasista de antaño (incompatible con los postulados de justicia e igualdad material proclamados en las modernas Constituciones) y que, por ello, se hace preciso *modernizarlo* (esto es, adaptarlo a las nuevas realidades

sociales, políticas y económicas), pero existe una parte significativa del Derecho penal económico que en realidad poco tiene que ver con delitos de las clases que detentan el poder económico: como *v. gr.*, fraudes de subvenciones cometidos por pequeños propietarios, insolvencias punibles realizadas por individuos o pequeñas empresas con escaso poder económico, delitos relativos a la propiedad industrial o intelectual cometidos también por particulares o pequeñas empresas en el marco de la economía sumergida, delitos contra los consumidores realizados por pequeños comerciantes.<sup>44</sup> Por lo demás, el nuevo Derecho penal económico y, con carácter general, el Derecho penal moderno no tiene por qué aparecer en todo caso íntimamente vinculado a la idea del Estado social de Derecho plasmada en las modernas Constituciones, en el sentido de que se establezca entre ambos una relación necesaria. En efecto, sin desconocer, desde luego, la indudable ligazón entre Derecho penal económico y Estado social de Derecho, es preciso relativizar tal vinculación, puesto que las nuevas figuras delictivas de índole económica (y, en general, todas las que cabe adscribir al Derecho penal moderno) obedecen más a la evolución social de una sociedad capitalista desarrollada que a la asunción de unos valores políticos específicos, esto es, tienen que ver más con factores tales como el uso creciente de las nuevas tecnologías, la mayor facilidad de las comunicaciones, el desarrollo del consumo, el predominio de la gran empresa, la inmigración o la globalización y la integración supraestatal.<sup>45</sup>

En cualquier caso, en lo que sí hay que convenir es en que el Derecho penal no puede anclarse en un pensamiento individualista y tutelar exclusivamente ataques que atenten a bienes jurídicos cuya naturaleza sea estrictamente individual. Así, del mismo modo que sucede en otros sectores del denominado Derecho penal moderno, en el ámbito económico hay bienes jurídicos de naturaleza colectiva, intereses de todos, que indiscutiblemente deben ser tutelados por el Derecho penal nuclear ante las modalidades de agresión más intolerables; e incluso existen bienes jurídicos que, sin ser intereses generales, son bienes de

<sup>41</sup> Véase Fernández Albor y Martínez Pérez, *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela, 1983, pp. 41 y ss.

<sup>42</sup> Véase Martín Gracia, *op. cit.*, pp. 155 y ss. y del mismo autor: "Recensión al libro de C. Martínez-Buján Pérez, Derecho penal económico. Parte general, Valencia 1998", *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 13, 2004, pp. 448 y ss.

<sup>43</sup> Martín Gracia, *op. cit.*, pp. 208 y ss.

<sup>44</sup> Véase Paredes Castañón, *op. cit.*, 2006, pp. 462 y s.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 464 y s.

carácter supraindividual que afectan a amplios sectores de la población y que, bajo determinadas condiciones, también pueden ser merecedores de tutela penal.<sup>46</sup>

Ahora bien, ello no quiere decir que se acepte una criminalización indiscriminada. Antes al contrario, resulta imprescindible fundamentar político-criminalmente y, sobre todo, dogmáticamente la legitimidad de la intervención del Derecho penal en este terreno. Y, en este sentido, es menester, ante todo, profundizar en la teoría del bien jurídico, porque probablemente haya que revisar algunas de las tesis tradicionalmente propuestas por los partidarios de una decidida actuación del Derecho penal en este terreno. Por lo demás, tampoco se puede desconocer que, aparte de la necesidad de demostrar una genérica justificación de la intervención penal, la criminalización de las infracciones socioeconómicas exige como condición indispensable el recurso a unas determinadas pautas técnicas de tipificación a la hora de describir las concretas figuras de delito, puesto que el verdadero déficit legislativo se encuentra en la delimitación de los ataques más intolerables a estos nuevos bienes jurídicos, como únicos merecedores de comisión penal. Ni que decir, en atención a todo ello, se refuerza la idea de estudiar detenidamente, paso por paso, las aludidas peculiaridades que acompañan a la categoría de los delitos económicos. En lo que atañe, en concreto a la denominada teoría *personalista* del bien jurídico, formulada por Hassemer precisamente con el fin de asignar al bien jurídico una función *crítica* vinculada al contexto histórico-cultural frente a los planteamientos funcionalistas, cabe objetarle que, al adscribirse a un modelo de Estado de Derecho puramente liberal,

está proponiendo ya *a priori* un principio limitador del ámbito de protección penal que opera como directriz previa vinculante para toda la política legislativa criminal. De este modo, olvida que el moderno Estado democrático de Derecho no es sólo un Estado liberal, sino también un Estado social y, por consiguiente, propone un concepto de bien jurídico que no puede desplegar todo su potencial crítico de cara a guiar una política criminal racional.<sup>47</sup>

En otro orden de cosas, con lo que acabo de indicar no pretendo restar importancia en modo alguno a la susodicha tensión que emerge al intentar proyectar las tradicionales estructuras jurídico-penales de imputación sobre los delitos socioeconómicos. Sigue, empero, que con independencia ya de la valoración del grado de tensión, su mera constatación, en sí misma considerada, no debe ser utilizada —y mucho menos *a priori*— como argumento decisivo para proceder a una descriminalización generalizada de infracciones socioeconómicas.

En resumidas cuentas, de lo que acabo de exponer puede desprenderse que adopto como punto de partida básico un presupuesto político-criminal contrario al esgrimiento por la denominada Escuela de Frankfurt. Por tanto, cabe anticipar aquí la idea de que en términos generales los delitos socioeconómicos que revisten mayor gravedad deberían integrarse en el Derecho penal (ubicados sistemáticamente bien en el propio CP, bien en leyes especiales), ser castigados con penas privativas de libertad, al menos de modo alternativo, y quedar sometidos a las reglas y principios tradicionales de la imputación penal.<sup>48</sup>

En este sentido, en referencia al Derecho positivo vigente, cabría afirmar que esa integración en la esfera

<sup>46</sup> Véase con mayor extensión Martínez-Buján, *op. cit.*, 2002, pp. 408 y ss.; de acuerdo con ello, Véase también expresamente Cerezo, Cerezo Mir, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 10, 2002, p. 56; Véase además, con amplitud, Soto, Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003, pp. 173 y ss. quien, por una parte, observa en el discurso de resistencia una actitud ideológica anclada en una concepción liberal que no se corresponde con los estudios empíricos sociológicos, en los que se revela un alto grado de concienciación ciudadana ante los nuevos intereses colectivos sometidos a regulación penal, y, por otra parte, demuestra que algunas críticas realizadas de *lege lata* por los partidarios de dicho discurso, basadas en una supuesta vulneración de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad carecen de suficiente fundamento; más recientemente Véase Feijoo Sánchez, *op. cit.*, pp. 146 y ss. y 682 y ss., Terradillos, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

<sup>47</sup> Véase en este sentido Díez Ripollés, “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *Jueces para la Democracia*, núm. 30, 1997, pp. 18 y s.; Soto, *op. cit.*, pp. 76 y s.; Feijoo Sánchez, *op. cit.*, pp. 146 y s. y 682 y s.

<sup>48</sup> Extraordinariamente contundentes se han manifestado al respecto Gimbernat (2001) pp. 356 y ss. y Martín Gracia, *op. cit.*, p. 450, quienes han reclamado la sujeción del Derecho penal económico a los mismos principios y las mismas reglas de imputación penal en toda su identidad, esto es, sin someterlos a ningún tipo de corrección o desviación. En el fondo de estas opiniones late la preocupación de que sean precisamente los detractores de una criminalización de las infracciones económicas (como los penalistas de la Escuela de Frankfurt o Silva en España) quienes apelen precisamente a supuestas necesidades de corrección y desviación de los principios y reglas generales de la imputación y de institución de nuevos instrumentos de imputación como argumentos fundamentales para negar carácter estrictamente penal a las infracciones socioeconómicas (incluso las más graves) y para configurar con ellas, consiguientemente, un ordenamiento sancionador diferente —y, por ello, independiente y autónomo— del llamado Derecho penal *nuclear*. Véase Martín Gracia, *op. cit.*, p. 450.

## La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico

del Derecho penal resultaría predictable de la mayor parte de las familias socioeconómicas previstas tanto en la legislación alemana como en la española, sea en el Código Penal, sea en leyes penales especiales.

Y, evidentemente, esto es compatible con la constatación de que tanto en una como en otra legislación (sobre todo en la española) se hayan introducido *concretas* figuras de delito que vulneran abiertamente el principio de intervención mínima y que, por dicho motivo, tendrían que ser desriminalizadas; y, viceversa, en sentido opuesto también será posible mencionar algún ejemplo de infracciones del orden económico que podrían ser incorporadas al catálogo de delitos definidos en la vigente legislación penal.

Ahora bien, el aludido punto de partida básico puede y debe ser matizado desde diversos ángulos, de tal suerte que puede desembocar, en cierto modo, en una flexibilización de la idea general criminalizadora.

Por un lado, hay que tener en cuenta que si bien es verdad que en principio los modernos delitos socioeconómicos deberán hallarse regidos por las mismas estructuras y reglas de imputación que se han venido utilizando para la interpretación de los delitos clásicos, no lo es menos que tales estructuras y reglas no pueden ser trasladadas acríticamente y sin modificaciones al ámbito socioeconómico. Precisamente, y al igual que sucede en otros sectores significativos del motejado Derecho penal “moderno”, este es el reto fundamental que tiene planteado el Derecho penal socioeconómico en la actualidad, a saber, acomodar los tradicionales principios de imputación a las características de los nuevos delitos e incluso crear, excepcionalmente, nuevas estructuras de imputación, como se pone de relieve de forma especial, p. ej., en la moderna discusión sobre la responsabilidad de las personas jurídicas;<sup>49</sup> de lo contrario, la intervención penal en esta materia estará condenada al fracaso. Pues bien, con respecto a ello, parece que —como pone de manifiesto el estado actual del debate doctrinal— se puede llegar a soluciones materialmente defensibles (sin provocar una tensión insoportable con los tradicionales principios inspiradores del Derecho

penal) en las cuestiones controvertidas, como causalidad y resultado, dolo y conciencia de la antijuridicidad, autoría y participación e incluso responsabilidad penal de las empresas.<sup>50</sup>

Por lo demás, importa destacar que —de la misma manera que puede decirse de toda la criminalidad “moderna” en general— en la tarea de combatir la delincuencia socioeconómica el papel del Derecho penal habrá de ser necesariamente modesto, en atención a lo cual el principio de subsidiariedad deberá presidir la labor de tipificación de conductas, reservando consecuentemente un destacado lugar en dicha tarea para los diversos instrumentos de política social de todo el Ordenamiento jurídico<sup>51</sup> y, señaladamente, para la labor de “prevención primaria” (prevención criminológica o en sentido estricto), que se orienta a las causas mismas, a la raíz, del conflicto criminal, con el fin de neutralizarlo antes de que el propio problema se manifieste.<sup>52</sup>

Finalmente, hay que reconocer que la opción criminalizadora aquí defendida es, asimismo, compatible con la creación, de *lege ferenda*, de un “Derecho de intervención” al estilo de lo que preconiza la Escuela de Frankfurt, o, en su caso, con un “modelo dual” (en la línea sugerida por Silva) con la importante salvedad, eso sí, de que el contenido debería ser, a mi juicio, bastante diferente.

Abstractamente consideradas, estas propuestas merecen ser valoradas. Aunque, ciertamente, tengan que ser examinadas con más detenimiento, cabría reconocer que tales propuestas son, *prima facie*, razonables.<sup>53</sup>

Con todo, considero preferible la propuesta del modelo dual del sistema penal. En efecto, frente al cuerpo legislativo intermedio del “Derecho de intervención” (que, dicho sea de paso, no ha sido concretado suficientemente por Hassemer o por algún otro integrante de la Escuela de Frankfurt), parece que la opción de seguir manteniendo las infracciones no nucleares o accesorias en el seno del Derecho penal presenta indudables ventajas.

Por una parte, hay que compartir con Silva la apreciación de que, frente al Derecho civil, el Derecho

<sup>49</sup> Véase por todos Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 4<sup>a</sup> ed., Múnich, 2006, § 2, Rn. 23e).

<sup>50</sup> Véase especialmente en este sentido Günter Stratenwerth, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1993, pp. 679 y ss.

<sup>51</sup> Véase Claus Roxin, *op. cit.*, § 2, Rn. 23e).

<sup>52</sup> Véase García-Pablos de Molina, *Criminología*, 3<sup>a</sup> ed., Valencia, 1996, p. 237.

<sup>53</sup> En este sentido, véase también recientemente Feijoo Sánchez, *op. cit.*, p. 687, considerándolas como “opciones político-criminales que se deben explorar de cara al futuro para contribuir a una expansión razonable” del Derecho penal.

penal posee sobre todo las ventajas derivadas de una muy superior fuerza o dimensión “comunicativa” (de definición y estigmatización); y, frente al Derecho administrativo, ofrece principalmente su mayor neutralidad respecto a la política, así como la imparcialidad propia de lo jurisdiccional.<sup>54</sup> En concreto, utilizando sus palabras, frente al Derecho civil, el Derecho penal aporta la dimensión sancionadora, así como la fuerza del mecanismo público de persecución de infracciones; frente al Derecho administrativo, el Derecho penal hace más difícil que el infractor utilice las “técnicas de neutralización” del juicio de desvalor (reproches de parcialidad, politización) de que aquél se sirve con frecuencia ante la actividad sancionadora de las administraciones públicas.<sup>55</sup>

Ciertamente, también es posible imaginar un “Derecho de intervención” concebido como un cuerpo intermedio híbrido que poseyese una fuerza comunicativa algo superior a las sanciones administrativas y, por supuesto, a las civiles, y que además ofreciese la neutralidad característica de lo jurisdiccional. Ello no obstante, entiendo que no incorporaría una diferencia cualitativa con respecto al Derecho civil y al Derecho administrativo. Además, y dejando aparte ya el problema de su articulación práctica, no es aventurado imaginar que el ciudadano no comprendería bien el significado de un nuevo sector del Ordenamiento jurídico, que no posee arraigo alguno en nuestra tradición jurídica. Por último, un importante sector doctrinal no considera ya conceptualmente aceptable la propuesta de Silva de dividir el Derecho penal en dos sectores independientes, delimitados por la imposición, o no, de penas privativas de libertad, en la medida en que se rechaza el corolario que acompaña la propuesta de este autor, o sea, una cierta flexibilización de las garantías penales y procesales.<sup>56</sup>

En resumen, conviene insistir sobremanera en que —tal y como yo lo veo— ese Derecho accesorio debería ser auténtico Derecho penal, con la única excepción de que para sus ilícitos no se prevería la pena privativa de libertad. Por tanto, las reglas de imputación y los principios de garantía —por mucho

que ciertamente sean susceptibles de ser flexibilizados y relativizados— serían siempre jurídico-penales, en virtud de lo cual los criterios de interpretación de las normas y las categorías básicas con que se opere serán en esencia aquellos que han venido siendo manejados por la ciencia penal hasta el momento presente.

Si se concibe así, no habría inconveniente en adoptar un modelo normativo semejante de cara a tipificar las infracciones económicas de menor gravedad que las reguladas en el Derecho penal nuclear: en algunos casos podrían ser infracciones ligadas a los delitos existentes en ella, pero también tendrían cabida vulneraciones de bienes jurídicos no previstas en la legislación penal nuclear, en atención a su menor entidad sustancial, a la imposibilidad de introducir factores típicos de restricción o a la necesidad de someterlas a reglas de imputación no coincidentes exactamente con aquellas que han inspirado el Derecho penal clásico. Por supuesto, en dicho modelo normativo accesorio también deberían ser incluidas infracciones socioeconómicas en su sentido más lato, como los delitos relativos a la ordenación del territorio o algunos (no todos) delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, contra la administración pública o contra la salud pública. A tal efecto, habría que plantearse entonces, al menos en el ámbito económico, la conveniencia de elaborar una ley penal especial, que ya podría incorporar una Parte general con las reglas de imputación características, como, p. ej., sucede *mutatis mutandis* con los denominados “euro-delitos” en las recientes propuestas de expertos para la unificación del Derecho penal económico en el marco de la Unión Europea, o —aunque se trate de un texto de alcance mucho más reducido— el *Corpus Iuris* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

Así las cosas, mis discrepancias afectarían al *contenido* del cuerpo normativo accesorio. En efecto, por mi parte, me limito a insistir en la idea —anteriormente apuntada— de que los delitos socioeconómicos de

<sup>54</sup> Véase Silva, Sánchez, *op. cit.*, p. 155.

<sup>55</sup> Por su parte, García Caverio, *op. cit.*, p. 127, considera que la propuesta de Silva constituye el punto de partida más adecuado para resolver el problema de la legitimidad del Derecho penal económico.

<sup>56</sup> Véase Cerezo Mir, *op. cit.*, pp. 59 y s., y Mendoza Buergo, 2001, pp. 98 y ss. y 184 y s., quienes recuerdan críticamente, a título de ejemplo, la clara normativización de la relación de causalidad en los casos alemanes de responsabilidad por el producto y en el caso español de la colza.

## La expansión, la reducción y la legitimidad del Derecho penal económico

mayor gravedad deben permanecer en la esfera del Derecho penal nuclear y ser conminados con penas privativas de libertad. Eso sí, en este caso dichos delitos habrán de quedar sometidos, por supuesto, a idénticas reglas de imputación y a los mismos principios de garantía que informan los restantes delitos incardinados en el Derecho penal nuclear, desestimando toda solución flexibilizadora o relativizadora de tales reglas o principios; es más, para los aludidos delitos económicos cabría propugnar incluso la vigencia de criterios exegéticos más estrictos (como, v. gr., la exigencia de niveles cualificados de riesgo para la imputación objetiva del resultado o el mantenimiento de normas menos severas en materia de error).

Con respecto a esto último me interesa recalcar que no comparto la idea de propugnar con carácter general una flexibilización de las garantías “liberales”, o principios limitadores del poder punitivo del Estado (señaladamente, los principios de legalidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, de subsidiariedad y de fragmentariedad) en el ámbito del Derecho penal socioeconómico en el caso de que así lo exija la consecución de los objetivos político-criminales. Esta idea ha sido sugerida por Gracia<sup>57</sup> para todo el Derecho penal *moderno*, sobre la base de entender que la relación entre Estado de Derecho y “garantías penales liberales” es meramente contingente, no necesaria, de modo que aquel podría subsistir sin estas, y que tales garantías podrían ser modificadas para adaptarlas a las exigencias del Estado social y democrático de Derecho. En mi opinión, en la interpretación de los delitos socioeconómicos que se incluyen el seno del Derecho penal común no pueden postergarse los principios limitadores del *ius puniendi* (que, a mi juicio, son auténticos fines del Derecho penal) en aras de la consecución de unos objetivos político-criminales, por muy legítimos que sean estos.<sup>58</sup>

## Bibliografía

Bajo Fernández, Miguel, Mercedes Pérez Manzano y Carlos Suárez González, *Manual de Derecho penal. Parte especial (Delitos patrimoniales y económicos)*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1993.

Bottke, Wilfried, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho

penal económico”, en *Libro homenaje Tiedemann*, Madrid, 1995.

Cerezo Mir, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 10, 2002.

Díez Ripollés, “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *Jueces para la Democracia*, núm. 30, 1997.

\_\_\_\_\_, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en (S. Bacigalupo y M. Cancio, coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005.

Feijoo Sánchez, “Concepto de Derecho penal económico”, “Bien jurídico y delitos socioeconómicos” y “Política criminal y delitos socioeconómicos”, en J. Boix (dir.), *Diccionario de Derecho penal económico*, Madrid, 2008.

Fernández Albor y Martínez Pérez, *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela, 1983.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. Andrés Ruiz, Bayón, Terradiellos y Cantarero), Madrid, 1995.

García Cavero, *Derecho penal económico. Parte general*, Universidad de Piura, 2003.

García-Pablos de Molina, *Criminología*, 3<sup>a</sup> ed., Valencia, 1996.

Gimbernat Ordeig, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001.

Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003.

\_\_\_\_\_, “Recensión al libro de C. Martínez-Buján Pérez, Derecho penal económico. Parte general, Valencia 1998”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 13, 2004.

Hassemer, Winfried, “Kenzzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992 (traducción de F. Muñoz Conde en *Actualidad penal*, 1993).

Hassemer y Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995.

Kargl, Walter, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, en *La insostenible situación del Derecho penal*

<sup>57</sup> Martín Gracia, *op. cit.*, pp. 207 ss. y *passim*.

<sup>58</sup> Véase en este sentido Paredes Castañón, 2006, pp. 468 y s.

- (ed. española del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, 2000.
- Kindhäuser, Urs Honrad, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en *Libro homenaje Tiedemann*, Madrid, 1995.
- Kuhlen, Lothar, “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung” (§ 324 StGB), *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 1986.
- \_\_\_\_\_, “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 1994.
- Martínez-Buján Pérez, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en *Libro homenaje Cerezo*, Madrid, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., Valencia, 2011.
- Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001.
- Moccia, Sergio, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2<sup>a</sup> ed., Nápoles, 1997.
- Muñoz Conde, Francisco, “La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley orgánica de Código penal”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 16, 1982.
- \_\_\_\_\_, “Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma”, en *Libro homenaje Tiedemann*, Madrid, 1995.
- \_\_\_\_\_, “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, en *Libro homenaje Valle*, Pamplona, 2001.
- Paredes Castañón, “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 11, 2003.
- \_\_\_\_\_, “Al otro lado del discurso jurídico penal? Sobre las bases político-criminales de la ‘modernización’ del derecho penal”, *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 17, 2006.
- Roxin, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 4<sup>a</sup> ed., Múnich, 2006 (hay traducción española de la 2<sup>a</sup> ed. alemana de Luzón, Díaz y García-Conledo y De Vicente, Madrid, 1997).
- Sánchez García de Paz, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999.
- Schünemann, Bernd, “¿Ofrece la reforma del Derecho penal económico alemán un modelo o un escondite?”, trad. T.R. Montañés, *Cuadernos del Consejo general del Poder judicial*, núm. 8, 1991.
- Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- \_\_\_\_\_, prólogo al libro *La insostenible situación del Derecho penal*, J. Silva (ed.), Granada, 2000.
- \_\_\_\_\_, *La expansión del Derecho penal*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001.
- Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003.
- Stampa Braun, José María y Enrique Bacigalupo, *La reforma del Derecho penal económico español* (Informe sobre el Título VIII del Proyecto de Código penal de 1980), Madrid, 1980.
- Stratenwerth, Günter, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1993.
- Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995.
- \_\_\_\_\_, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico y la empresa*, Lima, 2010.
- Tiedemann, Klaus, *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona, 1993.
- \_\_\_\_\_, *Manual de Derecho penal económico*, Valencia, 2010.





## El delito de prevaricación en el urbanismo y la ordenación del territorio



Antonio Vercher Noguera

Tribunal Supremo, España

**RESUMEN:** La figura delictiva “prevaricación” no es en modo alguno novedosa o de nuevo cuño. Es una figura delictiva con cierto abolengo en nuestro sistema legal penal, que ha ido evolucionando a lo largo de los tiempos. Posiblemente la última fase del proceso evolutivo de la prevaricación tiene que ver con la aparición de la protección del medio ambiente en el Código Penal, fruto del párrafo tercero del artículo 45 de la Constitución española. Paralelamente, está relacionada también con el párrafo segundo de la citada norma constitucional, que impone a la administración facultades, pero también ineludibles obligaciones, como máxima garante del medio ambiente y de los recursos naturales existentes en nuestro país. Con la promulgación del Código Penal de 1995 la protección del medio ambiente sufrió una expansión —desde el estricto marco de las emisiones y vertidos del antiguo artículo 347 bis—, ampliándose a toda una larga lista de conductas, incluyéndose entre ellas muchas relacionadas con el patrimonio histórico y la ordenación del territorio. Dado que las irregularidades administrativas que se han venido produciendo en esta materia en España son de mucho calado y relativamente frecuentes, de este modo, cuando el legislador decidió afrontar la represión de las mismas por la vía penal decidió incorporar tres figuras especiales de prevaricación. Se trata de la prevaricación ambiental propiamente dicha, la prevaricación en patrimonio histórico y la prevaricación en ordenación del territorio y urbanismo. Estas tres figuras constituyen la faceta más reciente del proceso evolutivo de la prevaricación. De estas tres figuras, la prevaricación en ordenación del territorio, o urbanística, es sin duda la más aplicada por los tribunales y, en consecuencia, la que más jurisprudencia ha dado lugar hasta el momento. A lo largo de estas páginas se examina todo el proceso, así como la jurisprudencia más actual que se ha elaborado sobre esta controvertida figura, habida cuenta el papel destacado que los tribunales han desempeñando en el proceso evolutivo en cuestión.

**PALABRAS CLAVE:** Delitos contra el medio ambiente, delitos urbanísticos, prevaricación, delitos contra el patrimonio histórico.

## El delito de prevaricación en el urbanismo y la ordenación del territorio

*ABSTRACT: The offense of “breach of official duty” is by no means novel or newly coined. It is an offense with some tradition in our criminal legal system, which has evolved over time. Possibly the last stage of the evolutionary process of this offense has to do with the emergence of the protection of the environment in the Criminal Code, which resulted from the third paragraph of Article 45 of the Spanish Constitution. At the same time, it relates also to the second paragraph of the above-mentioned constitutional provision, which grants the administration certain powers, but also unavoidable duties, as maximum sponsor of the environment and of the natural resources existing in our country. With the enactment of the Criminal Code of 1995, environmental protection extended —from the strict context of emissions and discharges of former Article 347 bis—, to cover a long list of behaviors, including many related to historical heritage and territorial planning. Since administrative irregularities on this matter have been substantial and relatively frequent in Spain, when the legislators decided to approach punishment for these offenses through criminal law means they decided to incorporate three special figures for the breach of official duty. These are the actual environmental breach, the breach in historical heritage and the breach in land planning and urban design. These three figures are the latest stage of the evolutionary process of the breach of official duty. From these three figures, the breach in spatial planning, or urban development is without doubt, the most applied by the courts and, consequently, the one that has produced more jurisprudence thus far. In these pages you will review the entire process as well as the most current case law that has developed on this controversial figure, given the prominent role that the courts have been playing in the evolutionary process involved.*

**KEY WORDS:** Crimes against the environment, urban crime, breach of official duty, crimes against the country's cultural heritage.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La prevaricación urbanística como forma de prevaricación especial. Aspectos generales. III. Características del delito de prevaricación urbanística. III. a. Notas características del artículo 320 en su redacción inicial. III. b. Novedades introducidas en la nueva redacción de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. III. c. Examen de los elementos integrantes de la norma penal. III. c. 1. Los sujetos activos. III. c. 2. La Acción. III. c. 3. El elemento subjetivo. IV. Epílogo.

### I. Introducción

El concepto “prevaricación” ha evolucionado a lo largo de los años. De hecho la doctrina señala que es una figura delictiva de origen remoto.<sup>1</sup> El origen etimológico de la palabra prevaricación procede del término latino *praevericatio*, que deriva a su vez de *prae* y *varus*, que significa piernas torcidas o huesos

de las piernas torcidos, por lo que implica desviarse del camino recto y procedente.<sup>2</sup>

En nuestro país la prevaricación viene actualmente regulada en el artículo 404 del Código Penal,<sup>3</sup> si bien en los últimos años han aparecido tres nuevas formas especiales de prevaricación, las cuales tienen un común denominador que es su relación con el medio ambiente.

<sup>1</sup> Casas Estevez, J.M., “La Prevaricación Judicial”. Disponible en: noticias.jurídicas.com, (p. 1).

<sup>2</sup> Pedreira González, F.M., “Delitos de Prevaricación”, *Eunomía, Revista Jurídica de la Legalidad*, núm. 1, septiembre 2011-febrero 2012, p. 161.

<sup>3</sup> Según el artículo 404: “A la Autoridad o funcionario público, que a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años”.

El origen de estas tres nuevas figuras cabría residenciarlo en los tres artículos de la Constitución española que regulan más directamente aspectos ambientales que son, correlativamente, los artículos 45, 46 y 47. El primero viene referido al medio ambiente propiamente dicho, el segundo al patrimonio histórico y el tercero al derecho a la vivienda. En los tres hay importantes referencias a la esencial intervención de la Administración en la custodia y gestión de cada una de las tres materias citadas.

En relación con el medio ambiente, la referencia del párrafo segundo del artículo 45 de la Constitución dice: “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”, estas líneas resultan absolutamente clarificadoras. En relación al patrimonio histórico, el artículo 46 deja claro que “Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad”. Finalmente, el artículo 47, después de indicar que los todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, precisa que “Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

Huelga señalar que las referencias normativas citadas han supuesto poderosos acicates para la elaboración las tres formas especiales de prevaricación que en materia de medio ambiente introdujo el Código Penal de 1995. Como es fácilmente colegible, se trata de tres materias en las que el papel que desempeña la administración es pura y simplemente esencial. De hecho, en cada una de ellas la administración desempeña un papel similar al de un buen padre de familia en Derecho civil. Precisamente por ello la adminis-

tración asume el papel de garante y de esa posición de garante derivan especiales deberes y obligaciones. Es evidente que determinadas actividades de gestión y explotación de los recursos naturales pueden ser ejecutadas o desempeñadas —bajo determinadas condiciones—, por empresas o particulares, pero es la administración a la que corresponde el deber de mantener el control de todo cuanto tenga que ver con la explotación racional de los mismos. Hasta tal punto es así que la administración puede ser considerada responsable, directa e indirectamente, de las consecuencias negativas a las que de lugar tal ausencia de control, precisamente habida cuenta esa posición de garante.

Un último aspecto a destacar dentro de este apartado es el hecho de que la propia Sala II del Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de diciembre de 2003 ha venido a proporcionar una visión más amplia del medio ambiente, ajustándose al concepto “desarrollo sostenible” y en el que son perfectamente incardinables tanto el medio ambiente propiamente dicho, como el patrimonio histórico y la ordenación del territorio. Con lo cual la relación entre estos tres supuestos va más allá de lo que es el mero orden correlativo en el que sus artículos reguladores se encuentran incorporados en el texto de la Constitución.

### II. La prevaricación urbanística como forma de prevaricación especial. Aspectos generales

Cuando el conocido como delito de prevaricación urbanística<sup>4</sup> se incorporó en el articulado del Código Penal de 1995<sup>5</sup> hubo un importante debate doctrinal sobre la norma, que se extendió incluso a la naturaleza jurídica de la nueva figura penal. Se discutía si realmente nos encontrábamos ante una figura de prevaricación o si, por el contrario, estábamos ante algo totalmente distinto y que, como tal, merecía un tratamiento distinto y ajeno a los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que tradicionalmente se venían aplicando a la prevaricación.

<sup>4</sup> El artículo 320, precisaba en su redacción inicial, que:

“1. La Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce 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 haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.”

<sup>5</sup> Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal de 23 de noviembre.

## El delito de prevaricación en el urbanismo y la ordenación del territorio

Hoy este tipo de cuestionamientos están superados y nadie, o al menos casi nadie, discute que nos encontramos ante una forma especial de prevaricación. De hecho, la existencia de la norma controvertida (artículo 320), así como los artículos 322 y 329 relativos a la prevaricación en patrimonio histórico y medio ambiente, se justifica por las características que lo separan de la prevaricación ordinaria del artículo 404, es decir, esencialmente por la especialidad de sus materias. Realmente se trata de una especialidad que implica un “plus” sobre la prevaricación genérica, dado que “La prevaricación genérica se limita a la valoración de la legalidad de la actuación normativamente considerada, sin entrar a enjuiciar a su vez la puesta en peligro de los bienes jurídicos a los que se orientan las normas jurídicas vulneradas con la resolución arbitaria adoptada”.<sup>6</sup> En cualquier caso los tribunales de justicia dejaron claro en su momento que el artículo 320 es una modalidad especial y agravada de la prevaricación ordinaria.<sup>7</sup>

Es importante destacar que la prevaricación urbanística sigue estando en el candelero y sigue siendo objeto de debate, sin olvidar que la norma en sí ha sido objeto de una reforma reciente,<sup>8</sup> lo que ha permitido aumentar las conductas delictivas incorporadas a la misma, así como las penas aplicables.<sup>9</sup> Prueba de lo dicho es la constante jurisprudencia que está apareciendo sobre la misma y que obliga a revisar, con relativa frecuencia, conceptos, perspectivas y fundamentos. Lo importante, en cualquier caso, es que ese debate y el proceso evolutivo que se viene observando respecto al artículo 320 del

Código Penal, hace sin duda más fácil la aplicación de la norma y, por ende, el ajuste de la realidad al Derecho.

Es necesario constatar que, según se pone de manifiesto en la Memoria de la Fiscalía General del Estado, publicada en el año 2012 y correspondiente al año 2011, está cada vez más generalizada la aplicación de este artículo por las Secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías.<sup>10</sup> A su vez, las Memorias de las Secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías de Las Palmas, Córdoba, Almería, Murcia, Valladolid y Cáceres subrayan un importante número de acciones penales adoptadas en esa línea. La Memoria de la Fiscalía de Girona destaca, por ejemplo, que

[...] durante el año 2011 se ha mantenido el incremento en la presentación de denuncias por corrupción municipal vinculadas a cuestiones urbanísticas iniciadas durante 2009. De hecho, según la Memoria, de las 41 Diligencias de Investigación incoadas por el Fiscal en el 2011 en materia de ordenación del territorio, un total de 17 de las mismas corresponden a delitos directamente vinculados a prevaricación y corrupción urbanística municipal.<sup>11</sup>

Por su parte, la Fiscalía de Cádiz puntualiza de manera clara que “[...] podría hablarse sin reparos de un notorio incremento en la incoación de este tipo de procedimientos (por prevaricación) en lógica correlación con las numerosas denuncias que al respecto recibe esta Fiscalía”.<sup>12</sup>

Esa situación se entiende y viene a su vez avalada en el momento presente por una importante cantidad

<sup>6</sup> Boldova Pasamar, M.J., *Los Delitos Urbanísticos*, Atelier. Libros Jurídicos, Barcelona, 2007, p. 227.

<sup>7</sup> Sentencia de 25 de abril de 2002 de la Audiencia Provincial de Barcelona y sentencia de 25 de mayo de 2004 de la Sala II del Tribunal Supremo, entre otras.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> El artículo 320, en su nueva redacción tras la reforma de 22 de junio 2010, señala que:

“1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce 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 haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.”

<sup>10</sup> “En el presente momento, y tal como se ha expuesto en Memorias anteriores de esta Fiscalía Coordinadora, está bastante generalizado el uso de la acción penal por el delito de prevaricación contra autoridades y funcionarios en temas urbanísticos”. *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 2012, vol. I, p. 794.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 794.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 795.

de referencias doctrinales y jurisprudenciales que ponen de manifiesto situaciones absolutamente inaceptables en la gestión del urbanismo desde el punto de vista administrativo. Se señala, por ejemplo, que “Hemos podido apreciar cómo el sueño de un desarrollo económico a ultranza, que aparentemente legitima cualquier desempeño político, ha permitido que intereses privados se coloquen aparentemente por delante de los intereses generales, y que diversas administraciones se afanan por allanar los obstáculos con los que puedan tropezar iniciativas empresariales [...]”<sup>13</sup> Se ha dicho igualmente que

Los motivos de la corrupción son principalmente económicos, es decir beneficiarse personalmente parte del lucro que resulta de las decisiones urbanísticas. El responsable político tiene un margen de discrecionalidad suficiente para graduar el beneficio económico potencial de una operación urbanística, y no es raro que caiga en la tentación de vincular dicha capacidad de decisión al mejor postor. Sobre todo cuando es consciente del corto recorrido de su vida política y bajada del estatus económico y social que dicho fin supondrá.<sup>14</sup>

Todo ello sin olvidar la ya clásica cita de la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009, en relación con el conocido tema de Andratx, cuando indica que la situación urbanística en España es “desastrosa”, añadiendo que una de las causas de ese resultado es “...la inoperancia de la disciplina administrativa”. Igualmente, y sin ánimo alguno de exhaustividad, la apreciación del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 31 de mayo de 2005 señala que “resulta desalentadora la actitud municipal, que ante una vulneración de la legalidad urbanística, parece actuar meramente a efectos formales, sin intención alguna de ejercicio sincero de las competencias y obligaciones otorgadas, consolidando situaciones fácticas ilegales que no encuentran amparo en Derecho” es también ilustrativa. Todo lo cual explica ese incremento de acciones penales instando la aplicación del artículo 320 por parte de muchas de las fiscalías del país, a algunas de las cuales se acaba de hacer alusión.

Por lo demás, la pasividad de la administración en temas ambientales, en general, y en urbanismo, en particular, es tan frecuente que los tribunales han dejado claro que, al margen de la responsabilidad en la que la administración puede incurrir por esa pasividad, la misma no legitima, en modo alguno, actos ilegales llevados a cabo por terceros. Es altamente significativa la sentencia de la sala II del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010, sobre el carácter delictivo de los vertidos contaminantes procedentes de una empresa papelera en Cantabria. La Sala II precisa que “A este respecto, se hace preciso recordar que ya en nuestra sentencia 7/2002, de 19 de enero, se dejaba claramente sentado que ni la pasividad, ni la tolerancia de la Administración, ni las disposiciones legales vigentes en la materia sobre los límites máximos de vertidos contaminantes, pueden convertir en lícita una actividad típicamente antijurídica”.

### III. Características del delito de prevaricación urbanística

Es evidente que el artículo 320 tiene su origen en el artículo 404 del Código Penal, del que proceden sus aspectos esenciales. El artículo 404<sup>15</sup> ha venido sufriendo, a su vez, su propio proceso evolutivo en el que destaca la visión actual, frente a perspectivas anteriores en las que la prevaricación de funcionarios y autoridades judiciales y no judiciales recibía un tratamiento único dentro de los delitos cometidos por los funcionarios públicos.

Básicamente, los requisitos que la jurisprudencia ha venido precisando para la existencia del delito de prevaricación, son los siguientes:

- que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario, es decir es un delito de propia mano;
- que la resolución dictada lo haya sido contra Derecho;
- tiene que tratarse además de una resolución injusta, lo que supone un “plus” de contradicción con el Derecho, y
- que el autor actúe, además, a sabiendas, o por ignorancia o negligencia inexcusables.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Díez Ripollés, J.L., Gómez-Céspedes, A. y Aguilar Conde, A., “Los Merinos Norte: Fenomenología de un Macroproyecto Urbanístico”, *Boletín Criminológico*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, núm. 125, diciembre de 2010, p. 4.

<sup>14</sup> Ruiz Ceniceros, M., *Visión del Urbanismo desde el Ámbito Político. La Visión de los Partidos Políticos Mayoritarios*, p. 14.

<sup>15</sup> Véase nota *supra* 3.

<sup>16</sup> Véase, entre otras, las sentencias de 19 de octubre de 2000 y 21 de octubre de 2004.

## El delito de prevaricación en el urbanismo y la ordenación del territorio

### III. a. Notas características del artículo 320 en su redacción inicial

El primer aspecto a destacar es que el artículo 320, a diferencia del artículo 319, sí es una norma penal en blanco plenamente considerada por la remisión expresa que la misma realiza a las “normas de ordenación territorial o a las normas urbanísticas vigentes”. Es decir, se produce prácticamente una remisión *in totum* a la normativa urbanística administrativa en vigor. Esa característica se ha mantenido en las dos redacciones de la norma.

En lo que se refiere a la conducta, el artículo 320 introducía, en su inicial redacción,<sup>17</sup> tres formas de conducta frente a la conducta única del artículo 404. Las tres conductas referidas eran las siguientes:

- informar favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes;
- adopción de resolución unilateralmente, y
- adopción de resolución de manera colegiada o colectivamente (todo ello a sabiendas de su injusticia).

En relación con las penas previstas, existía una remisión a las penas del artículo 404, es decir inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años, más la pena de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

Los demás elementos determinantes de esta figura penal de prevaricación se mantenían en el artículo 320, procedentes del artículo 404 y en el mismo sentido interpretado por la jurisprudencia.

### III. b. Novedades introducidas en la nueva redacción de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio

Las novedades introducidas por la reforma de 2010 consisten, según se desprende de la lectura del artículo, en los siguientes aspectos:

- la ampliación del ámbito de los objetos sobre los que puede recaer la conducta prevaricadora a instrumentos de planeamiento, proyectos de urbaniza-

zación, parcelación, reparcelación, construcción o edificación;

- en segundo lugar, se amplia la conducta típica a la omisión, bien por silenciar una infracción por motivo de inspecciones, bien al omitir directamente la realización de inspecciones de carácter obligatorio. En este punto, lo que se ha hecho ha sido aplicar los planteamientos ya existentes en la antigua redacción del artículo 329 del Código Penal, y
- en tercer lugar, se ha incrementado la pena. Precisamente la especialidad que dentro del concepto general de prevaricación ostenta el artículo 320, acompañada de los graves sucesos y los perturbadores casos de corrupción que se han producido en España en materia de urbanismo, llevaron en su momento al legislador<sup>18</sup> a introducir la pena de multa o de privación de libertad, junto a la inhabilitación especial prevista para los supuestos ordinarios de prevaricación en el artículo 404. Partiendo de esos mismos planteamientos y del hecho de que los supuestos de corrupción urbanística han aumentado en nuestro país, todo ello ha determinado que la tendencia a aumentar las penas haya continuado. Con la reforma de 22 de junio de 2010 la alternativa entre multa o privación de libertad que concedía la anterior redacción de la norma, plasmada en la conjunción disyuntiva “o”, se ha convertido en la conjunción copulativa “y” de manera que actualmente viene prevista la aplicación tanto de la pena económica, como de la pena de privación de libertad, que, por lo demás, se ha incrementado notablemente frente a la opción previa a la actual y nueva redacción.

### III. c. Examen de los elementos integrantes de la norma penal

#### III. c. 1. Los sujetos activos

En relación con los conceptos “autoridad” y “funcionario público”, los mismos no revisten demasiado problema por cuanto que ambos vienen desarrollados en el artículo 24 del Código Penal,<sup>19</sup> cuyo contenido

<sup>17</sup> Véase nota *supra* 4.

<sup>18</sup> Código Penal de 1995.

<sup>19</sup> Artículo 24 del Código Penal:

“1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, Tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados,

apenas si varía con respecto al del antiguo artículo 119 del Código Penal de 1944. La principal innovación es la consideración de autoridad de los miembros de las asambleas legislativas, tanto la nacional como la europea y de las autonómicas, así como la referencia a los miembros de órganos colegiados. Cabe mencionar que nada de todo ello ha variado con la reforma del Código penal de 22 de junio.

Hay que señalar, además, que especialmente el concepto de autoridad del artículo 24 del Código no siempre coincide con el concepto de autoridad expresado en la norma administrativa. Tal como ha reseñado la doctrina, lo que importa al Derecho penal es la acción que cometen autoridades o funcionarios en su condición de autoridades o funcionarios, mientras que lo que importa al Derecho administrativo es el *status* que los mismos asumen como miembros de la Administración Pública, lo cual tampoco tiene que implicar, indefectiblemente, la desconexión entre una y otra rama del Derecho.<sup>20</sup> En cualquier caso, conviene señalar que a la hora de aplicar el Código Penal, en materia de prevaricación el concepto de autoridad del artículo 24 es el que tiene que primar y no otro.

No parece ésta, sin embargo, una norma completa. Lamentablemente el artículo no comprende a otros sujetos activos tales como los expertos o asesores independientes, técnicos contratados laborales, etc., que aun no siendo funcionarios o autoridades pueden tener también una intervención esencial y decisiva en ese resultado final delictivo. Es sabido los riesgos que implica todo tipo de interpretación extensiva a la hora de aplicar el Derecho penal, pero lo que es evidente es que en este tipo de supuestos tales personas aun no siendo funcionarios públicos como tal, sí participan del ejercicio de las funciones públicas. Así parece entenderlo el Tribunal Supremo en sentencia de 24 junio 1994, también conocido como caso “Juan Guerra”, al concretar que no es imprescindible que “quienes así actúen sean funcionarios públicos”.

Ante este tipo de supuesto, tampoco debe ser en modo alguno descartable la posibilidad de proceder contra tal tipo de personas con base en el artículo 28 a) del Código Penal que considera autores a “los que

inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”, o al artículo 28 b) que considera autores a “Los que cooperaran a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”, incluso no siendo estos autoridades o funcionarios públicos. La única dificultad reside, sin embargo, en que ese título de imputación solamente sería válido si finalmente se otorgara la licencia.

En esa línea, la interesante sentencia del Juzgado de lo Penal número siete de Granada de 11 de noviembre de 2009 precisa que

[...] se plantearon respecto a la condición de sujeto activo de... ya que se alegó que era un profesional contratado por la Corporación municipal y por tanto no estaba integrado en la plantilla funcional... en lo que al caso respecta redacta el Estudio de detalle e informa la licencia, por lo que asume y cumple el papel de funcionario público y queda dentro de la previsión del tipo aunque no esté integrado en un cuerpo funcional de carrera. Negar por lo tanto que en esa condición no es sujeto activo de prevaricación,ería como hacerlo en el caso, por citar uno, de un Juez interino que acuerda una prisión provisional sin los preceptivos trámites legales, por el mero hecho de no ser Juez de carrera [...] lo relevante es que dicha persona está al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni, por tanto, de permanencia.

Lo cual supondría que cargos tales como el de arquitecto honorífico de un Consistorio no implicaría, en consecuencia, exención de responsabilidad penal alguna.

Todo ello está en consonancia con la jurisprudencia<sup>21</sup> que señala que son susceptibles de incurrir en supuestos de prevaricación los “funcionarios de hecho” que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimaciones requeridas, así como los interinos y sustitutos, dado que los conocidos como “funcionarios de empleo”, en contraposición con los funcionarios de carrera, tienen similar cuadro de derechos y obligaciones que los recogidos en el Estatuto de los funcionarios en propiedad.

del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”

<sup>20</sup> Matellanes Rodríguez, N., *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 208.

<sup>21</sup> Sentencias de la Sala II del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1991, 20 de mayo de 1993.

## El delito de prevaricación en el urbanismo y la ordenación del territorio

Recientemente la doctrina ponía de manifiesto que dado que los visados de los Colegios Profesionales no impiden la presentación de un proyecto ni la concesión de una autorización, amén de que su contenido difiere del que corresponde emitir a los órganos administrativos, no pueden integrar el tipo del artículo 320.1. Hasta hace poco, además, sólo en algunas Comunidades Autónomas el acto del visado del Colegio Profesional seguía representando un acto de control de la legalidad.<sup>22</sup> Es interesante reseñar el cambio que se ha producido con el RD 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, en virtud del cual los supuestos descritos en su artículo 2 están sometidos obligatoriamente al citado visado colegial, habida cuenta, según su Exposición de Motivos, la existencia de “una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas, y su proporcionalidad por resultar el visado el medio de control más proporcionado, teniendo en cuenta los medios de control posibles”. Según el artículo 2, los trabajos de ejecución de edificación; certificado final de obra de edificación; proyecto final de edificación y certificado final de obra y proyecto de demolición, entre otros, son los supuestos comprendidos en los apartados a)-d) de la norma que tienen más directa conexión con las perspectivas expresadas en los artículos 319 y 320 del Código Penal. Ese visado colegial implica que en los supuestos reseñados, dado que el mismo es obligatorio y siendo así que conlleva una forma de control de obligado cumplimiento, de ejercerse o llevarse a cabo de manera improcedente, podrá también implicar una forma de comisión del delito del artículo 320 por parte de los miembros del colegio profesional que lo hubieran elaborado.

## III. c. 2. La Acción

El artículo 320.1 alude a la autoridad o funcionario que resuelva, o deje de hacerlo, “a sabiendas de su injusticia”. Esa injusticia está directamente relacionada con la arbitrariedad ya que el artículo 404 se refiere a la autoridad o funcionario que “a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria”. De ahí que proceda hablar tanto de injusticia como de arbitrariedad.

Debe de tratarse, en esencia, de un quehacer injusto. Pues bien, el concepto de “injusticia” que aparece en el artículo como requisito esencial para la prevaricación, debe de interpretarse a la luz de los criterios aplicables al delito de prevaricación administrativa del artículo 404 y siguientes. Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo, y repite en la sentencia de 25 marzo de 1995, la injusticia de la resolución incriminada tiene que ser evidente, flagrante y clamorosa, de tal manera que se encuentre en insopportable contradicción con los mínimos esenciales de funcionamiento de los órganos administrativos. Tal como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de abril de 2007: “En el delito de prevaricación urbanística, la injusticia de la resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean unas normas subsidiarias, ya normas con rango de Ley, y ya en cuanto al fondo de la resolución, ya en cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable”. A su vez, la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2002 matiza que “no basta que una resolución administrativa sea contraria a derecho para que constituya un delito de prevaricación. Una resolución ilegal no es, sólo por ser ilegal, una resolución injusta. La injusticia supone un plus de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del Derecho penal”.

Recordemos que el artículo 404 ha asociado la injusticia de la resolución con la arbitrariedad. Respecto a la arbitrariedad el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que el elemento de injusticia, que es central en la configuración de esta figura penal, se cifra en el coeficiente de arbitrariedad.<sup>23</sup> Pues bien, en el ámbito urbanístico, el Juzgado de lo Penal N° 9 de los de Sevilla, en sentencia de 29 de junio de 2012, precisa que

[...] lo característico de la prevaricación es que la resolución ha de ser arbitraria. Ello implica sin duda su contradicción con el Derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales del procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o

<sup>22</sup> Boldova Pasamar, M.A., *op. cit.*, p. 229 y 230.

<sup>23</sup> Sentencias 5 de noviembre de 2004, 28 de febrero de 2005.



suponga una desviación de poder, o puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales de procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio por los intereses generales. Pero no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho penal.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se han venido introduciendo matices complementarios que ayudan, sin lugar a dudas, a perfilar de una manera más precisa esta figura penal. Así, en la sentencia de 27 de enero de 1998, la Sala II precisa: “De forma más clara no lo ha podido expresar esta Sala cuando en sentencia 157/97, de 3 de marzo, señala que para sancionar el delito de prevaricación hemos de hallarnos ante una infracción de una norma administrativa a la que sean inherentes las notas de evidente, patente, flagrante y clamorosa”, añadiéndose “y, hasta en expresión de alguna resolución, grosera y esperpéntica”.

Por lo demás, es elemental que esa injusticia afecte a los aspectos contenidos en las conductas tipificadas, es decir “[...] instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, repartición, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes”, que han sido notablemente ampliados, frente a la redacción anterior.

En relación también con la conducta, es de destacar la referencia que el artículo 320 hace a la autoridad o funcionario que hubiere “informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, repartición, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes”. Lo primero que llama la atención es el dato de que el simple hecho de “informar favorablemente” pueda constituir una conducta delictiva. Hay que reconocer, no obstante, que ese planteamiento no es necesariamente novedoso. De hecho este específico aspecto de la norma penal procede, en esencia, del artículo 364.2 del antiguo Texto Refundido de la Ley del Suelo de

1992 y del artículo 57.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978, disposiciones ambas que se referían “al facultativo que hubiese informado favorablemente el Proyecto y los miembros de la Corporación que hubiesen votado a favor del otorgamiento de la licencia sin los informes previos exigibles”. En general, ese informe no suele ir nunca desconectado de otros quehaceres delictivos por parte de personas que podrán ser o no autores del delito de prevaricación, a tenor de lo dicho en el apartado anterior. En la sentencia de 17 de enero de 2003 de la Audiencia Provincial de Sevilla, posteriormente confirmada por la sentencia de 26 de septiembre de 2004 de la Sala II del Tribunal Supremo, la Audiencia indica que

[...] existía una connivencia entre el acusado y el promotor de la obra y su informe al proyecto de reforma presentado fue fruto de una deliberada y consciente decisión de incumplir la legalidad en perjuicio del interés general [...] nos encontramos ante una clara infracción del planeamiento vigente, posibilitada por el informe favorable del acusado como arquitecto técnico municipal, en el desempeño de su función pública, no justificado y emitido a sabiendas de su ilegalidad con ánimo de beneficiar a un particular.

Por lo demás, y tal como se adelantaba, se amplia el ámbito de los objetos sobre los que puede recaer la conducta prevaricadora, es decir, instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, etc. Con todo ello se cubre toda una serie de aspectos y posibilidades sobre los que podía surgir algún atisbo de duda con anterioridad, pero que con la presente redacción tal posibilidad de duda queda despejada. Prueba de lo anterior es la sentencia de 11 de noviembre de 2009, del Juzgado de lo Penal número uno de Granada. En aquel momento el juzgado rechazó que decisiones en sí injustas o con connotaciones de prevaricación, como la de redactar el Estudio de Detalle o votarlo, tendría su sanción penal en el artículo 404 del Código Penal, pero no en el artículo 320, aun incidiendo en esta materia, dado que los estudios de detalle no eran “proyectos de edificación o [...] licencias contrarias”, según la redacción del 320 antes de la Reforma de 2010. Con la nueva lista de conductas, los estudios de detalle quedarían claramente incluidos en el artículo 320, dado que los mismos son verdaderos instrumentos planificadores urbanísticos.

**El delito de prevaricación en el urbanismo y la ordenación del territorio**

Hay otro aspecto en el que esta norma, en su redacción previa a la reforma de 22 de junio de 2010, parecía incompleta al no contemplarse expresamente en la misma hipótesis de responsabilidad omisiva alguna. Lo cual parecía un tanto incomprensible, en especial considerando que se trataba de una posibilidad que ya venía expresamente prevista en el artículo 329 sobre prevaricación ambiental, al referirse a autoridades o funcionarios que “con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen”. Con este tipo de ausencias se podía dar pie a que terceros atentaren contra el ordenamiento urbanístico, ya que previsiblemente podían ampararse en una autorización jurídicamente eficaz. De hecho no es extraño encontrar el la jurisprudencia existente al respecto referencias tales como la realizada por la Audiencia Provincial de Jaén, en sentencia de 17 de junio de 2002, señalando que

La dejación por parte de la Administración autonómica de sus funciones de protección, tal y como pretende la representación de Miguel M., la impunidad de la conducta del mismo, ya que la construcción de otras cabinas en la zona y la consideración de zona caótica en el ámbito urbanístico en ningún caso impiden que la conducta enjuiciada atente contra el bien jurídico protegido por dicho tipo penal [...]

En todo caso, la aceptación jurisprudencial de la comisión por omisión de la prevaricación ordinaria del artículo 404 del Código Penal (sentencias de 29 de octubre de 1994, 27 de diciembre de 1995, 5 de enero de 2001, etc.) consecuencia del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997, vino sin duda a abrir sin nuevas posibilidades a la aplicación de la comisión por omisión en el contexto del artículo 320. Un ejemplo de que los tribunales no han tenido demasiados problemas a la hora de afrontar esa posibilidad es la sentencia de 19 de abril de 2010 del Juzgado de lo Penal número 7 de Málaga, entre otras. En este caso, el juzgador, después de condenar al autor de una construcción ilegal, condena igualmente al Alcalde-Presidente de la Corporación dado que el mismo “[...] tenía la obligación legal de velar por el cumplimien-

to de la legalidad urbanística en el territorio de su Municipio [...].” En cualquier caso el problema ha quedado definitivamente resuelto con la nueva redacción que la reforma de 22 de junio de 2010 ha proporcionado al artículo 320. La nueva conducta consistente en “que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio”.

Con frecuencia lo que se plantea ante los Tribunales son incumplimientos, irregularidades y supuestos similares en lo que se refiere a la tramitación de los planes, de los instrumentos urbanísticos, etc. Se trata de problemas que en general son considerados meramente procedimentales, pero que tienen una influencia decisiva en el resultado final de la documentación sometida a trámite. Pues bien, precisamente lo que se alega con frecuencia es una irregularidad que afecta meramente al procedimiento, con lo que pretende desvirtuarse cualquier perspectiva delictiva. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo viene señalando lo siguiente:

[...] otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en estos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujet a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que se adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales.<sup>24</sup>

La sentencia de 13 de enero de 2011, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, plantea el tema de la “disciplina de voto” en el contexto de un Consistorio y en relación con la prevaricación urbanística colegiada del párrafo segundo del artículo 320. A tal efecto se señala que

Hasta tal punto se actuaba así en aquel municipio, que, por lo común, los concejales que no tenían una especial vinculación objetiva con la cuestión sobre la que de-

<sup>24</sup> Sentencia 25 de septiembre de 2007, citando a su vez la sentencia de 5 de marzo de 2003.



bían votar, ni siquiera leían los expedientes y lo fiaban todo a lo que por ellos decidiera el encargado de la materia o portavoz. Se trata, sin duda, de una técnica plausible y seguramente eficaz para organizar el trabajo en equipo, pero cuando están en juego intereses públicos como los que aquí valoramos y cuando hay de por medio un mandato representativo que se ha buscado y obtenido de modo consciente en una elección democrática, parece obvio que tal sistema de reparto del quehacer común ni debe aplicarse en términos en todo punto tajantes, ni, menos aun, tal acotamiento puede traducirse en la unilateral, voluntaria y plena dejación, por parte de cada concejal, de aquellos deberes públicos que libremente asumió desde el momento en que tomó posesión del cargo representativo... no es en modo alguno admisible que la referida especialización funcional pueda traducirse en un personal acotamiento de deberes decidido dentro del grupo y que opere con carácter excluyente y exclusivo al modo de una especie de salvaguardia o salvoconducto que exima a cada uno de los concejales [...]

Hay que poner de relieve que esta sentencia fue casada por el Tribunal Supremo por otra de 15 de marzo de 2012, absolviéndose a los condenados por razones y argumentos que nada tiene que ver con las consideraciones anteriormente expuestas. La nueva sentencia absolutoria se basa en que si bien la Sala *a quo* encontró en su momento que la “permuta” efectuada por el Consistorio era improcedente, la Sala II admite que era válida, ya que “[...] era posible acudir al mecanismo de la permuta para realizar una operación compleja que incluía la enajenación de bienes inmuebles del municipio [...]”.

En cualquier caso, y en la misma línea expuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la sentencia de 28 de julio de 2011 de la Audiencia Provincial de Granada insiste en que un edil no puede ampararse en la disciplina de voto de su partido para apoyar un proyecto sin antes cerciorarse que cumple con todos los requisitos legales: “No es posible ni admisible que se amparen en una actuación automática y siguiendo las directrices de otros para votar favorablemente”, advirtiendo además a los ediles de la necesidad de no ampararse “en las bondades del alcalde”.

Por lo demás, según la misma sentencia de 13 de enero de 2011 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la prevaricación —en este caso, urbanística— no lleva consigo nece-

sariamente la búsqueda de enriquecimiento personal alguno,

[...] el favor ajeno o el logro de cualquier otro fin ilegítimo. Tampoco lo es que con su conducta pretenda un resultado que, en su personal sentir, pueda ser beneficioso para la comunidad, lo logre o no. Se sanciona, en definitiva, el olvido por el funcionario o autoridad actuante del valor objetivo que implica su condición de servidor público y de siervo de la legalidad, para guiarse sólo por su propia veleidad o por su personal albedrío.

### III. c. 3. El elemento subjetivo

Es necesario, si se profundiza en su estudio, que con esa acción injusta se cause, a sabiendas o por ignorancia, o negligencia inexcusable, un perjuicio evidente a terceros o a la causa pública en general. Cabría decir, por lo tanto, que constituye un paso más allá de la mera ilegalidad, procediéndose sólo a aplicar el Derecho penal cuando en los otros ordenamientos jurídicos no existan remedios para corregir el error producido con la resolución, o ésta sea de tal naturaleza evidente y grave que pueda apreciarse ese “plus” de antijuridicidad que requiere y debe dar vida a todo precepto penal (sentencia del Tribunal Supremo de 5 mayo 1995).

Por “a sabiendas”, la Sala II, en la sentencia de 3 de junio de 2002, precisa que

[...] se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente, cuando la Autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere ese resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

La jurisprudencia, de la que es expresiva la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1999, ha señalado además que la expresión “a sabiendas” excluye tanto la culpa como el dolo eventual. Son interesantes, sin embargo, las observaciones de la sentencia de 8 de noviembre de 2011 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Lanzarote, en un delito continuado de prevaricación urbanística y en relación con el dolo eventual, cuando señala que

**El delito de prevaricación en el urbanismo y la ordenación del territorio**

[...] la actuación a sabiendas significa que debe concurrir el dolo, es decir la conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo penal, debiendo entenderse que esa conducta dolosa abarca todas las posibles formas de dolo, es decir, el dolo de primero y segundo grado y el dolo eventual. En el presente caso, éste último consiste básicamente no en una mera aceptación de la posibilidad de que el acto sea ilegal sino en el conocimiento de la posibilidad de que la actuación administrativa se encuentre en frontal oposición con los mínimos esenciales del funcionamiento de la Administración en materia urbanística, o sea que pueda ser injusta y a pesar de ello se emite el informe contando con dicha posibilidad [...]

Téngase en cuenta, a tal efecto, que, a tenor del artículo 103 de la Constitución Española, “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”, lo cual supone una importante lista de elementos referenciales a la hora de valorar la posible comisión del tipo, en sus diferentes supuestos.

Finalmente, hay un aspecto importante que merece ser reseñado y que ha venido aplicando el Tribunal Supremo en las sentencias de 4 de julio de 1996, con relación al conocido como caso Estivill, en la sentencia de 11 de diciembre de 2001 (caso Raposo), y más reciente en la sentencia de 8 de junio de 2006. Pero, quizás la sentencia de 15 de octubre de 1999, también conocida como caso Gómez de Liaño, es la más representativa. Se trata de un planteamiento que supone evolucionar desde una caracterización subjetiva hacia otra objetiva en materia de prevaricación, habida

cuenta el papel esencial que juega el miembro de la administración, si bien se trataba de un miembro de la Administración de Justicia, concretamente un magistrado. En el supuesto debatido, la Sala II mantiene que la expresión “a sabiendas” sufre una forma de objetivización y lo explica al reseñar, acertadamente, que la persona que desempeña la actividad como autoridad, funcionario o, en el caso controvertido, la función de juez “[...] se le han de atribuir unos determinados conocimientos por el hecho de ser Juez o Magistrado. Así, por ejemplo, en nuestro caso, se ha de atribuir a un Juez, por el hecho de serlo el conocimiento de que no puede contradecir las resoluciones que en vía de recurso ha dictado la Sala superior jerárquicamente”. En consecuencia, la Sala mantiene que no parece que ni el “empecinamiento” ni la “[...] firme creencia de hallarse en posesión de la verdad”, que son los aspectos en que se basaba el magistrado discrepante para excluir el tipo delictivo, puedan tener validez.

**IV. Epílogo**

Es evidente, a tenor de lo expuesto y de la jurisprudencia referida, que el delito de prevaricación está evolucionando, tal como se ha visto en los últimos años, hacia nuevas formas especiales y dentro de las mismas, de manera particular, también está evolucionando la prevaricación urbanística. Lo cual es indicativo de la necesidad de ajuste de este tipo de figuras penales a nuevas posibilidades delictivas, con frecuencia relacionados con la corrupción, y frente a los cuales la única opción viable es evolucionar, como no podía ser de otra forma, incluso de forma paralela al modo como lo hacen las propias conductas delictivas.



## La pena de prisión permanente en el anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal español\*



Juana del Carpio Delgado

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

**RESUMEN:** Como parte de una Política Criminal caracterizada por el reforzamiento de la pena de prisión y el endurecimiento de los marcos penales, el partido en el gobierno pretende introducir la pena de prisión permanente revisable en el Código Penal español. Y aunque en la exposición de motivos se alegue que no constituye una “pena definitiva” en la que el Estado se desentiende del penado, no deja de ser una pena inhumana que en la práctica se convierte en una modalidad de pena capital. A pesar de que esta pena no supone la eliminación de la persona en su sustrato corporal, la excluye durante el resto de su vida de la sociedad. Este trabajo tiene como objetivo analizar el marco normativo previsto para la pena de prisión permanente revisable en el Anteproyecto de reforma del Código Penal español, presentado en octubre de 2012.

**PALABRAS CLAVE:** España, penas, prisión perpetua, libertad condicional.

**ABSTRACT:** The government's political party intends to introduce life imprisonment into the Criminal Code as part of their criminal policy which they characterize as reinforcing prison sentences and strengthening criminal punishment. Even though they allege that this does not constitute a “final penalty” in which the state shuns the convict, it is an inhuman punishment because it is en essence a type of death penalty. Despite the fact that this study does not cause the physical death of the person, it does exclude them from society for the remainder of their life. This study aims to analyze the normative framework provided for life imprisonment in the proposed draft, to amend the Spanish Criminal Code, presented in October 2012.

**KEY WORDS:** Spanish, Punishment, Life imprisonment, Conditional release.

**SUMARIO:** I. Introducción. ¿Una nueva pena? II. Ámbito de aplicación. III. La determinación de la pena en los supuestos de prisión permanente. IV. La ejecución de la pena de prisión permanente. V. Los permisos de salida. VI. La libertad condicional como un supuesto de suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente. VII. Algunas consideraciones finales. VIII. Bibliografía.

\* Este trabajo de investigación se enmarca en el Proyecto DER2011-27473 “Análisis crítico de la reforma de 2010 del Código Penal: con especial referencia a las incorporaciones en la parte general y nuevas figuras delictivas”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España y el Grupo de investigación en Ciencias Penales y Criminología, SEJ 047 de la Junta de Andalucía; ambos dirigidos por el profesor Francisco Muñoz Conde, catedrático de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

## La pena de prisión permanente en el anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal español

### I. Introducción. ¿Una nueva pena?

La propuesta de introducir la prisión permanente por parte del Partido Popular español no es nueva, si bien ha cobrado un papel relevante en su discurso político de los últimos años. “Si la calle quiere debate (sobre la cadena perpetua), el mejor favor que podemos hacer los políticos es aceptarlo sin complejos”, afirmaba Javier Arenas en enero de 2010, en plena campaña electoral para las elecciones autonómicas andaluzas.<sup>1</sup> Posteriormente, el actual Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, anuncia que su Grupo Parlamentario presentaría una serie de enmiendas al Proyecto de reforma del Código Penal (en adelante CP) de 2010, propuesto por el Gobierno Socialista con la pretensión de incorporar en el Código Penal la pena de prisión perpetua.<sup>2</sup> Y así lo hicieron.<sup>3</sup>

La enmienda núm. 384 proponía la reforma del art. 33.2 CP para añadir como pena grave la prisión perpetua revisable.<sup>4</sup> Esta nueva pena, cuyo contenido estaría en el art. 35 bis, “se cumplirá por un periodo inicial de veinte años, sin que quepa aplicar ningún beneficio de condena, salvo los que se consideraran de necesidad grave de carácter humanitario apreciada expresamente por el Tribunal sentenciador. Cumplidos veinte años de internamiento, el Tribunal sentenciador decidirá si procede la revisión de la condena, conforme a lo previsto en el artículo 90 bis de este Código”.<sup>5</sup>

Tras su llegada al poder en noviembre de 2011, una de las primeras propuestas del nuevo Ministro de Justicia fue la reforma del Código Penal, para entre otras cuestiones, introducir la prisión permanente. En julio de 2012 se hizo público el “Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal”, en el que dando cumplimiento a lo prometido en su

campaña electoral, se prevé la pena de “prisión de duración indeterminada” con carácter revisable. Pocos meses después, el 11 de octubre de 2012, presentan otro Anteproyecto de reforma del Código Penal en el que también se prevé la pena de prisión permanente, aunque como veremos a lo largo del desarrollo de este trabajo, con una regulación y ámbito de aplicación considerablemente distinto y mucho más amplio que el previsto en el Anteproyecto de julio.

Los argumentos que dieron en 2010 y que han venido manteniendo hasta la actualidad para justificar la introducción de esta pena son, entre otros: que se trata de una pena aplicable a un reducido número de delitos que han alcanzado el máximo de reprobables; que el Código Penal no cuenta con una pena lo suficientemente grave para castigar estos hechos; que la propuesta está en la línea de otras legislaciones de nuestro entorno en las que se prevé la pena de prisión permanente, etc. Además de argumentar que existe en la sociedad actual una sensación de impunidad y que gran parte de ella está de acuerdo con la prisión permanente.

En cualquier caso, las enmiendas presentadas por el Grupo Popular en 2010 para introducir la prisión permanente no prosperaron. Sin embargo, el debate de las reformas presentadas por el Grupo Socialista, especialmente las relacionadas con las consecuencias jurídicas, sirvió para poner de relieve que estas reformas introducían de “tapadillo”, por la “puerta de atrás”, la prisión permanente en el Código Penal.<sup>6</sup> Ciertamente, no podemos negar estas afirmaciones. La mayoría de la doctrina viene denunciando que los marcos penales, los nuevos topes en caso de concurso de delitos, el régimen de cumplimiento efectivo de la prisión, la eliminación *de facto* de las situaciones de semilibertad, etc. suponen en la práctica la introducción de la pena de prisión permanente.<sup>7</sup> Una pena

<sup>1</sup> Pedrote, I., “El PP pide reabrir el debate sobre la inmigración y la cadena perpetua”, *El País*, 25 de enero de 2010.

<sup>2</sup> *El País*, “Rajoy: No hay que tener miedo a la cadena perpetua si es revisable”, 26 de enero de 2010.

<sup>3</sup> Un análisis sobre las enmiendas presentadas por el Grupo Popular y del posterior debate parlamentario puede encontrarse en Cuerda Riezu, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 27 y ss.

<sup>4</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (en adelante BOCG), Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 52-9, 18 de marzo de 2010, pp. 173 y s.

<sup>5</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 52-9, 18 de marzo de 2010, p. 174.

<sup>6</sup> Intervención del Sr. Olavarria Muñoz, representante del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 146, Sesión Plenaria núm. 137, celebrada el jueves 11 de marzo de 2010, p. 22.

<sup>7</sup> Así, expresamente, entre otros, Cuerda Riezu, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión...*, *op. cit.*, nota 3, p. 23; García Albero y Tamarit Sumalla, *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 66; Muñoz Conde, “Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 noviembre 2008”, *Revista Penal*, núm. 24, 2009, pp. 108-121, p. 110; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 8<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 549; Renart García, *Los permisos de salida en el Derecho comparado*, Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, Madrid, 2010, p. 119.

que el gobierno del Partido Popular pretende introducir formalmente en el Código Penal, de forma demagógica y populista como denuncian García Arán y López Garrido.<sup>8</sup>

## II. Ámbito de aplicación

El catálogo de delitos para los que está prevista la prisión permanente es cerrado, aunque no cabe descartar, por la propia experiencia legislativa, que una vez introducida en el Código Penal, se opte por incluir en este catálogo otros delitos tal como se pretende en el Anteproyecto de 2012 (en adelante ACP), por ejemplo, con la libertad vigilada en casos de imputables.<sup>9</sup> Además, cabe resaltar que en las tres ocasiones en las que el Partido Popular ha propuesto la incorporación de la prisión permanente, el número de delitos para los que estaría prevista esta pena ha variado sustancialmente.<sup>10</sup> Así, por ejemplo, en el Anteproyecto de julio de 2012, sólo estaba prevista para los casos más graves de delincuencia terrorista,<sup>11</sup> y sólo tres meses después, el número de delitos ha aumentado considerablemente.

Según se dice en la exposición de motivos del Anteproyecto de octubre de 2012, la pena de prisión permanente sólo está prevista para algunos delitos de excepcional gravedad: asesinatos cualificados del art. 140 (ACP), la muerte del rey o del príncipe heredero (art. 485.1 ACP), la muerte constitutiva de delito de terrorismo (art. 572.2.1 ACP), la muerte del jefe de un Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida por un tratado que se encuentre en España (art. 605 ACP), algunos delitos de genocidio (art. 607 ACP) y crímenes de lesa humanidad (art. 607 bis ACP).

### 1. Delitos contra la vida. Título I, art. 140 ACP

Los primeros supuestos para los que está prevista la prisión permanente son algunos tipos cualificados del

asesinato cuya definición sufre importantes modificaciones.

El tipo básico del asesinato contenido en el art. 139 CP es modificado para introducir otra circunstancia. Además de la alevosía, precio, recompensa o promesa, y ensañamiento, se incluye el matar a otro para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra. También se amplía el marco penal dentro del cual los tribunales “deben fijar la pena más justa”, según se dice en la exposición de motivos del Anteproyecto.<sup>12</sup> Aunque lo cierto es que esta “justicia” sólo podrá traducirse en la posibilidad de imponer una pena más grave, ya que, sólo se amplía el límite temporal máximo que pasa de veinte a veinticinco años de prisión, pero no se cambia el límite mínimo que sigue siendo quince años. La concurrencia de dos o más circunstancias, que en la actualidad constituye el tipo cualificado del asesinato, pasa a regularse en el art. 139.2 ACP y da lugar a la imposición de este nuevo marco penal, pero en su mitad superior.

Los nuevos tipos cualificados del asesinato están regulados en el art. 140 ACP cuyo contenido actual, como vimos, pasa al art. 139.2 ACP. Estos tipos cualificados son dos. El primero de ellos en razón de la concurrencia de determinadas circunstancias relacionadas con el sujeto pasivo, el sujeto activo y el concurso con otro delito. Y, el segundo, por la muerte de más de dos personas.

Así, el art. 140.1 ACP prevé:

“El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1<sup>a</sup>. Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad física o mental.

<sup>8</sup> García Arán y López Garrido, “Contra la crisis, más cárcel”, *El País*, 17 de octubre de 2012.

<sup>9</sup> En un artículo sobre la regulación de la Libertad vigilada en el Código Penal tras la reforma de 2010, también se advertía que si bien el catálogo de delitos para los que estaba prevista en caso de imputables es cerrado, no cabía descartar que en el futuro se opte por ampliar este catálogo a otros delitos, tal como efectivamente se propone en el Anteproyecto de octubre de 2012. Véase al respecto, Del Carpio Delgado, “La medida de libertad vigilada para adultos”, *Revista de Derecho penal*, núm. 36, 2012, pp. 21-65, 26 y s.

<sup>10</sup> En mayo de 2012, el Ministro Gallardón hacía unas declaraciones en las que anuncia que la nueva pena de prisión permanente se aplicaría exclusivamente a supuestos de terrorismo, más no a violadores ni a pederastas ni a ningún otro delito. Gallardón argumentaba que tal decisión obedecía a que sólo en los delitos de terrorismo es factible acreditar si el preso tiene o no voluntad de reincidir; Gutiérrez Calvo, “La prisión permanente revisable solo se aplicará a terroristas”, *El País*, 17 de abril de 2012.

<sup>11</sup> Artículo centésimo cuadragésimo cuarto del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 16 de julio de 2012.

<sup>12</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 11 de octubre de 2012, p. 15.

## La pena de prisión permanente en el anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal español

- 2<sup>a</sup>. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.
- 3<sup>a</sup>. Que del delito *[sic]* se hubiera cometido por quien perteneciere a una organización criminal.”

Sin entrar en un análisis detallado sobre el contenido del art. 140.1 ACP que se propone, cabe resaltar un problema de delimitación entre el asesinato con alevosía y el asesinato cualificado por razón del sujeto pasivo. En la actualidad, salvo algunas sentencias aisladas, reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que la muerte de niños, ancianos, impedidos, etc., debe considerarse siempre como alevosa, y por lo tanto, como asesinato,<sup>13</sup> que de no concurrir ninguna otra circunstancia del art. 139 CP se castiga con la pena de quince a veinte años. Sin embargo, la doctrina, en su mayoría, entiende que en algunos casos, al tratarse de condiciones estáticas de la víctima, el autor de los hechos se encuentra con una situación no buscada ni provocada por él que requiere la alevosía, por lo que los hechos deberían ser calificados como homicidio con la agravante de superioridad. Pues bien, la propuesta de reforma pretende que por Ley, lo que hasta ahora puede ser calificado como homicidio se convierta en asesinato, pero no del tipo básico, como en la actualidad lo considera la jurisprudencia, sino uno cualificado que debe castigarse con pena de prisión permanente. Quizá lo más preocupante sea que en el Anteproyecto, la imposición de esta pena no se limita a la muerte de personas indefensas, como podría ser un niño o un anciano, sino que se amplía a los menores de 16 años, que no siempre tienen que ser considerados como un grupo de especial vulnerabilidad. De esta forma, la muerte de un menor de quince años y once meses, por ejemplo, con un desarrollo físico y psíquico normal deberá ser calificada como asesinato cualificado castigado con la pena de prisión permanente, mientras que la muerte de un menor de dieciséis años y un día con el mismo desarrollo, en la que no concurra ninguna circunstancia del actual art. 139, seguirá siendo constitutivo de homicidio castigando con la pena de prisión de diez a quince años.

Otra modalidad de asesinato cualificado es la muerte subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que

el autor hubiera cometido sobre la víctima. Al respecto cabe observar que en la enmienda núm. 390 presentada por el Grupo Popular en 2010 al Proyecto de Reforma del Código Penal, se proponía como un supuesto de asesinato la muerte de una persona tras su violación que sería castigado con prisión de veinticinco a treinta años o prisión perpetua revisable, es decir, penas alternativas entre las cuales el órgano sentenciador podía elegir. Esta propuesta es menos gravosa que la presentada en el Anteproyecto que se comenta, en el que se prevé la pena de prisión permanente como única pena a imponer cuando la muerte es subsiguiente a un delito contra la libertad sexual. Obsérvese que sólo se hace referencia a los delitos contra la libertad sexual sin mencionar a los delitos contra la indemnidad sexual. Con el añadido que aquí no se distingue entre los ataques que pueden ser constitutivos de agresiones de aquellos que lo sean de abusos sexuales, o de cualquier otro contemplado en el Título VIII CP. De forma que, el que mate a su víctima después de violarla será castigado con la misma pena que aquel que la mata después de realizarle unos tocamientos constitutivos, por ejemplo, de abusos sexuales.

Por otro lado, en el numeral 2 del art. 140 ACP se dispone: “Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 78.1.b y 78.2.b de este Código”.

Parece claro que el objetivo de este precepto es castigar más gravemente al autor de más de una muerte pero, en principio, debe quedar descartada la posibilidad de incluir en este precepto la muerte de más de dos personas constitutivas cada una de ellas de homicidio. El precepto se refiere expresamente al “reo de asesinato”, y éste lo es sólo si ha sido condenado por un delito de asesinato, sea de los arts. 139 o 140.1 ACP. Pero la cuestión es, entre otras, ¿las demás muertes también deben ser constitutivas de asesinato, o pueden serlo de homicidio? Aunque la redacción del precepto no aclara mucho, y quepan otras interpretaciones al respecto, desde nuestro punto de vista, la prisión permanente sólo deberá aplicarse cuando el sujeto mate a más de dos personas y cada una de estas muertes sea calificada como asesinato, sea de los arts. 139 o 140.1 ACP. En con-

<sup>13</sup> Véase ampliamente al respecto, Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte Especial, op. cit.*, nota 7, p. 49.

secuencia, la determinación de la pena para el autor de un concurso entre un asesinato y dos o más homicidios o de dos asesinatos y uno o más homicidios, habrá que realizarse de acuerdo con las normas generales de determinación de la pena en casos de pluralidad de delitos. Mientras que al autor de tres asesinatos o más se le impondrá la pena de prisión permanente.

Por otro lado, la remisión que se hace a los “artículos 78.1.b y 78.2.b de este Código”, parece referirse al artículo 789 bis ACP en el que se pretende regular el tiempo de cumplimiento efectivo de la pena, a partir del cual los sujetos condenados a prisión permanente pueden acceder al tercer grado, obtener la libertad condicional, etc., aspectos que veremos más adelante.

## 2. Delitos contra la Corona. Título XXI, Capítulo II, art. 485.1 ACP

Otro de los delitos castigados con la pena de prisión permanente es la muerte del rey o del príncipe heredero de la Corona.

En el texto en vigor del art. 485.1 del Código Penal, la muerte del rey, así como la de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la reina consorte o del consorte de la reina, del regente o de algún miembro de la regencia, o del príncipe heredero de la Corona, se castiga con la pena de prisión de veinte a veinticinco años. Eso supone que la pena a imponer al que mate a cualquiera de estas personas es la misma, sin distinguir si se trata del jefe de Estado, en este caso, el rey o su sucesor, digáse el príncipe, o de cualquier otro miembro de la Corona. Sin embargo, para dar cabida a la prisión permanente, el Anteproyecto propone la modificación del art. 485 CP de forma que dé un tratamiento penológico diferenciado, según se trate de unos u otros miembros de la Corona. Así, la muerte del rey o la del príncipe heredero se castiga con la prisión permanente (art. 485.1 ACP), mientras que la muerte de otros miembros de la Corona, enumerados anteriormente, mantiene la misma pena, es decir, prisión de veinte a veinticinco años (art. 485.2 ACP).<sup>14</sup>

Otra propuesta de reforma a resaltar es la regulación de la tentativa de estos delitos. En el actual art. 485.2 CP se prevé que la tentativa se castigará con la pena inferior en un grado. La forma imperativa utilizada en la redacción de este precepto, “se castigará”, lleva a interpretar que en caso de tentativa de este delito sólo puede imponerse la pena inferior en un grado, sustrayéndose así a las reglas del art. 62 CP en relación con el art. 16 CP, es decir, la posibilidad de imponer a los autores de la tentativa no sólo la pena inferior en un grado sino también en dos grados a la señalada por la ley para el autor del delito consumado.<sup>15</sup> La propuesta de modificación de este párrafo prevé que en el caso de tentativa de estos delitos “se podrá” imponerse [sic] la pena inferior en grado, lo que supone que en la determinación de la pena, el órgano sentenciador estará vinculado a lo previsto en el art. 62 CP. Ese “se podrá” debe interpretarse en el sentido de que el juez o tribunal, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado, puede imponer la pena inferior en uno o dos grados.

## 3. Delitos de terrorismo. Título XXII, Capítulo VII, Sección 2ª, art. 572.2.1 ACP

En el texto actual del Código Penal, los delitos de terrorismo, es decir, aquellos delitos cometidos por personas pertenecientes a organizaciones o grupos terroristas, se encuentran castigados con una pena distinta, superior a la que corresponde a los delitos comunes. Cuando el atentado supone la muerte de una persona se castiga con la pena de veinte a treinta años, independientemente de que el hecho pueda ser calificado como homicidio o si en su ejecución concurren las circunstancias del art. 139 CP para ser calificado como asesinato. Sin embargo, al igual que sucede en la propuesta de reforma del art. 140.1.3ª ACP, que castiga con prisión permanente la muerte de una persona cometida por quien pertenece a una organización criminal, el Anteproyecto propone castigar también con esta pena, la muerte de una persona causada por quien pertenece, actúa al servicio o colabora con las organizaciones o grupos terroristas.

<sup>14</sup> Sin embargo, en la enmienda núm. 392 presentada en 2010, sólo se proponía el castigo con prisión perpetua la muerte del rey o de la reyna, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 52-9, 18 de marzo de 2010, p. 178.

<sup>15</sup> Véase al respecto, Ramos Vázquez, “Delitos contra la Constitución: aspectos destacados del Título XXI del Código Penal de 1995”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006, pp. 883-908.

## La pena de prisión permanente en el anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal español

### 4. Delitos contra la comunidad internacional.

#### Título XXIV

##### 4.1. Delitos contra el derecho de gentes. Capítulo I, art. 605.1 ACP

La muerte, que puede ser calificada como homicidio o asesinato, del jefe de un Estado extranjero, o de otra persona internacionalmente protegida por un tratado, que se encuentre en España, se castiga actualmente en el art. 605.1 CP con la pena de veinte a veinticinco años, la misma pena prevista en la regulación vigente para el asesinato cualificado del art. 140 CP. En el caso de que concurrieran dos o más circunstancias gravantes, los hechos se castigan con la pena de prisión de veinticinco a treinta años. Un tratamiento diferenciado en atención a la gravedad de las conductas que puede ser considerado como correcto. Sin embargo, el Anteproyecto termina con esta diferenciación de forma que, concurren o no circunstancias gravantes, el juez o tribunal está obligado a imponer al autor del delito consumado la pena de prisión permanente.

##### 4.2. Delitos de genocidio. Capítulo II, art. 607 ACP

El Anteproyecto de reforma del Código Penal también propone la modificación del delito de genocidio para, entre otras cuestiones, castigar algunas de sus modalidades con la pena de prisión permanente. Al respecto, cabe observar que tal como se dice en la exposición de motivos del Anteproyecto, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional está prevista la *possible* imposición de la pena de prisión permanente.<sup>16</sup> Así, el art. 77.1 dispone que “La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de treinta años, o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”. Ahora bien, la pena de reclusión a perpetuidad o la prisión permanente prevista en el Estatuto de Roma no es de imposición obligatoria sino discrecional. Es decir, los

magistrados de la CPI no están obligados a imponer la pena de reclusión a perpetuidad al autor de genocidio que cause la muerte de alguno de los miembros del grupo, por ejemplo, sólo pueden imponerla cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

También resulta cuestionable que el Anteproyecto mantenga la misma pena para conductas distintas, de forma que al autor del genocidio que provoque lesiones graves o que agrede sexualmente a la víctima, se le imponga la misma pena que al que la mata, es decir, la prisión permanente.

En el texto actual del art. 607.1 CP las penas asignadas al genocidio no siempre varían según las modalidades típicas y la gravedad de las mismas, y desde luego no guardan proporción con las penas asignadas en el Código Penal para los delitos comunes que constituyen modalidades del genocidio. El marco penal es el siguiente: 1. El genocidio causando la muerte de alguno de los miembros del grupo se castiga con la pena de prisión de *quince a veinte* años, la misma pena prevista para el asesinato, tipo básico, del art. 139 CP. Si concurren dos o más circunstancias gravantes, se impone la pena superior en grado, prisión de veinte años y un día a treinta años, pena superior en su límite máximo a la prevista para el asesinato cualificado del art. 140 CP, castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años. 2. Si el genocidio se realiza mediante agresiones sexuales o lesiones muy graves del art. 149 CP, se prevé la misma pena que cuando se causa la muerte, es decir, prisión de *quince a veinte* años. Pena considerablemente superior a la prevista para el delito común de las lesiones muy graves, prisión de seis a doce años; y a cualquiera de las previstas para los delitos de agresión sexual, sea el sujeto pasivo mayor o menor de 13 años, que van de *un año a quince años*, según la modalidad delictiva de la que se trate. 3. Con la prisión de *ocho a quince años*, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150 CP. 4. Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzados del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o repro-

<sup>16</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 11 de octubre de 2012, pp. 3 y s.

ducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro. 5. Con la de prisión de *cuatro a ocho años*, si produjeran cualquier otra lesión que no sea de las previstas en los artículos 149 o 150 CP.

El Anteproyecto prevé la reforma del marco penal de los dos primeros párrafos del apartado 1 del art. 607 en los siguientes términos: “Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados: 1. Con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de sus miembros. 2. Con la prisión de prisión permanente revisable *[sic]*, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149”.

De esta forma, las tres primeras modalidades de genocidio contenidas en los números 1 y 2, es decir, cuando en el contexto del genocidio (i) se mate, (ii) se agrede sexualmente, o (iii) se produzca alguna de las lesiones previstas en el artículo 149 CP, es decir, lesiones cualificadas por el resultado muy grave, seguirán siendo castigadas con la misma pena, pero esta vez con la prisión permanente. Obviando así que en la configuración, no sólo de los delitos sino también en la determinación de la pena, debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad. Por muy grave que sea el genocidio, desde nuestro punto de vista, excede los límites del principio de proporcionalidad el que la pena sea la misma en los tres supuestos. Siendo lo más relevante el propósito de destrucción de grupo e irrelevante la motivación o el móvil, no creo que también sea irrelevante, a efectos de determinar el marco penal, la forma elegida para ello. Si esto último fuera así, entonces no se entiende por qué las modalidades contenidas en los tres últimos números no se castigan con la misma pena prevista para las modalidades contenidas en los dos primeros números. Además, tal como veremos a continuación, tanto en la regulación actual de los delitos de lesa humanidad como en el Anteproyecto, las penas asignadas a estos delitos sí varían según la gravedad de las modalidades de comisión. Más correcta se presentaba la propuesta realizada por el Grupo Popular en 2010, mediante la enmienda núm. 397, en la que la muerte constitutiva de

genocidio, así como las lesiones muy graves y las agresiones sexuales seguían siendo castigadas con la pena de prisión de quince a veinte años mientras que sólo cuando en la ejecución de la muerte concurren dos o más circunstancias agravantes, se castigaría con la pena de prisión perpetua.<sup>17</sup>

Es opinión unánime de la doctrina que en aplicación del principio de proporcionalidad, el primer criterio que hay que tener en cuenta para determinar la gravedad de la pena es el bien jurídico que trata de protegerse.<sup>18</sup> De esta forma, cuanto más importante o mayor valor se le otorgue a un bien jurídico, mayor será el reproche penal que reciba quien lo lesioné. Pero también se está de acuerdo que en la determinación de la gravedad de la pena hay que tener en cuenta, además, la forma de ataque o el modo en que se afecta el bien jurídico protegido. Las tres modalidades de genocidio comparten el mismo bien jurídico, pero sin minusvalorar su gravedad, no creemos que deba castigarse por igual las lesiones o las agresiones sexuales que la muerte, ya que como bien han advertido algunos autores, si se castiga por igual los hechos menos graves y los más graves, no habría intimidación e inhibición para cometer éstos últimos.<sup>19</sup> Dicho de otra forma, al sujeto que pretenda la destrucción de un grupo le dará igual matar a su víctima que ocasionarle lesiones graves, porque al final la pena que se le vaya a imponer es la misma, lo que supone que el pretendido efecto preventivo general de la pena no surta efecto.

#### 4.3. Delitos de lesa humanidad. Capítulo II bis, art. 607 bis CP

Como consecuencia de la aprobación por parte de España del Estatuto de Roma, la reforma de 25 de noviembre de 2003, incluyó en el Código Penal el art. 607 bis en el que se regulan los denominados delitos de lesa humanidad. La estructura de esta norma es bastante similar a la del genocidio. A partir de la descripción del elemento contextual en el que se realizan estos delitos, “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella”, se describen sus modalidades típicas que se corresponden con algunos delitos comunes:

<sup>17</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 52-9, 18 de marzo de 2010, p. 179.

<sup>18</sup> Véase, al respecto, De la Mata Barranco, *El principio de proporcionalidad penal*, TOL1.250.988.

<sup>19</sup> Así, entre otros, Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Universitas, Madrid, 1996, p. 85.

**La pena de prisión permanente en el anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal español**

homicidio, asesinato, lesiones, violación, agresión sexual, detención ilegal, etcétera.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en la regulación del genocidio, la gravedad de la pena sí está en función de la gravedad de las modalidades típicas y, obviamente, son más graves que las previstas para los delitos comunes. Por ejemplo, la muerte constitutiva de delito de lesa humanidad tiene prevista una pena de prisión de *quince a veinte años*, la misma pena prevista para la muerte constitutiva de genocidio. Y la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 139 CP, es decir, las circunstancias del asesinato suponen la imposición de la pena superior en grado. En la determinación del marco penal de las agresiones sexuales que constituyan delitos de lesa humanidad, el art. 607 bis CP diferencia entre la violación y las demás agresiones sexuales, distinción que no se hace cuando se trata de las agresiones sexuales como modalidades del genocidio. De esta forma, teniendo en cuenta que la violación constituye el ataque más grave a la libertad o indemnidad sexuales, la pena prevista es prisión de *doce a quince años*, y prisión de *cuatro a seis años* si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual. Por otro lado, las lesiones muy graves del art. 149 que constituyan delito de lesa humanidad se castigan con la pena de prisión de *doce a quince años*.

Volviendo a la propuesta de reforma del art. 607 bis, el Anteproyecto prevé la pena de prisión permanente sólo para el homicidio o asesinato que constituya delito de lesa humanidad, dejando intacto el marco penal previsto para las demás modalidades típicas.

### **III. La determinación de la pena en los supuestos de prisión permanente**

En la individualización legal de la pena, el legislador prevé en la norma un marco penal genérico o pena abstracta para el autor del delito consumado (art. 61 CP), y este marco penal está limitado por un mínimo y un máximo. Es decir, se tratan de marcos penales de duración determinada. A partir de este marco penal abstracto, corresponde al juez o tribunal sentenciador determinar la pena a imponer. En esta fase, llamada individualización judicial de la pena, tras realizar la determinación cualitativa y cuantitativa, se elige el marco penal concreto. Si bien en la actualidad se parte de marcos penales determinados, en la imposición de la pena de prisión permanente, aunque sea de dura-

ción indeterminada, también debe seguirse todo este proceso.

En principio, el órgano sentenciador está obligado a imponer la pena de prisión permanente porque los delitos para los que está prevista no contemplan otra pena alternativa. Por ejemplo, pudo haberse previsto la posibilidad de elección entre la prisión permanente o una pena de prisión de duración determinada para que pueda elegirse la más adecuada al caso concreto.

Así, la pena abstracta o genérica para los delitos que hemos descrito anteriormente es la prisión permanente que debe imponerse al autor del delito consumado, tal como establece el art. 61 CP. Por ejemplo, al autor de la muerte cometida por un miembro de una organización criminal debe imponérsele la pena de prisión permanente, siempre que no concurra otra circunstancia que obligue a imponer una pena inferior.

A partir de esta pena, habrá que tener en cuenta los casos de participación y ejecución distintos del autor del delito consumado, y otras circunstancias que pueden dar lugar a la imposición de la pena, en este caso, inferior en grado. Así, por ejemplo, la tentativa (art. 62 CP), la complicidad (art. 63 CP), la eximente incompleta del art. 21.1<sup>a</sup> CP en relación con el art. 68 CP, la concurrencia de dos o más atenuantes o una o varias cualificadas y no concurrencia de agravantes (art. 66 CP), y por último, las formas de participación intentada, ya que en relación con los supuestos de asesinato previstos en el art. 140 ACP es aplicable lo dispuesto en el art. 141 CP.

Tratándose de penas con una duración determinada, la pena inferior en grado se obtiene de aplicar la regla contenida en el art. 70.1.2<sup>a</sup> CP, es decir, se toma la cifra mínima de la pena de la que se parte y se deduce de ella la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción el límite mínimo de la pena inferior en grado. El límite máximo de la nueva pena es el límite mínimo de la pena de la que se parte reducido en un día. Sin embargo, siendo la prisión permanente de duración indeterminada estas reglas no pueden ser utilizadas para determinar la pena inferior en un grado. Es por ello, que se propone incorporar un apartado 4 al art. 70 ACP, en el que se disponga que la pena inferior en grado a la de prisión permanente sea la pena de prisión de veinte a treinta años. Así, por ejemplo, la pena para el autor de un asesinato cualificado del art. 140.1 ACP en grado de tentativa al que el órgano sentenciador decide imponerle la pena inferior en un grado, será prisión de

veinte a treinta años. A partir de este marco penal, si concurriesen otras circunstancias que obliguen o faculten imponer una pena inferior en grado, en su determinación habrá que aplicar la regla contenida en el art. 70.1.2<sup>a</sup> CP. Si seguimos con el ejemplo anterior, si se trata de determinar la pena del cómplice, la pena será la inferior en un grado de la pena de prisión de veinte a treinta años, es decir, de diez años a diecinueve años, once meses y veintinueve días.

En la segunda fase de la individualización judicial de la pena, se trata de establecer la extensión de la pena que debe ser impuesta, es decir, determinar la pena concreta. Llevado este corolario a la prisión permanente al ser ésta de duración indeterminada de no concurrir en el hecho ninguna circunstancia que obligue o faculte imponer la pena inferior en grado, el órgano sentenciador no puede tener en cuenta, por ejemplo, la posible atenuante que concurra, por lo tanto, no cabe hablar de determinación cualitativa.

Una situación distinta debe observarse, sin embargo, cuando ha procedido la determinación de la pena abstracta por la concurrencia de circunstancias que obligan a imponer la pena inferior en grado, ya que en este caso no estamos ante una pena de prisión indeterminada sino ante una perfectamente delimitada en sus límites mínimos y máximos. Siguiendo el ejemplo del cómplice de la tentativa de asesinato cualificado, tras la determinación cualitativa la pena abstracta es prisión de diez años a diecinueve años, once meses y veintinueve días. En este caso, de concurrir sólo una circunstancia atenuante, por ejemplo, el órgano sentenciador está obligado a no rebasar la mitad inferior de la pena fijada. De forma que la extensión de la pena que debe ser impuesta o la pena concreta no debe ser inferior a diez años ni superior a catorce años once meses y veintinueve días.

## IV. La ejecución de la pena de prisión permanente

Las continuas reformas que ha sufrido el Código Penal han dejado a un lado el principio de igualdad en la ejecución de las penas porque en ésta prima un trata-

miento discriminatorio en razón del delito cometido.<sup>20</sup> El Anteproyecto de reforma de 2012 va más allá, ya que establece distintos regímenes de cumplimiento en función no sólo de la naturaleza del delito cometido sino también del número de éstos.

### 1. Periodo de seguridad y acceso al tercer grado penitenciario de los condenados a una pena de prisión permanente

La modificación del Código Penal español por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, supuso una sustancial modificación del sistema de individualización científica, que hasta ese entonces imperaba en la ejecución de la pena de prisión. Así, el art. 1 de la mencionada LO modificaba el art. 36 CP para introducir un segundo párrafo en el que se regulaba el denominado periodo de seguridad, es decir, el tiempo de cumplimiento de la pena de prisión que debe transcurrir para que los internos puedan obtener la clasificación en tercer grado penitenciario.<sup>21</sup>

Como regla, se disponía que cuando la duración de la pena sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. Con este periodo de seguridad de imposición preceptiva se dejaba abierta la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria (en adelante JVP), previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, pude acordar la aplicación de régimen general de cumplimiento. Sin embargo, la imposición de dicho periodo también era preceptivo, pero sin posibilidad alguna de acordar la aplicación del régimen general cuando se trata de condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terrorista y delitos de terrorismo del Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> En este sentido, véase García Albero y Tamarit Sumalla, *La reforma de la ejecución penal*, *op. cit.*, nota 7, pp. 67 y ss.

<sup>21</sup> Véase al respecto, Fuentes Osorio, "Sistema de clasificación penitenciaria y el "periodo de seguridad" del art. 36.2 CP", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2011, pp. 4 y ss.

<sup>22</sup> Véanse ampliamente al respecto, García Albero y Tamarit Sumalla, *op. cit.*, nota 7, pp. 56 y ss.; Landa Gorostiza, "Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004): Un golpe de timón y correcciones de rumbo ¿hacia dónde?", en Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. II, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 165-202, pp. 168 y ss.

## La pena de prisión permanente en el anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal español

La reforma del Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio, vuelve a modificar este artículo para, entre otras cuestiones, flexibilizar la imposición del periodo de seguridad revocando la imposición preceptiva de este periodo para que pase a ser una decisión discrecional del JVP. Ahora bien, en lo que se refiere al periodo de seguridad para los condenados por delitos de terrorismo del actual Capítulo VII del Título XXII o cometidos en el seno de una organización criminal, la imposición de este periodo de seguridad se sigue manteniendo como obligatoria sin posibilidad de aplicar el régimen general.

El Anteproyecto de octubre de 2012 que se viene analizando, vuelve a proponer otra reforma del art. 36 CP con la finalidad de introducir el periodo de seguridad para los condenados a pena de prisión permanente, pero realizando un tratamiento diferenciado según se trate de condenados por delitos de terrorismo o por otros delitos a los que vamos a denominar “comunes”. De prosperar esta reforma, el artículo 36 del Código Penal va a contener hasta cuatro regímenes distintos para el acceso al tercer grado para los penados a penas de prisión superiores a cinco años, y un régimen de excepción a los mismos. 1. Periodo de seguridad que tiene carácter discrecional (art. 36.2, párr. 1º CP). 2. Periodo de seguridad obligatorio e irreversible para los condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII CP, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores de trece años (art. 36.2, párrs. 2º y ss. CP). 3. Periodo de seguridad también obligatorio e irreversible para los condenados a pena de prisión permanente; y dentro de este último hay que diferenciar si esta pena se impone por la comisión (i) de delitos comunes o cometidos en el seno de una organización criminal, o (ii) por delitos de terrorismo.

### 1.1. Régimen aplicable a los condenados por delitos comunes o cometidos en el seno de una organización criminal. Art. 36.3.b ACP

Este periodo de seguridad deberá ser hasta *quince años* para los condenados a una pena de prisión per-

manente por la comisión de: asesinatos cualificados del art. 140.1 ACP, la muerte del rey o del príncipe heredero (art. 485.1 ACP), la muerte del jefe de un Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida por un tratado que se encuentre en España (art. 605.1 ACP), algunos delitos de genocidio (art. 607 ACP) y crímenes de lesa humanidad (art. 607 bis ACP). Obsérvese que en este régimen también se incluyen los delitos cometidos por quien perteneciere a una organización criminal.

### 1.2. Régimen aplicable a los condenados por terrorismo. Art. 36.3.a ACP

Por otro lado, se prevé que la clasificación en tercer grado del condenado a pena de prisión permanente no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de *veinte años* de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII, Título XXII, Libro II del CP, es decir, la muerte de una persona causada por quien pertenece, actúa al servicio o colabora con las organizaciones o grupos terroristas (art. 572.2.1º ACP).<sup>23</sup>

### 1.3. Régimen excepcional aplicable a enfermos muy graves con padecimientos incurables. Art. 36.4 ACP

Como excepción a los regímenes previstos en el art. 36 ACP, el numeral 4 del art. 36 ACP prevé que en todo caso, podrá acordarse la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal, valorando especialmente su dificultad para delinquir y escasa peligrosidad, en el caso de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables. En estos supuestos, la progresión a tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo informe del Ministerio Fiscal.

### 2. Acceso al tercer grado en caso de acumulación de penas. Arts. 76 y 78 bis ACP

Cuando se esté ante una pluralidad de delitos, la acumulación material está limitada por la denominada acumulación jurídica, que supone establecer al cumplimiento de la pena de prisión unos topes relativos o absolutos. Dentro de estos últimos, la reforma del Código Penal de 2003, modificó el anterior

<sup>23</sup> En el Anteproyecto de reforma de julio de 2003, el acceso al tercer grado penitenciario de los condenados por delitos de terrorismo requería que el penado haya extinguido de forma efectiva 32 años de prisión. Véase artículo decimonoveno del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 16 de julio de 2012.

límite de treinta a cuarenta años en casos de concursos entre determinados delitos, lo que unido al cumplimiento íntegro y efectivo previsto en el art. 78 CP, tal como lo denunció en su día la doctrina, supone en la práctica la cadena perpetua. Tras la propuesta de incorporación de esta pena en la legislación española, este tope absoluto de cuarenta años quedará superado.

La propuesta de modificación del art. 76 CP prevé, en lo que a la prisión permanente se refiere, que para determinar el límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y al menos uno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión permanente revisable, se considerará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis de este Código. Artículos que regulan los límites mínimos de cumplimiento de la pena para acceder a la clasificación al tercer grado penitenciario (art. 78 bis ACP), y para optar a la libertad condicional (art. 92 ACP).

## 2.1. Condenados por varios delitos y uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente y otras penas cuya suma exceda de cinco años

En este supuesto, el Anteproyecto clasifica a los condenados por dos o más delitos en dos grupos. En uno de ellos cuando se trate de condenados por delitos comunes y en otro los condenados por delitos relacionados con el terrorismo o con la criminalidad organizada. Obsérvese que en este segundo grupo, no sólo se incluyen los delitos relativos al terrorismo, tal como aparece en el régimen para el acceso al tercer grado en aplicación del art. 36.2 ACP, sino también los relacionados con la criminalidad organizada. Además, las penas de prisión de los otros delitos, el número que sean, deben exceder de cinco años, lo que supone que si no supera ese límite el régimen aplicable para acceder al tercer grado será el previsto en el art. 36.3 letras a o b ACP.

### 2.1.1. Condenados por delitos comunes. Art. 78 bis 1.a ACP

Cuando el penado lo haya sido por varios delitos y uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años de prisión, la progresión al tercer grado requerirá el cumplimiento de un mínimo de *dieciocho años* de prisión.

### 2.1.2. Condenados por delitos relacionados con terrorismo o criminalidad organizada. Art. 78 bis 3, párr. 1º, inc. 1º ACP

Cuando el penado lo haya sido por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII, Título XXII del CP, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el límite mínimo de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación será de *veinticuatro años* de prisión.

## 2.2. Condenados por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente

Al igual que en el anterior supuesto la propuesta clasifica a los condenados por dos o más delitos a prisión permanente en dos grupos.

### 2.2.1. Condenados por delitos comunes. Art. 78 bis 1.b ACP

Cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, la progresión al tercer grado requerirá el cumplimiento de un mínimo de *veintidós años* de prisión.

### 2.2.2. Condenados por delitos relacionados con el terrorismo o criminalidad organizada. Art. 78 bis 3, párr. 1º, inc. 2º ACP

Cuando el penado lo haya sido por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII, Título XXII del CP, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el límite mínimo de cumplimiento de prisión para el acceso al tercer grado será de *treinta y dos años*.

## V. Los permisos de salida

El tratamiento diferenciado que se pretende dar a los condenados a pena de prisión permanente también alcanza a la regulación de los permisos de salida. Configurados en la actualidad como parte del tratamiento penitenciario cuya finalidad principal es estimular la buena conducta del penado y al mismo tiempo conseguir la reeducación y reinserción social

## La pena de prisión permanente en el anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal español

como una preparación para la vida en libertad.<sup>24</sup> Los permisos de salida se regulan en el párrafo segundo del art. 47 de la LOGP y pueden tener una duración de hasta siete días consecutivos, con un total de treinta y seis días al año en caso de condenados en segundo grado de clasificación, y de cuarenta y ocho días al año en caso de condenados clasificados en tercer grado.

Entre los requisitos para la concesión de los permisos de salida se exige que el penado haya extinguido, además, la cuarta parte de la condena.<sup>25</sup> Sin embargo, este presupuesto temporal en caso de los internos que estén cumpliendo pena de prisión permanente será según la propuesta de reforma del último párrafo del art. 36.3: *a)* hasta que haya cumplido un mínimo de *doce años* de prisión en caso de que el penado lo hubiera sido por delitos relativos al terrorismo; y *b)* hasta *ochos años* de prisión en el resto de los casos. Sobre el particular, sólo resaltar dos cuestiones. La primera de ellas, al igual que sucede en el régimen aplicable para el acceso al tercer grado, en caso de condenados a una pena de prisión permanente por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, el presupuesto temporal para la concesión del permiso de salida es el mismo que para los condenados por delitos que hemos denominado comunes. La segunda, que en la aplicación de este presupuesto temporal no se distingue a los condenados en función del número de delitos cometidos, tal como sucede para la concesión de la libertad condicional, por ejemplo.

### **VI. La libertad condicional como un supuesto de suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente**

Otra de las novedades que presenta el Anteproyecto de reforma del Código Penal, es la regulación de la libertad condicional como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión. De forma que, a diferencia de lo que sucede actualmente, el tiempo en libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que su concesión determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado tiempo; y si

durante ese tiempo, el penado no delinque y cumple las condiciones impuestas, se declara extinguida la pena pendiente de cumplimiento. Por el contrario, si durante el tiempo de libertad condicional o de suspensión de la ejecución de la pena, el condenado comete un nuevo delito o incumple grave o reiteradamente las condiciones impuestas, la libertad es revocada ordenándose su reingreso en prisión.

En el Anteproyecto, la libertad condicional o la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente recibe un régimen especial respecto de los demás supuestos de libertad condicional previstos en los arts. 90 y 91 ACP aunque comparten algunas condiciones que el penado debe cumplir, es decir, las reguladas en los arts. 80, 82 y 83 a 87 ACP. Dentro de este régimen especial hay que distinguir según se trate de sujetos condenados a una pena de prisión permanente o supuestos de acumulación de penas de prisión permanente.

#### *1. La obligatoriedad de la revisión periódica de la ejecución de la prisión permanente y el carácter discrecional de la libertad condicional*

Tal como se dice en la exposición de motivos del Anteproyecto, la ejecución de la pena de prisión permanente está sometida a un régimen de revisión. El art. 92.4 ACP prevé que si concurre el presupuesto temporal, que veremos más adelante, el Tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento de los requisitos de la libertad condicional, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a nuevas solicitudes.

Por otro lado, tal como prevé el art. 194 del Reglamento Penitenciario, es la Junta de Tratamiento del centro penitenciario donde se esté cumpliendo la pena, el órgano encargado de tramitar el correspondiente expediente con la antelación suficiente para que no sufra retraso la concesión de la libertad condicional. Debe hacerlo de oficio, si bien del contenido del art. 92.4 ACP se desprende que el penado puede solicitarla directamente al Juez de Vigilancia Penitenciaria o dirigirse a la respectiva Junta de Tratamiento para que eleve la respectiva propuesta.

<sup>24</sup> Al respecto, véanse, Cervelló Donderis, *Derecho penitenciario*, 2<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 236 y ss.; Renart García, *Los permisos de salida en el Derecho comparado*, *op. cit.*, nota 7, pp. 118 y ss.

<sup>25</sup> Véase ampliamente al respecto, Renart García, *op. cit.*, nota 7, pp. 104 y ss.

En principio, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, órgano jurisdiccional con competencia en esta materia, está obligado, si el condenado reúne las condiciones previstas en el art. 92 ACP, a conceder la libertad condicional. Es decir, no está sometida a la facultad discrecional del juez en tanto que, al igual que sucede en el régimen ordinario de la libertad condicional previsto en el art. 90.1 ACP, en el art. 92 ACP, se dispone expresamente que el tribunal “acordará” la suspensión de la ejecución de la pena cuando se cumplan los requisitos previstos en el mencionado artículo, entre los que se encuentra la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Es en la concurrencia o no de este último requisito en el que se puede observar que el Anteproyecto pretende otorgar cierto poder discrecional al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Y es que, para fundar la existencia de tal pronóstico, no está condicionado o vinculado al informe final que, de conformidad con el art. 67 del Reglamento penitenciario, debe remitir el Centro penitenciario, tal como se prevé en el texto actual del art. 90 CP,<sup>26</sup> sino que puede solicitarlo a “aque-lllos especialistas que el propio Tribunal determine”.<sup>27</sup>

## 2. Requisitos o presupuestos

### 2.1. Presupuesto temporal

Al igual que en otros aspectos de la regulación de la prisión permanente, en el ámbito de la libertad condicional también se dispone un tratamiento diferenciado a los condenados a esta pena según el número de delitos y su naturaleza. Así, en el presupuesto temporal, los límites no sólo varían según el número de delitos cometidos, sino también según se trate de un condenado a prisión permanente por delitos, que hemos denominado comunes, del condenado por delitos de terrorismo o criminalidad organizada.

#### 2.1.1. Condenados a una pena de prisión permanente. Art. 92.1.a) ACP

Como hemos afirmado *supra*, el Anteproyecto prevé un tratamiento diferenciado según se trate de conde-

nados a pena de prisión permanente por delitos comunes o por delitos de terrorismo. Sin embargo, a la hora de determinar el tiempo de condena efectivamente cumplida por el sujeto condenado a una pena de prisión permanente para la concesión de la libertad condicional no se realiza tal diferenciación, decisión que debe valorarse positivamente. Así, el art. 92.1 ACP dispone que el tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando: “a) el penado haya cumplido de forma efectiva *veinticinco años* de su condena”, sin hacer referencia alguna a la naturaleza del delito cometido.

#### 2.1.2. Supuestos de acumulación de penas.

##### Art. 78 bis ACP

Como prevé el art. 92.1. a) ACP, el límite de los veinticinco años se aplica “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo”. La remisión a este artículo supone por un lado, que cuando se trate de determinar el presupuesto temporal no sólo habrá que tener en cuenta el número de penas de prisión permanente impuestas, sino además, la naturaleza del delito o delitos cometidos, con lo que se vuelve nuevamente al tratamiento diferenciado de los condenados a pena de prisión permanente.

a. Condenados por varios delitos y uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente y otras penas cuya suma excede cinco años

##### a.1. Condenados por delitos comunes.

###### Art. 78 bis 2.a ACP

La suspensión de la ejecución del resto de la prisión permanente requerirá el cumplimiento efectivo de *veinticinco años* de prisión cuando el penado lo haya sido por varios delitos y uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda cinco años. Sobre este último aspecto, cabe resaltar, tal como lo hicimos cuando analizamos el acceso al tercer grado, que se entiende que el “resto de las penas

<sup>26</sup> Lo que en opinión de Tamarit Sumalla, supone una “reducción del poder de decisión atribuido a la Jurisdicción y un correlativo incremento del de la Administración penitenciaria”, véase García Albero y Tamarit Sumalla, *op. cit.*, nota 7, p. 96.

<sup>27</sup> Tal como viene sucediendo en la práctica. En este sentido, el Criterio 126 “Informe pronóstico final: valoración por el Juez de Vigilancia” de los incluidos en el Texto Refundido y depurado al 1 de enero de 2008, que recoge Criterios de Actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007, establece que: “El Juez de Vigilancia Penitenciaria, antes de aprobar la libertad condicional que le sea propuesta, o concederla por vía de recurso, podrá solicitar y valorar otros informes distintos al informe pronóstico final establecido en el artículo 67 de la LOGP, el cual en ningún caso le vinculará”.

**La pena de prisión permanente en el anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal español**

impuestas” deben ser penas de prisión; y si la suma de ellas no excede los cinco años, entonces debe ser de aplicación lo dispuesto para los condenados a una pena de prisión permanente; aunque como se observará el tiempo de cumplimiento efectivo de condena es el mismo en uno y otro caso, *veinticinco años*.

a.2. Condenados por delitos relacionados con el terrorismo o criminalidad organizada.

Art. 78 bis 3, párr. 2º, inc. 1º ACP

Se requieren *veintiocho* años de cumplimiento efectivo de la condena cuando el penado lo haya sido por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII CP, o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

b. Condenados por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente

b.1. Condenados por delitos comunes.

Art. 78 bis 2.b ACP

Se exige *treinta* años de cumplimiento efectivo de la condena cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable.

b.2. Condenados por delitos relacionados con el terrorismo o criminalidad organizada.

Art. 78 bis 3, párr. 2º, inc. 2º ACP

Cuando el penado lo haya sido por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII CP, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, debe haber cumplido como mínimo *treinta y cinco* años de prisión.

## 2.2. Clasificación en tercer grado

Respecto a este requisito, nos remitimos *supra* Epígrafe IV en el que se analizan los regímenes previstos para el acceso al tercer grado de los condenados a la pena de prisión permanente revisable. Solo resaltar que éstos también se distinguen en atención al número de delitos cometidos y a la naturaleza de los mismos.

## 2.3. Pronóstico favorable de reinserción social

Los indicadores que deben tenerse en cuenta para fundar la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social vienen descritos en el art. 92.1.c ACP. Así, se prevé que el tribunal debe tener en cuenta “la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quiepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”. Y en el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el pronóstico favorable de reinserción social debe realizarse en relación con total de delitos cometidos valorados en su conjunto.

Este pronóstico es un juicio que deberá realizarse en función de los criterios anteriormente mencionados. Y, aunque lo más importante sea que el sujeto esté preparado para adecuarse a la vida en libertad, después de tan largo periodo privado de ésta, en ningún caso debe suponer que el penado deba ser una persona ejemplar o que cumpla determinados cánones morales o que esté dispuesto a asumir sin condiciones los valores imperantes del medio en el que va a vivir. Lo fundamental será que el sujeto esté preparado para vivir respetando las normas jurídicas, especialmente las penales, de forma que no quiepa la probabilidad de que cometa nuevos delitos.

El órgano competente para determinar si concurre o no este requisito es el Juez de Vigilancia Penitenciaria, quien puede solicitar cuento informe considere necesario para formar su opinión al respecto. Así, puede basarse en los informes remitidos por el centro penitenciario, o en cualquier otro informe, o en informes elaborados por los especialistas que considere oportuno. En este sentido, también hay que tener en cuenta que el penado tiene derecho a presentar otros informes científicos que avalen un pronóstico positivo de reinserción social.

En el caso de las personas condenadas a cadena perpetua por delitos relacionados con el terrorismo se exige otro requisito que se incluye como parte del pronóstico favorable de reinserción social. Así, en el art. 92.2 ACP se prevé que en estos casos es 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.

Ahora bien, a diferencia de lo contemplado en el art. 90 en el que se contiene el régimen de la libertad condicional, este requisito del abandono de las actividades criminales, el arrepentimiento y la colaboración con las autoridades, no afecta a los condenados a pena de prisión permanente por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.

### *3. Plazo de suspensión*

Según dispone el art. 92.3 del Anteproyecto, la suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años, plazo considerablemente superior al propuesto en una de las enmiendas al Proyecto de reforma de 2010 del Código Penal en la que se prevé un plazo de suspensión de tres a cinco años.<sup>28</sup> Dentro de este límite temporal, el tribunal puede decidir el tiempo durante el cual la ejecución de la pena de prisión permanente queda suspendida, sin que en ningún caso pueda excederse de sus límites mínimo o máximo. El plazo de suspensión se computa desde la fecha de la resolución que la acuerda (art. 80.2 ACP). Es de valorar positivamente que se establezca un plazo único y que éste no dependa ni del número de delitos cometidos ni menos de su naturaleza.

### *4. Prohibiciones y obligaciones*

#### 4.1. Criterios para su imposición

Al configurarse la libertad condicional como una forma de suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente, su imposición está condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, y durante el tiempo de suspensión el penado debe observar determinadas prohibiciones y obligaciones.

Aunque a la hora de determinar las prohibiciones u obligaciones el tribunal puede decidir imponer cualquier medida o prohibición previstas en el art. 83.1 ACP, al que el art. 92.3 ACP se remite, sin embargo, en su decisión debe tener en cuenta los criterios de necesidad y proporcionalidad. En primer lugar, la imposición de las prohibiciones u obligaciones deben ser necesarias para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos y desde luego deben ser adecuadas a la situación del penado. Así, por ejemplo, es difícil imaginar que tras pasar muchos años en prisión, al penado que obtiene la libertad condicional a los setenta y cinco años de edad se le obligue, a través de la cláusula abierta contenida en el art. 83.1.8<sup>a</sup> ACP inscribirse en las oficinas de empleo, o someterse a un tratamiento de deshabituación previsto en el art. 83.1.7<sup>a</sup> ACP. Y, en segundo lugar, no puede imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados.

#### 4.2. Prohibiciones y obligaciones en particular. Art. 83.1 ACP

El catálogo de prohibiciones y obligaciones que pueden decretarse al acordarse la libertad condicional es, en principio, cerrado. Si bien el art. 83.1 ACP contiene una descripción de éstas, en el número 8º del mismo artículo se prevé la posibilidad de que el juez, o el tribunal, imponga otros deberes que estime conveniente para la rehabilitación del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Las prohibiciones y obligaciones previstas pueden clasificarse en dos grupos. Por un lado, aquellas que tienden al control del penado para “garantizar la

<sup>28</sup> Enmienda núm. 389 presentada por el Grupo Popular, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 52-9, 18 de marzo de 2010, p. 176.

**La pena de prisión permanente en el anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal español**

seguridad de la sociedad”;<sup>29</sup> y, por otro, las que tienen un carácter asistencial.

Las prohibiciones y obligaciones de control son:

- 1) Prohibición de aproximarse a la víctima o a otros miembros de su familia que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.
- 2) Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando se trate de individuos de los que pueda sospecharse que pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. También se le podrá prohibir establecer relación, ofrecer empleo, facilitar formación o albergar a cualquiera de las personas mencionadas.
- 3) Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo sin autorización del juez o tribunal.
- 4) Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.
- 5) Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.

Las obligaciones asistenciales son las siguientes:

- 1) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.
- 2) Participar en programas de deshabituación al consumo de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes.
- 3) Cualquier otro deber que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

#### 4.3. Seguimiento y control. Art. 83.3 y 4 ACP

El seguimiento y control del cumplimiento de las prohibiciones y obligaciones deben realizarlos las Fuer-

zas y Cuerpos de Seguridad del Estado o los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria.

Las medidas de control previstas en los numerales 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup>, 3<sup>a</sup> y 4<sup>a</sup> del apartado 1 del art. 83 ACP deben ser comunicadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que velarán por su cumplimiento. Y cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, debe ser inmediatamente comunicada al juez o tribunal de ejecución.

El control de las medidas asistenciales a que se refieren los numerales 6<sup>a</sup>, 7<sup>a</sup> y 8<sup>a</sup> del apartado 1 del art. 83 ACP, corresponderá a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria. Estos servicios informarán al juez o tribunal de ejecución sobre el cumplimiento con una periodicidad al menos trimestral, en el caso de las reglas 6<sup>a</sup> y 8<sup>a</sup>, y semestral, en el caso de la 7<sup>a</sup> y, en todo caso, a su conclusión. Asimismo, informarán inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos de la obligación impuesta o de su cumplimiento efectivo.

#### 4.4. Revisión de las reglas inicialmente impuestas

En principio, las reglas de conducta que el penado debe observar deben ser las previstas en el respectivo Auto por el que se concede la libertad condicional, por lo que no puede exigírsele el cumplimiento de otras prohibiciones u obligaciones no previstas en dicho Auto. Pero puede suceder que los criterios o parámetros en los que se basó la elección de una u otra medida o la propia evolución del penado aconsejen modificarlas, sustituirlas por otras o dejarlas sin efecto. En este sentido, el Anteproyecto propone la reforma del art. 85 CP para disponer que durante el tiempo de suspensión de la ejecución de la pena el juez o tribunal pueda “modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas”. Ahora bien, el posible alzamiento de las pautas

<sup>29</sup> Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 11 de octubre de 2012, p. 3.

de conducta impuestas no supone el alzamiento de la suspensión en sí, de forma que aunque el sujeto ya no tenga que cumplir ninguna pauta de conducta, se encontrará bajo libertad condicional hasta que termine el plazo de suspensión fijado.

## *5. Revocación de la suspensión, ampliación del plazo de suspensión y modificación de las pautas de conducta*

Durante el tiempo que el sujeto esté sometido al régimen de libertad condicional debe cumplir las obligaciones o prohibiciones que le hayan impuesto el juez o tribunal, además, de no delinquir durante ese periodo. El incumplimiento de estos requisitos, y algunos otros más que veremos a continuación, puede dar lugar, según los casos, a que el tribunal decida revocar la suspensión o la libertad condicional, modificar las pautas de conducta impuestas o ampliar el plazo de suspensión inicialmente fijado.

Así, el art. 86 del Anteproyecto prevé cuatro supuestos en los que el juez puede decretar la revocación de la libertad condicional y ordenar el reingreso del penado en prisión:

- 1) Cuando el penado cometa un nuevo delito durante el periodo de suspensión. Aunque el texto del Proyecto se refiera a un “nuevo” delito sin especificar la clase o naturaleza de éste, desde nuestro punto de vista, sólo deberían tomarse en cuenta la comisión de los delitos dolosos. Para poder apreciar esta causa de revocación, el art. 87.3 ACP prevé que “cuando el penado hubiera sido condenado con posterioridad a la finalización de suspensión por un delito cometido con anterioridad a la misma [...] la revocación de la suspensión solamente podrá ser acordada si no hubiera transcurrido más de un año desde la terminación del plazo de suspensión, y deberá acordarse dentro del plazo de seis meses desde la firmeza de la sentencia de condena”.
- 2) Cuando incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y obligaciones que le hubieran sido impuestas conforme al artículo 83 ACP, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria. Al respecto cabe advertir que el incumplimiento de

las prohibiciones u obligaciones no da lugar automáticamente a la revocación de la libertad condicional. Sólo podrán hacerlo cuando el incumplimiento sea de forma grave o reiterado. La gravedad o reiteración en el incumplimiento, que también aparece en la regulación de la libertad vigilada,<sup>30</sup> debe ser determinado por el juez o tribunal. Así, debe tenerse en cuenta como grave si el comportamiento del penado revela que éste es incompatible con el mantenimiento de la libertad condicional, y reiterado si el sujeto ha incumplido más de dos veces las obligaciones o prohibiciones impuestas.

- 3) Cuando incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84. Condiciones que, aunque también se prevean para la concesión de la libertad condicional del condenado a pena de prisión permanente, están más pensadas para los supuestos de suspensión de la pena privativa de libertad de duración determinada, por lo que en la práctica difficilmente van a ser aplicadas a la prisión permanente.
- 4) Cuando el penado facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Un supuesto de revocación que, al igual que el anterior, difficilmente puede tener cabida en la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente. En primer lugar, porque es de suponer que si durante el respectivo proceso penal y más aún durante los años que el sujeto ha estado en prisión, no se ha procedido al comiso de sus bienes difficilmente se puede esperar que el penado informe sobre el paradero de éstos tras haber estado al menos veinticinco años privado de su libertad, porque puede que ni siquiera él lo conozca. En segundo lugar, si no ha cumplido con el pago de las responsabilidades civiles antes de ingresar en prisión o en los primeros años de cumplimiento de la pena, cómo puede exigírselle ahora este pago, si en la mayoría de casos no va a tener la posibilidad de ejercer una actividad lucrativa. Precisamente

<sup>30</sup> Véase al respecto, Del Carpio Delgado, “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 27, 2012, pp. 155-193, p. 191.

## La pena de prisión permanente en el anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal español

por ello, en el Anteproyecto, este requisito se exime cuando el sujeto carece de capacidad económica para hacer frente a la responsabilidad civil.

Por otro lado, la modificación de las obligaciones o prohibiciones impuestas o la ampliación del plazo de suspensión están previstas para los supuestos en los que se considere que el incumplimiento no es grave o no es reiterado. En tales casos, el Anteproyecto dispone que pueda imponerse nuevas prohibiciones u obligaciones o modificar el alcance de las ya impuestas (art. 86.2.a ACP), o bien prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado (art. 86.2.b ACP). Así, por ejemplo, si inicialmente se fijó un plazo de suspensión de diez años, ante el incumplimiento no grave de una prohibición u obligación el juez puede decretar la ampliación del plazo de suspensión por no más de cinco años.

### 6. Remisión de la pena y cancelación de antecedentes penales

Transcurrido el plazo de suspensión fijado, sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena de prisión permanente dándola por cumplida. Remisión que de conformidad con el texto actual del art. 130.1.3º CP se considera causa de extinción de la responsabilidad penal. Al respecto cabe observar que el Anteproyecto no modifica la remisión que el art. 130.1.3º CP hace al art. 85.2 del Código Penal en el actualmente se regula la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y la remisión de la misma. Materias que, como consecuencia de la profunda reforma que se propone en el sistema de suspensión y sustitución de la pena de prisión y de la libertad condicional se inscriben en el art. 87 del Anteproyecto.

Extinguida la responsabilidad penal, el sujeto tiene derecho a obtener del Ministerio de Justicia la cancelación de sus antecedentes penales. El Anteproyecto también propone la modificación del art. 136 para suprimir la exigencia del informe del juez o tribunal sentenciador y el requisito de la constancia de pago de la respon-

sabilidad civil o la insolvenza del penado. Además de aumentar considerablemente los plazos previstos para la cancelación, porque según se dice en la Exposición de Motivos del Anteproyecto “en algunos casos resultan excesivamente breves teniendo en cuenta la gravedad de determinados delitos y en comparación con los establecidos en los países de nuestro entorno”.<sup>31</sup>

Al margen de las consideraciones que podamos realizar respecto a la “necesidad” que manifiestan los redactores del Anteproyecto de igualarnos en algunos aspectos, quizás sólo en los más negativos, a las legislaciones de los países de nuestro entorno, en la propuesta de reforma del art. 136 sólo queda como requisito para la cancelación de antecedentes penales el transcurso de un determinado plazo sin delinquir. Plazos realmente desmesurados, y en lo que a la prisión permanente se refiere éste es de veinticinco años. Respecto al término delinquir, tal como ha sido interpretado por la doctrina en otras materias penales,<sup>32</sup> debe ser entendido como la comisión de un delito doloso.

Tratándose de la extinción de la responsabilidad penal del condenado a pena de prisión permanente mediante remisión condicional, este plazo se computará a partir del día siguiente al del otorgamiento de la suspensión. Así, si la suspensión se decreta tras haber cumplido, en el mejor de los casos, veinticinco años de prisión efectiva y si a este plazo se le suman los veinticinco años previstos para la cancelación de antecedentes penales, eso supone que el sujeto estará estigmatizado material y formalmente durante cincuenta años. Este plazo puede extenderse hasta sesenta años en los supuestos de acumulación de penas por delitos de terrorismo.

Precisamente por ello, y aunque los redactores del Anteproyecto y los miembros del Gobierno que lo avalan se esfuerzen en convencer a la opinión pública que no se trata de una pena inhumana, porque la regulación propuesta garantiza la existencia de un procedimiento judicial continuado de revisión que deja abierta la posibilidad al excarcelamiento, lo cierto es que la suma de los plazos mínimos de cumplimiento efectivo para que esto pueda suceder, al margen de los requisitos que el penado debe cumplir, con los plazos previstos para la cancelación de los anteceden-

<sup>31</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 11 de octubre de 2012, p. 14.

<sup>32</sup> Así, entre otros, Muñoz Conde y García Arán, *op. cit.*, nota 7, p. 573.

tes penales convierten a esta nueva pena en una modalidad de pena capital. Porque tal como en su día lo denunció Ferrajoli, la pena de prisión perpetua es una pena capital en doble sentido: “Primero, porque se trata de una privación a vida y no sólo de libertad: una privación de futuro, un exterminio de la esperanza. Segundo, es una pena eliminatoria, no en el sentido físico, pero sí en el sentido que se excluye para siempre a una persona del consorcio humano”.<sup>33</sup>

## VII. Algunas consideraciones finales

Los redactores del Anteproyecto pretenden, a través del carácter revisable de esta pena, hacerla compatible con la Constitución,<sup>34</sup> pero hay que tener en cuenta que esta pena puede ser efectivamente perpetua. Se ha afirmado que la pena de prisión perpetua a pesar de su nombre no es realmente perpetua, porque se prevé un sistema de revisión periódica que garantiza que, tras el cumplimiento efectivo de por lo menos veinticinco años de prisión, si el condenado cumple determinados requisitos puede optar por la suspensión de la ejecución durante un determinado tiempo y transcurrido éste si cumple las condiciones impuestas, revocarse la pena de prisión permanente. Esto puede suceder en el mejor de los casos y para que ello sea posible deben preverse las suficientes garantías procesales para procurar que los condenados a esta pena estén protegidos contra decisiones arbitrarias. No hay que perder de vista que, a pesar del cumplimiento de los presupuestos temporales, será la valoración de los juicios de peligrosidad o de los pronósticos de reinserción lo que determinará el destino de estas personas. Porque si el juez o tribunal considera que no existe tal pronóstico favorable de reinserción social, al no preverse un plazo máximo de cumplimiento, la ejecución de la prisión permanente sólo terminará con la muerte del condenado a ella y este es uno de los aspectos por lo que es contraria a la Constitución.

Como se ha visto a lo largo del presente trabajo, el sistema de individualización científica en el que debe

basarse el tratamiento penitenciario ha dado paso a otro sistema basado fundamentalmente en el cumplimiento de determinados presupuestos temporales en el que lo principal es el que el sujeto “expie su culpa” durante un determinado tiempo antes de plantearse la posibilidad de acceder a los beneficios penitenciarios o a la libertad condicional. Una vez que el sujeto ha sido condenado a cadena perpetua lo fundamental será que cumpla con el respectivo “plazo de expiación”, que, como es de esperarse, resulta bastante largo,<sup>35</sup> y sólo a partir de su cumplimiento se tendrá en cuenta el comportamiento que tenga en la prisión o los esfuerzos que realice para rehabilitarse para conseguir, por ejemplo, su primer permiso de salida.

Al igual que en otras reformas penales de los últimos años, se desconocen los criterios que han tenido en cuenta los responsables de elaborar el Anteproyecto para determinar qué delitos deben ser castigados con la pena de prisión permanente y con base en qué estudios se establecen los presupuestos temporales para que los condenados a esta pena puedan optar por la libertad condicional. Si todos los estudios realizados confirman los efectos desocializadores de la prisión y con base en ellos se propone la reducción de condenas ¿por qué el penado debe cumplir efectivamente veinticinco o treinta y cinco años de prisión antes de solicitar su libertad condicional? ¿Acaso existe algún estudio que demuestre que sólo tras esos años privados de libertad el sujeto ya está reinsertado o se encuentra preparado para la vida en libertad? O puede que, tal como se pronunciaba el profesor Quintero Olivares, cuando se estaba debatiendo la reforma de 2003 del Código Penal español para aumentar la duración máxima de la pena de prisión, sólo sea “fruto de la ignorancia en materia de política criminal”.<sup>36</sup>

## VIII. Bibliografía

Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 16 de julio de 2012.

<sup>33</sup> Ferrajoli, L., “Il fondamento filosofico del rifiuto della pena di morte e le sue implicazioni nella teoria del diritto”, en Pérez Álvarez (coord.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1055-1066, p. 1063.

<sup>34</sup> Un examen exhaustivo sobre las razones por las que la prisión permanente es inconstitucional puede verse en Cuerda Rieu, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión*, op. cit., nota 3, pp. 59 y ss.

<sup>35</sup> Plazos que, por cierto, superan al establecido para los criminales condenados por la Corte Penal Internacional. Así, el artículo 110.3 del Estatuto de Roma, se prevé que el condenado a cadena perpetua debe cumplir como mínimo veinticinco años de prisión para la revisión de la sentencia a efectos de la libertad condicional.

<sup>36</sup> De la Cuadra, B., “Penalistas y constitucionalistas exigen que no se prive de la reinserción al condenado”, *El País*, 31 de diciembre de 2002.

## La pena de prisión permanente en el anteproyecto de 2012 de reforma del Código Penal español

Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 11 de octubre de 2012.

*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 52-9, 18 de marzo de 2010.

Cervelló Donderis, *Derecho penitenciario*, 2<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Cuerda Riezú, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, Barcelona, 2011.

De la Cuadra, B., “Penalistas y constitucionalistas exigen que no se prive de la reinserción al condenado”, *El País*, 31 de diciembre de 2002.

De la Mata Barranco, *El principio de proporcionalidad penal*, TOL1.250.982.

Del Carpio Delgado, “La medida de libertad vigilada para adultos”, *Revista de Derecho penal*, núm. 36, 2012, pp. 21-65.

\_\_\_\_\_, “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 27, 2012, pp. 155-193.

*El País*, “Rajoy: No hay que tener miedo a la cadena perpetua si es revisable”, 26 de enero de 2010.

Ferrajoli, L., “Il fondamento filosofico del rifiuto della pena di morte e le sue implicazioni nella teoria del diritto”, en Pérez Álvarez (coord.), *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 1055-1066.

Fuentes Osorio, “Sistema de clasificación penitenciaria y el “periodo de seguridad” del art. 36.2 CP”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2011, 29 pp.

García Albero y Tamarit Sumalla, *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

García Arán y López Garrido, “Contra la crisis, más cárcel”, *El País*, 17 de octubre de 2012.

Gutiérrez Calvo, “La prisión permanente revisable sólo se aplicará a terroristas”, *El País*, 17 de abril de 2012.

Landa Gorostiza, “Delitos de terrorismo y reformas penitenciarias (1996-2004): Un golpe de timón y correcciones de rumbo ¿hacia dónde?”, en Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. II, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 165-202.

Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Universitas, Madrid, 1996.

Muñoz Conde, “El nuevo derecho penal autoritario”, en Lozano y Muñoz Conde (coords.), *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 161-184.

\_\_\_\_\_, “Análisis de algunos aspectos del Anteproyecto de Reforma del Código Penal español de 14 noviembre 2008”, *Revista Penal*, núm. 24, 2009, pp. 108-121.

\_\_\_\_\_, *Derecho penal. Parte Especial*, 18<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

\_\_\_\_\_, “Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 11, 2012, pp. 250-273.

\_\_\_\_\_ y García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 8<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Pedrote, I., “El PP pide reabrir el debate sobre la inmigración y la cadena perpetua”, *El País*, 25 de enero de 2010.

Ramos Vázquez, “Delitos contra la Constitución: aspectos destacados del Título XXI del Código Penal de 1995”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006, pp. 883-908.

Renart García, *Los permisos de salida en el Derecho comparado*, Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, Madrid, 2010.



## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social\*



Miguel Abel Souto

Universidad de Santiago de Compostela, España

**RESUMEN:** El control económico y social necesario para garantizar la convivencia debe mantenerse dentro de unos límites razonables, lo cual no sucede en los últimos tiempos, porque la Ley orgánica 5/2010 añade otra reforma más a la ya larga lista de modificaciones en materia de blanqueo, que atenta contra la seguridad jurídica y la consideración del Derecho penal como ultima ratio.

En esta línea la reforma introduce el castigo de la posesión y la utilización carentes de finalidades como nuevo instrumento de control económico y social para alcanzar a todos los que tengan el más mínimo contacto con los bienes delictivos.

**PALABRAS CLAVE:** Blanqueo de dinero, control económico y social, seguridad jurídica, ultima ratio.

**ABSTRACT:** The economic and social control necessary to ensure coexistence must remain within reasonable limits, which does not happen in recent times, because the organic law 5/2010 adds another reform more to the already long list of modifications on money laundering, that undermines the legal certainty and the consideration of criminal law as ultima ratio.

Namely, the reform punishes the possession and use without purpose as a new instrument of economic and social control to catch everyone with the slightest contact with criminal assets.

**KEY WORDS:** Money laundering, economic and social control, legal certainty, ultima ratio.

**SUMARIO:** I. Manifestaciones recientes de control económico y social excesivo mediante el delito de blanqueo.  
II. Tipologías de blanqueo y nuevas tecnologías.

\* Conferencia pronunciada en Huelva el 8 de marzo de 2013, en el marco del XIV Congreso de Justicia Penal. Este artículo se integra en el Proyecto DER2011-24950, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación o de Economía y Competitividad, “El blanqueo de dinero, las reformas españolas de 2010, la justificación de su castigo en la sociedad de la información avanzada y de posibilidad de un Derecho penal europeo”.

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

## 1. Manifestaciones recientes de control económico y social excesivo mediante el delito de blanqueo

Sabido es que el Derecho penal es un sistema de control social dirigido a la protección de intereses; sin embargo, no todo puede ser tutelado mediante la violencia que implica el recurso a las sanciones más graves del Ordenamiento jurídico, especialmente la prisión, ni es legítima cualquier forma de protección de los valores esenciales para la convivencia.<sup>1</sup>

Indudablemente el blanqueo de dinero debe ser castigado porque, entre otras cosas, afecta gravemente al orden socioeconómico, pero el control económico y social necesario para garantizar la convivencia debe mantenerse dentro de límites razonables, lo cual no sucede en los últimos tiempos.

Se ha relacionado el sistema de prevención del blanqueo,<sup>2</sup> elaborado por los estadounidenses y que después se expandió mundialmente, con la moral judeo-cristiana, que habría influido en sus dirigentes, según la cual los productos delictivos son intocables por su corrupción hasta que vuelvan al propietario, afirmación válida para los delitos patrimoniales de desapoderamiento pero extendida a todos los que generan ganancias mientras no se legitimen por medio del comiso, forma de entender las cosas impuesta universalmente aunque no comprendida por países con tradiciones culturales diferentes,<sup>3</sup> v. gr. los asiáticos,<sup>4</sup> ni por Vespasiano y Tito, padres de la máxima pe-

cunia non olet y aplacadores de las revueltas judías, pues no compartían las obsesiones semitas por la pureza que se plasman en el Levítico. Así, a semejanza de la mancha del pecado original, que persiste en la humanidad desde que Eva mordió la manzana prohibida —de cuyo árbol dijo Dios: “no comáis de él, ni lo toquéis siquiera”<sup>5</sup>—, la ilicitud e intangibilidad de los bienes perdurará hasta que no se decomisen.

En esta línea la reforma de 22 de junio de 2010 introduce el castigo de la posesión y la utilización carentes de finalidades<sup>6</sup> como nuevo instrumento de control económico y social para alcanzar a todos los que tengan el más mínimo contacto con los bienes delictivos.

Las campañas mediáticas sobre el blanqueo,<sup>7</sup> que acompañaban a la creciente intensidad de operaciones policiales en toda España, me obligaron a formular un llamamiento de moderación a la fiscalía,<sup>8</sup> por la frecuencia con la que, después de la acusación por varios delitos menos graves, añadía la coletilla “y blanqueo de dinero” para poder acordar la prisión provisional, moda que a Muñoz Conde le recordó una de las últimas frases de *Casablanca*,<sup>9</sup> puesto que no faltaban fiscales que, aprovechándose de la limitación de garantías que comporta la regulación excepcional del blanqueo, actuaban como Humphrey Bogart al decir “siempre nos quedará... el blanqueo de dinero”, llamamiento desatendido, habida cuenta de que, en el marco de una campaña internacional,<sup>10</sup> contraria a los

<sup>1</sup> Cfr. F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 8<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 30, 31 y 33.

<sup>2</sup> Vid. por todos E. Fisicaro, *Antiriciclaggio e terza direttiva UE. Obblighi a carico dei professionisti intermediari finanziari e operatori non finanziari alla luce del d. lgs. 231/2007*, Giuffrè, Milán, 2008.

<sup>3</sup> Cfr. I. Blanco Cordero, “Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica”, *Eguzkilore*, núm. 23, 2009, p. 119, que cita a R. Bosworth-Davies, “The influence of Christian moral ideology in the development of anti-money laundering compliance in the west and its impact, post 9-11, upon the South Asia Market: An independent evaluation of a modern phenomenon”, *Journal of Money Laundering Control*, núm. 2, 2<sup>a</sup> ed., 2008, pp. 179-192.

<sup>4</sup> Vid. M. Abel Souto, “The update of penalty concept and adjustment of crime in money laundering”, *Antiriciclaggio*, núm. 2/3, 2012, pp. 220-247; también en *The Fourth Session of the International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era*, Beijing, 2012, pp. 225-243.

<sup>5</sup> Génesis 3,3.

<sup>6</sup> Vid. E. Orts Berenguer, “Delimitación entre encubrimiento, receptación y blanqueo respecto a las modalidades de posesión y uso incorporadas en el artículo 301 por la L.O. 5/2010”, ponencia del III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Santiago de Compostela, 18, 19 y 20 de julio de 2012.

<sup>7</sup> Vid. D. García Magna y A.I. Cerezo Domínguez, “Tratamiento del blanqueo de capitales por la prensa escrita. Análisis descriptivo y valorativo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-06, 2011, pp. 1-26; E. Mestre Delgado, “Las campañas mediáticas sobre el blanqueo”, ponencia del III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Santiago de Compostela, 18, 19 y 20 de julio de 2012.

<sup>8</sup> Cfr. M. Abel Souto, “Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español”, en M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart, (coords.), I Congreso de Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 245 y 246.

<sup>9</sup> Cfr. F. Muñoz Conde, “Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales”, en M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart, I Congreso..., op. cit., p. 174.

<sup>10</sup> Así también en Alemania se ha registrado un incremento de 23% en 2009 del número de casos registrados de blanqueo, que ascendieron a 9046, y solo en el primer semestre de 2010 ya fueron identificados casi 5000 nuevos casos debido al endurecimiento de controles (cfr. *Boletín de Prevención del Blanqueo de Capitales*, noviembre de 2010, en [www.rubiblanc.com](http://www.rubiblanc.com), pp. 14 y 15). Igualmente, en Estados Unidos

estudios criminológicos sobre actuación local de las organizaciones criminales,<sup>11</sup> fraude de etiquetas en la justificación del castigo<sup>12</sup> e incidencia de los escándalos mediáticos en el tratamiento penal más riguroso,<sup>13</sup> en el año 2010 las investigaciones relacionadas con el blanqueo en España se han incrementado 31% respecto a 2009,<sup>14</sup> y en el 2012 a la fiscalía el tipo penal del blanqueo le sigue sirviendo para todo, como “cajón de sastre”,<sup>15</sup> especialmente cuando hay cámaras de por medio, hasta para imputar al poseedor del *Código Calixtino* y a sus familiares.

Asimismo, hice otro llamamiento al legislador, igualmente desatendido, para que moderase su intervención en materia de blanqueo,<sup>16</sup> el cual ha preferido añadir, con la Ley Orgánica 5/2010, una reforma más,

con significativos cambios,<sup>17</sup> perturbadores,<sup>18</sup> y “afán punitivista”<sup>19</sup> o de “endurecer la persecución y el castigo”,<sup>20</sup> a la ya larga lista de modificaciones sobre el blanqueo,<sup>21</sup> que atenta contra la seguridad jurídica y vulnera la consideración del Derecho penal como *ultima ratio*, en el marco de una “política criminal globalizada”,<sup>22</sup> “emergencial”<sup>23</sup> y expansiva<sup>24</sup> que ha convertido este fenómeno “en una de sus preocupaciones preferentes”,<sup>25</sup> política criminal “cuestionable”<sup>26</sup> que va a una “velocidad vertiginosa”,<sup>27</sup> la cual no deja de acelerarse, pese a haber sido denunciada hace tiempo por Hassemer, puesto que, cuando todavía está caliente el cadáver de la última reforma, otra de signo regresivo nos amenaza con introducir en el artículo 304 bis la libertad vigilada para los blanqueadores.<sup>28</sup>

---

las multas por deficiencias en los sistemas preventivos del blanqueo aumentaron 67% en 2011 (*cfr. Boletín de Prevención del Blanqueo de Capitales*, marzo y abril de 2012, en [www.rubiblanc.com](http://www.rubiblanc.com), p. 37).

<sup>11</sup> *Vid.* F. Varese, “How mafias take advantage of globalization. The Russian mafia in Italy”, *The British Journal of Criminology. An International Review of Crime and Society*, vol. 52, núm. 2, marzo de 2012, pp. 235-253, que frente a la descripción de puestos avanzados de la mafia siciliana en Alemania, de las triadas chinas en Holanda y de los carteles colombianos en Galicia (*cfr.* M. Castells, *End of Millennium*, 2<sup>a</sup> ed., Blackwell Publishers, Oxford, 2000, p. 201) afirma que el núcleo de la actividad criminal de las organizaciones delictivas se localiza en el territorio de origen, mientras que en el extranjero únicamente se llevan a cabo inversiones en la economía legal.

<sup>12</sup> *Vid.* A. Fernández Steinko, “Financial channels of money laundering in Spain”, *The British Journal of Criminology. An International Review of Crime and Society*, vol. 52, núm. 5, septiembre de 2012, pp. 908-931.

<sup>13</sup> *Vid.* S. Van Slyke y W.D. Bales, “A contemporary study of the decision to incarcerate white-collar and street property offenders”, *Punishment & Society. The International Journal of Penology*, vol. 14, núm. 2, abril de 2012, pp. 217-246.

<sup>14</sup> Ministerio del Interior, “La tasa de criminalidad se sitúa como la más baja de la década al reducirse a 45.1 infracciones por cada mil habitantes”, *Diario La Ley*, núm. 7493, 21 de octubre de 2010, p. 2.

<sup>15</sup> M.N. Martínez Francisco, “El impacto de la reforma del Código Penal del delito de blanqueo de capitales y la Ley 10/2010, de 28 de abril en el ejercicio de la abogacía”, en C. Carretero González y F. De Montalvo Jääskeläinen (dirs.), *Retos de la abogacía ante la sociedad global*, Civitas/Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 1567.

<sup>16</sup> *Vid.* M. Abel Souto, “Conductas típicas de blanqueo...”, *op. cit.*, pp. 243 y 244.

<sup>17</sup> *Cfr.* J.J. González Rus, en L. Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 637.

<sup>18</sup> *Cfr.* Díaz-Maroto y J. Villarejo, *Estudios sobre las reformas del Código Penal*. (Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), Civitas/Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 461.

<sup>19</sup> R. Rebollo Vargas en F.J. Álvarez García (dir.), *Derecho penal español. Parte especial (II)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 777.

<sup>20</sup> J.G. Fernández Teruelo, “El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales. Los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas”, *Diario La Ley*, núm. 7657, 22 de junio de 2011, p. 3.

<sup>21</sup> *Vid.* M. Abel Souto, “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa penal española contra el blanqueo. Análisis de los tipos penales contra el blanqueo desde su incorporación al Texto punitivo español en 1988 hasta la última reforma de 2003”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 20, octubre de 2005, pp. 5-26; J.A. Zaragoza Aguado, en M. Gómez Tomillo, (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1154 y 1155.

<sup>22</sup> R.O. Pleé, “El lavado de dinero: un fenómeno transnacional de política criminal contemporánea”, en G.J. Yacobucci (dir.), *Derecho penal empresario*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2010, pp. 431 y 432.

<sup>23</sup> J.M. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”, en R. Cervini, J.D. Cesano y J.M. Terradillos, *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político-criminales. Un enfoque comparado: Argentina-Uruguay-España*, Alveroni, Córdoba, Argentina, 2008, p. 215.

<sup>24</sup> *Vid.* P. Arias Holguín, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (Art. 301 CP)*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 59-92.

<sup>25</sup> J.J. González Rus, en L. Morillas Cueva, *op. cit.*, p. 637.

<sup>26</sup> J.I. Gallego Soler, en M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 664.

<sup>27</sup> W. Hassemer, “Gewinnaufspürung: jetzt mit dem Strafrecht”, en *Wertpapier Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Gastkommentar)*, 1994, p. 1369, traducido al castellano por Miguel Abel Souto como “Localización de ganancias: ahora con el Derecho penal”, *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, núm. 1, 1998, p. 217.

<sup>28</sup> *Vid.* J.J. Queralt Jiménez, “Tabla comparativa entre el CP y el anteproyecto de ley de reforma de 2012 del CP”, en <http://www.ub.edu/dpenal>, p. 78.

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

Veamos, en concreto, las muestras de innovador control económico y social que introduce la reforma de 22 de junio de 2010 sobre el blanqueo.

Pero antes conviene aclarar una cuestión formal. La reforma de 22 de junio de 2010 altera, en el título XIII del libro II, la rúbrica del capítulo XIV,<sup>29</sup> que encabeza los artículos 298 a 304 del Código Penal, de manera que en el anterior rótulo, “De la receptación y otras conductas afines”, se sustituyen las tres últimas palabras por “el blanqueo de capitales”,<sup>30</sup> locución que constituye un antítetico híbrido de imprecisión y exactitud, ya que supone un contraste entre el laxismo técnico jurídico que entraña el primer término y la precisión que se pretende con el segundo. Aparte de que la mayor precisión de las palabras “capitales”, “bienes” y “activos”<sup>31</sup> frente al “dinero” para designar el objeto material del delito no deja de ser una pretensión, puesto que según el diccionario académico dinero equivale a “hacienda” o “fortuna”,<sup>32</sup> esto es, conjunto de bienes, y para María Moliner dinero es tanto como “cosa de valor”,<sup>33</sup> sin olvidarse de que para la Real Academia sólo existe el dinero negro, pero no los bienes o capitales negros ni sucios. Además, la referencia al “dinero”, tratándose del blanqueo, tiene una gran difusión tanto en España como en los países de nuestro entorno jurídico. Así, en Bélgica y Francia se habla de *blanchiment de l'argent*,

y en la Suiza francófona de *blanchissage de l'argent*, en los países sudamericanos predomina la locución lavado de dinero, en Alemania se sirven del término *Geldwäsche* y los austriacos y suizos de habla germánica, añadiendo la partícula iterativa –erei, prefieren referirse al *Geldwäscherei*. Igualmente, los países anglofonos aluden al *money laundering*, y en Italia y en la parte helvética de habla italiana se acostumbra a denominar este fenómeno como *riciclaggio di denaro*. Incluso aparece en las rúbricas de algunos textos punitivos, *v. gr.*, en el encabezamiento del § 261 del *StGB* alemán (*Geldwäsche*), sin que ello fuese óbice para que la doctrina germana mantuviese que no sólo se podría blanquear dinero, pues, a modo de ejemplo, en palabras de Ruß, “en contra del tenor literal de la designación típica el objeto del blanqueo de dinero no está limitado a recursos monetarios”,<sup>34</sup> sino que se toman en consideración todos los valores u objetos patrimoniales.<sup>35</sup> En suma, mucho más adecuado hubiese sido que la reforma de junio de 2010 uniese al vocablo “blanqueo” la voz “dinero”, en la medida en que este término constituye el menos antítetico y el más extendido de los que se emplean para designar el objeto material.<sup>36</sup>

En cuanto a las manifestaciones innovadoras de control socioeconómico incorporadas a nuestro Ordenamiento jurídico recientemente, en primer lugar, la

<sup>29</sup> Cfr. J.M. Terradillos Basoco, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Tomo IV. Derecho penal. Parte especial (Derecho penal económico)*, Iustel, Madrid, 2012, p. 163.

<sup>30</sup> Cfr. F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 18<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 549.

<sup>31</sup> L.M. Lombardero Expósito, *Blanqueo de capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 30 y 31.

<sup>32</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22<sup>a</sup> ed., Espasa Calpe, Madrid, 2001, voz “dinero”, segunda acepción; Real Academia Española, *Diccionario esencial de la lengua española*, Espasa Calpe, Madrid, 2006, voz “dinero”, segunda acepción.

<sup>33</sup> *Diccionario de uso del español*, 3<sup>a</sup> ed., Gredos, Madrid, 2007, voz “dinero”.

<sup>34</sup> W. Ruß, “Kommentar zum § 261 StGB”, *StGB Leipziger Kommentar. Großkommentar*, ed. revisada, Walter de Gruyter, Berlín, 1994, p. 325, marginal 7, traducido al castellano por Miguel Abel Souto bajo el título “Comentario al parágrafo 261 del Código Penal alemán: el blanqueo de dinero”, *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 6, núm. 1, 1997, p. 183, marginal 7.

<sup>35</sup> Cfr. G. Arzt, “Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall”, *Juristen Zeitung*, 1993, p. 913; W. Bottke, “Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche”, *Teil I. Wistra*, núm. 3, 1995, p. 90; M. Cebulla, “Gegenstand der Geldwäsche”, *Wistra*, núm. 8, 1999, p. 286; J. Häcker, en Müller-C. Gugenberger y K. Bieneck (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts*, Otto Schmidt, colonia, 2006, edición ampliada revisada, §51, p. 1486, marginal 26; G. Helmers, “Zum Tatbestand der Geldwäsche (§261 StGB): Beispiel einer rechtsprinzipiell verfehlten Strafgesetzgebung”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 3, 2009, p. 511; W. Hetzer, “Der Geruch des Geldes - Ziel, Inhalt und Wirkung der Gesetze gegen Geldwäsche”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, p. 3299; J. Knorz, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, Peter Lang, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Francfort del Meno/Berlín/Berna/Nueva York/París/Viena, 1996, p. 31; H.H. Köner y E. Dach, *Geldwäsche. Ein Leitfaden zum geltenden Recht*, C.H. Beck, Múnich, 1994, p. 15, marginal 12; K. Lackner y K. Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*; C.H. Beck, Múnich, 2007, 26<sup>a</sup> ed., § 261, p. 1134, marginal 3; R. Rengier, *Strafrecht. Besonderer Teil I. Vermögensdelikte*, C.H. Beck, Múnich, 2008, 10<sup>a</sup> ed., p. 362, marginal 6; W. Stree, en A. Schönke, H. Schröder, P. Cramer, T. Lenckner, A. Eser, W. Stree, J. Eisele, G. Heine, W. Perron, D. Sternberg-Lieben y U. Schittenhelm, *Strafgesetzbuch Kommentar*; C.H. Beck, Múnich, 2006, 27, nueva edición revisada, § 261, p. 2168, marginal 3; H. Tröndle y T. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, ed. revisada, C.H. Beck, Múnich, 2010, § 261, p. 1754, marginal 6.

<sup>36</sup> Sobre la cuestión terminológica *vid.* el primer capítulo de la monografía M. Abel Souto, “El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales”, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago, 2002, pp. 23-40 y 270.

Ley Orgánica 5/2010, en el inciso inicial que contiene el artículo 301.1, respecto al requisito relativo al conocimiento de que los bienes tengan su origen “en un delito”, cambia estas palabras por la genérica<sup>37</sup> fórmula “en una actividad delictiva”, “sin quedar clara la finalidad perseguida”<sup>38</sup> con la sustitución, locución a la cual se atribuye afán expansivo y, en principio, mayor amplitud que al anterior sustantivo “delito”,<sup>39</sup> pues parece permitir la inclusión de las faltas en los hechos previos del blanqueo,<sup>40</sup> lo que supondría “una enorme ampliación del ámbito de este delito”.<sup>41</sup> De ser así, el control económico y social que implicaría el castigo del blanqueo sería excesivo.

Aun cuando los nuevos términos “actividad delictiva” constituyan una perturbadora mención que pue de abrir la caja de Pandora de la que saldrían todos los males de la expansión del blanqueo, las faltas deben excluirse de los hechos previos sobre la base de una interpretación literal, histórica y sistemática.<sup>42</sup>

Gramaticalmente, “actividad delictiva”, según enseña el diccionario académico, es sólo la “relativa al

delito”, términos que, en sentido estricto, no incluyen las faltas. Si se hubiese querido abarcar las faltas se habría empleado la inequívoca fórmula “infracción criminal”.<sup>43</sup>

Por otra parte, una interpretación histórica, que atienda a los antecedentes legislativos, confirma la exclusión gramatical de las faltas, pues en el Anteproyecto de 2008 todavía figuraba la voz “delito”,<sup>44</sup> cuya sustitución propuso el Consejo Fiscal en su informe<sup>45</sup> por “actividad delictiva”<sup>46</sup> para poner de relieve que no se precisa “la existencia ni la constancia formal de condenas previas”<sup>47</sup> por el delito base<sup>48</sup> del que procedan los bienes objeto de blanqueo<sup>49</sup>, lo cual ya resultaba evidente<sup>50</sup> para doctrina y jurisprudencia,<sup>51</sup> pues la sentencia absolutoria sobre el delito previo puede serlo por razones distintas de la inexistencia de la actividad delictiva.<sup>52</sup>

Igualmente, una hermenéutica que tomase en consideración los antecedentes legislativos internacionales nos conduciría a la misma exclusión de las infracciones leves, ya que las considerablemente ampliadas<sup>53</sup>

<sup>37</sup> Cfr. R. Rebollo Vargas, *op. cit.*, p. 773.

<sup>38</sup> A. Manjón-Cabeza Olmeda, “Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)”, en F.J. Álvarez García y J.L. González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 340.

<sup>39</sup> Cfr. J.G. Fernández Teruelo, “El nuevo...”, *op. cit.*, p. 6, del mismo autor, “Blanqueo de capitales”, en I. Ortiz de Urbina Gimeno (coord.), *Memento experto Francis Lefebvre. Reforma penal. Ley orgánica 5/2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 318, 319 y 324, marginales 2934, 2936 y 2968.

<sup>40</sup> Cfr. A. Serrano Gómez y A. Serrano Maíllo, *Derecho penal. Parte especial*, 16<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2011, p. 562.

<sup>41</sup> F. Muñoz Conde, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 557.

<sup>42</sup> Así también *vid.* J. Díaz-Maroto y Villarejo, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 466.

<sup>43</sup> Cfr. J.M. Terradillos Basoco, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 166.

<sup>44</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en el consejo de ministros de 14 de noviembre de 2008, en M.R. Diego Díaz-Santos, N.P. Matallanes Rodríguez y E.A. Fabián Caparrós (comps.), *XII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal*, Ratio Legis, Salamanca, 2009, p. 27.

<sup>45</sup> Cfr. A. Manjón-Cabeza Olmeda, *op. cit.*, p. 340; C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 3<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 485.

<sup>46</sup> Vid. 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, aprobado en su sección de 4 de febrero de 2009, en M.R. Diego Díaz-Santos, N.P. Matallanes Rodríguez y E.A. Fabián Caparrós, *op. cit.*, p. 198.

<sup>47</sup> J.J. Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte especial*, 6<sup>a</sup> ed., revisada y actualizada, Atelier, Barcelona, 2010, p. 1295.

<sup>48</sup> Cfr. E. Mestre Delgado, en C. Lamarca Pérez (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2012, p. 477.

<sup>49</sup> Cfr. T.S. Vives Antón y J.L. González Cussac, en E. Orts Berenguer, J.C. Carbonell Mateu, J.L. González Cussac y C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal. Parte especial*, 3<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, CD, 6.5.1.1.

<sup>50</sup> Cfr. J. Díaz-Maroto y Villarejo, en F. Molina Fernández (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre. Penal 2011*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 1131, marginal 12400; del mismo autor, *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 455, 456, 469 y 470; J.G. Fernández Teruelo, “El nuevo...”, *op. cit.*, p. 7; J.I. Gallego Soler, *op. cit.*, p. 665; J.J. González Rus, en L. Morillas Cueva, *op. cit.*, p. 640; J.L. Manzanares Samaniego, *Código penal (Adaptado a la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio) (Comentarios y jurisprudencia)*, II, *Parte especial (Artículos 138 a 639)*, Comares, Granada, 2010, pp. 726 y 727; R. Rebollo Vargas, *op. cit.*, p. 779; A. Serrano Gómez y A. Serrano Maíllo, *op. cit.*, p. 564.

<sup>51</sup> Vid. M. Abel Souto, “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 79, febrero de 2011, pp. 12 y 13; del mismo autor, “La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero”, en M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart, I Congreso..., *op. cit.*, pp. 72 y 73 y bibliografía allí citada.

<sup>52</sup> Cfr. A. Hurtado Adrián, “Blanqueo de capitales (art. 301.1)”, en A. Juanes Peces (dir.), *Reforma del Código penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*, El Derecho, Madrid, 2010, p. 253.

<sup>53</sup> Cfr. K. Ambos, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäische Strafrecht*, 2<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, Múnich, 2008, p. 436, marginal 32a.

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

Directivas 2001/97 y 2005/60, las cuales utilizan los mismos términos “actividad delictiva” que ahora se incorporan al Código,<sup>54</sup> pese a abarcar “la práctica totalidad de los delitos”,<sup>55</sup> no citan las faltas en sus catálogos de infracciones, como tampoco se incluyen en la definición que la decisión marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, ofrece sobre la “actividad delictiva” ni en el Convenio de Varsovia, de 16 de mayo de 2005.<sup>56</sup>

Asimismo, la interpretación sistemática también descarta de los hechos previos del blanqueo las faltas, puesto que el “origen en una actividad delictiva” por fuerza tiene que ser el mismo “origen ilícito” del que se habla poco después, en el artículo 301.1, respecto a las conductas indeterminadas para ocultar o encubrir, las cuales constituyen, de conformidad con los antecedentes internacionales,<sup>57</sup> tentativas específicas cuya comisión consumada se tipifica en el artículo 301.2,<sup>58</sup> que se refiere a los hechos previos con la fórmula “*delitos expresados en el apartado anterior*”. En idéntico sentido la sistemática obliga a descartar las faltas en la “actividad delictiva” del artículo 301 por pura coherencia, habida cuenta de que el 301.4 castiga el

blanqueo aunque el “*delito del que provinieren los bienes*”, al que se refiere en los apartados anteriores, se cometiere en el extranjero.

De otro lado, las faltas deben excluirse de los hechos previos del delito de blanqueo porque en caso contrario se vulneraría la consideración del Derecho penal como *ultima ratio*,<sup>59</sup> pues la Ley contra el blanqueo, de 28 de abril de 2010 —que traspuso la tercera Directiva fuera de plazo, en último lugar de los países de la Unión,<sup>60</sup> después de que la Comisión incoase, en junio de 2008, procedimientos de infracción contra quince Estados—,<sup>61</sup> sólo entra en juego ante activos que tengan “su origen en un delito”, fórmula con la que define los “bienes procedentes de una actividad delictiva”.<sup>62</sup> Si se incluyesen las faltas como hechos antecedentes del blanqueo en los términos “actividad delictiva” del artículo 301.1 del Texto punitivo se invertirían paradójicamente las relaciones del Derecho penal con el administrativo<sup>63</sup> —recientemente restablecidas en el sentido propuesto por el Grupo de Estudios de Política Criminal—,<sup>64</sup> discrepancia entre la legislación preventiva y represiva en materia de blanqueo<sup>65</sup> que generaría

<sup>54</sup> Cfr. A. Manjón-Cabeza Olmeda, *op. cit.*, pp. 341 y 342; C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, *op. cit.*, p. 486.

<sup>55</sup> A. Castro Moreno, “Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008”, *Diario La Ley*, núm. 7277, 5 de noviembre de 2009, p. 4.

<sup>56</sup> Cfr. J. Carpio Delgado, “Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código Penal”, *Revista Penal*, núm. 28, julio de 2011, p. 16.

<sup>57</sup> Cfr. J. Vogel, “Geldwäsche – eine europaweit harmonisierter Straftatbestand?”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 2, 1997, p. 340.

<sup>58</sup> Vid. M. Abel Souto, *El blanqueo de dinero...*, *op. cit.*, pp. 91, 92, 95, 165-169, 245 y 246; del mismo autor, “Conductas típicas...”, *op. cit.*, pp. 213, 233, 234 y 326; J.L. Diez Ripollés, “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el Ordenamiento penal español”, *Actualidad Penal*, núm. 32, 1994, pp. 603 y 604, para el anterior Código Penal; J.J. González Rus, en M. Cobo del Rosal (dir.), *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, p. 536; C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, *op. cit.*, pp. 491 y 492; M. Abel Souto, “La dimensión internacional del blanqueo de dinero”, en M. García Arán (dir.), *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 233 y 234; G. Quintero Olivares, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 708; del mismo autor, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 8<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 945.

<sup>59</sup> Vid. S. Manacorda, “La réglementation du blanchiment de capitaux en droit international: les coordonnées du système”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, núm. 2, 1999, p. 258.

<sup>60</sup> Cfr. A. García Noriega, *Blanqueo y antiblanqueo de capitales. Cómo se lava el dinero. Cómo se combate el lavado*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010, pp. 321, 371 y 372.

<sup>61</sup> Cfr. J.M. Peláez Martos, *Blanqueo de capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva Ley*, Wolters Kluwer, Madrid, 2010, p. 29.

<sup>62</sup> Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, *BOE* del 29 de abril, artículo 1.2.

<sup>63</sup> Cfr. J.M. Lorenzo Salgado, “Prólogo”, en M. Abel Souto, *El blanqueo de dinero...*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>64</sup> Vid. Grupo de Estudios de Política Criminal, “Principios de reforma de la normativa administrativa de prevención del blanqueo”, *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*, Gráficas Luis Mahave, Málaga, 2010, pp. 62 y 63.

<sup>65</sup> Sobre la tortuosa relación del Derecho penal y el administrativo en sede de blanqueo vid. M. Abel Souto, *El blanqueo de dinero...*, *op. cit.*, pp. 241 y 242; del mismo autor, “Década y media...”, *op. cit.*, pp. 24 y 25; del mismo autor, *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, pp. 240-246; del mismo autor, “Conductas típicas...”, *op. cit.*, p. 203; C. Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, p. 191; E.A. Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, p. 387; D. Gómez Iniesta, en L.

una “disfuncionalidad”,<sup>66</sup> pondría en peligro la seguridad jurídica<sup>67</sup> y quebrantaría tanto el principio de intervención mínima<sup>68</sup> como el de *ultima ratio*.<sup>69</sup>

Por último, debe descartarse la inclusión de las faltas en los hechos previos del delito de blanqueo<sup>70</sup> porque vulnera el principio de proporcionalidad,<sup>71</sup> limita la eficacia de la norma<sup>72</sup> e incrementa los costes sociales<sup>73</sup> de manera intolerable.

Con todo, el futuro que nos aguarda no es muy esperanzador, pues el anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012, que dice acabar con las faltas, realmente convierte la mayoría de ellas en delitos, de manera que, en caso de aprobarse, expandiría el campo de los hechos previos del delito de blanqueo generando un control económico y social excesivo.

---

Arroyo Zapatero, I. Berdugo Gómez de La Torre, J.C. Ferré Olivé, N. García Rivas, J.R. Serrano Piedecasas y J. M. Terradillos Basoco (dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 667; J.M. Palma Herrera, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000, p. 335; J. M. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo...”, *op. cit.*, p. 225, n. 31.

<sup>66</sup> J. Carpio Delgado, “Principales aspectos...”, *op. cit.*, p. 16.

<sup>67</sup> Vid. E.U. Savona, “Luci e ombre di un esperimento regionale. La Direttiva anti-riciclaggio dell’Unione europea”, en C.G. Corvese y V. Santoro, *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale*, Giuffrè, Milán, 1996, p. 93.

<sup>68</sup> Cf. J.A. Aliaga Méndez, *Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales. Adaptada a la Ley 10/2010*, Wolters Kluwer, Madrid, 2010, p. 13.

<sup>69</sup> Cf. J.M. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo...”, *op. cit.*, p. 240.

<sup>70</sup> Para una exclusión de las faltas por ausencia de afectación material del bien jurídico vid. R. Rebollo Vargas, *op. cit.*, pp. 779 y 780.

<sup>71</sup> Cf. J.G. Fernández Teruelo, “Blanqueo...”, *op. cit.*, p. 324, marginal 2968; del mismo autor, “El nuevo...”, *op. cit.*, p. 7; A. Manjón-Cabeza Olmeda, *op. cit.*, p. 341.

<sup>72</sup> Cf. G.M. Flick, “Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione in Italia”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 4, 1992, p. 1293; J. M. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo...”, *op. cit.*, p. 261. Para un estudio criminológico sobre la eficacia de la normativa contra el blanqueo vid. I. Blanco Cordero, “Eficacia del sistema de prevención...”, *op. cit.*, pp. 117-138.

<sup>73</sup> Cf. G.M. Flick, “La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 4, 1990, 1264.

<sup>74</sup> Inicialmente el texto prelegislativo empleaba la más simple expresión “por él o por terceras personas”, cambiada al admitirse en el Congreso la enmienda núm. 358 del Grupo parlamentario popular (BOCG, Congreso de los Diputados, IX legislatura, serie A: proyectos de Ley, 18 de marzo de 2010, núm. 52-9, pp. 161 y 162) para evitar el infundado temor a que se exigiese que el blanqueador conociese al autor del delito previo (cf. I. Berdugo Gómez de La Torre y E.A. Fabián Caparrós, “La ‘emancipación’ del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español”, *Diario La Ley*, núm. 7535, 27 de diciembre de 2010, p. 18, n. 57).

<sup>75</sup> Cf. J.A. Martos Núñez, en M. Polaino Navarrete (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial. Tomo II. Adaptadas a la Ley orgánica 5/2010 de reforma del Código penal*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 212.

<sup>76</sup> J.G. Fernández Teruelo, “El nuevo...”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>77</sup> J.L. Manzanares Samaniego, *op. cit.*, p. 726.

<sup>78</sup> Informe del Consejo Fiscal..., *op. cit.*, p. 198.

<sup>79</sup> Vid. M. Díaz y García Conledo, “El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales”, ponencia del III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Santiago de Compostela, 18, 19 y 20 de julio de 2012.

<sup>80</sup> Cf. J.G. Fernández Teruelo, “Blanqueo...”, *op. cit.*, p. 319, marginal 2936.

<sup>81</sup> C. García Valdés, E. Mestre Delgado y C. Figueroa Navarro, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial. Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia*, Edisofer, Madrid, 2011, p. 172.

<sup>82</sup> Cf. J.I. Gallego Soler, *op. cit.*, p. 665.

<sup>83</sup> J.L. González Cussac y C. Vidales Rodríguez, “El nuevo delito de financiación del terrorismo: consideraciones acerca de su necesidad y conveniencia”, en J.L. González Cussac (dir.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 195, n. 22.

<sup>84</sup> *Idem*.

<sup>85</sup> C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, *op. cit.*, p. 494.

<sup>86</sup> J.A. Zaragoza Aguado, *op. cit.*, p. 1164.

<sup>87</sup> J. Carpio Delgado, “Principales aspectos...”, *op. cit.*, p. 19.

<sup>88</sup> J.J. González Rus, en L. Morillas Cueva, *op. cit.*, p. 637.

En segundo lugar, la Ley Orgánica 5/2010, tras la referencia del artículo 301.1 a la “actividad delictiva”, que integra el hecho previo, añade el inciso “cometida por él o por cualquiera tercera persona”,<sup>74</sup> con lo que ya no sólo no exige la ausencia de intervención en la infracción antecedente<sup>75</sup> sino que, “frente a la indefinición anterior”<sup>76</sup> o “silencio”,<sup>77</sup> “tipifica expresamente”<sup>78</sup> el blanqueo cometido por el responsable del hecho previo<sup>79</sup> en la forma en que el delito venía siendo mayoritariamente interpretado,<sup>80</sup> descarta en esta sede el “autoencubrimiento impune”<sup>81</sup> por inexigibilidad<sup>82</sup> y “zanja una de las cuestiones más controvertidas”<sup>83</sup> que había generado una “jurisprudencia vacilante”.<sup>84</sup> Así las cosas, el legislador “interviene en la polémica”,<sup>85</sup> “resuelve definitivamente el problema”,<sup>86</sup> acaba con “el debate”<sup>87</sup> o pone término a la “añeja”<sup>88</sup> discusión

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

doctrinal y jurisprudencial.<sup>89</sup> En este sentido ya existía un acuerdo del pleno del Tribunal Supremo no jurisdiccional de 18 de julio de 2006<sup>90</sup> que admitía el autoblanqueo.<sup>91</sup>

Ahora bien, el castigo del “autoblanqueo”<sup>92</sup> combinado con las nuevas conductas de posesión o uso, incorporadas al Código Penal por la Ley orgánica 5/2010, conduce a “un resultado insatisfactorio”<sup>93</sup> o “desmedido”,<sup>94</sup> produce “extrañas consecuencias”,<sup>95</sup> hasta absurdas,<sup>96</sup> que nos colocan en los límites de lo punible<sup>97</sup> y pueden rozar el “esperpento”<sup>98</sup> o “alcanzar niveles ridículos”.<sup>99</sup> Si a la sanción del autoblanqueo se le añade el castigo de la posesión y el uso cometiera un nuevo delito el que tiene un cuadro o joya que ha robado y el que usa el coche por él sustraído.<sup>100</sup> Asimismo, por poner otro ejemplo, el del caso que ahora acapara los medios de comunicación, el ladrón del *Códice Calixtino* habría cometido tres delitos, uno por la sustracción, hurto o robo, si la caja fuerte estaba abierta o cerrada, y dos de blanqueo, por posesión, al tenerlo, y uso, si lo abrió, aunque sólo fuese para comprobar que el *Código* era lo que tenía en su poder, pues sabido es que en la encuadernación no aparece el título de la obra, para asegurarse de que contenía los

cinco famosos libros que lo integran o simplemente para disfrutar fugazmente con la visión de una de sus policromías o para sentir con el tacto la textura de uno de sus pergaminos.

Para evitar un *bis in idem*<sup>101</sup> debería interpretarse el tipo conforme a la categoría de los “actos copenados impunes”<sup>102</sup> posteriores<sup>103</sup> en el sentido de que la posesión por los autores o partícipes en el hecho precedente únicamente puede castigarse como blanqueo cuando no quepa sancionarlos por el delito previo.<sup>104</sup> Así lo puso de relieve el Consejo General del Poder Judicial respecto a los autores o cómplices de delitos patrimoniales y socioeconómicos para salvar la proscripción constitucional de *bis in idem*, aunque el argumento sólo sirve para la posesión, al formar parte de la consumación en estos delitos,<sup>105</sup> pero no para la utilización de bienes,<sup>106</sup> que provocaría un concurso real de delitos.<sup>107</sup> Con todo, cabe excluir del tipo tanto la utilización como otra clase de posesiones distintas de las indicadas sobre la base del principio de insignificancia y de una interpretación teleológica que, tomando en consideración el bien jurídico tutelado, exija un menoscabo relevante del orden socioeconómico y la idoneidad de los comportamientos para incorporar

<sup>89</sup> Cfr. *Informe del Consejo Fiscal...*, op. cit., p. 198.

<sup>90</sup> Cfr. M.C. Gómez Rivero, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial (Adaptado al EEES)*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 540.

<sup>91</sup> Vid. M. Abel Souto, “La expansión...”, op. cit., pp. 15 y 16; del mismo autor, “La reforma...”, op. cit., pp. 78-80, con cita de diversas sentencias del alto tribunal.

<sup>92</sup> J. Díaz-Moroto y Villarejo, *Estudios...*, op. cit., p. 467; A. Juanes Peçes, “Principios inspiradores de la reforma del Código Penal operada en virtud de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, en el mismo autor, op. cit., p. 60.

<sup>93</sup> C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, op. cit., p. 493.

<sup>94</sup> J.I. Gallego Soler, op. cit., p. 666.

<sup>95</sup> G. Quintero Olivares, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la recepción civil”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8 de marzo de 2010, p. 13; del mismo autor, “La reforma del comiso (art. 129)”, en G. Quintero Olivares (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 109.

<sup>96</sup> Vid. A. Castro Moreno, op. cit., pp. 1 y 4.

<sup>97</sup> Cfr. A. Manjón-Cabeza Olmeda, op. cit., p. 340.

<sup>98</sup> J.J. González Rus, en L. Morillas Cueva, op. cit., p. 641.

<sup>99</sup> G. Quintero Olivares, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo...”, op. cit., p. 13; del mismo autor, “La reforma del comiso”, op. cit., p. 109.

<sup>100</sup> *Idem*.

<sup>101</sup> Cfr. M. Andrade Otero, “Blanqueo de capitales y secreto profesional: ¿conciliación posible?”, en C. Carretero González y F. Montalvo Jääskeläinen, op. cit., pp. 1542 y 1543; J. Carpio Delgado, “Principales aspectos...”, op. cit., pp. 26 y 27; M.N. Martínez Francisco, op. cit., p. 1565; C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, op. cit., pp. 493 y 494; R. Rebollo Vargas, op. cit., p. 775; A. Serrano Gómez y A. Serrano Maíllo, op. cit., p. 563.

<sup>102</sup> J.J. González Rus, en L. Morillas Cueva, op. cit., p. 641.

<sup>103</sup> Cfr. J.I. Gallego Soler, op. cit., p. 665.

<sup>104</sup> Cfr. G. Quintero Olivares, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo...”, op. cit., p. 20; del mismo autor, “La reforma del comiso”, op. cit., p. 110.

<sup>105</sup> Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en su sesión de 18 de febrero de 2009, en M.R. Diego Díaz-Santos, N.P. Matellanes Rodríguez y E.A. Fabián Caparrós, op. cit., p. 104.

<sup>106</sup> En contra vid. A. Castro Moreno, op. cit., p. 5.

<sup>107</sup> Informe del Consejo General del Poder Judicial..., op. cit., p. 104; J.G. Fernández Teruelo, “Blanqueo...”, op. cit., p. 322, marginal 2954; del mismo autor, “El nuevo...”, op. cit., p. 6.

capitales ilícitos al tráfico económico. En caso contrario el castigo del autoblanqueo comportaría un control económico y social exacerbado.

En tercer lugar, la reforma de 22 de junio de 2010 introduce en el inciso inicial del artículo 301.1 del Texto punitivo —amén de una coma entre “convierta” “o transmita”, incorrecta<sup>108</sup> por su función anti-tética, ya que como tal separa, pero al seguirle una conjunción se pretende a la vez unir la conducta de convertir y la de transmitir, coma anterior a una conjunción que sólo se explicaría por la presencia de un inciso anterior, inexistente en este caso— la posesión y utilización como nuevas modalidades típicas.<sup>109</sup>

Las conductas de posesión y utilización ya quedaban abarcadas, desde el Código Penal de 1995, por la fórmula “realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”, pero ahora se incluyen en forma expresa en el Código.<sup>110</sup> En este sentido se ha dicho que la ampliación de comportamientos en la Ley Orgánica 5/2010 únicamente es nominal y no real,<sup>111</sup> aunque verdaderamente sí se ha operado un cambio importante, pues hasta ahora esas conductas sólo estaban castigadas si mediaba una finalidad de ocultación, encubrimiento o auxilio; sin embargo, desde la reforma pasan a sancionarse de manera objetiva. Ciertamente, para un sector doctrinal, el cual reputa que el artículo 301.1 tipifica exclusivamente actos dirigidos a la ocultación, encubrimiento o ayuda, la reforma nada alteraría, mas para los que entendemos que el precepto abarca, a la luz

tanto de la interpretación gramatical<sup>112</sup> y teleológica como de los documentos internacionales, no sólo actos indeterminados tendentes a la ocultación, encubrimiento o auxilio, sino también la nuda adquisición, conversión y transmisión de bienes, con conocimiento de que derivan de un delito, pero sin importar la finalidad que guía al blanqueador,<sup>113</sup> la Ley Orgánica 5/2010 equipararía la posesión y utilización objetivas a las tres últimas conductas. De hecho, el legislador con la modificación parte de la base de esta segunda interpretación, pues en caso contrario no habría sentido la necesidad de efectuar cambio alguno. En palabras de Martínez-Buján Pérez, la reforma “vendría a confirmar la validez”<sup>114</sup> de esta última tesis, ya que la mención a las nuevas conductas “cobra pleno sentido si se trata de modalidades tasadas dentro de un tipo que no requiere la constatación de finalidad alguna y que es independiente del segundo tipo que se describe”.<sup>115</sup>

Respecto a la posesión, hasta ahora el mero ingreso de este derecho en la esfera jurídica del blanqueador no se castigaba, puesto que quedaba excluido del término “adquiera” en virtud de una interpretación restrictiva, histórica y sistemática, al requerir la incorporación de un bien procedente de un delito al patrimonio del blanqueador, que precisa un incremento patrimonial y la obtención del dominio sobre los bienes ilícitos.<sup>116</sup> Así, el clásico ejemplo de los testaferrros, frecuentemente utilizados en el blanqueo,<sup>117</sup> no quedaba embebido en este verbo, porque realmente los “hombres de paja” no adquieren la propiedad de los bienes debido a la ausencia de un incremento

<sup>108</sup> Cfr. J. Díaz-Maroto y Villarejo, *Estudios...*, op. cit., pp. 461 y 462, n. 27.

<sup>109</sup> Vid. M. Abel Souto, “La expansión...”, op. cit., pp. 17-27; del mismo autor, “La reforma...”, op. cit., pp. 81-98.

<sup>110</sup> Cfr. F. Muñoz Conde, *Derecho penal...*, op. cit., pp. 554 y 556.

<sup>111</sup> Cfr. J.J. Queralt Jiménez, *Derecho penal...*, op. cit., p. 1294.

<sup>112</sup> Vid. J.M. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo...”, op. cit., p. 237.

<sup>113</sup> Vid. M. Abel Souto, *El delito de blanqueo...*, op. cit., pp. 93-102, 290 y 291; del mismo autor, “Conductas típicas...”, op. cit., pp. 177-187 y 325. Así también, recientemente, vid. I. Blanco Cordero, “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-01, 2011, p. 42; del mismo autor, *El delito de blanqueo...*, op. cit., p. 437; J. Cardona Torres, *Derecho penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 335; J.J. González Rus, en L. Morillas Cueva, op. cit., pp. 638 y 639; T. Manso Porto, “El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de Derecho comparado”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXXI, 2011, pp. 323 y 324; R. Rebollo Vargas, op. cit., pp. 780, 781 y 783; J.M. Terradillos Basoco, *Lecciones...*, op. cit., p. 168.

<sup>114</sup> C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, op. cit., p. 490.

<sup>115</sup> *Idem*.

<sup>116</sup> Vid. M. Abel Souto, *El delito de blanqueo...*, op. cit., pp. 106, 107 y 291; del mismo autor, “Conductas típicas...”, op. cit., pp. 192, 193 y 325; C. Aránguez Sánchez, op. cit., p. 225; L. Jordana de Pozas Gonzálbez, en C. Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. II, Trivium, Madrid, 1997, pp. 3086 y 3087; C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, op. cit., p. 490; del mismo autor, “La dimensión internacional...”, op. cit., p. 232; J.M. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo...”, op. cit., p. 234.

<sup>117</sup> Cfr. M.C. Molina Mansilla, “Análisis de la nueva doctrina jurisprudencial sobre el delito de blanqueo de dinero”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 45, enero de 2008, p. 107.

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

patrimonial. Tales casos iban a parar, empero, a la fórmula “realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar...”, pero para ello había que demostrar tales finalidades, prueba de la que el legislador de 2010 libera.

No obstante, ahora el tipo penal español del blanqueo abarca, en principio, al transportista que hace la mudanza de un famoso traficante de drogas, al trabajador de un garaje que custodia el vehículo de dicho narcotraficante y al guardarropa de cualquier establecimiento que queda al cuidado de su abrigo, puesto que el artículo 301.1 castiga, desde la reforma de 22 de junio de 2010, la simple posesión de bienes con conocimiento de que tienen su origen en un delito, de manera que, a juicio de Sánchez Stewart, se convierte al blanqueo en un delito “permanente e imprescriptible”<sup>118</sup> y se produciría tanto un control social excesivo como una posible paralización de la vida económica. Con todo, deben descartarse estas conductas del tipo mediante una interpretación restrictiva que exija, conforme al principio de insignificancia, una entidad relevante del valor de los bienes y de la contraprestación así como la limitación teleológica de que los comportamientos sean idóneos para incorporar capitales ilícitos al tráfico económico.<sup>119</sup>

En cuanto a la utilización, la reforma alcanza la interceptación en las aduanas de puertos españoles de vehículos de lujo sustraídos en la Unión Europea, que se tratan de trasladar fuera del territorio comunitario en el entramado de una organización criminal, hecho que había preocupado a la Fiscalía General del Estado en su Consulta 4/2006,<sup>120</sup> así como al que le permite vivir a un narcotraficante en una de sus mansiones, castillos o pazos, inquilino que debe saber que no puede aceptar tal oferta sin someterse al riesgo de una

persecución penal, y abarca, sobre todo, los grandes movimientos de capitales.

Cuestión distinta es el encaje de la nueva conducta en el artículo 301 del Texto punitivo, pues por utilización habría que entender todo uso o empleo de bienes delictivos que no implique un cambio de titularidad, en el sentido que exigen la adquisición y transmisión, una mutación de naturaleza, como requiere la conversión, una posesión sancionable, una ocultación o encubrimiento efectivo y que no se incluya en la realización de indeterminados actos para ocultar, encubrir o auxiliar. En el enmarañado marco de las conductas típicas del artículo 301 queda muy poco espacio para otorgar a la utilización un ámbito propio de aplicación, pero obviamente lo que se pretende es salvar los obstáculos probatorios, ya que cuando no se prueben ninguno de los elementos necesarios de los otros comportamientos, basta constatar una utilización de bienes con el mero conocimiento de su origen delictivo, pues “siempre nos quedará...” el París de la utilización, anhelado por la fiscalía, generándose un control económico y social excesivo.

De modo que ahora, a diferencia de la regulación anterior que no incriminaba la mera utilización de bienes procedentes de un delito,<sup>121</sup> en principio, el artículo 301.1 de nuestro Código alcanza, como el § 261 II núm. 2 del *StGB* alemán, al que escriba un texto en un ordenador sustraído.<sup>122</sup> Sin embargo, el tipo penal español contra el blanqueo, al igual que el alemán, debe ser “restringido teleológicamente”,<sup>123</sup> lo cual fuerza a excluir del artículo 301 del Texto punitivo, por razones de atipicidad, todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, como los “montantes en céntimos”,<sup>124</sup> en virtud del principio de insignificancia<sup>125</sup> o de “intervención mínima”.<sup>126</sup>

<sup>118</sup> N. Sánchez Stewart, “Los abogados estamos en desventaja respecto a otros sujetos obligados en la Ley antiblanqueo”, en <http://www.expansión.com/2010/11/23/jurídico/1290544872.html>, p. 2.

<sup>119</sup> Así también *vid.* J. Díaz-Maroto y Villarejo, *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 464 y 465.

<sup>120</sup> *Cfr.* J.G. Fernández Teruelo, “Blanqueo...”, *op. cit.*, pp. 322 y 323, marginal 2958.

<sup>121</sup> *Cfr.* M.C. Molina Mansilla y L. Molina Mansilla, *El blanqueo de dinero*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 23.

<sup>122</sup> *Vid.* críticamente E.-J. Lampe, “Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)”, *Juristen Zeitung*, núm. 3, 1994, traducido al castellano por Miguel Abel Souto y José Manuel Pérez Pena, con el título “El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 StGB)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XX, 1997, p. 130.

<sup>123</sup> J. Vogel, *op. cit.*, p. 356.

<sup>124</sup> W. Bottke, “Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, traducido al castellano por Soledad Arroyo Alfonso y Teresa Aguado Correa, *Revista Penal*, núm. 2, 1998, p. 11.

<sup>125</sup> *Cfr.* C. Aránguez Sánchez, *op. cit.*, pp. 184, 185 y 248; J.M. Palma Herrera, *op. cit.*, pp. 350 y 351; R. Ragués i Vallès, “Lavado de activos y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de lavado”, en C. Roxin, *Homenaje. Nuevas formulaciones en las Ciencias penales*, Lerner, Universidad Nacional de Córdoba, 2001, p. 625; J.M. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo...”, *op. cit.*, pp. 240 y 263.

<sup>126</sup> C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, *op. cit.*, p. 481; del mismo autor, “La dimensión internacional...”, *op. cit.*, p. 220, n. 87.

El mismo principio de insignificancia resulta aplicable a los actos básicos de consumo, prestaciones de servicios o ventas de mercancías en los negocios vitales cotidianos,<sup>127</sup> dada la importancia de que se pueda transmitir el dinero recibido y utilizar las mercancías compradas.<sup>128</sup> Si no desterrásemos del tipo conductas dirigidas a sustentar la vida, al autor previo que sólo dispusiese de dinero originado por un delito “prácticamente se le prohibiría la satisfacción de necesidades de importancia vital”<sup>129</sup> y, con ello, la propia subsistencia.<sup>130</sup> Además, se estaría obligando a cualquier potencial oferente de bienes o servicios “ora a renunciar a la liquidación de cuentas con dinero incontrolado, ora a abstenerse del tráfico mismo”,<sup>131</sup> lo cual limita tanto los derechos económicos del ciudadano que suscita serias dudas de constitucionalidad.<sup>132</sup>

Semejante castigo de la por Salditt denominada “violación de la excomunión económica”,<sup>133</sup> tanto de los bienes delictivos como de las personas, con la que se pretende aislar al autor del delito previo, nos acerca

peligrosamente a un “Derecho penal del enemigo”,<sup>134</sup> obliga a la mujer e hijos del narcotraficante, que saben que todo su dinero procede del tráfico de drogas, a abandonarlo, pues no pueden convivir con él en el piso pagado con bienes delictivos, ni subirse al coche, ni usar el teléfono ni los electrodomésticos, impide a los amigos de este delincuente visitarle, aconseja a los abogados no aceptar su caso, salvo que fuesen designados de oficio,<sup>135</sup> y recomienda a cualquier ciudadano no tener el más mínimo contacto con él si no quiere verse sometido al riesgo de persecución penal. Otra vez se produce un excesivo control económico y social de los más desfavorecidos.

En cuarto lugar, respecto a los nuevos tipos agravados,<sup>136</sup> los diputados y senadores que aprobaron la Ley Orgánica 5/2010, como los mayores en la obra de Antoine de Saint-Exupéry, *El Principito*, sólo se interesan por las cifras, pero no se preguntan por lo esencial, pues han sucumbido al encanto pitagórico o la “fascinación por los números”<sup>137</sup> al no resistir

<sup>127</sup> Cf. C. Aránguez Sánchez, *op. cit.*, pp. 184, 247 y 248.

<sup>128</sup> Cf. E.-J. Lampe, *op. cit.*, pp. 131 y 132.

<sup>129</sup> S. Barton, “Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§261StGB)”, *Strafverteidiger*, núm. 3, 1993, p. 161.

<sup>130</sup> Cf. I. Blanco Cordero, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. L, fascículo único, enero-diciembre de 1997, p. 272.

<sup>131</sup> W. Bottke, “Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche”, *Wistra*, núm. 4, 1995, p. 122.

<sup>132</sup> Cf. I. Blanco Cordero, “Negocios socialmente adecuados...”, *op. cit.*, p. 290.

<sup>133</sup> F. Salditt, “Der Tatbestand der Geldwäsche”, en *Strafverteidiger-Forum*, 1992, p. 121.

<sup>134</sup> S. Barton, *op. cit.*, p. 163.

<sup>135</sup> Sobre la defensa letrada, el blanqueo y la posible calificación de neutral respecto al cobro de honorarios *vid. K. Ambos*, “Annahme ‘bemakelten’ Verteidigerhonorars als Geldwäsche? Einschränkungsversuche in Lichte des Völker- und ausländischen Rechts”, *Juristen Zeitung*, núm. 2, 2002, pp. 70-82; I. Blanco Cordero, “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*)”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 3, mayo de 2005, así como en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 2005, pp. 13-48; J.A. Choclan Montalvo, “Blanqueo de capitales y retribución del abogado. El pago de honorarios con cargo al patrimonio presuntamente criminal”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Punitario*, núm. 53, octubre de 2008, pp. 43-50; C. Gómez-Jara Díez, “El criterio de los honorarios profesionales *bona fides* como barrera al abogado defensor frente al delito de blanqueo de capitales: un apunte introductorio”, en M. Bajo Fernández y S. Bacigalupo Saggese (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009, pp. 207-224; M. Gotzens y M.C. Schneider, “Geldwäsche durch Annahme von Strafverteidigerhonoraren? — Rechtslage nach der Entscheidung BGH StR 513/00 vom 4. Juli 2001”, *Wistra*, núm. 4, 2002, pp. 121-129; G. Grüner y K. Wasserburg, “Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars?”, *Golddammer's Archiv für Strafrecht*, núm. 9, 2000, pp. 430-447; W. Hetzer, “Geldwäsche und Strafverteidigung”, *Wistra*, núm. 8, 2000, pp. 281-288; L. Hombrecher, “Geldwäsche (§261 StGB) durch Strafverteidiger? Eine Untersuchung zur Anwendung des §261 StGB auf das Honorar des Strafverteidigers”, Shaker Verlag, Aachen, 2001; H. Matt, “Geldwäsche durch Honorarannahme eines Strafverteidigers. Besprechung von BGH, Urteil vom 4.7.2001, 2 StR 513/00”, *Golddammer's Archiv für Strafrecht*, núm. 3, 2002, pp. 137-152; M. Pérez Manzana, “Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Punitario*, núm. 53, octubre de 2008, pp. 5-32, y también, con alguna modificación, en M. Bajo Fernández y S. Bacigalupo Saggese, *op. cit.*, pp. 169-206; de la misma autora, “Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las ‘conductas neutrales’. La sentencia del Tribunal constitucional alemán de 30 de marzo de 2004”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 789-835; R. Robles Planas, “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7015, 18 de septiembre de 2008, pp. 1-15; J. Sánchez-Vera Gómez Trelles, “Blanqueo de capitales y abogacía. Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, www.INDRET.COM, núm. 1, 2008, pp. 1-40.

<sup>136</sup> Vid. M. Abel Souto, “La expansión...”, *op. cit.*, pp. 27-31; del mismo autor, “La reforma...”, *op. cit.*, pp. 98-105; J.C. Ferré Olivé, “El nuevo tipo agravado del blanqueo cuando los bienes tengan su origen en delitos relativos a la corrupción”, ponencia del III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Santiago de Compostela, 18, 19 y 20 de julio de 2012.

<sup>137</sup> J.-M. Silva Sánchez, “La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario La Ley*, núm. 7464, 9 de septiembre de 2010, p. 5.

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

la tentación de incrementar las penas en el delito de blanqueo ante un “considerable”<sup>138</sup> o “largo elenco”<sup>139</sup> de hechos previos que manifiesta la tendencia expansionista<sup>140</sup> de la política criminal en esta materia,<sup>141</sup> pese a que tales aumentos de gravedad “carecen de efecto preventivo general relevante”.<sup>142</sup>

Los nuevos tipos agravados se ubican sistemáticamente en forma incorrecta, en la medida en que se sitúan en el artículo 301.1 del Código Penal y alcanzan al 301.2, carecen de fundamento político criminal y adolecen de una pésima redacción. Realmente se agrava la pena del blanqueo de bienes originados en algunos delitos contra la Administración pública,<sup>143</sup> los recogidos en los artículos 419 a 445 del Texto punitivo, sobre la ordenación del territorio y el urbanismo,<sup>144</sup> aunque para llegar a esa simple conclusión el lector e intérprete habrá de malgastar bastante tiempo con riesgo de perderse entre las rúbricas, capítulos y títulos del Código, pues el legislador, crípticamente, sin ofrecer ninguna pista que vincule las agravaciones a un elemento corruptor, público o urbanístico, sólo dispone que los bienes tengan su origen en infracciones de los “Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI”, con lo que al exceso en el incremento de la pena une el de caracteres, pues en vez de “V, VI, VII, VIII, IX y X” bastaba con escribir “V a X”, y vuelve a sucumbir a la fascinación pitagórica con una concentración, que difícilmente se puede encontrar en otro texto legal, de

nueve números romanos entre catorce palabras, dicción que rompe la estructura del tipo, habida cuenta de que la cualificación hasta ahora existente alude a “delitos relacionados con el tráfico de drogas... descritos en los artículos 368 a 372”. Una redacción coherente con el otro tipo agravado y fácilmente inteligible podría haber rezado: “delitos contra la Administración pública descritos en los artículos 419 a 445 o relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo”, sin necesidad de mencionar los artículos 319 y 320, pues en este último capítulo no existen más delitos.

La corrupción constituye “uno de los grandes problemas de nuestro tiempo”,<sup>145</sup> como puso de manifiesto Ferré Olivé en el encuentro ítalo-hispano-luso-polaco sobre blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario, celebrado en Lisboa del 18 al 21 de abril de 2002, y el GAFI, en su informe de 23 de junio de 2006, puso de relieve las deficiencias del sistema preventivo español respecto a las personas del medio político.<sup>146</sup> También el Grupo de Estudios de Política Criminal evidenció la indudable relación entre irregularidades urbanísticas y blanqueo,<sup>147</sup> pues el negocio de la construcción no sólo representa, en palabras de Terradillos Basoco, un inagotable “venero de donde se nutren los activos a lavar”,<sup>148</sup> sino también “un caldo de cultivo adecuado para realizar el blanqueo de dinero”,<sup>149</sup> pero el desacuerdo político-criminal que pesaba sobre el tipo agravado del blanqueo de dinero procedente del narcotráfico<sup>150</sup>

<sup>138</sup> J.I. Gallego Soler, *op. cit.*, p. 665.

<sup>139</sup> J.J. González Rus, en L. Morillas Cuevas, *op. cit.*, p. 637.

<sup>140</sup> *Idem*.

<sup>141</sup> Cfr. J.M. Terradillos Basoco, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 164.

<sup>142</sup> J.-M. Silva Sánchez, “La reforma...”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>143</sup> Cfr. C. Vázquez Iruzubieta, *Comentario al Código Penal. Actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*, La Ley, Madrid, 2010, p. 703.

<sup>144</sup> Vid. J. Díaz-Maroto y Villarejo, en F. Molina Fernández, *op. cit.*, p. 1135, marginal 12425; M. Abel Souto, *Estudios...*, *op. cit.*, pp. 471

y 472; C. García Valdés, E. Mestre Delgado y C. Figueroa Navarro, *op. cit.*, p. 171; A. Hurtado Adrián, *op. cit.*, p. 247; A. Juanes Peces, *op. cit.*, p. 61; J.L. Manzanares Samaniego, *op. cit.*, p. 727; J.A. Martos Núñez, *op. cit.*, p. 213; E. Mestre Delgado, en C. Lamarca Pérez, *op. cit.*, p. 479; R. Rebollo Vargas, *op. cit.*, pp. 785 y 786.

<sup>145</sup> J.C. Ferré Olivé, “Corrupción, crimen organizado y ‘blanqueo’ de capitales en el mercado financiero”, en el mismo autor (ed.), *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. II, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, p. 20.

<sup>146</sup> Vid. J. Díaz-Maroto y Villarejo, “Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el Derecho español”, en M. Bajo Fernández y S. Bacigalupo Saggese, *op. cit.*, pp. 33-37; del mismo autor, “La normativa española sobre el blanqueo de capitales. El GAFI y las Directivas europeas”, en M. Costa Andrade, M.J. Antunes y S. Aires de Sousa, *Estudos em Homenagem ao prof. doutor Jorge de Figueiredo Dias*, V. III, Coimbra Editora, 2010, pp. 263-265.

<sup>147</sup> Grupo de Estudios de Política Criminal, “Manifiesto sobre corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas”, *Una regulación alternativa...*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>148</sup> J.M. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo...”, *op. cit.*, p. 214.

<sup>149</sup> J.M. Ríos Corbacho, “Un acercamiento al perfil del delincuente urbanístico”, en <http://www.iustel.com>, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 14, 2010, p. 7.

<sup>150</sup> Vid. M. Abel Souto, *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, pp. 279-287 y bibliografía allí citada; J.M. Lorenzo Salgado, “El tipo agravado del blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el delito de tráfico de drogas”, ponencia del III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Santiago de Compostela, 18, 19 y 20 de julio de 2012.

debe predicarse, con mayor razón, de los nuevos tipos cualificados cuando los bienes tengan su origen en algunos delitos contra la Administración pública y los urbanísticos, ya que no puede presumirse que las sumas blanqueadas procedentes de estas infracciones superen las derivadas de otros delitos. Tampoco se justifican dichos tipos agravados en atención a los bienes jurídicos protegidos,<sup>151</sup> pues nos encontramos ante los mismos valores tutelados mediante el tipo básico, porque la Administración de Justicia tiene interés en sancionar cualquier delito y el orden socioeconómico no resulta más lesionado por el blanqueo de dinero procedente de esos delitos. Lo que realmente determina un mayor contenido de injusto es el valor de lo blanqueado y sobre él debería operarse para agravar la pena,<sup>152</sup> de manera que el tipo cualificado habría de centrarse en las características del objeto material, la “magnitud”<sup>153</sup> o notoriedad de la cantidad blanqueada y no en la irrelevante naturaleza del delito previo,<sup>154</sup> puesto que el fundamento de la agravación radicaría en el mayor caudal de bienes ilícitos<sup>155</sup> puestos en circulación. Desde el punto de vista técnico, también es inaceptable agravar las penas en el blanqueo por el origen de los bienes, habida cuenta de que desposeeríamos de autonomía a este tipo penal para atender al delito base.<sup>156</sup> La incriminación del blanqueo quedaría privada de contenido material independiente<sup>157</sup> y no pasaría de ser un refuerzo del bien jurídico ya protegido mediante el delito del que derivan los ca-

pitales.<sup>158</sup> De igual manera, si el Código Penal de 1995, según dejó escrito Núñez Paz, pretendía sancionar “especialmente”<sup>159</sup> el blanqueo de dinero “procedente del narcotráfico”<sup>160</sup> y una decepcionante aplicación jurisprudencial, a pesar de la ampliación de los hechos previos, sigue centrándose casi exclusivamente en el tráfico de drogas,<sup>161</sup> a lo que se añaden dos nuevos tipos cualificados, resulta que “el ámbito de operatividad del tipo básico se reduce”<sup>162</sup> “considerablemente a favor de la agravación”,<sup>163</sup> ampliada en forma notable,<sup>164</sup> de modo que el primero, convertido en un “tipo residual”,<sup>165</sup> casi nunca se aplicaría, lo cual transforma la regla en excepción mediante una extraña técnica de formulación normativa que articula como tipo básico de referencia uno apenas empleado. Finalmente, el fundamento de la cualificación no subyace en el mayor reproche, puesto que no es más culpable el que convierte bienes vinculados a delitos contra la Administración pública y el urbanismo que los que blanquean capitales derivados de otros delitos,<sup>166</sup> ni en la presión internacional, puesto que ningún instrumento supraestatal obliga a agravar la pena del blanqueo en estos casos.

Por último, la reforma de 22 de junio de 2010 incorpora el blanqueo de dinero al innovador modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas<sup>167</sup> dispuesto en el artículo 31 bis del Texto punitivo,<sup>168</sup> que requiere un delito doloso de una persona física en beneficio de la persona jurídica, salvo en la

<sup>151</sup> Cf. I. Berdugo Gómez de la Torre y E.A. Fabián Caparrós, *op. cit.*, p. 13.

<sup>152</sup> Cf. J.M. Palma Herrera, *op. cit.*, pp. 787 y 788.

<sup>153</sup> M. Díaz y García Conledo, “Blanqueo de bienes”, en D.-M. Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, p. 209.

<sup>154</sup> Cf. C. Aránguez Sánchez, *op. cit.*, p. 316.

<sup>155</sup> Cf. P. Faraldo Cabana, “Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995”, *Estudios Penales y Criminales*, núm. XXI, 1998, p. 150; C. Vidales Rodríguez, *Los delitos de recepción y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 142.

<sup>156</sup> Cf. D. Álvarez Pastor y F. Eguidazu Palacios, *La prevención del blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 290; de los mismos autores, *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2007, p. 356.

<sup>157</sup> Cf. E.A. Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo...*, *op. cit.*, p. 194.

<sup>158</sup> *Idem*.

<sup>159</sup> M.A. Núñez Paz, “El nuevo Código Penal: Parte general y especial. Innovaciones y juicio crítico”, *Boletín de la Facultad de Derecho, UNED*, núm. 12, 1997, p. 426, n. 86.

<sup>160</sup> *Idem*.

<sup>161</sup> Vid. M. Abel Souto, “Conductas típicas...”, *op. cit.*, pp. 244 y 245.

<sup>162</sup> C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, *op. cit.*, p. 499.

<sup>163</sup> A. Manjón-Cabeza Olmeda, *op. cit.*, p. 345.

<sup>164</sup> Cf. J.J. González Rus, en L. Morillas Cuevas, *op. cit.*, p. 642.

<sup>165</sup> Hurtado Adrián, A., *op. cit.*, p. 254.

<sup>166</sup> Cf. J.M. Palma Herrera, *op. cit.*, p. 785.

<sup>167</sup> Cf. J.G. Fernández Teruelo, “Blanqueo...”, *op. cit.*, p. 319, marginal 2936; M. Abel Souto, “El nuevo...”, *op. cit.*, pp. 2 y 16.

<sup>168</sup> Vid. M. Abel Souto, “La expansión...”, *op. cit.*, pp. 31 y 32; del mismo autor, “La reforma...”, *op. cit.*, pp. 105-108.

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

financiación del terrorismo, donde cabe la imprudencia grave de la persona física,<sup>169</sup> pero, según pone de manifiesto Silva Sánchez, este modelo de responsabilidad no resultaba obligado, pues los convenios normalmente sólo exigen sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias” en las que caben las administrativas, medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas distintas de las penas en sentido estricto;<sup>170</sup> además, en virtud de la reforma, con la empresa responderán los administradores o directivos que no hayan adoptado un programa de cumplimiento eficaz,<sup>171</sup> ya que ahora todos actúan “como garantes de la no comisión de delitos de blanqueo en su organización; en otras palabras, como agentes de policía”.<sup>172</sup>

Asimismo, denuncié<sup>173</sup> que a la incorporación de la “compleja y desordenada”<sup>174</sup> regulación sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no le hubiese acompañado la imprescindible reforma procesal de unas normas inadaptadas al nuevo modelo de incriminación.<sup>175</sup> El legislador ni siquiera aludió “a la necesidad de una coetánea reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal”<sup>176</sup> que estableciese el *status* procesal de las personas jurídicas, que materializase para ellas la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismas y las demás garantías procesales, modificación sin la que “resulta sumamente dudoso que el nuevo modelo pueda cumplir sus pretendidos objetivos”,<sup>177</sup> pues no tomar en consideración las características específicas de la actividad empresarial aboca a una “ineficacia preventiva”.<sup>178</sup> Precisamente

por ello el anterior fiscal general del Estado había calificado de “imperiosa”<sup>179</sup> la necesidad de reformar el proceso penal para esclarecer las múltiples dudas sobre la manera de sentar en el banquillo a una sociedad.<sup>180</sup> En este sentido la *Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*,<sup>181</sup> algo mejora la situación al consagrar un cierto *status* procesal de las personas jurídicas en dos nuevos artículos de la Ley de enjuiciamiento criminal, ya que uno aplica a la toma de declaración al representante designado por la persona jurídica “los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable”<sup>182</sup> e, igualmente, el otro afirma, con una redacción prácticamente idéntica, que el representante podrá declarar en nombre de la persona jurídica “sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio”.<sup>183</sup>

Finalmente, 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<sup>184</sup> admite una “declaración tributaria especial”, así denominada en el apartado I de su exposición de motivos y en la disposición adicional 1<sup>a</sup>, también llamada por algunos “amnistía fiscal” en la medida en que “a la exoneración de sanciones, intereses y recargos tributarios, se une la exoneración de responsabilidad penal”,<sup>185</sup> términos evitados desde instancias gubernativas<sup>186</sup> para salvar las dudas de constitucionalidad, aunque no resulta

<sup>169</sup> B. Feijoo Sánchez, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en J. Díaz-Maroto y Villarejo, *Estudios...*, op. cit., p. 78, y n. 18, a cuyo juicio la expresión “en tales casos” del artículo 302.2 “parece referirse a la existencia de una organización dedicada al blanqueo”, lo que excluiría los supuestos de imprudencia.

<sup>170</sup> Cf. J.-M. Silva Sánchez, “La reforma...”, op. cit., p. 3.

<sup>171</sup> Cf. J. Díaz-Maroto y Villarejo, *Estudios...*, op. cit., p. 475.

<sup>172</sup> J.-M. Silva Sánchez, “Los delitos patrimoniales y económico-financieros”, *Diario La Ley*, núm. 7534, 23 de diciembre de 2010, p. 9.

<sup>173</sup> Vid. M. Abel Souto, “La expansión...”, op. cit., pp. 6 y 32; del mismo autor, “La reforma...”, op. cit., pp. 61, 107 y 108.

<sup>174</sup> B. Mapelli Caffarena, en J. Cuello Contreras y B. Mapelli Caffarena, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 259, marginal 478.

<sup>175</sup> Cf. J.G. Fernández Teruel, “Blanqueo...”, op. cit., p. 329, marginal 3006.

<sup>176</sup> J.-M. Silva Sánchez, “La reforma...”, op. cit., p. 7.

<sup>177</sup> *Idem*.

<sup>178</sup> J. M. Terradillos Basoco, “Financiarización económica y política criminal”, en J.R. Serrano-Piedecasas Fernández y E. Demetrio Crespo (dirs.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, Madrid, 2010, p. 148.

<sup>179</sup> “Conde-Pumpido pide ‘estangular financieramente’ a los grupos que blanquean dinero en España”, *Diario La Ley*, núm. 7535, 27 de diciembre de 2010, p. 2.

<sup>180</sup> *Idem*.

<sup>181</sup> BOE, núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

<sup>182</sup> Párrafo primero del artículo 409 bis.

<sup>183</sup> Artículo 786 bis, apartado primero, párrafo primero.

<sup>184</sup> Vid. BOE, núm. 78, de 31 de marzo de 2012.

<sup>185</sup> P. Sanjuán, “La amnistía fiscal permite el blanqueo de capitales pagando el 10% del dinero negro”, en <http://www.lexdiario.es/noticias>, lunes 9 de abril de 2012, pp. 3 y 4.

<sup>186</sup> Cf. F. Pérez Royo, “¿Amnistía fiscal mediante decreto-ley y sin control judicial?”, en <http://elpais.com>, 16 de mayo de 2012, p. 1.

tan evidente que el artículo 62 *i*) de la Constitución prohíba todas las amnistías sino sólo los indultos generales.<sup>187</sup> Se discute sobre la naturaleza jurídica de esta exención de responsabilidad criminal, pues hay quien opina que se trata de la misma excusa absolutoria recogida en el artículo 305.4 del Código Penal<sup>188</sup> y otros piensan que nos hallamos ante una causa distinta de exención de la responsabilidad criminal, una suspensión de la punibilidad o regularización tributaria diferente,<sup>189</sup> pero es evidente que, en cualquier caso, constituye una medida excepcional para atraer rentas ante la crisis económica y recaudar 2500 millones de euros mediante la afloración del dinero negro.<sup>190</sup>

Concretamente, se permitía regularizar la situación tributaria a los contribuyentes de los impuestos sobre la renta de las personas físicas, de no residentes y de sociedades respecto a sus rentas no declaradas con anterioridad al último periodo impositivo cuyo plazo de declaración se hubiese acabado antes de la entrada en vigor del real decreto-ley,<sup>191</sup> es decir, cuando la titularidad de los bienes o derechos se remonte como máximo al 31 de diciembre de 2010 en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, al 5 de septiembre de 2011 en el impuesto de sociedades o al 30 de marzo de 2012 en el caso del impuesto sobre la renta de no residentes.<sup>192</sup> Bastaba con presentar, hasta el 30 de noviembre de 2012, una declaración e ingresar 10% del importe o valor de adquisición de los bienes o derechos, lo que garantizaba la ausencia de sanciones, intereses o recargos.<sup>193</sup> Asimismo, se establece que si la administración tributaria estima la regularización se exonerará de responsabilidad criminal

aunque la infracción pudiese ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública.<sup>194</sup>

Desde luego, la medida “ha sido muy controvertida”<sup>195</sup> y ha generado “numerosas críticas”<sup>196</sup> y merendados calificativos como “premio gordo”<sup>197</sup> que les ha tocado a los defraudadores, “agravio comparativo para los que cumplen”, según los técnicos del Ministerio de Hacienda, decisión “muy injusta” contraria al artículo 31 de la Constitución, a juicio de la organización profesional de inspectores de Hacienda y “chollo para los defraudadores”, en palabras del secretario general del PSOE,<sup>198</sup> pues en vez de hacer frente al pago de 43% del valor de los bienes, en el caso del impuesto sobre la renta de las personas físicas, al que habría que sumar los recargos del 20% por declaración extemporánea, los intereses de demora y las sanciones administrativas o penales, los defraudadores únicamente satisfarían una alícuota de 10 por ciento.<sup>199</sup>

Por supuesto que las amnistías fiscales son deseadas tanto por los gobiernos con problemas presupuestarios como por los blanqueadores, pues unos buscan aumentar los ingresos tributarios y los otros se benefician de la legalización de grandes cantidades de dinero a cambio de una suma baja,<sup>200</sup> pero no resultan aconsejables. En este sentido, el comisario europeo de fiscalidad las rechaza por no ser eficientes en la lucha contra el fraude y la evasión al crear “expectativas de que cuando estos problemas crezcan en el futuro, habrá otra amnistía”,<sup>201</sup> y aunque en España la economía sumergida en 2011 representase 19.2% del PIB se encuentra en el mismo nivel que la media de los 27 miembros de la Unión Europea.<sup>202</sup>

<sup>187</sup> *Cfr.* J.M. Paredes Castaño, “¿Amnistía fiscal: injusta, inconstitucional y político-criminalmente desastrosa”, en <http://josemanuelparedes.blogspot.com>, miércoles 16 de mayo de 2012, p. 2.

<sup>188</sup> *Vid.* B. del Rosal Blasco, “Reflexiones de urgencia sobre la trascendencia penal de la regularización fiscal extraordinaria del real decreto-ley 12/2012”, en <http://diariolaley.es>, núm. 7885, 21 de junio de 2012, pp. 4 y 5.

<sup>189</sup> *Vid.* J.M. Paredes Castaño, *op. cit.*, pp. 1 y 2; F. Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 1 y 2.

<sup>190</sup> *Cfr.* M.J. Gómez, “Nota de urgencia sobre las novedades fiscales en los presupuestos generales del Estado: reforma en el impuesto sobre sociedades y medidas de carácter excepcional”, en <http://www.rcdslp.es>, abril de 2012, pp. 1 y 2.

<sup>191</sup> *Cfr.* disposición adicional 1<sup>a</sup>, párrafo 1º.

<sup>192</sup> *Cfr.* P. Chico de la Cámara, *El delito de defraudación tributaria tras la reforma del Código Penal por la LO 5/2010. Reflexiones críticas y propuestas “de lege ferenda”*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 122.

<sup>193</sup> *Cfr.* disposición adicional 1<sup>a</sup>, párrafos 2º y 5º.

<sup>194</sup> *Cfr.* disposición final 1<sup>a</sup>.

<sup>195</sup> B. del Rosal Blasco, *op. cit.*, p. 2.

<sup>196</sup> *Idem.*

<sup>197</sup> J.M. Paredes Castaño, *op. cit.*, p. 1.

<sup>198</sup> *Cfr.* M.J. Gómez, *op. cit.*, p. 1.

<sup>199</sup> *Cfr.* P. Chico de la Cámara, *op. cit.*, p. 124.

<sup>200</sup> *Cfr.* J. González Miranda, P. Ponce Mullisaca, J. Rojas Sulca y B. Villanueva Haro, “Lavado de activos”, en <http://perso.unifr.ch/derechopenal>, 2011, p. 44.

<sup>201</sup> “Bruselas rechaza la amnistía fiscal como medida para luchar contra el fraude”, en <http://www.lavanguardia.com/economia>, 27 de junio de 2012, p. 1.

<sup>202</sup> *Idem.*

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

En todo caso, las amnistías fiscales deben rechazarse porque ponen de manifiesto que el control económico y social que implica el delito de blanqueo sólo se aplica a los más desfavorecidos, pero no al Estado, que se convierte en el primer blanqueador de dinero, ni a las grandes fortunas, a las que se les ofrecen soluciones extraordinarias.

Ciertamente en 1984 el ministro de Economía y Hacienda español, Boyer, permitió la adquisición de pagarés del tesoro y en 1991 Solchaga posibilitó canjearlos por una deuda pública especial con un interés inferior al del mercado.<sup>203</sup> También se han utilizado fórmulas similares en otros países, como Alemania, Portugal,<sup>204</sup> Reino Unido, Francia e Italia, en la que el gobierno de Silvio Berlusconi aprobó el decreto-ley 194/2009 que admitía, mediante el pago de una pequeña cuota, repatriar fondos, previamente canalizados en forma ilegal al extranjero, mantener el anonimato y no declarar cómo se obtuvo el dinero,<sup>205</sup> con lo que acertadamente afirma Varese que el producto del crimen organizado invertido en el exterior “puede ser ‘limpiado’ e introducido en el país de origen, fortaleciendo, además, a la mafia en casa”<sup>206</sup>.

Por tanto, no cabe duda de que las autoridades económicas españolas durante algún tiempo promovieron el blanqueo al financiar el déficit público con pagarés del Tesoro,<sup>207</sup> títulos que, pese a su baja rentabilidad, ofrecían el atractivo de ser fiscalmente opacos, característica que los convertía en lugar de acogida privilegiado para el dinero negro.<sup>208</sup> No obstante, las amnistías fiscales olvidan que el orden socioeconómico requiere que la rentabilidad económica sea tamizada por una orientación de Justicia social<sup>209</sup> y hoy no resulta legítimo acudir a ellas, pese a la voluntad del gobierno español y de algunos europeos, por contra-

rias al carácter unitario del Ordenamiento jurídico, pues lo que es ilícito desde un punto de vista penal y administrativo, tras la aprobación de normativas sobre la prevención y represión del blanqueo de dinero, no puede ser lícito desde una perspectiva tributaria.

Asimismo, semejante admisión, según Muñoz Conde, podría dar lugar a supuestos de error, ya que su alegación, en ocasiones, se fundamenta más en que los poderes públicos toleran o fomentan la conducta formalmente ilícita, que en el desconocimiento de la regulación, en la medida en que, con frecuencia, los blanqueadores son auténticos especialistas en la normativa sobre circulación de capitales o se encuentran asesorados por los profesionales más duchos.<sup>210</sup>

El GAFI admite los denominados programas de cumplimiento impositivo voluntario, especialmente en casos de crisis económica, pero reconoce su potencial peligrosidad para el blanqueo, sobre todo en la amnistía fiscal y repatriación de activos, porque el volumen de transacciones puede impedir aplicar correctamente las medidas de control; es posible que las instituciones financieras crean en la legitimidad de todos los movimientos de capitales por aprobación gubernativa y dada la mayor dificultad de verificar la licitud de las transacciones al encontrarse la información sobre ellas en diferentes jurisdicciones.<sup>211</sup> El problema radica en que estos programas eximan a las instituciones financieras de la plena diligencia debida respecto a los contribuyentes y de comprobar el origen legítimo de los fondos o reconozcan la inmunidad frente a la persecución por blanqueo de los que se han acogido a programas de cumplimiento tributario voluntario. Precisamente para evitar el impacto negativo de estos programas en el sistema antiblanqueo el GAFI aprobó en octubre de 2010 cuatro principios básicos.<sup>212</sup>

<sup>203</sup> Cfr. M.J. Gómez, *op. cit.*, p. 2.

<sup>204</sup> *Idem.*

<sup>205</sup> Cfr. F. Varese, *op. cit.*, p. 249, n. 10.

<sup>206</sup> *Idem.*

<sup>207</sup> Cfr. M. Bajo Fernández, “Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos”, *Homenaje a Juan del Rosal. Política criminal y reforma penal*, Edesa, Madrid, 1993, p. 147; del mismo autor, “Derecho penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político/criminales”, “Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del profesor Tiedemann”, *BOE*, 1995, p. 75; J. Carpio Delgado, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 80; D.J. Gómez Iniesta, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 40.

<sup>208</sup> Víd. M. Abel Souto, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 23-25.

<sup>209</sup> Cfr. C. Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, p. 88, con ulteriores referencias bibliográficas en la n. 74.

<sup>210</sup> Cfr. F. Muñoz Conde, “Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos”, *Revista Penal*, núm. 1, 1998, p. 75.

<sup>211</sup> Cfr. Financial Action Task Force (FATF), *International best practices managing the anti-money laundering and counter-terrorist financing policy implications of voluntary tax compliance programmes*, 22 october 2010, en <http://www.fatf-gafi.org>, p. 3, §§1-3.

<sup>212</sup> Cfr. FATF, *International best practices.... op. cit.*, p. 3, §§4 y 5.

Por lo que respecta a la amnistía fiscal española de marzo de 2012 el GAFI, en su reunión plenaria, celebrada bajo presidencia italiana en Roma entre el 20 y el 22 de junio de 2012, encontró coherente el programa de cumplimiento impositivo voluntario español con los cuatro principios básicos.<sup>213</sup>

El primer principio se refiere a que la aplicación efectiva de la normativa antiblanqueo es un requisito para la implantación de cualquier programa de cumplimiento impositivo voluntario. A tales efectos se describen unos elementos, considerados las mejores prácticas, que los países podrían incorporar para evitar el blanqueo: que el dinero repatriado se deposite en instituciones financieras sometidas a la normativa antiblanqueo, tener en cuenta si los fondos proceden de una jurisdicción que no aplica adecuadamente las recomendaciones y sensibilizar a las instituciones financieras de los riesgos para el blanqueo del programa y de que los documentos de las autoridades no son certificados de origen legítimo.<sup>214</sup>

El segundo principio alude a la prohibición de exención total o parcial de las recomendaciones, para lo que se estima que las mejores prácticas a los efectos de impedir que se abuse de los programas de cumplimiento impositivo voluntario para el blanqueo son las siguientes: que se exija a las instituciones financieras adoptar la debida diligencia con los contribuyentes, identificar a los beneficiarios, establecer el origen de las transferencias, no aceptar depósitos sin la plena información del que los originó, que no se exima a los contribuyentes de la investigación o persecución por blanqueo respecto a los fondos repatriados<sup>215</sup> y que las autoridades deben advertir a las instituciones financieras de que no están liberadas de la notificación de operaciones sospechosas a la unidad de inteligencia financiera,<sup>216</sup> especialmente en relación con los activos repatriados o declarados que se cree que derivan exclusivamente de un delito fiscal no punible según el programa de cumplimiento impositivo.

vo voluntario conforme a las recomendaciones 13 y 14, así como la recomendación especial IV, en la numeración anterior al año 2012, y los contribuyentes renuentes o que no cooperaran en divulgar la información sobre la identificación del cliente o el origen del patrimonio repatriado por el programa. A estos efectos se añade que debería considerarse la posibilidad de exigir una comunicación sistemática a la unidad de inteligencia financiera de todos los activos repatriados o la puesta de esa información a su disposición de alguna manera.<sup>217</sup>

Para curarse en salud el secretario general del tesoro y política financiera español dictó, el 11 de mayo de 2012, una nota en la que aclaraba que el real decreto-ley 12/2012 “no afecta, limita o excepciona en modo alguno las obligaciones de prevención del blanqueo”,<sup>218</sup> que debe aplicarse con el máximo rigor y diligencia la Ley 10/2010, así como que la declaración tributaria especial “no constituye título justificativo del origen de los fondos ni regulariza ni legitima potenciales actividades ilícitas”.<sup>219</sup> Igualmente, se advierte de la estricta aplicación de las medidas de diligencia debida contenidas en los artículos 3 a 16 de la Ley 10/2010 —incluida la identificación del titular real de los bienes, la determinación de su origen, las medidas reforzadas en caso de riesgo elevado de blanqueo y la especial atención frente a los activos repatriados desde jurisdicciones que no cooperan con el GAFI o que representan un alto peligro de blanqueo— y del cumplimiento diligente de las obligaciones de información recogidas en los artículos 17 a 25 de la Ley 10/2010, especialmente la comunicación al servicio ejecutivo de la comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias de las operaciones en las que exista indicio o certeza de que están vinculadas con el blanqueo<sup>220</sup> o que no se correspondan ostensiblemente “con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes, siempre que en el examen especial no se aprecie

<sup>213</sup> Cfr. Financial Action Task Force, “Outcomes of the plenary meeting of the FATF, Rome, 20-22 june 2012”, en <http://www.fatf-gafi.org/documents/repository>.

<sup>214</sup> Cfr. FATF, *International best practices...*, op. cit., pp. 4 y 5, §§8 y 9.

<sup>215</sup> Cfr. FATF, *International best practices...*, op. cit., p. 5, §§10 y 11.

<sup>216</sup> Víd. A. Luzón Cánovas, *Delincuencia económica y cooperación institucional. Deberes y procedimientos de colaboración de las instituciones nacionales en la persecución de la criminalidad económica*, Civitas/Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 118-128.

<sup>217</sup> Cfr. FATF, *International best practices...*, op. cit., p. 5, §11, letra e), apartados i) y ii).

<sup>218</sup> Ministerio de Economía y Competitividad, “Declaración tributaria especial y prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”, 11 de mayo de 2012, en [www.tesoro.es](http://www.tesoro.es), p. 1.

<sup>219</sup> *Idem*.

<sup>220</sup> Cfr. Ministerio de Economía y Competitividad, “Declaración tributaria especial...”, op. cit., pp. 1 y 2.

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones”.<sup>221</sup> También se pone el acento, en relación con los activos declarados o repatriados, sobre el “particular rigor respecto de aquellos clientes que se muestren no cooperativos o remisos a facilitar a los sujetos obligados la información necesaria para practicar la debida diligencia o determinar el origen lícito de los bienes o derechos declarados”.<sup>222</sup>

Claramente se puede comprobar que lo único que deseaba el gobierno español con semejante escrito era reproducir los principios sobre programas de cumplimiento impositivo voluntario del GAFI para obtener su visto bueno al real decreto-ley 12/2012, como sucedió en junio de 2012. Sin embargo, la circular del tesoro generó gran preocupación entre los asesores tributarios, que temieron ser sancionados por el simple hecho de aconsejar sobre el funcionamiento de la amnistía a los que hubieran cometido un delito fiscal, pues al no afectar el real decreto-ley al delito de blanqueo el defraudador de más de 120000 euros que regularice su situación, incluso si el origen de sus bienes procede de actividades legales, podría ser procesado por blanqueo.<sup>223</sup> Hasta se va asentando en determinadas fiscalías de audiencias provinciales el criterio de que las cuotas defraudadas que se pretenden regularizar podrían servir de base para un delito de blanqueo, ya que el artículo 305.4 del Código Penal nada dice sobre la exención de responsabilidades por tal delito cuando los bienes declarados tengan procedencia ilícita,<sup>224</sup> y en este sentido se ha reclamado una modificación del mencionado precepto sobre la regu-

larización tributaria para evitar que la autodenuncia implique una condena por blanqueo.<sup>225</sup> En la misma línea el gobierno promovió una reforma del Código Penal para que no fuesen procesados por blanqueo los delincuentes fiscales que hubiesen regularizado su situación,<sup>226</sup> pero no el dinero obtenido con actividades ilegales como el narcotráfico,<sup>227</sup> que se aprobó el 27 de diciembre de 2012,<sup>228</sup> y el secretario general del tesoro y política financiera, con el ánimo de recaudar 2500 millones de euros, dictó en menos de dos semanas, el 24 de mayo de 2012, una segunda nota, para tranquilizar a los potenciales regularizadores, conforme a la cual el artículo 1º de la Ley 10/2010 requiere que los bienes objeto de blanqueo procedan de una actividad delictiva; por consiguiente, al igual que sucede con las operaciones relacionadas con otras regularizaciones, “no resultará preceptiva ninguna comunicación cuando respondan únicamente a eventuales infracciones tributarias que deban reputarse regularizadas”<sup>229</sup> No extrañaba en modo alguno la preocupación del gobierno, pues, debido a la inseguridad jurídica de la que era responsable, hasta julio de 2012 sólo había recaudado 2% de lo que esperaba, 50.4 millones, cuando no faltaba mucho para el término del plazo que permitía acogerse a la amnistía<sup>230</sup> y se dijo que ya no se informaría mensualmente de dicha recaudación,<sup>231</sup> tal vez para no evidenciar este fiasco gubernativo. Al final fueron 1192 millones de euros los ingresados, ni siquiera la mitad de lo previsto,<sup>232</sup> y el grueso de las declaraciones se presentaron el último mes, en noviembre, 29242 de las 31529, por un importe de 1050 millones.<sup>233</sup>

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>222</sup> *Idem*.

<sup>223</sup> Cfr. J. Viñas, “Hacienda evitara que el delito fiscal derive en acusaciones de blanqueo”, en <http://www.cincodias.com>, 24 de mayo de 2012, pp. 1 y 2.

<sup>224</sup> Cfr. B. del Rosal Blasco, *op. cit.*, pp. 2 y 3 y n. 3.

<sup>225</sup> Cfr. P.M. Herrera Molina, “Prólogo”, en P. Chico de la Cámara, *op. cit.*, p. 19.

<sup>226</sup> Vid. *Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social*, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X legislatura, serie A: proyectos de ley, 7 de septiembre de 2012, núm. 17-1, pp. 1-12, cuya exposición de motivos advierte de la nueva configuración, como reverso del delito, de la regularización, que hace desaparecer el injusto del inicial incumplimiento, con lo que no queda rastro del reproche penal, “suprimiendo las menciones que la conceptualaban como una excusa absolvatoria”.

<sup>227</sup> Cfr. J. Viñas, *op. cit.*, p. 1.

<sup>228</sup> Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, 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 la Seguridad Social, BOE, núm. 312, de 28 de diciembre de 2012.

<sup>229</sup> Ministerio de Economía y Competitividad, “Declaración tributaria especial y prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”, 24 de mayo de 2012, en [www.tesoro.es](http://www.tesoro.es), p. 1.

<sup>230</sup> Cfr. Europa Press, “La amnistía fiscal del gobierno recauda hasta junio el 2% previsto para 2012”, en <http://www.expansion.com>/2012/09/09.

<sup>231</sup> Vid. “Hacienda deja de dar información de la amnistía fiscal”, en <http://www.abc.es>/20120926.

<sup>232</sup> Cfr. “El gobierno recauda 1.200 millones de euros”, 3 de diciembre de 2012, en <http://www.lexdario.es>.

<sup>233</sup> Cfr. “La amnistía fiscal ha aflorado, al menos, 40.000 millones de euros según Montoro”, 23 de enero de 2013, en <http://www.lexdario.es>.

Respecto a los otros principios básicos del GAFI sobre los programas de cumplimiento impositivo voluntario, el tercero alude al aseguramiento de que puedan coordinarse y cooperar en la lucha contra el blanqueo las autoridades nacionales:<sup>234</sup> policía, inspección tributaria, fiscalía, judicatura y autoridades de supervisión.<sup>235</sup> A tales efectos se consideran las mejores prácticas: *a)* establecer mecanismos que permitan la coordinación, cooperación y el compartir información antes, durante y después de los programas; *b)* que las autoridades tributarias puedan llevar a cabo sus propias investigaciones o remitirlas a otras autoridades; *c)* que sea posible compartir la información en manos de las autoridades competentes con la unidades de inteligencia financiera, y *d)* suministrar recursos adecuados para que las autoridades gestionen los programas.<sup>236</sup>

Finalmente, el cuarto principio del GAFI en torno al cumplimiento impositivo voluntario se refiere a la cooperación internacional, a la más amplia asistencia jurídica e intercambio informativo, incluida la recuperación de activos, porque su repatriación tiene impacto en más de un país. Para ello se consideran mejores prácticas: *a)* el mayor grado de cooperación entre las autoridades que implantan el programa y las que devuelven los bienes; *b)* las suscripción de tratados o acuerdos internacionales que permitan la cooperación, y *c)* la máxima diligencia cuando los activos se repatrien desde estados que no aplican adecuadamente las recomendaciones.<sup>237</sup>

En cualquier caso, la inconstitucionalidad de la amnistía fiscal española de 2012 resulta evidente no porque se exonere de responsabilidad criminal mediante un decreto-ley en vez de acudir a una ley orgánica<sup>238</sup> —puesto que se “produce un efecto restrictivo sobre la responsabilidad penal”,<sup>239</sup> con lo que la promulgación no afecta al principio de legalidad penal,<sup>240</sup> ya que “se está reduciendo el ámbito de lo penalmen-

te relevante por la vía de la ampliación del contenido de una excusa absolvatoria”,<sup>241</sup> se exonera de responsabilidades criminales y no se crean nuevos delitos ni se agravan las penas—,<sup>242</sup> sino que la clara o “flagrante inconstitucionalidad”<sup>243</sup> en la vertiente penal deriva de la vulneración del principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 14 de la Constitución, al reconocerse una causa personal de supresión de la punibilidad que privilegia injustificadamente a determinados delincuentes sin que existan características diferenciales en sus conductas, pues nada tienen de especial los defraudadores tributarios anteriores al ejercicio fiscal de 2012, de manera que este trato desigual, carente de razón —la necesidad económica, dudosa a la luz de la alegría con la que se decide lo que se recorta y despilfarra, no convierte en razonable el tratamiento diferente al no corresponder con ninguna particularidad de la conducta delictiva ni del individuo, y la Constitución sólo permite actuaciones de los poderes públicos en “estado de necesidad” conforme a los procedimientos del artículo 55, que no admite la suspensión del principio de igualdad ante la ley—, deviene discriminatorio.<sup>244</sup>

También se ha denunciado que el real decreto-ley 12/2012 vulnera tanto el deber constitucional de contribuir al mantenimiento de las cargas públicas, porque el artículo 86 de la Constitución española prohíbe que un decreto-ley afecte a los derechos, deberes o libertades de los ciudadanos y el artículo 31.1 obliga a que todos, según nuestra capacidad económica, colaboremos con el sistema tributario, como los principios de generalidad, pues exonera a los amnistiados del deber de contribuir; progresividad, al establecer el porcentaje impositivo único de 10%; capacidad económica, ya que exime a los contribuyentes con mayor capacidad, e igualdad en el pago de tributos,<sup>245</sup> puesto que somete a ciudadanos en las mismas situaciones a

<sup>234</sup> Cf. FATF, *International best practices...*, op. cit., p. 6, §12.

<sup>235</sup> Sobre la colaboración de diversos organismos e instituciones, entre ellos el servicio ejecutivo de la comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias, con los órganos judiciales y el ministerio fiscal, vid. A. Luzón Cánovas, op. cit., pp. 137-161.

<sup>236</sup> Cf. FATF, *International best practices...*, op. cit.

<sup>237</sup> Cf. FATF, *International best practices...*, op. cit., pp. 6 y 7, §13.

<sup>238</sup> De esta opinión vid. F. Pérez Royo, op. cit., pp. 1 y 2.

<sup>239</sup> J.M. Paredes Castañón, op. cit., p. 1.

<sup>240</sup> *Idem*.

<sup>241</sup> B. del Rosal Blasco, op. cit., p. 5.

<sup>242</sup> *Idem*.

<sup>243</sup> J.M. Paredes Castañón, op. cit., p. 2.

<sup>244</sup> *Idem*.

<sup>245</sup> Cf. Europa Press, “El Tribunal Constitucional admite el recurso del PSOE contra la amnistía fiscal aprobada por el gobierno”, *Diario La Ley*, núm. 7907, 23 de julio de 2012, <http://diariolaley.laley.es>, pp. 1 y 2.

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

regímenes diferentes. Por todo ello, el PSOE interpuso, el 25 de junio, ante la Audiencia Nacional, un recurso contencioso-administrativo para suspender cautelarmente la amnistía fiscal y posteriormente más de 50 diputados socialistas presentaron un recurso de inconstitucionalidad contra el real decreto-ley 12/2012 que ha sido admitido a trámite.<sup>246</sup>

Además, desde el punto de vista político-criminal, según advierte Paredes Castañón, la amnistía fiscal española de 2012 incrementa las percepciones de inmorальidad e injusticia del sistema tributario, así como de impunidad del fraude, desalienta a las autoridades de persecución, introduce una causa de supresión de la punibilidad valorativamente muy endeble e injustificable<sup>247</sup> y promueve el blanqueo de dinero procedente de la “economía sumergida”, negocios ilegales o delitos; de ahí la mayor utilidad y fuente de ingresos para el Estado, puesto que el que tenga bien oculto su dinero, *v. gr.* en paraísos fiscales, carecerá de alicientes relevantes para declararlo, pero “sí que los tiene aquel que desee incorporar a la economía legalizada dichos ingresos”.<sup>248</sup>

Goethe constató, en la primera parte de su tragedia *Fausto*, para muchos la obra cumbre de la literatura germánica, la costumbre de que únicamente la Iglesia podía encargarse de los bienes de procedencia dudosa.<sup>249</sup> El Estado español no quiere ser menos, de manera que permite que los capitales de origen delictivo se “acojan a sagrado”, con la condición de que la Hacienda Pública se aproveche de ellos, mas no todo es

legítimo para llenar las arcas, máxime cuando se produce una pérdida de valores constitucionales tan evidentes.

### II. Tipologías de blanqueo y nuevas tecnologías

El blanqueo de dinero constituye, según pone de manifiesto Levi, un “delito de globalización”,<sup>250</sup> cuya importancia en la actualidad resulta trascendental debido a la crisis económica que padecemos, pues las organizaciones criminales, caracterizadas por una creciente naturaleza transnacional, con sus actividades ilegales cada vez debilitan más la economía<sup>251</sup> y penetran en el sistema financiero, las haciendas públicas o servicios aduaneros a causa de su vulnerabilidad.<sup>252</sup>

Ya hace década y media que Pieth reconoció que las innovaciones tecnológicas facilitan de un modo decisivo la internacionalización, entre las que tienen especial interés las nuevas posibilidades de comunicación y con ellas la intensificación de los flujos financieros e informativos.<sup>253</sup> Las relaciones sociales y jurídicas han sido transformadas mediante la informática y las telecomunicaciones<sup>254</sup> en la denominada “sociedad de la información”.

Asimismo, los cambios se suceden a una “velocidad vertiginosa”<sup>255</sup> en el mundo de las tecnologías de la información y la comunicación, lo que genera una “obsolescencia fugazísima”,<sup>256</sup> y el ciberespacio se encuentra en una permanente revolución que incrementa el ámbito de oportunidades delictivas.<sup>257</sup>

<sup>246</sup> *Idem.*

<sup>247</sup> Cf. J.M. Paredes Castañón, *op. cit.*, p. 2.

<sup>248</sup> *Idem.*

<sup>249</sup> El valor literario de la frase se pierde en la traducción y desaparece por completo en mi paráfrasis; sin embargo, puede apreciarse el texto alemán en la reproducción que hace Arzt encabezando su artículo “Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall”, *Juristen Zeitung*, 1993, p. 913:

“Die Kirch’ allein, meine lieben Frauen,  
Kann ungerechtes Gut verdauen”.

<sup>250</sup> M. Levi, “Crimes of globalisation: some measurement issues”, en M. Joutsens (ed.), *New types of crime. Proceedings of the International Seminar Held in Connection with Heuni’s Thirtieth Anniversary, Helsinki 20 October 2011*, Heuni, Helsinki, 2012, p. 107.

<sup>251</sup> Vid. K.M. Finklea, “Organized crime in the United States: trends and issues for congress”, *Journal of Current Issues in Crime, Law & Law Enforcement*, vol. 2, núm. 1, 2009, pp. 9-40.

<sup>252</sup> Vid. J. Fisher, “The vulnerability of her majesty’s revenue & customs to penetration by criminal actors”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 15, núm. 2, 2012, pp. 153-161.

<sup>253</sup> Cf. M. Pieth, “Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 4, 1997, p. 756.

<sup>254</sup> Cf. M.J. Pérez Estrada, “La investigación del delito a través de las nuevas tecnologías. Nuevos medios de investigación en el proceso penal”, en J.L. de la Cuesta Arzamendi (dir.), *Derecho penal informático*, Civitas/Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 305.

<sup>255</sup> E. Gamero Casado, “El objeto de la Ley 18/2011 y su posición entre las normas relativas a las tecnologías de la información”, en M. Abel Souto y J. Valero Torrijos (coords.), *Las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 48.

<sup>256</sup> *Idem.*

<sup>257</sup> Cf. F. Miró Llinares, “La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-07, 2011 pp. 13 y 38.

Si a ello se le une la “globalización de mercados y economías”<sup>258</sup> resulta que “la internacionalización del sector financiero no sólo ha traído las ventajas de la celeridad y de la seguridad en las transacciones financieras, sino que desgraciadamente también ha mejorado las modalidades y la expansión del blanqueo de dinero”,<sup>259</sup> porque la movilidad, informatización y *desregulación* han abierto un campo ideal de actuación para los delincuentes económicos en general, sobre todo mientras el Derecho penal siga organizándose nacionalmente.<sup>260</sup>

En efecto, se ha señalado que “uno de los delitos que más se ha beneficiado de Internet es el blanqueo”,<sup>261</sup> “generalizado y radicalizado”<sup>262</sup> por los nuevos medios electrónicos, con un desarrollo “espectacular”<sup>263</sup> gracias al potencial ejecutivo que le ofrecen Internet y las transferencias electrónicas.<sup>264</sup>

El creciente uso de los nuevos métodos de pago ha producido, con sus transacciones y movimientos de fondos, un incremento en la detección de casos de blanqueo cometidos utilizando medios telemáticos,<sup>265</sup> ya que el atractivo que presentan las nuevas tecnologías para los blanqueadores surge, principalmente, del anonimato,<sup>266</sup> la alta negociabilidad y utilidad de los fondos así como del acceso global por la red de cajeros automáticos,<sup>267</sup> factores a los que habría que añadir los problemas de persecución<sup>268</sup> y prueba, por falta

de competencia, medios y hasta capacitación, dificultades de detección, lugar comisivo, prescripción, ley aplicable, distanciamiento geográfico, cooperación policial y judicial,<sup>269</sup> ante los que la Administración de Justicia no puede “fossilizarse como un paquidermo pleistocénico”<sup>270</sup> y que requieren nuevos métodos de investigación que mantengan un delicado equilibrio entre seguridad y derechos fundamentales.<sup>271</sup>

En cualquier caso, para evitar el abuso por la criminalidad organizada de las insuficiencias legales en las nuevas tecnologías,<sup>272</sup> Internet no puede ser un “ámbito ajeno al Derecho”,<sup>273</sup> sino que debe ser regulado.<sup>274</sup>

Ciertamente los nuevos sistemas de pago facilitan a los blanqueadores su actividad criminal, pues son mejores que el dinero en efectivo para trasladar grandes cantidades pecuniaras; las relaciones de negocios no presenciales favorecen la utilización de testaferros e identidades falsas; la ausencia de riesgo crediticio, al existir normalmente un prepago, desincentiva que los proveedores de servicios obtengan una completa y precisa información sobre los clientes o la naturaleza de las relaciones comerciales y la velocidad de las transacciones dificulta el control de los bienes o su posible congelación.<sup>275</sup>

No obstante, el desarrollo de las tecnologías, entre ellas Internet, ha implicado incuestionables ventajas,<sup>276</sup> “un auténtico cambio en los modos de relación

<sup>258</sup> N.J. Mata Barranco, “Ilicitos vinculados al ámbito informático: la respuesta penal”, en J.L. de la Cuesta Arzamendi, *op. cit.*, p. 21.

<sup>259</sup> C. Ponte, “L’impegno internazionali nell’applicazione della normativa antiriciclaggio nel settore finanziario”, en E. Palombi (comp.), *Il riciclaggio dei proventi illeciti. Tra politica criminale e diritto vigente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1996, p. 242.

<sup>260</sup> Cfr. M. Pieth, “Internationale Harmonisierung...”, *op. cit.*, p. 757.

<sup>261</sup> C. Velasco San Martín, *La jurisdicción y competencia sobre delitos cometidos a través de sistemas de cómputo e internet*, Tirant lo Blanch, València, 2012, p. 75.

<sup>262</sup> B. Sandywell, “On the globalisation of crime: The internet and new criminality”, en Y. Jewkes y M. Yar, *Handbook of Internet Crime*, Willan Publishing, Devon/Portland, 2010, p. 46.

<sup>263</sup> M.J. Pérez Estrada, *op. cit.*, p. 306.

<sup>264</sup> Cfr. J.G. Fernández Teruelo, *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de internet*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2007, pp. 155 y 158; del mismo autor, *Derecho penal e internet*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 231 y 234.

<sup>265</sup> Cfr. Financial Action Task Force (FATF), *Report, Money Laundering Using New Payment Methods, October 2010*, en <http://www.fatf-gafi.org>, p. 7, §1, y p. 9, §18.

<sup>266</sup> Cfr. J.G. Fernández Teruelo, *Cibercrimen*, *op. cit.*, p. 158; del mismo autor, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 234; N.J. Mata Barranco, *op. cit.*, p. 19; F. Miró Llinares, *op. cit.*, pp. 12, 13, 25 y 26; C. Velasco San Martín, *op. cit.*, p. 75.

<sup>267</sup> Cfr. FATF, *Money Laundering Using New...*, *op. cit.*, p. 7, §5.

<sup>268</sup> Vid. S. Gless, “Strafverfolgung im Internet”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 130, núm. 1, 2012, pp. 3-22.

<sup>269</sup> Cfr. N.J. Mata Barranco, *op. cit.*, pp. 19, 20, 26 y 28.

<sup>270</sup> E. Gamero Casado, *op. cit.*, p. 50.

<sup>271</sup> Vid. M.J. Pérez Estrada, *op. cit.*, pp. 307, 309 y 311-317.

<sup>272</sup> Vid. D. Angelini/S. Gibson, “Organized crime and technology”, *Journal of Security Education*, vol. 2, núm. 4, 2007, pp. 65-73.

<sup>273</sup> S. Gless, *op. cit.*, p. 22.

<sup>274</sup> Cfr. M. Gómez Tomillo, *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*, 2<sup>a</sup> ed., Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 189.

<sup>275</sup> Cfr. FATF, *Money Laundering Using New...*, *op. cit.*, p. 21, §§58 y 61.

<sup>276</sup> Cfr. N.J. Mata Barranco, *op. cit.*, p. 16.

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

administrativa, educativa, laboral o social”,<sup>277</sup> y hasta facilita, mediante recursos *online*, la verificación de la identidad u otros deberes de diligencia para la prevención del blanqueo.<sup>278</sup> Los nuevos métodos de pago son fruto de la necesidad mercantil de ofrecer alternativas a los servicios financieros tradicionales, de no excluir a nadie del sistema por mala calificación crediticia, edad o residencia en zonas de escasa oferta bancaria y pueden tener un efecto positivo sobre la economía, dada su eficiencia en cuanto a rapidez de las transacciones, seguridad tecnológica, bajos costes comparados con los instrumentos de pago basados en el papel y la accesibilidad, especialmente de las tarjetas prepago y los servicios de pago con teléfonos móviles, identificados como una posible herramienta para integrar a los excluidos por razones de pobreza.<sup>279</sup>

A modo de ejemplo, en Estados Unidos cuatro millones de personas, que reciben subsidios de la Seguridad Social, carecen de cuentas bancarias; para reducir su dependencia respecto a los cheques, que obligan a los menos favorecidos a gastar entre 50 y 60 dólares mensuales en el cambio de cheques, pago de facturas o envío de dinero a familiares, se les suministraron las prestaciones mediante tarjetas de prepago con las que podían comprar bienes u obtener dinero en efectivo. Por otra parte, en Pakistán la guerra desplazó, en 2009, a más de un millón de personas y su gobierno distribuyó tarjetas de prepago con un valor máximo de 25 000 rupias, unos 300 dólares, de manera que proporcionó asistencia inmediata a casi 300 000 familias. Igualmente, en Afganistán se pagó a la policía mediante teléfonos móviles con el fin de evitar tanto el abandono del puesto de trabajo para cobrar el salario como la corrupción y el cohecho.<sup>280</sup>

Incluso frente a los clientes anónimos los nuevos métodos de pago ofrecen a las autoridades más pistas que el dinero en efectivo, porque siempre generan un registro electrónico que puede suministrar la dirección de IP,<sup>281</sup> los lugares de pago, transferencia o retirada de fondos y hasta la localización e identificación del sospechoso de blanqueo mediante cámaras de vigilancia ubicadas en el sitio en el que se utilizó el producto,<sup>282</sup> aunque sigue siendo más compleja la identificación en el mundo digital que en el real<sup>283</sup> y se ha cuestionado la utilidad de las huellas electrónicas en la medida en que la dirección de IP puede falsificarse, llevar a zonas problemáticas o cibercafés en que la videovigilancia no existe;<sup>284</sup> las redes wifi permiten accesos desde sitios abiertos, hay proveedores de servicios gratuitos que no exigen identificación, sistemas que admiten el envío de correos electrónicos anónimos y robots que impiden reconocer al usuario,<sup>285</sup> con lo que “el ciberespacio puede seguir siendo un ámbito para la intercomunicación anónima”.<sup>286</sup>

Ya en 1996 el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) se preocupó por las nuevas tecnologías en la 13<sup>a</sup> de sus recomendaciones, porque suponen un peligro para el blanqueo<sup>287</sup> al permitir la realización de enormes transacciones instantáneamente, desde lugares remotos, guardando el anonimato y sin la implicación de instituciones financieras tradicionales.<sup>288</sup> La ausencia de intermediación financiera dificulta la identificación de clientes y el registro de información.<sup>289</sup> Además, las técnicas de investigación tradicionales devienen poco efectivas u obsoletas ante las nuevas tecnologías: el problema que presentaba para los blanqueadores el volumen físico del dinero —hasta el punto de abandonar el papel moneda porque no

<sup>277</sup> *Idem*.

<sup>278</sup> *Vid. The Money Laundering Officer's Practical Handbook 2011, Compliance Training Products Limited, Cambridge, 2011, pp. 37-39 y 54.*

<sup>279</sup> *Cfr. FATF, Money Laundering Using New..., op. cit.*, p. 12, §29 y notas 7 y 8.

<sup>280</sup> *Cfr. FATF, Money Laundering Using New..., op. cit.*, pp. 12 y 13, cuadro 1, p. 15, n. 17 y p. 20, cuadro 5.

<sup>281</sup> *Cfr. FATF, Money Laundering Using New..., op. cit.*, p. 20, §57 y n. 33.

<sup>282</sup> Sobre los problemas relativos a la detección de ordenadores desde los que se accede a Internet, *vid. A. Palomo del Arco, “Delitos contra la propiedad intelectual: investigación a través de las nuevas tecnologías”, en R.M. Mata y Martín (dir.), La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet, La Ley, Madrid, 2011, pp. 281-286.*

<sup>283</sup> *Cfr. N.J. Mata Barranco, op. cit.*, p. 19, n. 10.

<sup>284</sup> *Cfr. FATF, Money Laundering Using New..., op. cit.*, pp. 20 y 21, n. 34.

<sup>285</sup> *Cfr. F. Miró Llinares, op. cit.*, p. 13.

<sup>286</sup> *Idem*.

<sup>287</sup> *Cfr. recomendación 13<sup>a</sup>, Financial Action Task Force on Money Laundering, Annual Report 1995-1996 (FATF-VII), en <http://www.oecd.org/fatf/annual95.htm>, anexo 1.*

<sup>288</sup> *Cfr. FATF-VII, op. cit., Reviewing Money Laundering Methods and Counter-measures*, p. 8, §24.

<sup>289</sup> *Vid. Annex I to the Financial Action Task Force on Money Laundering, Annual Report 1996-1997 (FATF-VIII), en <http://www.oecd.org/fatf/rep96-97.htm>, Report on Typologies-Issues Concerning New Payment Technologies, pp. 25-27, §§17-19 y 21-29.*

podían moverlo con suficiente rapidez— se minimiza con el “dinero electrónico”; su rápida movilidad, especialmente en Internet, dificulta seguir el rastro de los fondos transferidos y el desacostumbrado volumen de datos a analizar casi imposibilita la detección de actividades sospechosas.<sup>290</sup>

Téngase en cuenta que hace 30 años Internet no existía.<sup>291</sup> Sin embargo, década y media más tarde se acordó el cierre en Antigua del European Union Bank,<sup>292</sup> famoso por ser el primer banco que operaba por medio de Internet,<sup>293</sup> cuya publicidad en la web se destinaba a los defraudadores fiscales y a los blanqueadores de dinero.<sup>294</sup> Hoy casi tres cuartas partes de los hogares de la Unión Europea cuentan con acceso a Internet, más de un tercio de la población realiza operaciones bancarias en línea<sup>295</sup> y en el mundo se han alcanzado 2267 millones de usuarios de Internet.<sup>296</sup>

Precisamente por ello el GAFI elaboró, el 13 de octubre de 2006, un informe sobre nuevos métodos de pago, entre cuyas conclusiones figuraba la necesidad de su actualización en dos años,<sup>297</sup> y otro documento, el 18 de junio de 2008, relativo a las vulnerabilidades de las webs comerciales y los sistemas de pago en

Internet contra el blanqueo y la financiación del terrorismo.<sup>298</sup>

Más recientemente, en octubre de 2010, se redactó otro informe<sup>299</sup> sobre el uso de los nuevos métodos de pago para el blanqueo de dinero<sup>300</sup> en el que se estudiaron, primeramente, las tarjetas de prepago, reguladas y supervisadas en todas las jurisdicciones que contestaron al cuestionario que se les presentó, con proveedores de servicios, en 34 de los 37 países analizados, en los que el número de usuarios pasó, desde 2004 hasta 2008, de 107.6 a 275.28 millones y utilizadas por 17% de los estadounidenses que, según las estimaciones, se apropiarán de 53% del mercado mundial en 2017.<sup>301</sup> Entre los casos detectados figuran supuestos de blanqueo de productos obtenidos mediante la venta ilegal en línea de esteroides, pagados con tarjetas de prepago, asuntos relacionados con el juego ilícito, narcotráfico, financiación del terrorismo<sup>302</sup> y otras actividades delictivas.<sup>303</sup>

En segundo término, el informe de 2010 analizó los servicios de pago en Internet,<sup>304</sup> de crecimiento constante,<sup>305</sup> y su empleo abusivo para la ejecución del denominado “ciberblanqueo”,<sup>306</sup> también vinculado a

<sup>290</sup> Cfr. *Issues Concerning New Payment Technologies*, op. cit., pp. 28, 29 y 31, §§31, 32, 34, 36, 37 y 45.

<sup>291</sup> Cfr. “Frequently asked questions: The new European cybercrime centre”, en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/12/221>, Bruselas, 28 de marzo de 2012, p. 1.

<sup>292</sup> Vid. T. Schudelaro, “Electronic payment systems and money laundering: beyond the internet hype”, *Global Journal on Crime & Criminal Law*, vol. 10, núm. 1, 2006, pp. 47-72.

<sup>293</sup> Cfr. *Financial Action Task Force on Money Laundering 1997-1998 (FATF-IX). Report on Money Laundering Typologies*, en <http://www.oecd.org/fatf/fatfix.htm>, pp. 4 y 16, §§11 y 72.

<sup>294</sup> Vid. J.A. Blum, M. Levi, R.T. Naylor y P. Willians, *Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero*, Naciones Unidas, Nueva York, 1999, pp. 52-57, con reproducción de los anuncios que el “Banco de la Unión Europea” incluyó en Internet; D. Martin, *La criminalité informatique. Cyber-crime: sabotage, piratage, etc., évolution et répression*, Presses Universitaires de France, París, 1997, pp. 38 y 39.

<sup>295</sup> Cfr. “Bruselas propone crear un centro europeo contra la ciberdelincuencia”, *Gaceta Informativa, Lex Nova*, núm. 436, 28 de marzo de 2012, <http://www.lexdiario.es/noticias/119713/bruselas->, p. 1; Comisión Europea, “Un centro europeo contra la delincuencia informática para luchar contra los delincuentes en línea y proteger a los consumidores que utilizan internet”, en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/317>, p. 1; “Frequently...”, op. cit., p. 1.

<sup>296</sup> Cfr. Fundación Orange, *España. Informe anual 2012 sobre el desarrollo de la sociedad de la información en España*, en [www.fundacionorange.es](http://www.fundacionorange.es), p. 9.

<sup>297</sup> Cfr. *Financial Action Task Force, Report on New Payment Methods*, 13 October 2006, en <http://www.fatf-gafi.org>, p. 25.

<sup>298</sup> Vid. *Financial Action Task Force, Money Laundering & Terrorist Financing Vulnerabilities of Commercial Websites and Internet Payment System*, 18 june 2008, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-39.

<sup>299</sup> Vid. FATF, *Money Laundering Using New...*, op. cit., pp. 1-117.

<sup>300</sup> Vid. Jr. Baldwin y N. Fletcher, “The financing of terror in the age of the internet: Wilful blindness, greed or a political statement?”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 8, núm. 2, diciembre de 2004, pp. 125-158.

<sup>301</sup> Cfr. FATF, *Money Laundering Using New...*, op. cit., pp. 8, 10, 15 y 16, §§9, 23, 36 y 37.

<sup>302</sup> Vid. FATF, *Money Laundering Using New...*, op. cit., pp. 37 y 38, casos 1 a 5.

<sup>303</sup> Vid. FATF, *Money Laundering Using New...*, op. cit., pp. 41 y 42, casos 16 a 24; p. 44, casos 28 y 29 y pp. 46 y 47.

<sup>304</sup> Vid. S. Philippsohn, “Money laundering on the internet”, *Computer & Security*, vol. 20, núm. 6, 2001, pp. 485-490; H. Ping, “New trends in money laundering - From the real world to cyberspace”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 8, núm. 1, 2004, pp. 48-55; L. Yan, L. Ai y J. Tang, “Risk-based AML regulation on internet payment services in China”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 14, núm. 1, 2011, pp. 93-101.

<sup>305</sup> Cfr. FATF, *Money Laundering Using New...*, op. cit., p. 17, §§44 y 47.

<sup>306</sup> Vid. W. Filipkowski, “Cyber laundering: An analysis of typology and techniques”, *International Journal of Criminal Justice Sciences*, vol. 3, núm. 1, 2008, pp. 15-27.

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

la financiación del terrorismo.<sup>307</sup> El pago por Internet se encuentra regulado y sometido a supervisión en la mayoría de las jurisdicciones, aunque no en todas, y 17 de los 37 países que contestaron al cuestionario del estudio cuentan con proveedores de este servicio,<sup>308</sup> los cuales desempeñan un papel fundamental para prevenir el blanqueo.<sup>309</sup> En los últimos años el cibercrimen se ha desarrollado rápidamente gracias a los mercados *online*, en los que prolifera el robo de credenciales (*phishing*), vendidas en línea, por delincuentes especializados que no serán los usuarios finales,<sup>310</sup> y tanto la suplantación de identidad<sup>311</sup> como su falsificación constituyen una de las principales fórmulas utilizadas para blanquear dinero por medio de Internet.<sup>312</sup> De hecho, se ha evolucionado desde la “carta nigeriana”, así llamada porque correos electrónicos no solicitados procedentes de África se originaron mayoritariamente en Nigeria, consistente en un mero envío de un mensaje electrónico, hasta las más sofisticadas actividades criminales por medio de Internet basadas en la falsificación de documentos, el robo de identidad y el blanqueo de dinero.<sup>313</sup> Así, se han detectado casos de utilización de los servicios de pago en Internet para blanquear las ganancias de la propaganda racista prohibida, de la venta de cosas robadas en una web comercial, de la extorsión, de la venta *online* de productos falsificados, mediante vales de caja o bonos en efectivo, uso de una cuenta de moneda digital para recibir el producto de robos bancarios por Internet de un socio extranjero o blanqueo de los beneficios derivados del tráfico prohibido de hormonas y esteroides,<sup>314</sup> entre otros casos.<sup>315</sup>

En tercer lugar, el documento de 2010 abordó los pagos con teléfonos móviles, también regulados y supervisados en la mayoría de las naciones, aunque no en todas, con proveedores en 16 de los 37 países analizados.<sup>316</sup> Igualmente, los servicios de pagos con móviles están experimentando un incremento constante, de manera que en 2015 se prevé que 1 400 millones de personas utilizarán para enviar dinero sus teléfonos móviles.<sup>317</sup> Sin embargo, hasta ahora únicamente se han detectado en este sector tres casos que podrían estar relacionados con el blanqueo, dos en Filipinas, vinculados a estafas, y uno en las Islas Caimán, sobre venta de créditos telefónicos robados, bien sea debido a que el volumen y valor de las transacciones todavía es muy pequeño, o bien por los bajos límites máximos de operaciones admitidas o tal vez porque los proveedores y las fuerzas del orden público no están familiarizados con la tecnología para descubrir sus empleos abusivos o por el poco éxito del negocio, de momento, para los proveedores, dado su escaso margen de beneficios y las necesidades de conseguir un gran número de clientes para obtener ganancias y de superar tanto obstáculos tecnológicos como de seguridad con el fin de ganar su confianza o debido a las regulaciones prudenciales de la materia y las normativas antiblanqueo.<sup>318</sup>

Por último, las nuevas recomendaciones revisadas del GAFI, que se presentaron el 16 de febrero de 2012, hacen referencia, en la 15<sup>a</sup>, a que los países y las entidades financieras deberían identificar y evaluar los riesgos que para el blanqueo de dinero entrañan las nuevas tecnologías y también se ocupan, en la 16<sup>a</sup>, de las transferencias electrónicas y la identificación

<sup>307</sup> Vid. M.L. Hummel, “Internet terrorism”, *Homeland Security Review*, vol. 2, núm. 2, verano de 2008, pp. 117-130; J.D’. Souza, *Terrorist financing, Money Laundering, and Tax Evasion. Examining the Performance of Financial Intelligence Units*, CRC Press, Boca Raton, 2012.

<sup>308</sup> Cf. FATF, *Money Laundering Using New...*, op. cit., pp. 8 y 10, §§9 y 23.

<sup>309</sup> Vid. S. Philippsohn, “The dangers of new technology - Laundering on the internet”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 5, núm. 1, pp. 87-95.

<sup>310</sup> Vid. P.A. Watters, “A methodology for analyzing the credential marketplace”, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 14, núm. 1, 2011, pp. 32-43.

<sup>311</sup> Vid. R. Mata y Martín, “El robo de identidad: ¿una figura necesaria?”, en I. Alamillo Domingo y otros, *Robo de identidad y protección de datos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 199-220.

<sup>312</sup> Cf. J.G. Fernández Teruelo, *Cibercrimen*, op. cit., p. 159; del mismo autor, *Derecho penal...*, op. cit., p. 234; C. Velasco San Martín, op. cit., p. 75.

<sup>313</sup> Vid. A. Atta-Asamoah, “Understanding the West African cyber crime process”, *African Security Review*, vol. 18, núm. 4, diciembre de 2009, pp. 106-114.

<sup>314</sup> Cf. FATF, *Money Laundering Using New...*, op. cit., pp. 38-40, casos 6 a 12.

<sup>315</sup> Ibid., p. 43, casos 25 a 27; pp. 44 y 45, casos 30 a 33; J.D’. Souza, op. cit., pp. 78-87.

<sup>316</sup> Cf. FATF, *Money Laundering Using New...*, op. cit., pp. 8 y 10, §§9 y 23.

<sup>317</sup> Ibid., p. 18, §§51 y 52 y n. 29.

<sup>318</sup> Ibid., p. 10, §23 y n. 5; p. 18, §52; p. 19, n. 31; p. 26, §80; p. 37, §123, y p. 40, casos 13 a 15.

tanto de sus ordenantes como de sus beneficiarios,<sup>319</sup> recomendación sobre la que existe una nota interpretativa en la que se admite la fijación por los países de umbrales mínimos no superiores a 1000 euros para relajar las obligaciones informativas, que se incrementan en el caso de transferencias cualificadas al exceder tales límites.<sup>320</sup> Precisamente, para atenuar las exigencias identificativas, durante la elaboración de la recomendación 16<sup>a</sup> se ha sustituido el término “plena”, que calificaba a la información, por “exigida”, y en las transferencias cualificadas por su cuantía los requisitos relativos a la dirección del ordenante, el número nacional de identidad, el número de identificación del cliente y la fecha y lugar de nacimiento se han transformado en alternativos mediante la conjunción disyuntiva “o”.<sup>321</sup>

En suma, ante todas las amenazas evidentes contra la Administración de Justicia y el tráfico legal económico y financiero que implica la utilización de las nuevas tecnologías, conviene permanecer atentos a su desarrollo para evitar el blanqueo de dinero. En este sentido, la Comisión propuso, en marzo de 2012, crear un centro europeo de ciberdelincuencia, vinculado a Europol, que está en operación desde enero de 2013.<sup>322</sup>

Respecto a las tipologías, ya es clásico afirmar sobre los métodos y técnicas empleadas para el blanqueo que “están en evolución constante”,<sup>323</sup> puesto que se produce un “efecto globo”,<sup>324</sup> denominación que plásticamente pone de manifiesto el hecho de que cada vez que las autoridades dificultan unos mecanismos de blanqueo los delincuentes encuentran otros, es decir, cuando los sistemas nacionales e internacionales de

prevención y persecución estrangulan ciertos métodos de blanqueo el “globo” se vuelve más pequeño en ese lugar apretado, pero se expande por otras partes,<sup>325</sup> puesto que entre las características fundamentales de los blanqueadores figuran “su facilidad de adaptación a las nuevas situaciones y la rapidez en el desarrollo de nuevos métodos”.<sup>326</sup>

Con todo, los blanqueadores no han abandonado completamente las tipologías tradicionales, clásicas y personales,<sup>327</sup> sino que las combinan con fórmulas complejas, “de grandes estructuras, muy jerarquizadas, organizadas de forma directa desde países alejados de los lugares de comisión de los delitos y que ejecutan actividades criminales en todos los sectores”,<sup>328</sup> métodos más sofisticados que se utilizan para salvar los escollos de las normas contra el blanqueo.<sup>329</sup>

En los últimos años el GAFI ha prestado especial atención a los *trusts* o fideicomisos y a las empresas proveedoras de servicios,<sup>330</sup> cuya importante función de intermediarios entre las instituciones financieras y sus clientes ha hecho que, frecuentemente, hayan sido utilizados, a sabiendas o no, en actividades de blanqueo, aunque también pueden desempeñar un relevante papel en su detección, prevención y persecución<sup>331</sup> todas las personas y entidades que participan en la creación, administración y gestión de fondos, a las que hace referencia la letra *e*) de la recomendación 22<sup>a</sup> del GAFI tras la revisión de 2012.<sup>332</sup> Evidentemente, los fiduciarios permiten ocultar la verdadera titularidad de los bienes, que corresponde al fiduciante,<sup>333</sup> y su colaboración resulta imprescindible, pues, a modo de ejemplo, en el caso Gürtel las autoridades judiciales suizas

<sup>319</sup> Cf. Financial Action Task Force (FATF), *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. The FATF Recommendations*, February 2012, en <http://www.fatf-gafi.org>, p. 17.

<sup>320</sup> Vid. FATF, *International Standards...*, op. cit., pp. 71-76.

<sup>321</sup> Cf. “Las nuevas recomendaciones del GAFI: presentación”, en <http://www.controlcapital.net/noticia/991>, 27 de febrero de 2012, p. 2.

<sup>322</sup> Cf. “Bruselas propone...”, op. cit., p. 1; “Ciberdelincuencia: los ciudadanos de la Unión Europea, preocupados por la seguridad de la información personal y los pagos en línea”, en <http://www.diariojuridico.com/actualidad/noticias>, 11 de julio de 2012, p. 2: Comisión Europea, op. cit., p. 1; “Frecuentemente...”, op. cit., pp. 1 y 2.

<sup>323</sup> Financial Action Task Force (FATF), *Annual Report 2010-2011*, 2011, en <http://www.fatf-gafi.org>, p. 16.

<sup>324</sup> B. Zagaris, *International White Collar Crime. Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 68.

<sup>325</sup> *Idem*.

<sup>326</sup> I. Blanco Cordero, *El delito de blanqueo...*, op. cit., p. 61.

<sup>327</sup> Cf. M.A. Núñez Paz, “Tipologías criminales de blanqueo. Técnicas de comisión”, en M. Abel Souto y N. Sánchez Stewart, *II Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 217.

<sup>328</sup> *Idem*.

<sup>329</sup> Cf. I. Blanco Cordero, *El delito de blanqueo...*, op. cit., p. 61.

<sup>330</sup> Vid. Financial Action Task Force Report, *Money laundering using trust and company service providers*, october 2010, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-101.

<sup>331</sup> Cf. FATF, *Annual Report 2010-2011*, op. cit., p. 17

<sup>332</sup> Vid. FATF, *International Standards...*, op. cit., p. 20.

<sup>333</sup> Cf. A. Domínguez Puntas, *Delito fiscal y blanqueo de capitales*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 307, marginal 2335.

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

pudieron proceder a la congelación de 18.6 millones de euros gracias a la colaboración del encargado de gestionar el patrimonio de los imputados.<sup>334</sup> Sin embargo, con la creación de fideicomisos el blanqueador esconde su identidad mediante la constitución de un fondo, de manera que la sociedad fiduciaria es la que realiza las operaciones.<sup>335</sup> También se puede instrumentar una ONG, asociación, fundación u organización sin ánimo de lucro para canalizar bienes delictivos al aprovechar su exención de impuestos, carácter no lucrativo,<sup>336</sup> anonimato en las donaciones y mayor laxitud en los controles por su finalidad filantrópica.<sup>337</sup>

Más recientemente se ha preocupado el GAFI por los flujos monetarios que conlleva la piratería marítima organizada y el secuestro con solicitud de rescate,<sup>338</sup> que han alcanzado un aumento espectacular últimamente, en especial frente a las costas de Somalia;<sup>339</sup> se ha detenido el GAFI en el estudio de los vínculos que median entre corrupción y blanqueo de dinero,<sup>340</sup> sobre la base de casos reales en los que funcionarios corruptos han trasladado el dinero en secreto, así como de los problemas que plantea la recuperación de los beneficios de la corrupción una vez descubiertos;<sup>341</sup> se ha centrado el GAFI en la trata de seres humanos y en la inmigración clandestina,<sup>342</sup> uno de los fenómenos criminales más lucrativos,<sup>343</sup> evidentemente conectado con el blanqueo de dinero, y hasta ha mostrado su interés por el fútbol, cuyo cre-

cimiento económico geométrico lo ha convertido en un sector atractivo para los blanqueadores.<sup>344</sup>

Asimismo, el GAFI abordó las zonas de libre comercio,<sup>345</sup> que han alcanzado las 3000 en 135 países y que ofrecen incentivos para el desarrollo de las exportaciones, las inversiones extranjeras directas y el empleo local, como la exención de aranceles aduaneros y tasas, procedimientos administrativos simplificados e importaciones de materias primas, maquinaria, piezas y equipos libres de impuestos,<sup>346</sup> pero las mismas características que convierten en atractivas las zonas de libre comercio para los negocios legítimos, con su relajación de controles comerciales y financieros, representan una oportunidad para los blanqueadores.<sup>347</sup>

Precisamente el ámbito empresarial constituye un campo abonado para el blanqueo, ya que en él la mezcla de capitales delictivos con los lícitos permite una rápida explicación del gran volumen de dinero en efectivo,<sup>348</sup> que puede presentarse como resultado de un negocio legal,<sup>349</sup> mediante la declaración de beneficios superiores a los reales en empresas con multitud de ventas directas, de servicios sin facturas y que no dejan rastro al ser consumidos, cuyo control es difícil, v. gr.: bares, restaurantes o comercios;<sup>350</sup> a través de préstamos al contado<sup>351</sup> o “juegos de IVA”,<sup>352</sup> como los realizados por la red de operación “bashnya”, organización que contaba con un volumen de negocios

<sup>334</sup> *Ibid.*, pp. 311 y 312, marginal 2380.

<sup>335</sup> Cfr. J. Collado Medina, “El blanqueo de capitales: una aproximación”; el mismo autor (coord.), *La investigación criminal y sus consecuencias jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 485.

<sup>336</sup> Cfr. A. Chinchilla, “Blanqueo de dinero”, en M. Avilés Gómez (coord.), *El enriquecimiento ilícito*, Club Universitario, Alicante, 2011, p. 150.

<sup>337</sup> Cfr. J. Collado Medina, *op. cit.*, p. 486.

<sup>338</sup> Vd. *Financial Action Task Force Report, Organised Maritime Piracy and Related Kidnapping for Ransom, July 2011*, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-47.

<sup>339</sup> Cfr. FATF, *Annual Report 2010-2011*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>340</sup> Vd. *Financial Action Task Force Report, Laundering the proceeds of Corruption, July 2011*, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-53; *Financial Action Task Force Report, Specific Risk Factors in Laundering the Proceeds of Corruption. Assistance to Reporting Institutions, June 2012*, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-46.

<sup>341</sup> Cfr. FATF, *Annual Report 2010-2011*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>342</sup> Vd. *Financial Action Task Force Report, Money Laundering Risks Arising from Trafficking in Human Beings and Smuggling of Migrants, July 2011*, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-84.

<sup>343</sup> Cfr. FATF, *Annual Report 2010-2011*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>344</sup> Vd. *Financial Action Task Force Report, Money Laundering Through the Football Sector, July 2009*, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-41.

<sup>345</sup> Vd. *Financial Action Task Force (FATF) Report, Money Laundering Vulnerabilities of Free Trade Zones, March 2010*, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-47.

<sup>346</sup> Cfr. FATF, *Money Laundering Vulnerabilities...*, *op. cit.*, p. 4, §1.

<sup>347</sup> *Ibidem*.

<sup>348</sup> Cfr. N. Jurado y R. García, “El blanqueo de capitales”, en M. Avilés Gómez, *op. cit.*, p. 166.

<sup>349</sup> Cfr. J. Collado Medina, *op. cit.*, p. 483.

<sup>350</sup> Cfr. J.M. Ferro Veiga, *Aspectos legales sobre el delito fiscal, la investigación patrimonial y el blanqueo de capital: radiografía de las tramas y de la delincuencia organizada nacional y transnacional*, Club Universitario, Alicante, 2011, p. 116.

<sup>351</sup> Cfr. A. Chinchilla, *op. cit.*, p. 145.

<sup>352</sup> M.A. Núñez Paz, “Tipologías...”, *op. cit.*, p. 217.

superior a 1000 millones de euros y que operaba en Galicia, Cataluña, Madrid y Navarra, con sociedades en Suiza, Alemania, Reino Unido, Pakistán, Bélgica, Portugal, Italia, Emiratos Árabes y Panamá,<sup>353</sup> por medio de doble facturación<sup>354</sup> u operaciones triangulares, de importancia intracomunitaria, en las que se compran y venden mercancías en dos países extranjeros sin introducirlas en territorio nacional,<sup>355</sup> sistemas de compensación<sup>356</sup> entre filiales de distintos países o métodos de vales (*chit system*) sobre fondos recibidos en un estado y que se canjean en otro, muy difundidos en Asia o en las casas de cambio estadounidenses y latinoamericanas;<sup>357</sup> complicidad con los proveedores<sup>358</sup> u operaciones de importación y exportación sobrevaloradas, subfacturadas o ficticias.<sup>359</sup>

Además del recurso a empresas con fines sociales muy amplios para justificar el origen del dinero, los blanqueadores también acuden habitualmente a empresas ficticias inscritas en paraísos fiscales para mantener su titularidad en el anonimato.<sup>360</sup> A diferencia de la empresa tapadera o *shell company*, que sólo existe en el papel y no participa en el comercio,<sup>361</sup> las compañías de fachada sí llevan a cabo actividades empresariales legítimas.<sup>362</sup>

Por otra parte, desde el principio el GAFI se mostró interesado en el hecho de que sus recomendaciones alcanzasen “no sólo a bancos sino también a institu-

ciones financieras no bancarias”,<sup>363</sup> entre las que se citaban expresamente las oficinas de cambio<sup>364</sup> y los seguros,<sup>365</sup> interés que no ha disminuido con el transcurso del tiempo, puesto que al sector de cambio de divisas y envío de dinero le dedicó un informe específico en 2010,<sup>366</sup> que demostró, con diversos ejemplos, su intervención, voluntaria o inconsciente, en actividades de blanqueo, y advirtió de la escasa detección de casos en comparación con el volumen de proveedores,<sup>367</sup> entre los que se encuentran diversos sistemas alternativos de envío, como el *hawala* o *hundi*, transferencia informal de fondos sin moverlos que se basa en una relación de confianza, sistemas de vales en China y Asia Oriental, en uso decreciente, o el cambio de pesos en el mercado negro, utilizado por inmigrantes para enviar fondos a sus países.<sup>368</sup> También se ocupó el GAFI del sector de los seguros en 2009<sup>369</sup> con el propósito de fomentar la comunicación entre autoridades, aseguradoras e intermediarios para prevenir el blanqueo mediante un sistema eficaz basado en la identificación de riesgos y problemas,<sup>370</sup> como los que presentan los seguros de prima única, cuya opacidad favorece el blanqueo;<sup>371</sup> el asegurar bienes por un valor superior al real, inexistentes o delictivos, que luego sufren un siniestro,<sup>372</sup> de modo que el criminal justifica el origen de su dinero en el pago de la póliza y se deshace

<sup>353</sup> Cfr. “Detenidas 30 personas por defraudar 120 millones en el sector de los hidrocarburos eludiendo el pago del IVA”, en <http://www.europapress.es>, 16 de julio de 2012, pp. 1 y 2; A. López Penide, “La red que defraudó 120 millones en gasoil operó 4 años en Galicia”, *La Voz de Galicia*, 17 de julio de 2012, pp. 1 y 12; “Treinta personas detenidas en una operación contra el fraude del IVA”, en <http://www.rtve.es>/alacarta/videos/telediario, 16 de julio de 2012.

<sup>354</sup> Cfr. N. Jurado y R. García, *op. cit.*, pp. 168 y 170.

<sup>355</sup> Cfr. J.M. Ferro Veiga, *op. cit.*, pp. 109 y 110.

<sup>356</sup> Cfr. M.A. Núñez Paz, “Tipologías...”, *op. cit.*, p. 217.

<sup>357</sup> Cfr. N. Jurado y R. García, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

<sup>358</sup> Vid. FATF, *Money Laundering Using New...*, *op. cit.*, pp. 43-45, §§130 y 131, casos 28 a 33.

<sup>359</sup> Cfr. J. Collado Medina, *op. cit.*, p. 486; A. Chinchilla, *op. cit.*, p. 151; N. Jurado y R. García, *op. cit.*, p. 167.

<sup>360</sup> Cfr. A. Chinchilla, *op. cit.*, pp. 151 y 152.

<sup>361</sup> Cfr. N. Jurado y R. García, *op. cit.*, p. 169.

<sup>362</sup> Cfr. J. Collado Medina, *op. cit.*, pp. 478, 483 y 484.

<sup>363</sup> Recomendación 9<sup>a</sup>, *Financial Action Task Force on Money Laundering, Report of 6 February, 1990* (FATF-I), en W. Gilmore (ed.), *International Efforts to Combat Money Laundering*, Grotius Publications, Cambridge, 1992, cap. I, documento B, p. 17; recomendación 8<sup>a</sup> según la revisión de 1996, FATF-VII, *op. cit.*, anexo 1.

<sup>364</sup> Cfr. recomendación 8<sup>a</sup>, FATF-VII, *op. cit.*, anexo 1. Vid. nota interpretativa a las recomendaciones 8<sup>a</sup> y 9<sup>a</sup>, FATF-VII, *op. cit.*, anexo 2.

<sup>365</sup> Cfr. nota interpretativa a la recomendación 8<sup>a</sup>.

<sup>366</sup> Vid. Financial Action Task Force (FATF) Report, *Money Laundering Through Money Remittance and Currency Exchange Providers, June 2010*, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-77.

<sup>367</sup> Cfr. FATF, *Money Laundering through Money Remittance...*, *op. cit.*, p. 7, §§3 y 5.

<sup>368</sup> Cfr. J. Collado Medina, *op. cit.*, pp. 480 y 481.

<sup>369</sup> Vid. Financial Action Task Force (FATF) Report, *Risk-based Approach Guidance for the Life Insurance Sector, October 2009*, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-51.

<sup>370</sup> Cfr. FATF, *Risk-based Approach Guidance for the Life Insurance...*, *op. cit.*, pp. 5 y 6, §§5 y 8.

<sup>371</sup> Cfr. A. Chinchilla, *op. cit.*, pp. 145 y 151.

<sup>372</sup> Cfr. J. Collado Medina, *op. cit.*, p. 484.

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

de los bienes delictivos;<sup>373</sup> el cobro inusualmente adelantado de pólizas; las primas pagadas por terceros; las compras a enfermos terminales asegurados de las sumas de rescate; los pagos en efectivo con dinero de origen delictivo y los períodos de devolución que permiten recuperar las primas como dinero lícito en el plazo de cancelación contractual.<sup>374</sup>

Igualmente el GAFI amplió, en la recomendación 22<sup>a</sup>, según la numeración de 2012, en ciertas situaciones, las exigencias de diligencia debida sobre los clientes y registro de información de las recomendaciones 10<sup>a</sup>, 11<sup>a</sup>, 12<sup>a</sup>, 15<sup>a</sup> y 17<sup>a</sup> a las siguientes profesiones y empresas no financieras: casinos, inmobiliarias, comerciantes de piedras y metales preciosos, abogados, notarios, otros profesionales jurídicos independientes, contables y fiduciarios.<sup>375</sup>

Respecto a los casinos, únicamente resultan obligados cuando los clientes realicen transacciones al menos por valor de 3 000 euros o dólares, aunque sea en varias operaciones vinculadas, y la identificación a la entrada del casino podría no ser considerada suficiente.<sup>376</sup> El GAFI ya se ocupó en 2008 de elaborar una guía sobre los peligros que implicaban los casinos<sup>377</sup> y en 2009 realizó un completo informe<sup>378</sup> sobre las vulnerabilidades que presentaban el sector del juego y los casinos, que ponía el acento en las actividades de cambio de monedas y fraccionamiento, la complicidad de los empleados, las fichas, cheques o cuentas de los casinos<sup>379</sup> y los indicadores para ayudar a

detectar el blanqueo y disuadirlo.<sup>380</sup> Realmente no se trata de una novedad, pues ya en la década de 1920 Al Capone operaba entre los casinos estadounidenses y cubanos, ya que basta con adquirir unas fichas que no serán utilizadas en el juego<sup>381</sup> sino que se cambiarán por dinero o un cheque de apariencia legal.<sup>382</sup> El sistema es uno de los “mecanismos más comunes”<sup>383</sup> para blanquear dinero y se aprovecha de la ausencia de control en los casinos sobre las fichas que se adquieren y juegan.<sup>384</sup> A modo de ejemplo, en 2008 grandes cantidades de dinero fueron depositadas en máquinas tragamonedas de un casino canadiense y se retiraron horas después mediante un cheque<sup>385</sup> o, según constata el informe de 2009, millones de libras esterlinas fueron blanqueadas entre el Reino Unido y Dubai gracias a un casino.<sup>386</sup> También es frecuente la compra de billetes premiados de lotería, quinielas u otros juegos de azar, por los que se ofrece a los agraciados más dinero que el ganado y la elusión del pago de impuestos a cambio de un aumento patrimonial justificado para el blanqueador,<sup>387</sup> puesto que son títulos al portador que a veces hasta se consiguen con la mediación de empleados o directores de entidades financieras.<sup>388</sup>

El informe de 2009 no se ocupa del juego ilegal<sup>389</sup> ni *online*,<sup>390</sup> pero conviene permanecer atentos a su desarrollo por las relaciones que existen entre el blanqueo de dinero y el juego en línea regulado,<sup>391</sup> así como estudiar las formas de equilibrio entre la

<sup>373</sup> *Idem.*

<sup>374</sup> Cfr. J. Collado Medina, *op. cit.*, p. 480.

<sup>375</sup> *Vid. FATF, International Standards..., op. cit.*, pp. 19 y 20.

<sup>376</sup> Cfr. FATF, *International Standards..., op. cit.*, recomendación 22<sup>a</sup>, letra *a*) y nota interpretativa a las recomendaciones 22<sup>a</sup> y 23<sup>a</sup>, así como la nota interpretativa a la recomendación 22<sup>a</sup>, pp. 19, 81 y 82.

<sup>377</sup> *Vid. Financial Action Task Force, Risk-based approach guidance for casinos, 23 October 2008*, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-39.

<sup>378</sup> *Vid. Financial Action Task Force (FATF), Report, Vulnerabilities of Casinos and Gaming Sector, March 2009*, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-79.

<sup>379</sup> *Vid. FATF, Vulnerabilities of Casinos..., op. cit.*, pp. 25 a 46, §§85-142.

<sup>380</sup> *Vid. FATF, Vulnerabilities of Casinos..., op. cit.*, p. 7.

<sup>381</sup> Cfr. A. Chinchilla, *op. cit.*, pp. 146 y 147.

<sup>382</sup> Cfr. J.D'. Souza, *op. cit.*, p. 87.

<sup>383</sup> N. Jurado y R. García, *op. cit.*, p. 171.

<sup>384</sup> Cfr. J.M. Ferro Veiga, *op. cit.*, p. 108.

<sup>385</sup> Cfr. A. Chinchilla, *op. cit.*, p. 147.

<sup>386</sup> *Cfr. FATF, Vulnerabilities of Casinos..., op. cit.*, p. 37, caso 11, también reproducido por J.D'. Souza, *op. cit.*, p. 90.

<sup>387</sup> Cfr. J. Collado Medina, *op. cit.*, p. 486.

<sup>388</sup> Cfr. A. Chinchilla, *op. cit.*, p. 146.

<sup>389</sup> *Vid. A.Y. Shehu, “Should gambling be a predicate for money laundering?”, Journal of Money Laundering Control*, vol. 7, núm. 3, 2004, pp. 254-260.

<sup>390</sup> *Vid. P. Hugel y J. Kelly, “Internet gambling, credit cards and money laundering”, Journal of Money Laundering Control*, vol. 6, núm. 3, 2002, pp. 57-65, que comparan las políticas gubernativas estadounidenses y británicas del juego en Internet.

<sup>391</sup> *Vid. G. Brooks, “Online gambling and money laundering: views from the inside”, Journal of Money Laundering Control*, vol. 15, núm. 3, 2012, pp. 304-315.

privacidad individual y las necesidades de aplicación de la ley.<sup>392</sup>

En cuanto a los agentes inmobiliarios, en la medida en que representan un peligro para el blanqueo,<sup>393</sup> están sometidos a las exigencias de conservación de documentos y diligencia cuando participen en operaciones de compraventa de inmuebles para sus clientes<sup>394</sup> y deben cumplir con los requisitos de la recomendación 10<sup>a</sup> tanto respecto a los compradores como a los vendedores de bienes.<sup>395</sup> El recurso al sector inmobiliario para el blanqueo integra una tipología clásica<sup>396</sup> conforme a la cual se adquieren inmuebles a precio de mercado pero se escrituran a un precio inferior, con lo que se blanquea la diferencia entre el precio real y el que figura contractualmente.<sup>397</sup>

Por lo que respecta a los comerciantes de piedras y metales preciosos, han de guardar la debida diligencia sobre los clientes y registrar las transacciones en efectivo<sup>398</sup> cuando alcancen al menos el umbral de 15 000 euros o dólares, en una o varias operaciones relacionadas,<sup>399</sup> y están obligados a informar, en cuanto a los requisitos establecidos en las recomendaciones 18<sup>a</sup> a 21<sup>a</sup>, de las transacciones sospechosas en efectivo que realicen por cantidades iguales o superiores a ese umbral,<sup>400</sup> pero el oro, las piedras y metales preciosos no se incluyen en la recomendación 32<sup>a</sup> sobre correos en efectivo, pese a su alta liquidez y uso en ciertas situaciones como medio de cambio o valor de transmisión, aunque los Estados, ante el descubrimiento

de inusuales movimientos transfronterizos de estos bienes, deberían notificar a las autoridades la procedencia y el destino del envío, así como cooperar en establecer el propósito del movimiento de tales bienes y en la adopción de medidas.<sup>401</sup> La preocupación sobre el sector está más que justificada,<sup>402</sup> porque entre los mecanismos más comunes de blanqueo se encuentra el recurso a los comerciantes de piedras y metales preciosos,<sup>403</sup> las importaciones y exportaciones de oro o joyas, así como el uso de los mercados o la compraventa de certificados de metales preciosos y la posterior transferencia de valores a otros países,<sup>404</sup> por ejemplo, se detectaron compras de oro en la mencionada operación “bashnya”<sup>405</sup> y en investigaciones sobre blanqueo de la mafia rusa en Italia, además de helicópteros y obras de arte,<sup>406</sup> a las que recurren los blanqueadores<sup>407</sup> por su valor subjetivo y dificultades de estimación que les permiten justificar las cantidades comprendidas entre el precio pagado realmente y el de la supuesta venta,<sup>408</sup> así como artículos de lujo, *v. gr.* embarcaciones, automóviles de gran cilindrada o aviones que usan para continuar sus actividades delictivas, llevar un estilo de vida opulento o como método para cambiar la forma de los beneficios criminales,<sup>409</sup> puesto que estos bienes de alto precio son relativamente fáciles de volver a vender, sobre todo si se ofrecen por debajo de su valor.<sup>410</sup>

Por otro lado, el GAFI venía destacando el aumento del número de abogados, procuradores, contables, notarios, asesores financieros y otros fiduciarios cuyos

<sup>392</sup> *Vid.* J. Mills, “Internet casinos: A sure bet for money laundering”, *Journal of Financial Crime*, vol. 8, núm. 4, 2001, pp. 365-383.

<sup>393</sup> *Vid.* Financial Action Task Force, *Risk-based Approach Guidance for Real Estate Agents*, 17 June 2008, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-32.

<sup>394</sup> *Cfr.* FATF, *International standards...*, *op. cit.*, recomendación 22<sup>a</sup>, letra b), p. 19.

<sup>395</sup> *Cfr.* FATF, *International standards...*, *op. cit.*, nota interpretativa a la recomendación 22<sup>a</sup>, p. 82.

<sup>396</sup> *Cfr.* M.A. Núñez Paz, “Tipologías...”, *op. cit.*, p. 217.

<sup>397</sup> *Vid.* J. Collado Medina, *op. cit.*, p. 484; A. Chinchilla, *op. cit.*, p. 153; J.M. Ferro Veiga, *op. cit.*, p. 114; N. Jurado y R. García, *op. cit.*, pp. 166-169. J.D. Souza, *op. cit.*, pp. 87-89, 91 y 118.

<sup>398</sup> *Cfr.* FATF, *International standards...*, *op. cit.*, recomendación 22<sup>a</sup>, letra c), p. 19.

<sup>399</sup> *Vid.*, nota interpretativa a las recomendaciones 22<sup>a</sup> y 23<sup>a</sup>, p. 81.

<sup>400</sup> *Vid.*, recomendación 23<sup>a</sup>, letra b), p. 20.

<sup>401</sup> *Vid.*, nota interpretativa a la recomendación 32<sup>a</sup>, p. 101.

<sup>402</sup> *Vid.* Financial Action Task Force, *Risk-based Approach Guidance for Dealers in Precious Metal and Stones*, 17 June 2008, en <http://www.fatf-gafi.org>, pp. 1-36.

<sup>403</sup> *Cfr.* N. Jurado y R. García, *op. cit.*, p. 171.

<sup>404</sup> *Cfr.* J. Collado Medina, *op. cit.*, p. 479.

<sup>405</sup> *Cfr.* “Treinta personas detenidas...”, *op. cit.*

<sup>406</sup> *Cfr.* F. Varese, “How mafias take advantage of globalization. The Russian mafia in Italy”, *The British Journal of Criminology. An International Review of Crime and Society*, vol. 52, núm. 2, marzo de 2012, p. 242.

<sup>407</sup> *Cfr.* A. Chinchilla, *op. cit.*, p. 149.

<sup>408</sup> *Cfr.* J. Collado Medina, *op. cit.*, pp. 485 y 486.

<sup>409</sup> *Cfr.* N. Jurado y R. García, *op. cit.*, pp. 166, 167 y 171.

<sup>410</sup> *Cfr.* A. Chinchilla, *op. cit.*, p. 150.

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

servicios se empleaban para ayudar a disponer de los productos delictivos. Entre las prácticas observadas con mayor frecuencia se mencionaban la utilización en las fases de colocación y confusión de cuentas-cliente pertenecientes a abogados o procuradores, método con el que el blanqueador podía ampararse en la cobertura que le brindaba el secreto profesional,<sup>411</sup> aunque no plantean problemas, desde luego, la inmensa mayoría de los abogados, que respetan el código deontológico.<sup>412</sup>

Actualmente, para los abogados,<sup>413</sup> notarios,<sup>414</sup> otros profesionales jurídicos independientes y contables, surgen las obligaciones de diligencia debida y registro de información cuando preparen o realicen transacciones para sus clientes sobre compraventa de inmuebles, gestión de dinero, valores u otros activos del cliente o de sus cuentas bancarias, de ahorros o valores, en la creación, dirección y administración de empresas y personas o estructuras jurídicas y compraventa de entidades comerciales.<sup>415</sup> Igualmente, respecto a los requisitos establecidos en las recomendaciones 18<sup>a</sup> a 21<sup>a</sup>, deberían informar de las operaciones sospechosas cuando actúen en las mencionadas actividades por cuenta de un cliente o para él,<sup>416</sup> pero no es necesario crear una normativa específica para los profesionales del mundo jurídico, siempre que queden sometidos a estas obligaciones,<sup>417</sup> ni notificar las operaciones sospechosas si la información se ha obtenido bajo secreto o privilegio profesional, según

establezca cada país y normalmente cuando se hubiere recibido durante la determinación de la posición jurídica del cliente o para defenderlo o representarlo en procedimientos de mediación, arbitraje, administrativos o judiciales.<sup>418</sup> También es posible que los colegios u organismos de autorregulación se encarguen de recibir las comunicaciones y no equivale a una notificación el intento de disuadir al cliente para que no realice una actividad ilegal.<sup>419</sup>

Por lo que atañe a los beneficiarios de cuentas o transacciones, el GAFI desde el principio invitó a que las instituciones financieras tomasen medidas racionales para indagar su verdadera identidad,<sup>420</sup> deber que desde febrero de 2012 se recoge en la recomendación 10<sup>a</sup>,<sup>421</sup> puesto que habitualmente los blanqueadores acuden a los bancos para efectuar depósitos con posteriores transferencias<sup>422</sup> y entre las principales fórmulas de blanqueo se encuentra el uso de intermediarios para ocultar el origen de la transferencia,<sup>423</sup> especialmente por medio de nuevos métodos de pago. Hasta hay pruebas de que incluso un sistema fuerte de identificación y verificación puede burlarse mediante el recurso a terceros, como hombres de paja.<sup>424</sup> La cuestión se complica cuando intervienen paraísos fiscales,<sup>425</sup> con los que conviene extremar el control de las transacciones<sup>426</sup> dado su gran protagonismo en el proceso de blanqueo<sup>427</sup> al tolerar el secreto bancario,<sup>428</sup> o cuando se cuenta con la complicidad de los empleados o directores de las instituciones financieras

<sup>411</sup> Cfr. FATF-VII, *op. cit.*, annex 3, p. 5, §20; FATF-VIII, *op. cit.*, annex A, p. 8, §30; *Financial Action Task Force on Money Laundering, Annual Report 1999-2000* (FATF-XI), en <http://www.oecd.org/fatf/reports.htm>, 1999-2000 Report on Money Laundering Typologies, Paris 3 February 2000, p. 13, §62.

<sup>412</sup> Vid. N. Sánchez Stewart, *La profesión de abogado*, vols. 1 y 2, Difusión Jurídica, Madrid, 2008; M. Abel Souto, *Obligaciones del abogado y efectos de su incumplimiento*, NSS, Barcelona, 2009; del mismo autor, *Manual de deontología para abogados*, La Ley, Madrid, 2012.

<sup>413</sup> Vid. D.-M. Luzón Peña, "Responsabilidad penal del asesor jurídico, en especial en relación con el blanqueo de capitales", ponencia del III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Santiago de Compostela, 18, 19 y 20 de julio de 2012.

<sup>414</sup> Recientemente el ministro de Justicia español destacó la función de los notarios en la prevención del blanqueo como "eslabón relevante de la red jurídica" (Vid. Europa Press, "Gallardón afirma que el notariado es la profesión 'no bancaria' que más contribuye a luchar contra el blanqueo de capitales", *Diario La Ley*, núm. 7931, 26 de septiembre de 2012, p. 1).

<sup>415</sup> Cfr. FATF, *International standards...*, *op. cit.*, recomendación 22<sup>a</sup>, letra d), p. 20.

<sup>416</sup> Ibid., recomendación 23<sup>a</sup>, letra a), p. 20.

<sup>417</sup> Ibid., nota interpretativa a las recomendaciones 22<sup>a</sup> y 23<sup>a</sup>, apartado 2<sup>o</sup>, p. 81.

<sup>418</sup> Ibid., nota interpretativa a la recomendación 23<sup>a</sup>, apartados 1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup>, p. 83.

<sup>419</sup> Ibid., nota interpretativa a la recomendación 23<sup>a</sup>, apartados 3<sup>o</sup> y 4<sup>o</sup>, p. 83.

<sup>420</sup> Cfr. recomendación 13<sup>a</sup>, FATF-I, *op. cit.*, p. 18; recomendación 11<sup>a</sup>, FATF, *op. cit.*, anexo 1.

<sup>421</sup> Vid. FATF, *International standards...*, *op. cit.*, recomendación 10<sup>a</sup>, letra b), p. 14 y nota interpretativa a la recomendación 10<sup>a</sup>, pp. 60 y 61.

<sup>422</sup> Cfr. A. Chinchilla, *op. cit.*, pp. 154 y 155; N. Jurado y R. García, *op. cit.*, pp. 167 y 169.

<sup>423</sup> Cfr. J.G. Fernández Teruel, *Cibercrimen*, *op. cit.*, p. 159; del mismo autor, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 234.

<sup>424</sup> Vid. FATF, *Money Laundering Using New...*, *op. cit.*, pp. 7, 36, 37 y 39, §§2, 5, 121-124 y caso 9.

<sup>425</sup> Vid. J.M. Ferro Veiga, *op. cit.*, pp. 93-99.

<sup>426</sup> Cfr. N. Jurado y R. García, *op. cit.*, p. 177.

<sup>427</sup> Cfr. A. Chinchilla, *op. cit.*, p. 141.

<sup>428</sup> Cfr. J.G. Fernández Teruel, *Cibercrimen*, *op. cit.*, p. 159; M. Abel Souto, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 234.

que no rellenan los oportunos formularios o los cubren con datos falsos<sup>429</sup> u omiten informar a las autoridades de las grandes transacciones, con lo que el criminal se asocia con la primera línea de defensa frente al blanqueo,<sup>430</sup> dando lugar a fenómenos de “protección financiera”,<sup>431</sup> que también se manifiestan en la concesión de préstamos de regreso y garantizados<sup>432</sup> o en la admisión de actividades de fraccionamiento (*structuring*) o “pitufeo”,<sup>433</sup> (*smurfing*),<sup>434</sup> numerosos depósitos de pequeñas cantidades que no superan el umbral de declaración y en varias cuentas<sup>435</sup> o instituciones, realizados por uno o varios individuos,<sup>436</sup> procedimiento al que también se le denomina “trabajo de hormiga”,<sup>437</sup> adjetivada por algunos de “japonesa”, dado su frecuente uso por nipones que, para blanquear, se hacen pasar por turistas, también llamado “rompecabezas”, y que cuando no se cuenta con la colaboración bancaria juegan al despiste valiéndose de terceras personas que igualmente utilizan los cajeros.<sup>438</sup>

En cuanto a la detección y vigilancia de movimientos transfronterizos de dinero en efectivo,<sup>439</sup> pese a ser una de las más viejas técnicas de blanqueo, incluso continúa incrementando su volumen en forma significativa.<sup>440</sup> Así, en el estudio del entramado mafioso recientemente publicado por Varese los bienes delictivos llegaban a Italia mediante una gran red de individuos que viajaban desde Rusia con dinero en efectivo,<sup>441</sup> pues aunque el transporte físico de bienes constituye un método tradicional de blanqueo,<sup>442</sup> que

no necesita la intervención de terceros,<sup>443</sup> en el que el dinero en efectivo atraviesa las fronteras por avión, barco o coche, destruyendo el vínculo entre la actividad criminal previa y la introducción de los fondos en el circuito financiero,<sup>444</sup> también proliferan las nuevas “mulas” captadas por los blanqueadores mediante la red y que actúan en ella, a veces engañadas por falsas empresas que ofrecen altos ingresos a cambio de poco tiempo y esfuerzo; únicamente se les pide proporcionar los datos bancarios al contratante-blanqueador —que abonará en la cuenta dinero de origen delictivo con la autorización de la “mula”, porque retiene una comisión, generalmente en torno 10% de la cantidad ingresada— y remitir el dinero a otra cuenta facilitada por el blanqueador.<sup>445</sup> Estas “mulas de dinero”, reclutadas por correo electrónico con oportunidades de trabajo en casa, a veces el único pago que reciben es la persecución penal por blanqueo.<sup>446</sup>

Asimismo, el informe de 2010 sobre uso de los nuevos métodos de pago relata el caso de dos acusados en Estados Unidos por blanqueo de dinero procedente de la droga que, ayudados de familiares y amigos, llegaron a abrir 380 cuentas en seis estados, realizaron múltiples depósitos entre 500 y 1500 dólares e incluso ingresos de más de 100 000 dólares en 112 cuentas bancarias en un solo día. De cada cuenta obtuvieron dos tarjetas, una la guardaron y la otra fue remitida por correo a Colombia, país en el que los fondos fueron retirados de los cajeros automáticos.<sup>447</sup>

<sup>429</sup> Cfr. J. Collado Medina, *op. cit.*, p. 482.

<sup>430</sup> Cfr. N. Jurado y R. García, *op. cit.*, pp. 165, 168 y 169.

<sup>431</sup> A. Chinchilla, *op. cit.*, p. 152.

<sup>432</sup> Vid. J. Collado Medina, *op. cit.*, pp. 479 y 484; A. Chinchilla, *op. cit.*, p. 152; N. Jurado y R. García, *op. cit.*, pp. 168 y 170.

<sup>433</sup> Pues en inglés *smurfs* es el título de una famosa serie de dibujos animados conocida en España como “los pitufos”.

<sup>434</sup> Vid. C. Müller, *Geldwäscherei: Motive-Formen-Abwehr. Eine betriebswirtschaftliche Analyse*, Treuhand-Kammer, Zúrich, 1992, pp. 119, 120 y n. 65.

<sup>435</sup> Cfr. J.G. Fernández Teruelo, *Cibercrimen*, *op. cit.*, p. 159; del mismo autor, *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 234.

<sup>436</sup> Cfr. J. Collado Medina, *op. cit.*, pp. 479 y 482.

<sup>437</sup> N. Jurado y R. García, *op. cit.*, p. 165.

<sup>438</sup> Cfr. A. Chinchilla, *op. cit.*, pp. 144, 145, 148 y 153.

<sup>439</sup> Cfr. recomendación 23<sup>a</sup>, FATF-I, *op. cit.*, p. 20; recomendación 22<sup>a</sup>, FATF-VII, *op. cit.*, anexo 1; recomendación 32<sup>a</sup>, FATF, *International standards...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>440</sup> Cfr. FATF-VII, *op. cit.*, annex 3, 1995-1996 Report on Money Laundering Typologies, p. 5, §22. Vid. FATF-IX, 1997-1998 Report on Money Laundering Typologies, p. 8, §33; Annexes to the 1997-1998 FATF Report on Money Laundering Typologies, Selected Cases of Money Laundering, case 3, pp. 21 y 22; FATF, *Money Laundering Using New...*, *op. cit.*, pp. 46 y 47, §§132-136.

<sup>441</sup> Cfr. F. Varese, *op. cit.*, p. 242.

<sup>442</sup> Cfr. I. Blanco Cordero, *El delito de blanqueo...*, 3<sup>a</sup> ed., *op. cit.*, p. 61.

<sup>443</sup> Cfr. A. Chinchilla, *op. cit.*, p. 149

<sup>444</sup> Cfr. J. Collado Medina, *op. cit.*, p. 485; N. Jurado y R. García, *op. cit.*, p. 167.

<sup>445</sup> Cfr. A. Chinchilla, *op. cit.*, pp. 139, 153 y 154.

<sup>446</sup> Cfr. J. Clough, *Principles of Cybercrime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 187 y 188.

<sup>447</sup> Cfr. FATF, *Money Laundering Using...*, *op. cit.*, p. 46, §132.

## El blanqueo de dinero como innovador instrumento de control económico y social

Finalmente el GAFI también recomendó reducir las transferencias en efectivo mediante técnicas de gestión de fondos modernas y seguras, con inclusión de un aumento del uso de cheques, tarjetas de pago, domiciliación de nóminas y registro automático de operaciones con títulos.<sup>448</sup> Actualmente la recomendación 32<sup>a</sup> exhorta a los países a asegurar que sus autoridades puedan impedir o restringir los movimientos de dinero en efectivo ante sospechas de blanqueo.<sup>449</sup> En esta línea se ha dicho que el dinero en efectivo es el medio común de intercambio en las transacciones criminales<sup>450</sup> y en sentido similar el gobierno español, aunque pensando más en finalidades recaudatorias, aprobó en el consejo de ministros de 22 de junio de 2012 un proyecto de ley de lucha contra el fraude fiscal que, teniendo en cuenta la experiencia legislativa de otros países comunitarios como Francia e Italia, limita a 2 500 euros los pagos en efectivo cuando en las operaciones participen em-

presarios o profesionales,<sup>451</sup> límite más cercano a los 3 000 euros franceses que a los 1 000 italianos, el cual se convirtió en ley el 29 de octubre de 2012<sup>452</sup> y que se suma al plan de control de billetes de alta denominación, de 500 y 200 euros, con el que desde 2007 se han recaudado 1 397 millones de euros.<sup>453</sup> Sobre estas limitaciones de pagos en efectivo el Consejo General del Poder Judicial puso el acento en su novedad y trasfondo tributario.<sup>454</sup> Sin embargo, en palabras de Pieth, tras el aparente dogma del “carácter criminógeno del dinero en efectivo” se esconde un programa que supera la lucha contra la delincuencia, permite el control del ámbito privado y marginía todavía más a los que ganan menos.<sup>455</sup> Amén de que, al huir de la Caribdis del papel moneda nos toparemos con la Escila del “dinero electrónico”, pues las nuevas tecnologías de pago, según se ha visto en este epígrafe, no se hallan exentas de riesgos que pueden frustrar la prevención y represión del blanqueo de dinero.

<sup>448</sup> Cf.: recomendación 25<sup>a</sup>, FATF-I, *op. cit.*, p. 21; recomendación 24<sup>a</sup>, FATF-VII, *op. cit.*, anexo 1.

<sup>449</sup> Cf.: FATF, *International standards...*, *op. cit.*, p. 25 y nota interpretativa a la recomendación 32<sup>a</sup>, pp. 99-102.

<sup>450</sup> Cf.: N. Jurado y R. García, *op. cit.*, p. 172.

<sup>451</sup> Cf.: “Aprobadas las medidas para la lucha contra el fraude fiscal”, en <http://www.lamoncloa.es/ConsejodeMinistros>, viernes 22 de junio de 2012.

<sup>452</sup> Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, BOE, núm. 261, de 30 de octubre de 2012, artículo 7.1.

<sup>453</sup> Cf.: N. Bore, “El gobierno no aclara cómo controlará el pago en efectivo”, *La Voz de Galicia*, viernes 13 de abril de 2012, p. 34.

<sup>454</sup> Cf.: Consejo General del Poder Judicial, Informe al anteproyecto de Ley de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones de prevención y lucha contra el fraude, 31 de mayo de 2012, en <http://www.poderjudicial.es>, pp. 4 y 5.

<sup>455</sup> Cf.: M. Pieth, “Zur Einführung: Geldwäscherie und ihre Bekämpfung in der Schweiz”, en el mismo autor (ed.), *Bekämpfung der Geldwäscherie: Modellfall Schweiz?*, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, Schäffer-Poeschel, Stuttgart, 1992, p. 27. Así también Cf.: H. Dietzi, “Der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes? Der Kampf gegen die Geldwäscherie aus der Optik des Ersten Rechtskonsulenten einer Grossbank”, en M. Pieth, *Bekämpfung der Geldwäscherie...*, *op. cit.*, p. 90; L. Holzinger, *Weissbuch Schwarzgeld. Geldwaschen in Österreich*, Promedia, Viena, 1994, pp. 19 y 20.



## El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos\*



Alfonso Galán Muñoz

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

**RESUMEN:** En el presente artículo se analizan los casos de conductas no permitidas, quien las realiza sabe que puede dar lugar a varios resultados delictivos similares o diferentes sin embargo, está completamente convencido de que al final sólo llegará a producir uno de ellos. Éstos son los casos del denominado dolo alternativo, modalidad subjetiva de actuación a los que la doctrina penal no ha conseguido dar una solución unánimemente aceptada hasta el momento y que sirve para poner de manifiesto las carencias que presentan aquellas concepciones del dolo que se centran exclusivamente en su faceta intelectiva, olvidándose o despreciando la volitiva.

**PALABRAS CLAVE:** Dolo, dolo alternativo, dolo acumulativo, dolo de peligro, imprudencia, concurso de delitos, concurso de leyes.

**ABSTRACT:** The present paper analyses cases in which the person that follows not permitted acting is aware of the fact that his behaviour could conduce to a variety of possible criminal results, of similar or different nature, nonetheless is simultaneously convinced that only one of them will finally be produced. These cases represent so-called alternative dolus, subjective mode of acting against which the criminal law doctrine has still now not achieved any unanimously accepted solution, and thus serves to highlight these deficiencies that introduce concepts of dolus exclusively focused on the intellectual aspect, forgetting or disregarding the volitional.

**KEY WORDS:** Dolus, Alternative Dolus, Cumulative Dolus, Dolus of Risk, Negligence, Crime Concurrence, Legal Concurrence.

**SUMARIO:** I. El dolo alternativo como unión de dos dolos típicos. II. Posibles repercusiones de la presencia del dolo alternativo en la calificación jurídico-penal de una conducta. III. La necesidad de replantearse el problema. IV. Concepto y posibles contenidos de los dolos típicos. V. Determinación del contenido real del denominado dolo alternativo y de los efectos que el mismo habría de tener sobre el injusto realizado. VI. Conclusión.

\* Este trabajo se realizó inicialmente durante una estancia de investigación efectuada en la Universidad de Tübingen (Alemania), gracias al disfrute de una beca de investigación de la fundación Alexander von Humboldt y ha sido posteriormente revisado para esta publicación.

## El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

### I. El dolo alternativo como unión de dos dolos típicos

Cuando hablamos del dolo alternativo no estamos hablando de una nueva clase de dolo diferente de los que tradicionalmente la doctrina ha venido distinguiendo, esto es, de los dolos directo de primer grado, directo de segundo grado y del meramente eventual. En realidad, con dicha expresión se suele aludir al problema que se presenta a la hora de calificar típicamente aquellas conductas quien las realiza sabe que con ellas podrá dar lugar a la comisión de varios delitos diferentes, pero está seguro de que al final sólo llegará a producir uno de ellos, al tener su acumulación por imposible.<sup>1</sup>

Los ejemplos citados respecto a este tipo de casos son de lo más variado.

Así, se entiende que actúa con dolo alternativo, quien dispara una sola vez a un perseguidor que está acompañado de un perro, representándose como posible resultado de su conducta tanto la muerte de uno como la del otro, pero considerando imposible occasionar ambas simultáneamente; o también aquel que dispara o arroja un ladrillo a una multitud, sabiendo que con ello podrá lesionar o matar a cualquiera de los integrantes de la misma, pero nunca a más de uno de ellos.

Otro grupo de supuestos de dolo alternativo es aquel en el que su autor, pese a estar seguro de su conducta sólo atenta contra un posible objeto, no lo está sobre la concreta naturaleza que éste tenía, cualidad que podría alcanzar una significativa relevancia típica, como sucedería, por ejemplo, en aquellos casos en los que disparase a un matorral sabiendo que tras él podían estar su vecino o el perro del mismo, pero no los dos; o en aquel otro caso en que el sujeto se apoderase de una cosa que se había encontrado en la calle, sabiendo que era ajena, pero sin estar seguro de que tenía el carácter de cosa perdida (lo cual determinaría que su conducta fuese constitutiva de

apropiación indebida) o de cosa olvidada (lo que llevaría a considerarla como hurto), aunque sí conocía que necesariamente habría de tener uno de esos dos caracteres.<sup>2</sup>

El primer problema que plantean estas conductas es el referido a si realmente en las mismas se puede apreciar la presencia de una modalidad de imputación subjetiva que merezca un tratamiento independiente del que se ha ofrecido para el resto de casos analizados por la doctrina; hecho que niega Weber, ya que entiende que en todas las conductas efectuadas con el denominado dolo alternativo, aún cuando su autor pudiese haberlas ejecutado persiguiendo la realización de un tipo concreto, siempre lo habría hecho admitiendo simultáneamente y como contrapartida del mismo la posible consumación del resto de los que tenía por posibles, lo que le lleva a considerar que en todos los casos de dolo alternativo se debería apreciar la realización dolosa de todos los delitos implicados.<sup>3</sup>

En tal sentido, señala el citado autor que cuando un sujeto prende fuego a una residencia de extranjeros, sabiendo que dentro hay 30 residentes, está actuando cuando menos con dolo eventual de lesionar o matar a los 30, por lo que no puede existir problema alguno para castigarle tanto por todos los homicidios dolosos consumados que finalmente llegase a occasionar, como por las tentativas correspondientes a aquellos resultados que, pese a haber sido abarcados por su dolo, no hubiesen llegado finalmente a producirse.<sup>4</sup>

Este ejemplo viene a poner de manifiesto el error de base en el que, a nuestro modo de ver, incurre Weber al analizar los casos de dolo alternativo, como se podrá apreciar, quien realiza la conducta contemplada en el mismo habría actuado no sólo descartando, sino considerando como perfectamente posible el llegar a producir con ella acumuladamente las lesiones de los 30 residentes, posibilidad que, si bien es cierto abre las puertas a que se le puedan imputar todas y cada una de ellas a título de dolo eventual, también nos

<sup>1</sup> Así lo entienden, entre otros, Wessels J., y Beulke, W., quienes señalan que el dolo alternativo se produce cuando una persona al ejecutar una conducta no está seguro de cuál de entre los dos posibles tipos excluyentes va realizar con su ejecución, pero mantiene a ambos como posibles en *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 38<sup>a</sup> ed., Müller, Heidelberg, 2005, p. 88. Roxin, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, C.H. Beck, Múnich, 2006. p. 479. En nuestra doctrina, Serrano González de Murillo, J.L., “Consideraciones en torno a las consecuencias jurídicas del denominado ‘dolo alternativo’”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. p 1051, Kühl, K. y Lackner, *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, Múnich, 2004. p. 102.

<sup>2</sup> Precisamente, Roxin, C. distingue los dos supuestos de dolo alternativo referidos a dos posibles objetos de los referidos a uno con dos posibles cualidades diferentes, en *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, C.H. Beck, Múnich, 2006. p. 480.

<sup>3</sup> Weber, U., Baumann J. y Mitsch W., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003, p. 492.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

obligaría a entender que nos encontramos ante un caso de dolo acumulativo y no ante uno que pudiese tenerse por cometido con dolo alternativo.

Está claro que, como bien señala Weber, quien actúa planteándose como posible el ocasionar con ello múltiples resultados delictivos diferentes de una forma acumulada, “toma a la producción de todos ellos como contrapartida” de su conducta, haciendo así que todos se le puedan imputar a título, cuando menos, de dolo eventual. Lo que no se puede hacer de aquel otro que hubiese realizado su actuación precisamente negando la posible producción acumulada de dichos resultados, esto es, con aquel sujeto que estuviese seguro de que con la misma nunca podría llegar a producir más de uno de los resultados posibles, por entender que con la producción de uno de ellos excluiría la del resto.

Parece evidente que este último sujeto, el que actúa con verdadero dolo alternativo, no “toma como contrapartida” de su conducta todos los resultados que se podrían derivar de la misma, como sí sucedería con el que actuase con dolo acumulativo, hecho éste, que impedirá que se puedan asimilar, como venía a proponer el citado autor alemán, los dolos con los que ambas actuaciones se habían realizado, ni tampoco, por tanto, el tratamiento penal que les habría de corresponder.

Otro autor que niega que los casos realizados con el denominado dolo alternativo hayan de recibir un tratamiento particularizado y diferenciado respecto a otros que ya habrían sido resueltos por la doctrina es Joerden. Él considera que quien efectúa una de las conductas en las que tradicionalmente se ha apreciado la presencia de un verdadero dolo alternativo, respecto a dos posibles delitos, lo habría hecho, considerando como condición indispensable para la realización de uno de ellos la no realización del otro y viceversa.

De este modo, debería entenderse que dicho sujeto habría considerado la posible producción de ambos delitos como las dos caras de una misma moneda, hecho que provocaría que su dolo sólo pudiese llegar a albergarlos simultáneamente contemplando sus respectivas y posibles realizaciones desde dos perspectivas contrapuestas y excluyentes entre sí, lo que,

evidentemente resulta imposible, ya que la adopción de una de tales perspectivas habría de determinar, por definición, la automática exclusión de la contraria y viceversa.

Dicho en otros términos, para que el sujeto activo de una conducta delictiva se representase como realmente posible uno de los resultados o delitos en cuestión siempre tendría que adoptar la perspectiva que le permitiera albergarlo en su dolo y al mismo tiempo rechazar aquella que le permitiera hacerlo respecto al otro resultado o delito que tenía por su alternativo, por lo tanto, desde ese momento ese delito sólo le podría ser imputado a título de imprudencia y nunca de dolo. En este sentido Joerden afirma que la existencia en estos supuestos del dolo referido a uno de los resultados que se tenía por posibles, vendría siempre y necesariamente a descartar la posibilidad de atribuir el otro a dicho título.<sup>5</sup>

Es por ello que el denominado dolo alternativo desaparecería como tal, ya que la unión real y en un mismo acto de dos dolos, que de hecho se excluirían mutuamente se habría de tener siempre por imposible, lo que provocaría que en estos casos sólo se pudiese apreciar el dolo dirigido a uno de los resultados o delitos posibles y la mera imprudencia respecto a aquel otro que se tuviese como su alternativo.

Una vez que se había negado la posible apreciación en estos casos de la unión de dos dolos referidos a dos resultados que se tienen por posibles, pero que como excluyentes entre sí, quedaría aún por determinar cuál habría de ser la perspectiva para entender este tipo de situaciones, ya que este hecho resultaría fundamental a la hora de determinar cuál de entre dichos resultados habría sido el realmente abarcado por su dolo, y cual, por el contrario, sólo le podría atribuir a título de imprudencia.

Joerden responde a este problema afirmando que siempre se habría de optar por aquella perspectiva que predicable que el dolo del sujeto estaba referido al delito más grave de los posibles, ya que sólo así se atendería a la verdadera peligrosidad que éste había mostrado con su conducta y, precisamente por ello, no se le privilegiaría injustamente respecto de aquel otro que hubiese actuado con un dolo exclusivamente referido a dicho resultado más grave y no

<sup>5</sup> Joerden, J.C., “Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz”, *ZStW*, 95, 1983, pp. 589 y ss. Esta postura ha sido acogida como propia por algún autor de nuestra doctrina, como Silva Sánchez, J.M., “*Aberratio ictus e imputación objetiva*”, *ADPCP*, 1984, p. 376.

## El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

a la posible producción alternativa de cualquier otro más leve.<sup>6</sup>

Esta postura ha sido objeto de varias críticas por parte de la doctrina tanto alemana como española, pues le reprochan, principalmente, que no justifique de forma suficiente, pese a admitir inicialmente que el autor de las conductas efectuadas con dolo alternativo había actuado con idéntico tipo subjetivo con respecto a los dos posibles resultados que podría occasionar, cómo llegó a concluir que sólo uno de ellos se le podría atribuir tal título, y considerar el otro como producido de forma meramente imprudente.<sup>7</sup>

Se estima en tal sentido, que, al igual que sucedía con Weber, tampoco Joerden habría venido a analizar la problemática subjetiva que realmente presentan los supuestos del dolo alternativo, puesto que al realizar su análisis parte del estudio de unas perspectivas subjetivas que analizan la representación que el sujeto tendría sobre las posibilidades de acaecimiento simultáneo de los dos resultados posibles, así se habría alejado de la representación propia de los casos de dolo alternativo para adentrarse, nuevamente, en la que resultaría predecible de aquellos supuestos en los que se debería apreciar un dolo acumulativo.<sup>8</sup>

Así, señalaba Jakobs que si bien la interpretación comentada resulta perfectamente aceptable cuando el autor de la conducta delictiva a enjuiciar hubiese actuado representándose como factible uno de los resultados, excluyendo al mismo tiempo la posible producción del otro y la acumulación de ambos (supuestos de pre y postnondependencia de los resulta-

dos delictivos), la misma no habría tenido en cuenta que también podrían existir supuestos en que se hubiese actuado representándose simultáneamente como posibles tanto la producción del primero como la del segundo, y considerando, sin embargo, como seguro que sólo se producirá uno de ellos y nunca los dos (supuestos de contravalencia de resultados); casos éstos que serán, precisamente, los que se habrán de incardinrar en el seno del denominado dolo alternativo.<sup>9</sup>

En efecto, en estos casos no se tiene por posible la producción acumulativa de los resultados, como sí sucede en los realizados con dolo acumulativo, pero tampoco se excluye el poder llegar a ocasionar ninguno de ellos, hecho que permitirá entender —a diferencia de lo que mantenía Joerden— que todos ellos se tenían por realmente como posibles al mismo tiempo por parte del sujeto activo de los mismos.

Es por ello que la mayor parte de la doctrina considera que el dolo alternativo es realmente una modalidad de posible concurrencia en una única conducta de los dolos típicos de varios delitos, distinta de la mera acumulativa<sup>10</sup> y por ello ha a ser analizada de forma completamente independiente respecto a éste.

## II. Posibles repercusiones de la presencia del dolo alternativo en la calificación jurídico-penal de una conducta

La admisión de la viabilidad de la apreciación del denominado dolo alternativo referido a varios delitos en

<sup>6</sup> Así lo afirma Joerden, J.C. quien rechaza la posibilidad de solucionar este problema atendiendo al principio de *in dubio pro reo* o la aplicación de la constatación procesal alternativa (*Wahlfeststellung*), por entender que nos encontramos ante una cuestión jurídica y no ante una mera cuestión de hecho, *op. cit.*, p. 594.

<sup>7</sup> Así, Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1062.

<sup>8</sup> Así señala, Serrano González de Murillo, J.L. que si se parte de que una de las posibilidades que pudo tener en cuenta el autor es que se produjera simultáneamente más de un resultado nos habremos internado en el ámbito del dolo alternativo, *op. cit.*, p. 1062.

<sup>9</sup> Jakobs, G. afirmaba que en el dolo alternativo, si bien es cierto que, como señala Joerden no se produce la acumulación de las exclusiones que caracteriza a los supuestos de la pre- y postnondependencia de resultados (cuando se considera posible uno u otro de los resultados pero se excluye tanto a producción del otro, como la simultánea de los dos), también lo es que lo que fundamenta el dolo en ambos casos no es la exclusión de la posibilidad del acaecimiento de uno de los posibles resultados, sino la consideración como probable del otro, siendo, precisamente, la acumulación de dichas representaciones de posible acaecimiento de los dos resultados y no la de las referidas a sus respectivas exclusiones la que permitirá apreciar el dolo alternativo. Nota al pie núm. 73, en *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L., Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 335 y 336. También Schmitz, R. afirmaba que resultaba difícilmente comprensible que en todos los casos en los que el resultado finalmente producido fuese el menos grave de los posibles, se tuviese que atribuir su producción a título de mera imprudencia, afirmando además, que la propuesta comentada tampoco vendría a fundamentar de forma suficiente la presencia de una especial peligrosidad del autor de estas conductas, a la que se aludía como motivo determinante de la necesidad de apreciar la tentativa del delito más grave en los casos en que no se hubiese llegado a producir ninguno de los resultados, en Schmitz, R., “Der dolus alternativus”, *ZStW*, 112, 2000, *op. cit.*, pp. 312 y ss.

<sup>10</sup> Esta es la postura absolutamente mayoritaria en la doctrina tanto española (véanse, Silva Sánchez, J.M., “Aberratio ictus...”, p. 376 o Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, pp. 1051 y ss.), como alemana, así, por ejemplo Kindhäuser, U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden-Baden, 2006, p.130 o Kühl, K., *op. cit.*, p. 102, aunque, continúa debatiéndose en el seno de la misma cual podría ser el contenido que podría llegar a tener la combinación de dolos que ha de dar lugar a la apreciación del dolo alternativo, ya que mientras algunos

determinados supuestos y su clara diferenciación con el acumulativo, planteó a la ciencia penal el reto de tener que establecer qué tratamiento se habría de brindar a las conductas en las que pudiese concurrir, problema que ha respondido la doctrina de una manera que, ciertamente, dista mucho de ser uniforme.

Si tuviésemos que destacar una de las posibles soluciones propuestas como la más aceptada por la doctrina, destacaríamos la que considera que la presencia del dolo alternativo en un supuesto debería llevar a la apreciación en el mismo de un concurso ideal entre todos aquellos delitos que hubiesen sido abarcados por dicha clase de dolo, con total independencia del grado de ejecución que cada uno de ellos hubiese llegado a alcanzar.<sup>11</sup>

En este sentido, señalaba Jakobs, en coherencia con su planteamiento crítico respecto a la postura de Joerden, que para apreciar el dolo basta una de las posibilidades que el sujeto represente como posible, que realice una y la otra no, habrán de apreciarse dos verdaderos dolos en el caso de que las dos posibilidades representadas por el sujeto realizasen un tipo (supuestos de contravalencia), con lo que habría de entenderse que en los casos de dolo alternativo referidos a dos delitos se realizarían en unidad de acción la consumación y la tentativa de cada uno de ellos.<sup>12</sup>

Dentro de esta corriente también se encuentran las posturas sostenidas por aquellos autores que, si bien consideraban adecuada la apreciación de un concurso

de delitos en los casos de dolo alternativo, exceptúan de dicha solución general aquel grupo de supuestos en los que existiese una relación de subsidiariedad entre los delitos que su sujeto activo hubiese abarcado alternativamente en su dolo, como sucedería, por ejemplo, cuando se plantea la posibilidad de lesionar o de matar a una misma y única persona, ya que al resultar el primero de dichos dolos claramente subsidiario con respecto al segundo, no podría apreciarse una vez que éste último se hubiese apreciado.<sup>13</sup>

Pese a la enorme aceptación que esta propuesta ha encontrado entre la doctrina alemana, la misma no está exenta de problemas.

Así se le reprocha el hecho, por ejemplo, de que conforme a la misma se llegue a otorgar el mismo tratamiento típico a los supuestos de dolo alternativo y a los de dolo acumulativo,<sup>14</sup> equiparación valorativa que atentaría claramente contra el principio de culpabilidad, puesto que llevaría a asimilar, por ejemplo, el desvalor de la conducta realizada por un sujeto que quería matar a dos personas, con otra más leve en la que un individuo hubiese pretendido tan sólo matar a uno de entre dos posibles víctimas.<sup>15</sup>

Lo insatisfactorio de la asimilación valorativa entre los casos de dolo alternativo y acumulativo producida con la apreciación del concurso de delitos en los primeros, llevó a otros autores a entender que lo más correcto sería apreciar en ellos un único delito y no un concurso entre varios; solución que, evidentemente,

autores, como Jescheck, H-H y Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Duncker& Humblot, Berlín, 1996, p. 304 o Köhler, M., *strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín/Heiderberg/Nueva York, 1996, p.169 han entendido que las tres clases de dolo (a saber la intención o dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el eventual) podrían presentarse en la forma del dolo alternativo, postura que también es defendida dentro de nuestra doctrina por Serrano González de Murillo, J.L., *Consideraciones en torno...*, p. 1052; otros, como Roxin, C., entienden como necesario que cuando menos uno de los dolos de la combinación alternativa deba de tener forma de *dolus eventualis*, *op. cit.*, p. 480, postura que sin embargo es rechazada por Jakobs quien considera que el dolo alternativo podría vincular a todos los dolos que no tuviesen por contenido la producción segura de la consecuencia de la acción, incluyéndose en el mismo la denominada “actuación a sabiendas en sentido amplio”, modalidad del dolo que se incluía entre el dolo referido a las consecuencias secundarias, en los que el sujeto actuase con “constancia” de las mismas, clase de dolo que se correspondería con lo que tradicionalmente se ha denominado como dolo directo de segundo grado. Véase Roxin, *op. cit.*, pp. 324 y 335.

<sup>11</sup> Jakobs, G., *op. cit.*, p. 335, afirma que nos encontraremos ante supuestos en los que existen dos dolos, y en los que se realizan una consumación y una tentativa en unidad de acción, decantándose también por la apreciación de un concurso ideal entre el delito consumado y el intentado, autores como Roxin. C., *op. cit.*, p. 480 o Kindhäuser, U., *op. cit.*, p. 130, entre otros.

<sup>12</sup> Jakobs, G., *op. cit.*, p. 335.

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, Jescheck, H-H y Weigend, T. afirmaban que cuando se produjese uno de los resultados representados, debería apreciarse un concurso ideal de delitos en el delito consumado y el intentado, salvo cuando este último fuese subsidiario respecto a aquel (caso de la lesión corporal respecto al homicidio). Véase Jescheck, H-H y Weigend, T., *op. cit.*, p. 304.

<sup>14</sup> Véanse en este sentido, Serrano González de Murillo “Consideraciones en torno a las consecuencias jurídicas del denominado ‘dolo alternativo’”, en Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 1053; Wessels, J. y Beulke, W., *op. cit.*, p. 89 o Cramer, P. y Sternberg-Lieben, D. en Schönke y Schröder, *Stragesebuch. Kommentar*, C.H. Beck, Múnich, 2006, p. 287.

<sup>15</sup> Así lo entiende, Schmitz, R., *op. cit.*, pp. 306 y ss., mientras que Joerden consideraba que como prohibida la pretendida opción doctrinal de brindar una solución idéntica a los supuestos de dolo acumulativo y a los de dolo alternativo, puesto que en el dolo alternativo faltaría la necesaria unión de dos dolos que se daría en el acumulativo, al haber excluido la posibilidad de la realización simultánea de los dos posibles delitos, véase Joerden, J.C., *op. cit.*, p. 584.

## El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

obligaría a tener que concretar cuál de los dos alternativamente abarcados por el dolo de su autor habría de ser el que finalmente se habría de tomar en cuenta a la hora de sancionarlo, problema al que la doctrina ha respondido de muy diversas formas.

Una primera propuesta fue la de apreciar en tales casos tan sólo aquel delito que efectivamente se hubiese llegado a consumar o el más leve de todos los posibles, cuando ninguno de ellos se hubiese concretado, ya que se entendía que ante la duda de cómo calificar la tentativa realizada por el reo de estos últimos supuestos, siempre se tendría que optar por aquella que resultase la más favorable para él, esto es, por la tentativa referida al delito más leve y no por la del más grave.<sup>16</sup>

Esta propuesta presenta el problema que vendría a relegar completamente, en los casos de tentativa, el desvalor correspondiente a la más grave de las posibles, lo que, en opinión de algunos autores, no resulta comprensible ni aceptable ya que no llegan a entender por qué razón la mera representación de la posibilidad de cometer un delito más leve, podría llegar a eliminar completamente el desvalor correspondiente al injusto de la tentativa del más grave.<sup>17</sup> Se afirma en tal sentido, que no se alcanzaría a entender, por qué si un sujeto dispara a su perseguidor representándose como posible matarle o matar al perro que éste llevaba, pero no a ambos, se le habrá de castigar tan sólo por la tentativa del delito de daños correspondiente a la posible lesión del último, cuando no habría, sin embargo, problema alguno para castigarlo por la correspondiente tentativa de homicidio en caso de que hubiese realizado la misma conducta teniendo tan sólo por posible matar a la persona y no a su perro.

En otras palabras, no se entiende por qué se privilegia al sujeto que actúa con un dolo referido a dos

posibles delitos alternativos castigándole tan sólo por la más leve, cuando a aquel otro que únicamente abarcase en su dolo la posible comisión del más grave de los delitos en cuestión se le castigaría, en todo caso y sin mayor problema, por la tentativa de dicho delito.<sup>18</sup>

Es precisamente por ello que otros autores se mostraron partidarios de apreciar en los casos de tentativas efectuadas con dolo alternativo tan sólo aquella que castigase a la más grave de las posibles (p. ej. el homicidio en el caso anteriormente señalado), postura que resultaría, sin embargo, incompatible con el simultáneo mantenimiento de la calificación por el delito más leve (p. ej. los daños), cuando éste fuese el que finalmente se llegase a consumar, ya que resulta difícil de justificar porque la producción de este último resultado podría hacer desaparecer el desvalor de la tentativa que se habría apreciado respecto al más grave.<sup>19</sup>

Este dilema llevó a otros autores a entender que se debería de apreciar la tentativa de aquel delito que tuviese la pena más grave de entre todos los que fueron abarcados por el dolo del autor, en tanto todos ellos quedasen en grado de tentativa, como cuando fuese el más leve el que se llegase a consumar;<sup>20</sup> postura que fue aceptada y desarrollada por Vogel, quien la trató de completar al establecer también un tratamiento específico para los supuestos de dolo alternativo referidos a delitos que tuviesen el mismo valor.<sup>21</sup>

Sin embargo, tampoco estas propuestas resultan completamente satisfactorias, porque vendrían a postergar por completo del desvalor del resultado de modo objetivo, producido cuando éste no fuese el del delito más grave de entre los abarcados por el dolo alternativo de su autor, lo que determinaría que en ta-

<sup>16</sup> Postura sostenida por Maurach y Zipf, en *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 1, 6<sup>a</sup> ed., Müller, Heidelberg, 1983, p 295, aunque fue posteriormente abandonada por los mismos, que pasaron a decantarse por apreciar aquel delito que hubiese alcanzado mayor grado de ejecución, o en caso de que todos hubiesen quedado en el mismo grado, la tentativa correspondiente al más grave; pudiendo apreciarse, sin embargo, un concurso de delitos cuando el injusto que quedase en tentativa fuese más grave que el que se llegó a consumar. Véase a este respecto a los citados autores en *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. 1, 8<sup>a</sup> ed., Müller, Heidelberg, p. 309.

<sup>17</sup> Schmitz, R., *op. cit.*, p. 308.

<sup>18</sup> Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1056.

<sup>19</sup> Jakobs, G. *Die konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelenken*, L. Röhrscheid, Bonn, 1967, p. 155, Vogel, J., por su parte, tilda a esta propuesta de ser un inadmisible ejemplo de derecho Penal del resultado. En § 15 del *Leipziger Kommentar*; p. 67 (en prensa).

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, Kühl, K. y Lackner, K., *op. cit.*, p. 103. Otto, H., *Grundkurs. Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, 2000, p. 80.

<sup>21</sup> Así, señalaba Vogel, J., que en aquellos otros supuestos en los que el dolo alternativo se refiriese a delitos iguales, o cuando menos de igual valor, se tendría que sancionar a su autor tan sólo por aquel que efectivamente se llegase a consumar, mientras que en caso de que no se hubiese producido la consumación de ninguno de ellos se le tendría que imputar tan sólo aquel con respecto al cual hubiese actuado con un verdadero dolo eventual, quedando, finalmente, en manos del juez el decidir cuál habría de ser concreto delito que se le imputaría en

les supuestos no se llegase a abarcar enteramente la medida del injusto efectivamente realizado.<sup>22</sup>

Nos encontramos, por tanto, en los casos de dolo alternativo, ante un grupo de casos cuya correcta y completa valoración penal no parece que se pueda alcanzar mediante la mera apreciación de uno de los delitos que tenía su autor por posibles, pero tampoco por la de todos ellos en concurso ideal; hecho que posiblemente llevó a algunos autores a entender que lo más conveniente sería combinar la apreciación de ambas soluciones a la hora de valorar los diversos casos en que se podría haber actuado con dicha modalidad de dolo.

Es, precisamente, en esta línea en la que se encuadran propuestas como la realizada por Wessels y Beulke quienes consideraban que, si bien no habría problema alguno para apreciar tan sólo el delito efectivamente consumado en aquellos casos en que éste presentase aproximadamente la misma gravedad a aquél otro que no se consumó, esto no sería posible cuando el delito consumado no pudiese llegar a absorber de forma completa el desvalor propio de la tentativa que se podría predicar respecto de aquél, circunstancia que obligaría a apreciar en dichos supuestos un concurso ideal de delitos que la valorase junto al injusto efectivamente consumado.<sup>23</sup>

Sin embargo, aún quedaría por establecer cómo se habrían de calificar aquellos otros casos de dolo alternativo en los que no se hubiese llegado a consumar ninguno de los delitos que se tenían por posibles, supuestos éstos en los que, en opinión de los citados autores, lo correcto sería apreciar la mera realización de la tentativa correspondiente al delito más grave de los abarcados por dicho dolo, en tanto que permitiese abarcar el completo contenido del injusto de aquella otra que se referiría a su delito alternativo, ya que, de

lo contrario, sólo se podría valorar el completo injusto realizado apreciando, de nuevo, el concurso ideal de delitos entre las tentativas referidas a las dos.<sup>24</sup>

Como se puede comprobar, nos encontramos ante una postura intermedia entre las que pretendían apreciar en todos los supuestos de dolo alternativo un único delito y aquellas otras que, por el contrario, se decantaban por apreciar en los mismos, necesariamente, todos y cada uno de los delitos abarcados por el dolo en unidad de acción, lo que determinará que esta propuesta no sólo haya de enfrentarse a los problemas que planteaban cada una de dichas posibles soluciones por separado, sino que además se encuentre ante el difícil reto de tener que justificar cómo se puede mantener la viabilidad simultánea de dos soluciones tan diferentes respecto a los mismos casos sin incurrir una manifiesta contradicción interna.<sup>25</sup>

Así, se podría reprochar a esta posición mixta, por ejemplo, que llegase a otorgar a determinados casos de dolo alternativo el mismo tratamiento que el previsto para los efectuados con dolo acumulativo, como también sucedía con los partidarios de la apreciación de un concurso de delitos en estos casos. Pero, sobre todo, se le tendría que criticar el que no hubiese llegado a justificar de manera convincente cómo se podría llegar a mantener dicha solución cuando al mismo tiempo, se señalaba que en otros supuestos realizados con la misma clase de dolo, la apreciación de un único delito permitiría valorar de forma completa el injusto efectivamente efectuado.

En este sentido, se señalaba que no parecía en modo alguno convincente, por ejemplo, que el mero hecho de que el delito que se llegase efectivamente a consumar de entre los abarcados por el dolo alternativo del sujeto tuviese un valor equiparable o superior al de aquél otro que se consideraba como

aquellos otros casos en los que se pudiese apreciar el dolo eventual del sujeto con respecto a varios de los posibles delitos, supuesto éste, que debería ser considerado como un claro ejemplo de determinación procesal alternativa de los hechos (*Wahlfeststellung*) en § 15 del *Leipziger Kommentar*, pp. 67 y 68 (en prensa).

<sup>22</sup> Así, por ejemplo, Roxin, C. alude al ya clásico ejemplo del cazador furtivo que actúa con un dolo alternativo de cometer el delito de caza furtiva y el de homicidio, ya que no sabe si dispara contra una pieza de caza o un mero paseante. Atendiendo a la postura comentada, debería entenderse que cuando se alcance con el disparo a la pieza y no a la persona en cuestión, se debería sancionar por la realización de una mera tentativa de homicidio, calificación típica extraña, cuando menos, en opinión del citado autor, puesto que no parece discutible que el sujeto se habría propuesto y habría ejecutado un delito de caza furtiva. En *op. cit.*, pp. 480 y 481. Jakobs, G. por su parte, critica tanto a esta como al resto de postura minoritarias, el hecho de que en su opinión no viniesen a abarcar enteramente la medida del injusto conocido. En *op. cit.*, p. 336.

<sup>23</sup> Wessels, W. y Beulke, J., *op. cit.*, p. 89.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 90. En similares términos se manifiestan Cramer, P. y Sternberg-Lieben, D. quienes consideran, frente a los autores anteriores, que la posible absorción del delito más leve por el más grave tampoco habría de exceptuarse por el mero hecho de que ambos estuviesen referidos a bienes jurídicos personalísimos. En *op. cit.*, p. 287.

<sup>25</sup> Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1059.

## El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

su alternativo, pudiese servir para entender que su apreciación pudiese absorber el desvalor propio de la tentativa de este último delito.<sup>26</sup>

De hecho, esta solución podría llevar a resultados realmente sorprendentes, si bien se podría determinar que quien matase a una persona actuando con un dolo alternativo referido a dicho resultado o a la posible muerte de un perro, hubiese de responder tan sólo por dicho homicidio consumado, también provocaría que se tuviese que apreciar un concurso ideal entre la tentativa de dicho delito y el de daños dolosamente consumados en caso de que el mismo sujeto, con la misma acción, hubiese llegado a matar al perro y no la persona;<sup>27</sup> calificación ésta que resulta claramente contradictoria con la anterior, ya que vendría a apreciar la consumación dolosa de un delito (los daños) que ni siquiera se había tenido por intentando en aquella.

Una propuesta de solución que parte de presupuestos completamente diferentes a los que se han comentado, sería la planteada por Fischer, autor que consideraba absolutamente irrelevante la existencia objetiva de una única lesión en los supuestos de dolo alternativo, ya que entendía que el núcleo de todo delito no sería la contravención del orden codificado, sino la consciente lesión de una relación de reconocimiento de la capacidad de configuración personal del prójimo; relaciones éstas, que constituirían, a su juicio, los pilares de la organización estatal y que se producirán en toda interacción humana, puesto que todo sujeto, al interactuar con otro, se reconocería a sí mismo en su contraparte.<sup>28</sup>

Una vez establecido este punto de partida, afirmaba el citado autor que el desvalor de la acción delictiva realizada, se encontraría no tanto en el concreto ejercicio instrumental del poder de organización propio (p. ej. utilización de un instrumento arriesgado) como en el concreto significado social del mismo, esto es, en el hecho de que el ejercicio realizado hubiese privado al tercero de una parte de su ámbito personal de orga-

nización;<sup>29</sup> circunstancia que habría de determinar, a su juicio, que en los casos de dolo alternativo se hubiesen de apreciar, en principio, la comisión de varios hechos delictivos y no sólo de uno, puesto quien los realiza habría ejecutado una acción tendente a lesionar varias relaciones de reconocimiento distintas y no solamente una, incluso cuando hubiese actuado con un dolo alternativo referido simplemente a varios objetos diferentes, pero pertenecientes al mismo titular, con lo que la apreciación de un único delito en tales casos no permitiría, a su modo de ver, valorar completamente el injusto que realmente habría realizado.<sup>30</sup>

Ahora bien, una solución bien distinta habrían de recibir, sin embargo, aquellos otros casos de dolo alternativo en los que el autor solo se representase como posible atacante de un único objeto al que le habría atribuido diferentes y alternativas cualidades típicas, como sucedería, por ejemplo, cuando hubiese disparado a un solo objeto que veía tras un matorral, sin saber si al hacerlo estaba disparando a un niño o al perro de éste, pese a que en el desvalor de la conducta efectuada en estos casos habría abarcado dos posibles relaciones de reconocimiento, quien la había realizado lo habría hecho con la total certeza que, finalmente, sólo podría provocar un verdadero resultado de peligro y no dos, con lo que el desvalor del resultado de su actuación sólo afectaría a una de dichas relaciones, haciéndose así, inviable la apreciación de la comisión de más de un delito.<sup>31</sup>

Es indudable que a la propuesta de Fischer se le podría nuevamente reprochar que hubiese venido a asimilar el tratamiento del dolo alternativo con respecto al acumulativo cuando el primero apareciese referido a dos objetos diferentes;<sup>32</sup> problema que además se vería notablemente agravado si se llegase a mantener, como hacía este autor, que también se habrían de apreciar la realización de varios delitos diferentes en aquellos supuestos en los que actuando con dolo alternativo se hubiese llegado a poner en peligro varios objetos del mismo titular, ya que dicha postura obligaría

<sup>26</sup> Así, Vogel, J., tilda de no reconocible y de indeterminado el criterio de la proximidad de gravedad del contenido del injusto de los delitos abarcados en el dolo alternativo o de la similitud del fin de protección de los mismos, como posible referente diferenciador de los casos en que se habría de apreciar un único delito o varios. § 15 del *Leipziger Kommentar*, p. 67 (en prensa).

<sup>27</sup> Wessels, J. y Beulke, W., *op. cit.*, p. 89.

<sup>28</sup> Fischer, M., acogiera por tanto la denominada “Teoría del injusto personal” (Personale Unrechtslehre) En *Wille und Wirksamkeit. Eine Untersuchung zum Problem des dolus alternativus*, Fráncfort del Meno, 1993, pp. 187 y ss. y 198.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 207 y ss.

<sup>30</sup> *Ibid.*, pp. 215 y ss.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 219 y ss.

<sup>32</sup> Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1064.

a afirmar que los objetos son elementos necesarios de la relación de reconocimiento y que, por tanto, existirían tantas relaciones de reconocimiento lesionadas y tantos delitos cometidos como objetos materiales hubiera tenido por posibles el sujeto activo al realizar su actuación, lo que llevaría al absurdo resultado de que se tuviesen que apreciar, por ejemplo, la realización de 1 000 tentativas de estafas, cuando quien pretendiese obtener la entrega de un televisor mediante un engaño realizado frente al titular de una empresa de venta por catálogo, se representase como posible que éste pudiese tener en existencia un mínimo de 1 000 televisores como el que pretendía conseguir.<sup>33</sup>

Ahora bien, el mayor problema al que se enfrentaría dicha propuesta sería el derivado del hecho de que se pretenda fundamentar el diferente tratamiento de los casos de concurso de leyes y de delitos del dolo alternativo, atendiendo a una supuesta diferencia de la representación de su autor, según hubiese actuado con un dolo referido a uno o a varios objetos, diferencia que a todas luces resulta inexistente, puesto que parece lógico entender que cuando un sujeto dispara contra un arbusto que se mueve, representándose como posible resultado de su conducta tanto la lesión de un niño como la del perro de éste, tiene como posibles la lesión de ambos objetos, como quien les dispara una sola vez sabiendo que ambos se encuentran físicamente próximos, pero estando completamente convencido de que con dicha acción sólo podría llegar a darle a uno de ellos.

En realidad, tanto quien se representa por posible lesionar a dos objetos diferentes con su actuación, como aquel otro que la efectuase pensando que sólo podría atentar contra uno que podría estar dotado de una naturaleza diversa, habrá actuado apreciando el doble peligro de producción de los resultados posibles tan sólo desde una perspectiva *ex ante* y no desde una perspectiva *ex post*, ya que en ambos casos estaría completamente seguro de que al final su actuación sólo podría llegar a producir uno de los posibles resultados lesivos y nunca los dos.

No existe, por tanto, diferencia alguna en la representación del sujeto en uno y otro supuesto, lo que hace imposible que se pueda diferenciar su tratamiento, como proponía Fischer atendiendo a la presunta divergencia existente en la representación de sus respectivos autores.<sup>34</sup>

Otra posible solución de los supuestos de dolo alternativo ha sido propuesta recientemente por Schmitz, quien, en principio, señalaba que tal vez la misma se pudiese encontrar al apreciar una única tentativa delictiva, tanto en los casos en que se diese una tentativa inacabada contra bienes jurídicos del mismo valor, como en aquellos otros en los que, habiéndose atentado contra bienes de diferente valor, se hubiese llegado a lesionar uno de ellos, sin que la posible producción de éste o de su alternativo se hubiese dejado por parte de su autor en manos exclusivamente de factores externos a su voluntad, ya que, mientras la seguridad que tenía el autor de las primeras conductas comentadas respecto a la imposibilidad de acaecimiento acumulado de los dos resultados posibles, determinaría que fuese imposible apreciar en su actuación el dolo necesario para poder imputarle otra tentativa, al no existir voluntad alguna de consumarla,<sup>35</sup> quien realiza las segundas hubiese mantenido la capacidad de decidir cuál sería el delito que finalmente se llegaría a producir, permitiría entender que una vez producido éste, habría desistido voluntaria y omisivamente respecto del resto de los que fueron inicialmente albergados por su dolo.<sup>36</sup>

Sin embargo, el problema planteado por el dolo alternativo continuó sin solución en el resto de supuestos, que no son pocos, lo que llevó a Schmitz a buscar otro posible tratamiento de los mismos que viniese a responder de forma completa a su problemática.

Parecía claro que en la búsqueda de una solución completa para los casos de dolo alternativo se habría de partir del hecho de que estas actuaciones presentan una problemática referida a la culpabilidad de su autor que no puede ser correcta y completamente

<sup>33</sup> Ejemplo expuesto por Schmitz, R., para demostrar la incoherencia de esta argumentación en nota al pie núm. 57, en *op. cit.*, p. 316.

<sup>34</sup> Schmitz, R., *op. cit.*, pp. 315 y 316. Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1063.

<sup>35</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, p. 320.

<sup>36</sup> Así, lo entendía Schmitz, R., por ejemplo, en aquellos casos en los que un sujeto esperase tras una puerta a que entrase el guardia de seguridad de un edificio o su perro, con la intención de matar a aquél de los dos que o hiciese primero. En este supuesto una vez que se hubiese producido la muerte, por ejemplo, del perro por haber sido el primero que entró, debería entenderse que se había desistido con respecto a la muerte del perro, afirmando en tal sentido el citado autor que encuentra la apreciación de dicho desistimiento voluntario tendría incluso fundamentos de política criminal "... ya que no se puede motivar al autor a no realizar el hecho penal, se le puede incentivar para cometer sólo uno de ambos y renunciar al otro", *op. cit.*, p. 321.

## El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

valorada ni mediante la mera apreciación de un concurso de delitos entre todos los que éste hubiese tenido por posibles, ni por la de uno solo de dichos delitos; mientras que tampoco resultaría factible solventarla mediante la mera utilización del instrumento procesal de la determinación alternativa de los hechos referida a todos los delitos que el sujeto tuvo por posibles (*Wahlfeststellung*), ya que en caso de que uno de ellos se consumase no existiría la inseguridad sobre cuál habría sido el objetivamente realizado, abriría las puertas a la utilización de dicha solución procesal.<sup>37</sup>

Es por ello, que se propone adoptar una solución valorativa propia y específicamente referida a los casos de dolo alternativo, conforme a la cual lo que se tendría que hacer es sancionar a su autor mediante la emisión de un pronunciamiento de culpabilidad formulado alternativamente respecto de todos los delitos que éste hubiese tenido por posibles; pronunciamiento que tendría la virtualidad de permitir que el juez pudiese valorar la concreta incidencia que dicho dolo habría tenido en el desvalor de la acción realizada a la hora de determinar la pena que se le debería aplicar.<sup>38</sup>

Así, por ejemplo, si un cazador furtivo disparase contra un guardia sabiendo que podría matarlo o matar al perro que éste llevaba, se le debería condenar señalando en la sentencia que “... el acusado se ha hecho merecedor de pena a causa de la comisión de una tentativa de homicidio y de unos daños consumados que se excluirían entre sí...”,<sup>39</sup> lo que vendría a posibilitar que el juez tuviese en cuenta tal hecho a la hora de determinar la concreta pena que se le habría de aplicar.

Pero, ¿cómo incidiría dicho pronunciamiento en la pena aplicable al autor de estas conductas? A esta cuestión responde Schmitz señalando que, en el caso comentado, pese a que el injusto del delito más leve consumado (los daños) no pudiese incrementar la pena que correspondería al intentando más grave (el homicidio), si habría de elevar el límite mínimo de la correspondiente a este delito cuando dicho límite fuese inferior al mínimo legalmente previsto para aquél, ya que, parece innegable que la pena que se

debería imponer al autor de estas conductas no debería ser nunca menor que la que como mínimo le habría correspondido por la simple consumación de dicho delito.

Será precisamente por ello, por lo que el pronunciamiento de culpabilidad formulado alternativamente respecto de ambos delitos habría de servir para que en estos casos se pudiese incrementar el límite inferior de la pena de la tentativa del delito más grave, hasta equipararla a aquella que cuando menos le habría correspondido a su autor por la consumación del otro más leve.<sup>40</sup>

Se elevaría de este modo el límite inferior del marco punitivo aplicable a estos casos manteniendo al mismo tiempo el superior más alto de los posibles, solución punitiva que se habría de adoptar con total independencia de si el dolo alternativo estaba referido a uno o a varios objetos y que, además, se tendría que aplicar, no sólo respecto de casos como el comentado, sino también con relación al resto de los posibles, esto es, tanto a aquellos casos en los que todos los delitos posibles hubiesen quedado en grado de tentativa, como a aquellos otros en los que se hubiese llegado a consumar el más grave de ellos, teniendo éste un límite punitivo inferior al previsto para la tentativa de su alternativo más leve.<sup>41</sup>

Una cuestión bien diferente sería entonces, la de cómo valorar los supuestos en los que el dolo alternativo estuviese referido a delitos de igual valor, por ejemplo, el posible homicidio de dos personas diferentes; situación ésta en la que, según el citado autor, ya no sería necesario dictar el denominado pronunciamiento alternativo de culpabilidad, puesto que la condena por uno solo de dichos delitos permitiría valorar el completo injusto realizado, siempre y cuando en la misma se hubiese tenido en cuenta tanto el hecho de que dicho delito se había efectuado con una unión alternativa de varios dolos, como la concreta intensidad que presentaban cada uno de los dolos que componían dicha unión.

Partiendo de este hecho, afirmaba Schmitz que la presencia del dolo alternativo en este tipo de conductas podría y debería influir en su valoración de la siguiente forma:

<sup>37</sup> Schmitz, R., *op. cit.*, p. 323.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 322 y 333.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 323.

<sup>40</sup> Schmitz, R., *op. cit.*, p. 323.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 324.



- 1) En caso de que su autor considerase como segura la comisión de cuando menos uno de los dos resultados que había abarcado por su dolo (p. ej. uno de los dos homicidios), se representaría la posibilidad de producir uno u otro con una probabilidad de 50 %, pero actuaría con una representación de 100 % respecto a la probabilidad de acaecimiento de uno de ellos, por lo que se podría entender que en dicho delito “...dos dolos atenuados llevarían a un dolo directo [...]”.<sup>42</sup>
- 2) Si el autor tenía por posibles tanto el producir alguno de los dos tipos delictivos, como ninguno de ellos, debería entenderse que a pesar de que el porcentaje referido a cada uno de ellos sería de tan sólo 33.3 %, tendría una representación de la posibilidad de la efectiva producción de alguno de los dos de 66.6 %; porcentaje éste que, si bien, es inferior al de los casos anteriormente comentados, es mayor que el que se daría cuando el sujeto se representase el acaecimiento de un único resultado delictivo sólo como probable, considerando como igualmente posible, que el mismo no se llegase nunca a producir (50 %).
- 3) Cuando el sujeto buscase con un dolo directo uno de los posibles resultados en cuestión (comportamientos en los que se actuaría con media intención), no se producirá un incremento de la voluntad de ejecución del mismo por el simple hecho de que junto al resultado directamente perseguido se tuviese otro como también posible.

De este modo, se ponía de manifiesto que las distintas posibles combinaciones de dolos que podrían darse en el seno del dolo alternativo referido a varios posibles delitos equivalentes o, por lo menos equiparables, incidirían en la gravedad subjetiva del injusto realizado, resultando necesario, por tanto, que el juez las tomará en cuenta a la hora de determinar la concreta pena que habría de aplicarles a sus respectivos responsables, del mismo modo, que atiende a las diferencias valorativas que presentan los dolos directos

y eventual a la hora de determinar la pena correspondientes a los injustos realizados con uno y otro.<sup>43</sup>

Ahora bien, todavía quedaría, en opinión de Schmitz un grupo de supuestos diferentes dentro de los casos de dolo alternativo por analizar, como sería aquel referido a los casos en los que un sujeto actuase representándose como posible consecuencia alternativa de su conducta la producción de dos resultados que, en principio, parecen encontrarse en una relación de subsidiariedad entre sí, como sucedería, por ejemplo, cuando se representase como posible resultado de su acción bien matar a un sujeto X, o bien lesionar a otro Y.

En estos supuestos, se deberá entender que el dolo de lesionar sería subsidiario con respecto al de matar, de la misma forma que el injusto de las lesiones lo es respecto del homicidio contenido en el § 212 StGB, por lo que si finalmente se llegase a producir el resultado consumativo de éste último delito su apreciación excluiría la de la posible tentativa referida a aquel otro.<sup>44</sup>

Sin embargo, si lo que llegase a producirse fuese finalmente el resultado más leve de los posibles (las lesiones corporales), se habría de entender que el desvalor de dicho delito consumado —aún cuando llegase a dar lugar a la apreciación del tipo cualificado del § 224 StGB referido a aquellas lesiones que resultasen especialmente peligrosas para la vida— no podría en ningún caso llegar a absorber al que le es propio a la tentativa del más grave (la del homicidio), por lo que el completo desvalor del hecho realizado sólo se podría abarcar mediante la emisión de un nuevo pronunciamiento alternativamente formulado respecto de ambos.<sup>45</sup>

Esta propuesta ha sido parcialmente recogida dentro de nuestra doctrina por Serrano González de Murillo, quien señala que la valoración de los casos de dolo alternativo ha de realizarse tanto desde una perspectiva *ex ante*, como desde una *ex post*; lo que le lleva a entender que, si bien es cierto que en los mismos sólo se puede apreciar la realización de un

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 326.

<sup>43</sup> Así, afirmaba Schmitz, R., que el concreto dolo con el que se ejecute un hecho siempre incidirá en la valoración del injusto correspondiente al mismo, ya que la ejecución con dolo directo de una conducta siempre será más grave que su ejecución con mero dolo eventual, como lo demuestra el hecho de que algunos tipos delictivos dolosos excluyan, por su propia configuración, su comisión con un simple dolo eventual, lo que no es sino un claro reflejo de que dicho dolo resulta menos grave que el directo con el que éstos se habría de cometer, *op. cit.*, p. 325.

<sup>44</sup> Schmitz, R., *op. cit.*, p. 331.

<sup>45</sup> En este precepto, tras haber realizado una breve enumeración de cuatro de los comportamientos que pese a haber generado una lesión corporal comportan un riesgo adicional para la vida que debe ser objeto de valoración en el injusto, (p. ej. utilización de armas), se manifiesta expresamente el fundamento de dicho delito, al considerar incluidos en su tipo todas las lesiones corporales que fuesen ocasionadas mediante un comportamiento peligroso para la vida humana.

## El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

hecho delictivo, ya que su autor partía de que al final sólo podría realizar uno de los dos que tenía por posibles (perspectiva *ex post*), también lo es que el injusto realizado por el mismo debería abarcar desde lo mínimo hasta lo máximo que hubiese podido realizar, ya que tanto lo uno como lo otro habría sido tenido por posible (desde una perspectiva *ex ante*) por dicho sujeto.<sup>46</sup>

Es por ello que el citado autor entiende que quienes actúan en estos supuestos habrían de responder, siempre y en todo caso, conforme a un marco penal que viniese a encontrar la zona de intersección que presentasen las penas previstas para los delitos que éstos hubiesen querido realizar alternativamente, sin llegar, evidentemente, a acumularlas.<sup>47</sup>

En esta línea, afirma Serrano González de Murillo que el autor de las conductas realizadas con dolo alternativo no debería verse punitivamente favorecido por el mero hecho de haber actuado sabiendo que podía llegar a realizar un delito más leve del más grave que finalmente había consumado o que, cuando menos, sabía que podía llegar a consumar; aunque tampoco sería correcto que sólo se le castigase por la pena de este último delito más grave, cuando la prevista para el más leve tuviese un umbral punitivo inferior más alto que el legalmente previsto para aquél; consideraciones todas ellas que le llevaron a entender que en estos supuestos “... de los varios posibles tipos en juego, el límite inferior del marco penal vendría determinado por el tipo que prevea el límite inferior más alto (ya sea del delito más grave o más leve) y el límite superior por el delito más grave, es decir, por aquel que prevea un umbral superior relativamente más alto”.<sup>48</sup>

Ahora bien, resulta evidente el hecho de que el tratamiento punitivo propuesto para los casos de dolo alternativo carece de anclaje legal alguno en nuestro ordenamiento penal, a diferencia de lo que sucede en el alemán donde aparece recogido en el § 52. 2 StGB, lo que impedirá su aplicación en el mismo mientras no medie una reforma que lo venga a establecer de forma expresa, cumpliendo así con las exigencias derivadas del principio de legalidad de las penas.

Así lo reconoció el propio Serrano González de Murillo, quien, precisamente por ello, propuso introducir un nuevo artículo 77 bis en nuestro Código Penal cuyo tenor literal sería el siguiente:

Si el responsable de un delito duda sobre cuál de los posibles delitos que se representa, y cuya realización simultánea es imposible se va a concretar responderá por el marco penal comprendido entre el límite superior correspondiente al delito más grave y el límite inferior más alto de entre los correspondientes a los referidos delitos. Si duda acerca de en qué objeto, de entre los homogéneos que considera posibles, se va a concretar la acción típica, sólo responderá por un delito consumado o, en su caso intentado.<sup>49</sup>

Como se puede comprobar esta solución coincide, en líneas generales aunque con matices, con la que realizó en su día Schmitz en referencia al ordenamiento alemán, hecho que nos ha llevado a analizarlas de forma unitaria, a pesar de que su predicamento en uno y otro ordenamiento, presenta importantes notas diferenciadoras que han de ser consideradas.

En este sentido, y comenzando por la propuesta de Schmitz, debemos señalar que pese a lo novedosa que pudiese parecernos en un principio, si la analizamos con algo más de detenimiento nos daremos cuenta de que lo único que vendría a proponer es aplicar la regla generalmente prevista en el § 52.2 StGB para el concurso ideal de delitos a algunos de los supuestos de dolo alternativo (en concreto, a los referidos a delitos de diferente valor),<sup>50</sup> lo que determinaría que también viniese a incurrir, respecto a dichos casos, en el mismo problema que precisamente le reprochaba a la solución concursal defendida en su mayoría por la doctrina de aquel país, ya que también vendría a sancionar algunos supuestos de dolo alternativo como si hubiesen sido efectuados en realidad con dolo acumulativo.

Por otra parte, tampoco parece que sea muy adecuado, que la propuesta comentada pueda llegar a castigar con una pena superior a aquél que actuase

<sup>46</sup> Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1065.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 1066.

<sup>48</sup> Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1067.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 1067 y 1068.

<sup>50</sup> El parágrafo 52.1 StGB establece que en los casos de concurso ideal de delitos se castigue tan sólo con la pena del delito más grave, si bien en su segundo apartado que dicha pena nunca podrá ser inferior a la inferior prevista para el delito más leve, regla que fue citada por el propio Schmitz, R. como referente básico de su propuesta, *op. cit.*, p. 323.

con dolo de cometer un delito grave A u otro B más leve, pero dotado de un marco punitivo general con un límite mínimo superior al de A, que a aquel otro que lo hiciese teniendo por posible cometer alternativamente dos de los primeros, esto es, dos delitos graves A, por cuanto el mayor castigo impuesto a la primera conducta frente a la segunda no resulta en absoluto acorde con el evidente mayor desvalor que tanto objetiva como subjetivamente presentaría ésta última actuación.

Ahora bien, el ya de por sí complejo problema valorativo planteado por la propuesta de Schmitz no se soluciona cuando se predica su aplicación con respecto a la legislación española, sino que incluso se llega a agravar.

Así, por ejemplo, resulta que la citada solución podría llevar a que los supuestos de dolo alternativo referidos a dos delitos de diferente gravedad se llegasen a sancionar en nuestro ordenamiento penal con una pena no sólo idéntica, sino incluso superior a la que le habría correspondido en caso de haber sido realizados con uno acumulativo, lo que resulta claramente contradictorio con el menor desvalor que a todas luces presentaría aquel tipo de actuaciones en comparación con éstas.

Piénsese, por ejemplo, en un caso hipotético en el que un sujeto actuase con dolo alternativo referido a un delito que debería ser sancionado con penas de 4 a 12 años de prisión y a otro que tuviese una pena de 9 a 11 años, respectivamente, supuesto éste que conforme a la propuesta comentada habría de ser de sancionado con una pena de entre 9 (límite inferior más alto) a 12 años (límite superior del más grave), lo que llevará a que se le sancione con mayor pena que la que le habría correspondido en caso de que hubiese realizado la misma conducta actuando con un dolo directamente dirigido a producir acumulativamente ambos delitos, ya que el art. 77 de nuestro Código Penal vendría a determinar que en dicho supuesto sólo se le pudiese castigar con una pena de 8 a 12 años.

¿Por qué sancionar de forma más severa a quien realiza una conducta con la seguridad de cometer sólo un delito entre varios posibles y de diferente valor que aquel otro que lo hiciese no sólo teniendo como posible, sino incluso queriendo cometerlos todos a la vez? La verdad es que esto no parece tener ningún sentido.

En realidad, este verdadero dislate valorativo no es sino el reflejo de la descoordinación punitiva, que, a nuestro juicio, produciría la introducción de una regla concursal tan extraña a nuestro sistema de determinación de penas como la propuesta por Schmitz en referencia al alemán y aceptada, sin mayores reparos, por Serrano González de Murrillo con respecto al nuestro, lo que nos lleva a entender que esta propuesta, al igual que sucedía con las anteriores, tampoco sirve para solucionar adecuadamente el problema que plantean las actuaciones realizadas con un verdadero dolo alternativo.

### III. La necesidad de replantearse el problema

Como se puede deducir de lo expuesto hasta ahora, el tema del dolo alternativo ha sido un problema sin solución para la doctrina penal desde hace casi cien años,<sup>51</sup> sin que parezca que los últimos estudios referidos al mismo hayan logrado dar una respuesta plenamente satisfactoria a la problemática valorativa que viene a presentar.

De este modo, se advierte que quienes propugnan apreciar un concurso de delitos en estos casos, asimilan su tratamiento punitivo con el propio de los del dolo acumulativo, mientras que los que proponen apreciar en ellos un único delito no parece que lleguen a abarcar el completo desvalor del injusto que les resultaría propio, ya que si aprecian sólo el delito más grave de los posibles, estarían relegado el posible desvalor del resultado correspondiente a al más leve cuando fuese éste el que se consumase; mientras que si atienden tan sólo al que se hubiese consumado, estarían dejando sin valorar el hecho de que la acción realizada podría haber llegado realmente a ocasionar dos delitos, aunque al final sólo hubiese ocurrido uno.

Tampoco las soluciones mixtas aportan una solución satisfactoria, ya que no sólo han acumulado los problemas propios de las propuestas anteriores, sino que incluso les habrían añadido otros directamente derivados de su pretensión de combinar dos soluciones como las anteriores que parecen abiertamente contradictorias entre sí.

Podría pensarse, por tanto, que nos enfrentamos en realidad a un supuesto irresoluble para los instrumentos doctrinales tradicionales, por lo que lo más

<sup>51</sup> Schmitz, R., *op. cit.*, p. 331.

## El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

lógico sería, como proponen algunos autores, olvidarnos de los mismos y centrar nuestros esfuerzos en la búsqueda de una solución nueva que viniese, simplemente, a dar una respuesta punitivamente adecuada al problema planteado, pero tampoco parece que las soluciones aportadas en esta línea hayan conseguido el objetivo de establecer un sistema plenamente coherente y adecuado de valoración de todos estos supuestos.

¿Qué opción nos queda entonces? ¿Nos olvidamos del problema del dolo alternativo, asimilamos su tratamiento al del acumulativo, como hace la doctrina mayoritaria y guardamos los problemas que dicha propuesta presenta en ese oscuro y recóndito lugar en el que se almacenan aquellos a los que la dogmática actual no es capaz de responder de una forma plenamente convincente?

Evidentemente, esta última postura no puede resultar en modo alguno aceptable, por lo que a continuación procederemos a replantearnos toda la problemática inherente a los supuestos de dolo alternativo, lo que nos obligará, en primer lugar, a tener que concretar que entendemos por dolo típico de un delito y cuál podría ser el contenido real del mismo, ya que, consideramos, que sólo partiendo de dichos datos podremos determinar si el denominado dolo alternativo es realmente el producto de la unión de varios dolos y, si ello fuese así, cuál habría de ser el contenido real de los mismos.

### IV. Concepto y posibles contenidos de los dolos típicos

Como acabamos de señalar, antes de adentrarnos en el concreto análisis de la problemática inherente al dolo alternativo, se hace necesario definir de una forma general qué entendemos por dolo a efectos típicos, concepto que se está viendo sometido en los últimos tiempos a diversas reinterpretaciones que pretenden normativizarlo, centrando todo su contenido en su aspecto intelectivo y eliminando, al mismo tiempo,

cualquier posible referencia en su seno a aquel elemento volitivo que tradicionalmente lo había venido también a configurar.

Así, se afirma desde estos postulados que el propio Código Penal español viene a confirmar que el dolo es sólo conocimiento y no voluntad, por cuanto en su art. 14 alude tan sólo a la ausencia del elemento intelectivo como posible causa de exclusión de la presencia del dolo, sin hacer referencia alguna, como contrapartida, a la posibilidad de que la ausencia de su supuesto aspecto volitivo pudiese llegar a producir también dicho efecto;<sup>52</sup> consideración que se ve además respaldada por el hecho de que la exigencia de la prueba del presunto elemento volitivo del dolo sea tenida por algo más retórico que real en el devenir cotidiano de nuestros tribunales.<sup>53</sup>

Se considera de este modo, que la diferencia básica entre la conducta dolosa y la imprudente nos vendrá dada por el concreto contenido del conocimiento con que se habrían realizado la una y la otra y no por la manifestación de voluntad que su ejecución pudiese representar; conocimiento que, además, sólo podrá estar referido al grado de peligro que el sujeto le atribuya a su acción y nunca al resultado que se podría derivar de la misma, por cuanto, se entiende que dicho elemento típico nunca podrá ser conocido de una forma *ex ante* por su sujeto activo, lo que, evidentemente, impedirá que pudiese ser objeto del elemento intelectivo con el que éste hubiese venido a actuar.<sup>54</sup>

Es por ello, que se entiende que la apreciación del dolo o de la imprudencia en una conducta sólo dependerá de la representación que hubiera tenido su autor con respecto al peligro que iba a generar al realizarla, afirmándose en tal sentido, que siempre actuaría con dolo de lesionar aquél que hubiese actuado sabiendo que su conducta generaría un verdadero peligro concreto de producir tal resultado,<sup>55</sup> consideración de la conducta realizada que, además, no podría cambiar por el mero hecho de que la hubiese efectuado partiendo al mismo tiempo de la suposi-

<sup>52</sup> Feijoo Sánchez, B., “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, *CPC*, núm. 65, 1998, p. 280.

<sup>53</sup> Bacigalupo, E., “Problemas actuales del dolo”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Aranzadi, 2005, pp. 69 y 73 y ss. Sobre la prueba del dolo, desde una concepción cognitiva del mismo, véase el interesante estudio de Ragués i Vallés, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 357 y ss.

<sup>54</sup> Véanse, en este sentido, Bacigalupo, E., *op. cit.*, p. 77 y Feijoo Sánchez, B. *op. cit.*, p. 280.

<sup>55</sup> Así, por ejemplo, Ragués i Vallés, R., *El dolo...*, *op. cit.*, p. 175 y 353; el mismo autor en “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7, 2002, pp. 2 y 4. En similares términos se pronunciaba Silva Sánchez, J.M., si bien partiendo de una configuración del injusto asentada exclusivamente en la infracción de la norma de determinación

ción irracional de que al final dicho resultado no se llegaría a producir.<sup>56</sup>

De este modo, se afirma que todo sujeto que actuase con conciencia de la peligrosidad concreta de lesionar que su actuación conllevaba, lo habría hecho, cuando menos, con un dolo eventual de ocasionar de lesionar, es decir, con un verdadero dolo eventual de lesión,<sup>57</sup> modalidad de dolo cuya apreciación se expande hasta tal punto que pasa a ser considerada como la forma prototípica del verdadero dolo de lesión.<sup>58</sup>

Esta nueva concepción del dolo fue precisamente analizada en un trabajo publicado por la profesora Díaz Pita; trabajo en el que lo primero que destacó la citada autora fue el hecho de que reducir la apreciación del dolo a la constatación del conocimiento de la peligrosidad de la conducta realizada no habrá de suponer, como pretendían los defensores de las posturas anteriormente comentadas, que se desdotase a dicho elemento típico de su esencia psicológica o subjetiva sustituyéndola por una normativa, puesto que, evidentemente, el conocimiento también es una realidad eminentemente subjetiva y psicológica, cuya naturaleza no variará por el mero hecho de que se vea sometida cualquier clase de valoración jurídica.<sup>59</sup>

Ahora bien, lo que sí que harían estas propuestas sería restringir la extensión de los parámetros de naturaleza psicológica que se habrían de valorar normativamente para apreciar la presencia del dolo en un determinado comportamiento, al entender que dicha valoración habría de estar exclusivamente referida al conocimiento del riesgo con el que hubiese actuado el sujeto y no a su voluntad;<sup>60</sup> restricción que no cabe duda de que facilitaría enormemente la apreciación y

prueba de dicho elemento típico en casos conflictivos, pero que también vendría a provocar una extensión del Derecho penal hacia conductas cuya verdadera naturaleza dolosa habría de ser considerada, cuando menos, como más que dudosa.<sup>61</sup>

En efecto, el reducir la fundamentación del dolo de lesión a la mera presencia de una correcta representación del peligro de la conducta, permite apreciarlo en casos que tradicionalmente habrían sido considerados como ejecutados con mera imprudencia consciente y también provoca que sea realmente difícil distinguir esta forma de dolo de aquella otra que podría estar referida tan sólo al mero peligro de lesionar sin llegar a abarcar la efectiva lesión, ya que, prácticamente, asimilará el dolo referido a la lesión con aquel otro que apareciese exclusivamente referido al peligro concreto de su producción.<sup>62</sup>

Ahora bien, ¿podría entenderse que la expansión del dolo de lesión fomentada por las corrientes normativas de dicha forma de imputación se corresponde realmente con las diferencias valorativas que la diferencian de otros títulos de imputación más leves, como podría ser el meramente imprudente o el dolo referido al peligro concreto pero no a la lesión?

En este sentido, señalaba Díaz Pita que lo más adecuado a la hora de establecer la diferencia entre conductas dolosas e imprudentes sería atender, precisamente, a aquel dato que habría fundamentado la diferente valoración normativa que reciben unas y otras por parte del Derecho penal, esto es, a aquel hecho o circunstancia que determina que las conductas dolosas tengan un mayor castigo en dicha rama del ordenamiento jurídico que las meramente imprudentes; dato

de la ley penal como norma primaria dirigida al ciudadano, en cuando afirmaba que la voluntad no es un elemento del dolo, sino de la acción por lo que lo que diferencia al dolo de la imprudencia es que quien actúa dolosamente conoce el significado típico de la conducta, mientras que quien lo hace imprudentemente desconoce en toda su dimensión dicho significado. En *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo...* En el mismo sentido, se manifestaba ya el citado autor en “*Aberratio ictus ...*”, p 367; concepción que parte de la sostenida en su día por Frisch, W., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes, zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbezichtiger Möglichkeitsvorstellungen*, C. Heymann, Colonia, 1983, p. 411. Esta postura lleva a algunos otros autores, como Feijoo Sánchez, B. a entender que, dado que el conocimiento del sujeto sólo se puede deducir partiendo de las circunstancias objetivas que rodean su conducta, habrá de entenderse que la diferencia existente entre las conductas dolosas y las imprudentes se tiene que concretar a efectos prácticos en el hecho de que mientras que en las primeras su autor la habría efectuado teniendo a su alcance todos los datos necesarios para calcular la posibilidad de realizar un hecho típico, esto no habría sucedido en aquellas que serían tenidas por meramente imprudentes. En *op. cit.*, p. 300.

<sup>56</sup> Bacigalupo, E., *op. cit.*, p. 77.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 76 y 81. También Silva Sánchez, J.M., *Aproximación...*, *op. cit.*, p. 402.

<sup>59</sup> Díaz Pita, M.M., “La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización”, *Revista Penal*, núm. 17, 2006, p. 66.

<sup>60</sup> *Idem*.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>62</sup> En este sentido, no resulta en modo alguno sorprendente que alguno de los defensores de esta propuesta normativa se hayan manifestado como abiertamente contrario a establecer posibles diferencias y similitudes entre ambas formas de dolos. Véase, por ejemplo, Feijoo

## El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

que, a su juicio, no puede venirnos dado exclusivamente por la concreta representación con que cada una de ellas se hubiese realizado por parte de sus respectivos sujetos activos, ya que, existen casos en los que puede resultar incluso más grave actuar sin haberse planteado la peligrosidad inherente a la conducta que se va a realizar, que el hacerlo habiendo tenido plena conciencia de la misma.<sup>63</sup>

Compárese en tal sentido, por ejemplo, la gravedad del caso un médico que ocasiona la muerte de su paciente al cometer un pequeño error durante la realización de una operación de alto riesgo, con otro que, sin conocer dicho dato, ya que no se interesó en comprobarlo, también ocasiona la muerte de su paciente debido a que no desinfectó previamente el instrumental que iba a utilizar en la operación. No cabe duda de que el autor de la primera de las conductas comentadas conocía de la peligrosidad de la operación cuando la realizó, lo que no sucede en el segundo caso y, sin embargo, lo cierto es que valorativamente dicho conocimiento no habría de llevar necesariamente a que la actuación del primero tuviese que ser considerada como más grave, ya que se debería tener como más grave la lesión del deber objetivo de cuidado que realiza quien mata sin saber que estaba generando el peligro de hacerlo, que la de aquel que lo hubiese hecho teniendo conciencia de tal circunstancia y que, precisamente por ello, hubiese tratado de evitarla, aunque hubiese errado finalmente en dicho intento.<sup>64</sup>

Parece por tanto, más lógico entender que si algo diferencia la valoración de las formas de actuación imprudentes y las dolosas, será el hecho de que las primeras reflejan una decisión de su autor contraria a los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal que le ponen en una íntima relación subjetiva con la posible lesión de los mismos,<sup>65</sup> dato éste que no cabe duda de que resultará mucho más relevante,

Sánchez, B., “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Navarra, 2005. nota al pie 67, p. 337, ya que dicha negativa posiblemente se derivaría del hecho de que, conforme a las mismas, las dos formas de dolo vendrían prácticamente a identificarse, al venir ambas referidas a la simple generación de un concreto peligro de efectiva lesión.

<sup>63</sup> Díaz Pita, M.M., *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 306.

<sup>64</sup> En tal sentido, señalaban, precisamente, Muñoz Conde, F. y García Arán, M. que la mayor o menor gravedad de una conducta imprudente dependerán del grado de lesión del deber de cuidado que se haya producido con la misma y no de si se había hecho con conciencia o no del riesgo que le era inherente, por cuanto “... a veces la inconciencia, es decir, que el sujeto ni siquiera se haya percatado de la peligrosidad de su conducta, refleja un grado de despreocupación y ligereza aún más grave que la imprudencia consciente, en la que el sujeto cree que puede dominar el peligro que está creando conscientemente”, en *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 288.

<sup>65</sup> Véase en este sentido, Vives Antón T.S., “Fundamentos del sistema penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 233 y ss.

<sup>66</sup> Díaz Pita, M.M., *El dolo...*, op. cit., p. 308.

a la hora de fundamentar la mayor gravedad de su conducta con respecto a las meramente imprudentes, que el exclusivamente referido a la representación de la peligrosidad con que unas y otras se hubiesen efectuado.<sup>66</sup>

Es por ello, por lo que la valoración normativa relativa al dolo habrá de estar referida, no sólo a la constatación de la correcta representación de la realidad por parte de su autor, como señalaban los partidarios de su concepción cognitiva y supuestamente normativa, sino también, y primordialmente, a la de aquella manifestación de voluntad del sujeto que le vendría a poner en íntima relación con el posible y futuro resultado lesivo, haciendo que el mismo se le pudiese imputar a título de dolo y no de mera imprudencia.

De este modo, el dolo se nos presentará como un elemento típico necesariamente compuesto de un aspecto intelectivo y de uno volitivo, concepción que no sólo responde a la verdadera razón de ser del tratamiento diferenciado de dichas actuaciones respecto a las imprudentes y a la naturaleza de los hechos que lo fundamentan, sino que, además, también nos permitirá diferenciar dos realidades, como son las referidas al denominado dolo de peligro y al dolo de lesión, cuya distinción, como ya señalamos, desaparecía, o por lo menos se relativizaba enormemente, en sus concepciones meramente cognitivas.

Entendemos en tal sentido, que una concepción del dolo, como la aquí sostenida, que lo defina atendiendo no sólo al mero fenómeno subjetivo del conocimiento de autor de una conducta sino también a su voluntad, vendrá a permitir que el mismo pueda aparecer referido a elementos que, aún cuando no podrían llegar a ser propiamente conocidos por dicho sujeto en el momento de actuar, si podrían ser perseguidos por la voluntad que habría manifestado al actuar (como podría ser la lesión que ésta podría llegar

a ocasionar),<sup>67</sup> hecho que hará factible, a su vez, que también pudiese aparecer referido a cualquier otra realidad anterior a dicho resultado, pero posterior a la conducta, como podría ser, por ejemplo, el peligro concreto de su producción.

Es precisamente partiendo de estas bases, donde la concepción del dolo sostenida por Díaz Pita manifiesta toda su virtualidad práctica.

La profesora decía que dado que el dolo sería la voluntad contraria o despreciativa a los valores protegidos penalmente que manifiesta un sujeto al actuar, tendríamos que entender que para considerar como dolosa una conducta se requerirá que se hubiese efectuado, no sólo teniendo un conocimiento *paralelo en la esfera de lo profano* de las diferentes realidades, tanto normativas como empíricas que conforman el tipo objetivo de un delito (incluido su resultado consumativo), sino también y sobre todo, habiéndose optado *voluntariamente* por realizarla en lugar de haberse abstenido hacerlo, como habría hecho quien en esa situación todavía mantuviese un mínimo respeto por los bienes que se pretendían proteger por el ordenamiento penal.<sup>68</sup>

El problema estará entonces en concretar cuando la decisión voluntaria manifestada por el sujeto al actuar habría llegado a abarcar la producción de la lesión que podría ocasionar al hacerlo, cuestión a la que responde Díaz Pita señalando que no existe dolo de lesión en la conducta realizada por quien hubiese decidido ejecutarla, teniendo conciencia de la peligrosidad concreta que la misma iba a generar, pero confiando plenamente, al mismo tiempo, en poder evitar que dicho peligro pudiese llegar a realizarse en la efectiva lesión, puesto que, dicha confianza determinará que el sujeto no hubiese manifestado con su actuación ni siquiera el desprecio absoluto con respecto a la posible producción de tal resultado que permitiría entender que su voluntad había llegado a abarcarlo.

Distinto habría de ser el caso de quien teniendo por peligrosa la conducta que iba a realizar hubiese optado voluntariamente por ejecutarla, pese a tener dudas

sobre sus posibilidades de evitar que dicho peligro se pudiese llegar a concretar en la lesión. En este supuesto, quien así actúa, al decidir hacerlo pese a no estar seguro de si su conducta llegaría a producir la lesión o no, habría manifestado su total indiferencia o desprecio hacia el posible acaecimiento de dicho resultado, lo que nos permitirá entender que había manifestado una voluntad que abarcaría también su efectiva producción.<sup>69</sup>

Habrá de entenderse, por tanto, que el dolo de un sujeto abarcará la lesión desde el mismo momento en que hubiese decidido actuar sin estar plenamente convencido de poder evitar su producción, circunstancia que, al mismo tiempo y paralelamente, también determinará que nunca pueda apreciarse dolo en aquellas otras conductas en que quien las ejecuta lo hubiese hecho estando plenamente convencido de que podría evitar por sus propios medios que tal resultado llegase a acontecer, casos estos en los que de producirse dicho resultado sólo se le podría imputar a título de imprudencia consciente.

Podría entenderse que, en el citado ejemplo de Guillermo Tell, cuando este ballester experto decidió disparar sobre la manzana situada en la cabeza de su hijo no lo habría hecho con dolo de lesionarlo (como se habría de deducir automáticamente si entendiésemos que para apreciar dicho dolo, cuando menos en su forma eventual, bastaría con que tuviese, como de hecho tenía, un pleno y correcto conocimiento de la peligrosidad que presentaba su conducta respecto a la efectiva producción de tal resultado), ya que, la plena confianza que tendría dicho balletero, incluso racionalmente fundamentada, en poder evitar que su disparo llegase a ocasionar la efectiva lesión a su hijo determinaría que se tuviese que excluir que el mismo hubiese actuado con dolo de producirla, esto es, con un verdadero dolo de lesión, quedando, por tanto, sólo abierta la posibilidad de imputarle tal resultado a título de imprudencia cuando éste finalmente llegase a producirse y concurriesen, además, el resto de requisitos que configuran a esta modalidad de imputación.

<sup>67</sup> Compartimos plenamente la postura sostenida en este sentido por Muñoz Conde, F. y García Arán, M. cuando señalaban que si bien es cierto que en realidad el único objeto seguro de la volición es la acción misma, ya que el resultado siempre es incierto "... ello no quiere decir, como pretende algún sector de la doctrina que a voluntad vaya sólo dirigida a la acción. También el resultado puede ser querido y, precisamente por eso, cuando éste se quiera directamente se procura realizar una acción que pueda producirlo con toda certeza, por ejemplo, disparando a quemarropa. Por ello, en los delitos de resultados consistentes en la lesión de un bien jurídico (homicidio, lesiones, daños), el dolo debe ir también referido al resultado, no bastando con un dolo de peligro", *op. cit.*, p. 272.

<sup>68</sup> Díaz Pita, M.M., *El dolo..*, *op. cit.*, p. 309.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 309 y ss.

## El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

Ahora bien, ¿la negación del dolo de lesionar en estos casos y su mera posible imputación a título de imprudencia ha de llevar paralelamente a que se niegue que su autor hubiera actuado con dolo de poner en peligro al bien jurídico protegido?

Parece evidente que si se entiende, como hacían algunas de las propuestas anteriormente comentadas, que la confianza en la evitación del resultado determina la ausencia de un dolo referido a la propia peligrosidad *ex ante* de la conducta a realizar y no sólo al posible resultado lesivo derivado de la misma,<sup>70</sup> se tendrá que afirmar que quien confía en poder evitar la lesión estaría actuando no sólo sin un verdadero dolo referido a ésta, sino también sin uno que abarcase en su seno el peligro concreto de ocasionarla, con lo que tampoco dicho peligro se le podría imputar a tal título.

Sin embargo, la negación en estos supuestos de la posibilidad de apreciar un dolo de peligro no parece demasiado sostenible, por cuanto, si bien es cierto que en los mismos su autor no habría actuado con un verdadero dolo de lesionar,<sup>71</sup> ello no puede ni debe conllevar que se haya de entender que también lo hubiese hecho sin que su dolo hubiese abarcado el previo peligro de su producción, ya que por mucho que en dichos sujetos hubiesen decidido actuar confiando en que podrían evitar la efectiva producción del resultado lesivo, ello no habría de suponer que también hubiesen creído que podrían evitar la generación de una verdadera situación de peligro concreto de su producción, lo que, a nuestro juicio, determinaría que dicho resultado previo de peligro sí se les pudiese imputar a título de dolo.

<sup>70</sup> Así, por ejemplo, Bacigalupo afirmaba que cuando un sujeto representase correctamente la peligrosidad inherente a la conducta que pretendía realizar pero confiase, al mismo tiempo, de una forma racional aunque errada, en poder evitar que la misma llegase finalmente a realizarse en el efectivo resultado lesivo, habría actuado sin una correcta representación del peligro concreto referido a dicha lesión, lo que determinaría que la misma no se le pudiese imputar a dicho título, sino todo lo más por imprudencia *op. cit.*, p. 77; postura que, contrasta con la de quienes, como Mir Puig, S., en *Derecho Penal. Parte General*, Reppetor, Barcelona, 2004, p. 262 y 269, partiendo de una concepción bipartita del dolo configurado como conocimiento y voluntad, pero también exclusivamente referida a la peligrosidad de la conducta y nunca a los posibles resultados de la misma, consideran que sería, precisamente, la posibilidad de coexistencia en una misma conducta de la conciencia de su autor del riesgo estadístico que conlleva la misma, junto a su creencia incluso irracional de que el mismo no iba finalmente a realizarse la que permitiría considerar que quien la realizó había actuado con culpa consciente y no con dolo, aún cuando reconocen que lo difícil será que el juez pueda encontrar pruebas que vengan a avalar la presencia de dicha superstición. Esta diferente postura respecto al carácter que habría de tener la confianza del sujeto para excluir u dolo, no puede hacernos olvidar que ambas vendrían a afirmar que dicha confianza del sujeto en poder evitar el resultado (racial o no), habría de determinar que se tuviese que entender que el mismo no se habría llegado a representarse su conducta como real y concretamente peligrosa, lo que habría de llevar a que tampoco dicho carácter se le pudiese imputar a título de dolo.

<sup>71</sup> En contra de esta postura se habría de posicionar Ragués i Vallés, R. al entender que sería imposible negar la presencia de un dolo de lesión en cualquier conducta que no fuese neutral en la que se hubiese tenido conciencia de su peligrosidad abstracta y también de la situación en la que se actuaba, lo que le habría de llevar a entender que también en ésta concurriría un verdadero dolo de lesión, al no poder considerarse la misma en modo alguno como neutral. Véase *El dolo...* *op. cit.*, p. 509.

<sup>72</sup> De este modo, la propuesta de Díaz Pita se ajustaría perfectamente a la realizada en su día por Rodríguez Montañés, según la cual, el dolo de peligro se nos presenta como una forma imputación cercana a la culpa consciente respecto al resultado lesivo. En *Delitos de peligro. Dolo e imprudencia*. Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pp. 113, 116, 128, 137 y 186.

Así, por ejemplo, habría de entenderse que la plena confianza que podría tener Guillermo Tell en poder evitar la efectiva lesión de su hijo impide afirmar que su dolo hubiese abarcado dicho posible resultado típico, ello no habrá de suponer que no se pueda y se le deba atribuir el previo resultado de peligro de su producción a título de dolo, ya que, que por mucho que dicho sujeto hubiese actuado confiando plenamente en poder controlar la producción de la lesión, ello no querría decir que también lo hubiese hecho creyendo que podría evitar la previa generación del peligro concreto de su acaecimiento, lo que nos permitirá entender que, si bien no actuó con una voluntad de lesionar, si lo había hecho con la de poner peligro.<sup>72</sup>

Podríamos decir, por tanto, que dicho ballestero disparó sin voluntad o dolo alguno de lesionar, pero también que lo habría hecho con una voluntad o dolo de generar el peligro previo a su producción, esto es, con un verdadero dolo de peligro concreto, consideración que se deriva del hecho, a nuestro juicio inquestionable, de que si bien es cierto que todo el que quiere lesionar ha de querer necesaria y previamente poner en peligro, esto no querrá decir que como contrapartida se tenga que afirmar que todo el que quiera poner en peligro deba también por ello querer lesionar.

Se pone así de manifiesto que el dolo referido al peligro y el dolo dirigido a la lesión son dos realidades subjetivas que no tienen porque coincidir, a nuestro juicio, habrá que determinar también si resulta erróneo el reducir las diferencias existentes entre los

injustos típicos de los delitos de lesión y los de peligro a una mera cuestión de grado de afección objetiva del bien jurídico protegido en los mismos,<sup>73</sup> dado que esta exigencia de afección objetiva también vendrá a fijar, a nuestro juicio, los referentes objetivos a los que habrán de estar referidos las voluntades o dolos que los vendrían a configurar.

Se diferencian así, claramente, las realidades subjetivas propias de los delitos de peligro y de los de lesión, las cuales, si bien son formas o manifestaciones del mismo concepto de dolo, se distinguen precisamente en el hecho de estar referidos a objetos o referentes objetivos netamente diferentes, aunque necesariamente relacionados entre sí, como serían la lesión, por un lado, y el mero peligro de su producción, por otro;<sup>74</sup> diferenciación esta que ha de resultar, como vamos a ver a continuación, esencial a la hora de dar un adecuado tratamiento de los complejos supuestos incluidos bajo la genérica denominación del dolo alternativo.

## V. Determinación del contenido real del denominado dolo alternativo y de los efectos que el mismo habría de tener sobre el injusto realizado

Una vez que hemos concretado lo que debe entenderse por el dolo de un delito y que también hemos definido el contenido que habría de tener el mismo para poder integrar los injustos típicos de los delitos de lesión y los de peligro, ha llegado el momento de volver a plantearnos qué clase de dolos vendrían a conformar aquel que se ha denominado como dolo alternativo.

En este sentido, hemos de partir del hecho de que si algo se ha podido comprobar en las páginas precedentes es que, con independencia de las diferentes soluciones e interpretaciones doctrinales referidas a dicha modalidad de dolo, todas ellas habrían venido a entender que éste se diferenciaría del acumulativo, precisamente, por el hecho de que quien actúa con el mismo lo hace descartando completamente la posibi-

lidad de producir simultánea y acumuladamente más de uno de los resultados delictivos que tenía por posibles, ya que consideraba que la producción de uno de ellos vendría a determinar la absoluta imposibilidad de ocasionar el resto.

Resulta evidente, por tanto, que la única diferencia entre ambas clases de dolos no nos vendrá dada por el hecho de que sus respectivos autores actúasen con una diferente representación respecto a la probabilidad de producción de los distintos resultados que sabían podían ocasionar, sino por el hecho de que mientras en un caso habrían decidido actuar estando plenamente convencidos de que siempre evitarían la efectiva producción acumulada de los que tenían por posibles, ya que estaban seguros de que sólo podrían producir uno de ellos, aunque no sabían cuál (dolo alternativo); en el otro (dolo acumulativo) lo habría hecho queriendo producirlos todos, o cuando menos, habiendo albergado dudas sobre su capacidad real de poder evitar que se llegasen a producir simultáneamente más de uno de ellos.

Este factor diferencial va a resultar a nuestro juicio fundamental a la hora de establecer el tratamiento correcto de las conductas que se hubiesen cometido con un verdadero dolo alternativo, por cuanto si se parte, como aquí se hace, de que el dolo de lesión ha de abarcar en su seno a la efectiva producción de dicho resultado para poder ser considerado como tal, tendremos que entender que quien actúa con un dolo alternativo sólo lo hace con uno de esos dolos y no con varios, como sucede en el supuesto del acumulativo, ya que al haber actuado confiando plenamente en que su actuación sólo podría dar lugar a la realización de una de las lesiones que tenía por posibles y nunca a todas ellas, no se podría entender que lo hubiese hecho con un dolo referido a más de uno de tales resultados.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de quien dispara una sola vez a un guardia forestal y a su perro, convencido de que con dicha conducta sólo podía lesionar a uno de los dos y nunca a ambos.

<sup>73</sup> No le falta razón, en tal sentido, a Ragués i Vallés, R. cuando señala que el entender que quien le atribuye a su conducta la aptitud de crear un peligro concreto, también le atribuye por la fuerza la capacidad de lesionar, levaría a dejar sin sentido la totalidad de los delitos de peligro concreto recogidos en el Código Penal, ya que éstos pasarían a ser meras tentativas de los respectivos tipos de lesión. En *El dolo...*, op. cit., p 174.

<sup>74</sup> Como bien señala Rodríguez Montañés, T. no nos encontramos, ante dos nuevas clases de dolo, diferentes del dolo directo o del eventual. En realidad, los denominados dolo de peligro y dolo de lesión no son sino meras manifestaciones de un único concepto de éste que tan sólo divergen en el objeto con respecto al cual aparecen respectivamente referidos, uno a la efectiva lesión del bien jurídico y otro a su mera puesta en peligro. En op. cit., pp. 45 y ss.

**El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos**

En este caso, el sujeto sabe y quiere poner en peligro tanto al guardia como al perro con su disparo, pero también está seguro de que su actuación sólo podrá lesionar a uno de ellos, con lo que habrá de entenderse que, en realidad, estaría actuando con dos dolos de peligro, pero tan sólo con uno de lesión, ya que, pese a que es indudable que su dolo comprendería las puestas en peligro de ambos, también lo es que sólo llegará a abarcar la efectiva lesión de uno de los dos.

No existen, por tanto, varios dolos de lesión en el dolo alternativo, como erróneamente se ven obligados a entender quienes aprecian dicho elemento típico tan pronto como constatan que el sujeto activo de una conducta objetivamente típica la había realizado como una correcta representación subjetiva del peligro inherente de la misma. Lo que en realidad se produce en estos supuestos es una actuación realizada con varios dolos de peligro, pero con uno sólo de lesión, configuración ésta de los supuestos de dolo alternativo que, a nuestro juicio, será la única que valorará correctamente la realidad subjetiva presente en los mismos y que, precisamente por ello, va a ser la que va a permitir establecer un tratamiento jurídico penal completo, coherente y adecuado de todas sus posibles formas de aparición.

Así, una primera e importante consecuencia práctica de esta interpretación será que resulte absolutamente imposible apreciar en los casos de dolo alternativo tantas tentativas de delitos de lesión como lesiones alternativas hubiese tenido por posibles su autor, por cuanto al considerarse que dicho sujeto realmente actuó con un único dolo lesión, la apreciación de una de dichas tentativas habrá de llevar a la necesaria exclusión del resto de las posibles, al carecer éstas de la base subjetiva necesaria para poder apreciar su realización.

De este modo, habrá de considerarse que quien dispara a una manifestación sin herir a nadie, pese a la posibilidad de matar a cualquiera de los allí reunidos, pero sólo a uno de ellos y nunca a más, habrá de responder, lógicamente, por una única tentativa de homicidio y no por un número igual al de personas que se encontrasen allí reunidas y hubiesen podido resultar alternativamente heridas por el disparo, por cuanto los dolos de peligro con los que dicho sujeto actuó con respecto a todas y cada una de dichas posibles lesiones, no permitirán apreciar el tipo subjetivo propio de las tentativas de los delitos de lesión (p. ej. homicidios) que podrían llegar a castigarlas.

Del mismo modo, también entendemos que si, en el mismo supuesto, el sujeto que disparó, en caso de que llegase a producir la muerte de alguno de los manifestantes, sería responsable tan sólo de la realización de un único delito de homicidio doloso consumado, sin que no se aprecie la concurrencia de ninguna otra tentativa con respecto a la posible lesión del resto de los manifestantes, al carecer éstas del sustento subjetivo necesario para poder apreciar su realización.

Ahora bien, los dos casos planteados aluden a dolos alternativos dirigidos a delitos del mismo valor (homicidios), pero ¿qué sucederá cuando el sujeto actúe con un dolo alternativo referido a dos posibles resultados delictivos de diferente valor e incluso de diferente naturaleza? Esto es, ¿cómo calificaríamos aquel caso en el que el sujeto albergase en su dolo tanto la posibilidad de matar a uno de los manifestantes, como la de herir a otro? ¿Y cómo calificaríamos el caso donde el sujeto que dispara sabe que puede matar a la persona que le perseguía o al perro que lleva, pero no a los dos simultáneamente? En definitiva, ¿cómo habremos de calificar los supuestos de dolos alternativos referidos a delitos de diferente naturaleza y valor?

Pues bien, lo primero que ha de señalarse al respecto es que el hecho del dolo alternativo de un sujeto aparezca referido a resultados típicos no homogéneos no altera en absoluto su naturaleza y contenido. Es decir, seguiremos encontrándonos ante un dolo que abarcaría varios posibles peligros pero una única efectiva lesión, de nueva cuenta, sólo se podría apreciar una única tentativa referida a dicha clase de delitos.

Es evidente que el problema en estos supuestos será el de decidir qué calificación típica se habría de aplicar a una conducta que podría ser considerada, en principio, como constitutiva de dos tentativas diferentes, pero que nunca puede dar lugar a la apreciación simultánea de ambas al no concurrir aquel doble dolo de lesionar que permitiría hacerlo.

Nos encontramos en estos supuestos, ante un claro caso de concurso de normas, donde lo decisivo será encontrar y aplicar la calificación jurídica que valore de forma más completa el injusto realizado por el sujeto.

Así, en caso de que ninguno de los delitos que se tuvieron por posibles se llegase a consumar, siempre se debería imputar a título de dolo aquel que fuese el más grave, puesto que, la exclusiva apreciación de la tentativa del otro, del más leve, vendría a privilegiar

al autor de estas conductas, lo que evidentemente sería injusto.<sup>75</sup>

De este modo, si en los ejemplos planteados con anterioridad no se llegasen a consumar ninguno de los diversos delitos que habían sido abarcados por el dolo alternativo de su respectivo autor, éste habrá de responder por la comisión de las tentativas del delito más grave que habría podido cometer (las de los homicidios) y no por las referidas al resto de delitos que hubiese tenido por posibles y alternativos con respecto a aquel (p. ej. los daños o las meras lesionas), ya que, al valorarse el único dolo de lesión con que actuó en la apreciación de la tentativa referida al delito más grave, careceríamos de base subjetiva alguna para poder imputarle las tentativas relativas al resto de delitos más leves que aquél.

En consecuencia, esto nos lleva a entender que a dicho sujeto se le habría de castigar de manera exclusiva por la consumación dolosa del delito más grave, cuando fuese ésta la que finalmente, se llegase a producir. Ahora bien, esto no quiere decir que la propuesta sostenida venga a menoscabar o a relegar completamente el desvalor del resultado efectivamente producido cuando éste se concretase en la efectiva consumación del delito más leve, puesto que, habrá de entenderse que será la realización de dicho resultado la que, unida al resto de requisitos típicos de los delitos imprudentes, podrá dar lugar a la apreciación en estos supuestos de un verdadero concurso ideal de delitos entre aquel que viniese a castigar la producción imprudente del resultado más leve y la tentativa del más grave que no hubiese llegado a consumarse.

No existe ningún obstáculo para afirmar que la apreciación del dolo referido a la lesión que consumaría el delito más grave debe excluir la posibilidad de apreciar aquel otro dirigido al resultado consumativo del más leve, es decir, no supone obstáculo alguno para que éste último se le pueda imputar a aquel que de hecho lo ocasionó a título de imprudencia.

Es más, si se afirma que el autor de las conductas efectuadas con dolo alternativo habría actuado con un único dolo de lesión, pero con varios dolos de pe-

ligro concreto, llegado el caso en que el resultado más leve se le pudiese imputar a título de imprudencia, se debería de entender que el mismo había sido producido con una verdadera imprudencia consciente, ya que a nuestro juicio el dolo de peligro concreto de una lesión vendría estructuralmente a coincidir con la imprudencia consciente referida a la misma.<sup>76</sup>

Por último, hemos de señalar que la solución propuesta también permitiría dar adecuada respuesta al problema que se podría presentar en aquel caso, también posible, pese a que el sujeto hubiese actuado con un dolo alternativo referido a dos delitos, hubiese venido finalmente a ocasionar los resultados consumativos de los dos, como podría suceder, por ejemplo, cuando el sujeto que disparase a quien le perseguía y al perro que éste llevaba, estando seguro de que sólo podría ocasionar la muerte de uno de ellos, sin embargo, ocasionase la de ambos.

Este grupo de supuestos de dolo alternativo, sólo ha sido analizado por Wessels y Beulke, quienes señalaban que su correcto tratamiento penal sólo se podría alcanzar volviendo a valorar si su autor había actuado con un verdadero dolo alternativo o si, por el contrario, lo habría hecho realmente con uno acumulativo;<sup>77</sup> postura que, a nuestro juicio, no vendría a resolver nada, ya que si se afirma, como se había hecho previamente, que en el caso del sujeto que dispara al perro y a su perseguidor se debe apreciar su dolo alternativo referido a la muerte de cada uno de ellos, esto no podrá volver a valorarse por el mero hecho de que finalmente hubiese llegado a matarlos a ambos.

El verdadero problema al que hay que responder respecto a dichos casos no será, por tanto, el concretar cuando nos encontramos o no ante un verdadero supuesto efectuado con dolo alternativo, sino el de establecer como se habría de calificar penalmente aquellos casos, en los que habiéndose constatado dicho dolo, se llegase a producir la consumación de dos delitos que se habían tenido por excluyentes entre sí, cuando realmente no lo eran.

En este sentido, habrá de señalarse que si se entiende, como hace la mayoría de la doctrina, que el sujeto

<sup>75</sup> Joerden, J.C., *op. cit.*, p. 594. En el mismo sentido, también Serrano González de Murillo, J.L., *op. cit.*, p. 1067 y en similares términos Schmitz, R. quien, como ya vimos, señalaba acertadamente que no se conseguiría entender que la mera representación de la posibilidad de cometer un delito más leve pudiese llegar a eliminar completamente (nosotros diríamos a absorber) el correspondiente a la del más grave. En *op. cit.*, p. 308.

<sup>76</sup> Véase *supra*, nota al pie núm. 69.

<sup>77</sup> Wessels, J. y Beulke, W., *op. cit.*, p. 90.

## El denominado “dolo alternativo”: un caso entre el concurso de leyes y el de delitos

que actúa con dolo alternativo lo hace con un dolo compuesto de dos dolos de lesión referidos, cada uno de ellos, a los respectivos resultados consumativos de los dos delitos que tenía por posibles, no podremos sino considerar que cuando llegase objetivamente a producir dichos resultados acumulativamente tendría que responder por la dolosa consumación de los dos delitos que los valorarían; consideración que no sólo asimilaría completamente el tratamiento penal de su conducta con la de aquel otro que hubiese actuado con un verdadero de dolo acumulativo, sino que, además, vendría a imputarle como dolosa la comisión de dos delitos, pese a haber admitido, previamente, que dicho sujeto ni siquiera se había representado su producción acumulada como una posibilidad real.

Mucho más correcto será entender que al haber en estos supuestos un único dolo de lesionar, sólo se podrá imputar a su autor uno de dichos delitos a título de dolo, quedando abierta la posibilidad de imputarle el otro a título de imprudencia; interpretación que nos llevará a apreciar, por ejemplo, en el supuesto planteado anteriormente, un simple concurso ideal de delitos entre el homicidio doloso consumado y aquel otro delito que viniese, en su caso, a sancionar la producción imprudente de los daños derivados de la muerte del perro, calificación que valora mucho mejor que la anterior el injusto realizado, precisamente por haber partido de una correcta interpretación de la verdadera postura subjetiva con que su autor lo habría ejecutado.

## VI. Conclusión

A lo largo de este trabajo hemos visto como la doctrina ha propuesto en los últimos cien años distintas consideraciones y soluciones con respecto al controvertido supuesto del dolo alternativo, sin que ninguna de ellas llegase a valorar de una forma correcta y completa la polémica que planteaban las conductas realizadas con el mismo.

Sin embargo, toda la problemática dogmática referida a estos casos quedará, a nuestro juicio, clarificada desde el momento en que, partiendo de una correcta configuración del dolo de lesión entendida como conciencia, pero también voluntad dirigida a ocasionar dicho resultado, se entienda que el dolo alternativo no es el producto de la unión de varios dolos de lesión en una única conducta, sino el resultado de la conjunción de varios dolos de peligro y de uno sólo de lesión.

Esta interpretación será precisamente la única que permitirá realizar una adecuada y coherente valoración de todas las posibles formas de aparición del denominado dolo alternativo; valoración que, como hemos visto y ya adelantamos en el título de este trabajo, obliga a analizar este tipo de conductas aplicando las reglas del concurso de leyes o las de delitos, según los casos, con lo que se pone de manifiesto que la problemática del dolo alternativo no puede solventarse exclusivamente atendiendo a las reglas de un solo concurso, dado que su correcta calificación se encuentra en realidad en un punto de intersección entre ambos.

## Bibliografía

- Bacigalupo, E., “Problemas actuales del dolo”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Aranzadi, 2005.
- Cramer, P. y Sternberg-Lieben, D., en Schönlé y Schröder, *Stragesebuch. Kommentar*, C.H. Beck, Múnich, 2006.
- Díaz Pita, M.M., “La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización”, *Revista Penal*, núm. 17, 2006.
- \_\_\_\_\_, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Feijoo Sánchez, B., “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, *CPC*, núm. 65, 1998.
- \_\_\_\_\_, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.“Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en Agustín Jorge Barreiro, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Navarra, 2005.
- Fischer, M., *Wille und Wirksamkeit. Eine Untersuchung zum Problem des dolus alternativus*, Fráncfort del Meno, 1993.
- Frisch, W., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltenes und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung ausserstatbeständlicher Möglichkeitsvorstellungen*, C. Heymann, Colonia, 1983.
- Jakobs, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- \_\_\_\_\_, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.*Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, L. Röhrscheid, Bonn, 1967.

- Jescheck, H-H y Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlín, 1996.
- Joerden, J.C., “Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz”, *ZStW*, 95, 1983.
- Kindhäuser, U., *Strafrecht. Allgemeinrer Teil*, Nomos, Baden-Baden, 2006.
- Köhler, M., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín/Heiderberg/Nueva York, 1996.
- Kühl, K. y Lackner, K., *Strafgesetzbuch Komentar*, 25<sup>a</sup> ed., C.H. Beck, Múnich, 2004.
- Maurach y Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 6<sup>a</sup> ed., Müller, Heidelberg, 1983.
- \_\_\_\_\_, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- \_\_\_\_\_, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8<sup>a</sup> ed., Müller, Heidelberg, 1992.
- Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Repetitor, Barcelona, 2004.
- Muñoz Conde. F. y García Arán, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Otto, H., *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York, 2000.
- Ragués I Vallés, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.
- \_\_\_\_\_, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina*, jurisprudencia y bibliografía, núm. 7, 2002, pp. 1891-1898.
- Rodríguez Montañés, T., *Delitos de peligro. Dolo e imprudencia*, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.
- Roxin, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, C.H. Beck, Múnich, 2006.
- Serrano González de Murillo, J.L., “Consideraciones en torno a las consecuencias jurídicas del denominado ‘dolo alternativo’”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Silva Sánchez, J.M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- \_\_\_\_\_, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. “*Aberratio ictus e imputación objetiva*”, *ADPCP*, 1984.
- Schmitz, R., “Der dolus alternativus”, *ZStW*, 112, 2000.
- Vives Antón T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Vogel, J., *Leipziger Kommentar* (en prensa).
- Weber, U., Baumann J. y Mitsch W., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 2003.
- Wessels, J. y Beulke, W., *Strafrechht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 38<sup>a</sup> ed., Müller, Heidelberg, 2005.





## La atenuación de la pena por dilaciones indebidas en el Código Penal español<sup>1</sup>



Carmen López Peregrín

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

**RESUMEN:** La LO 5/2010, de 22 de junio, ha introducido en el Código Penal español, entre las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, una nueva atenuante de dilaciones indebidas. El presente trabajo analiza, en primer lugar, si tal atenuante tiene o no un fundamento aceptable y si es la mejor forma de dar relevancia penal al retraso injustificado en la impartición de justicia, comparada con otras posibles vías. Además, se profundiza en los requisitos de la nueva atenuante, determinando qué ha de entenderse por dilación extraordinaria e indebida, cuándo puede afirmarse que el retraso no es atribuible al imputado y cómo puede establecerse la falta de proporcionalidad de la dilación en relación con la complejidad de la causa. Todo ello, en el marco de un análisis crítico que evidencia todas las deficiencias y problemas interpretativos que la actual regulación presenta.

**PALABRAS CLAVE:** Dilaciones indebidas, atenuante, circunstancias modificativas de la responsabilidad, reforma penal, Código Penal español.

**ABSTRACT:** The LO 5/2010 organic law of June 22, introduced in the Spanish Criminal Code, among the modifying circumstances of criminal responsibility, a new mitigating circumstance of undue delays. This paper examines, in the first place, whether such mitigating circumstance has an acceptable basis or not and if this is the best way to confer criminal relevance to the unjustified delay in the delivery of justice, compared to other possible ways. Furthermore, it elaborates on the requirements of the new mitigating circumstance, determining what is meant by extraordinary and undue delay, when can it be said that the delay is not imputable to the defendant and how to establish the lack of proportionality of delay with respect to the complexity of the cause. All this is examined in the context of a critical analysis that reveals all the shortcomings and problems of interpretation in the current regulation.

**KEY WORDS:** undue delays, mitigating circumstance, circumstances that modify liability, criminal law reform, Spanish criminal Code.

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Análisis crítico de la reforma de 2010 del Código Penal con especial referencia a las incorporaciones en la Parte general y nuevas figuras delictivas”, del que es investigador principal el Prof. Dr. D. Francisco Muñoz Conde, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (DER 2011-27473).

**La atenuación de la pena por dilaciones indebidas en el Código Penal español**

**SUMARIO:** 1. El fundamento de la atenuante de dilaciones indebidas. 2. Requisitos de la atenuante de dilaciones indebidas. a) El concepto de dilación extraordinaria e indebida. b) El requisito de que la dilación no sea atribuible al inculpado. c) La exigencia de que la dilación no sea proporcionada a la complejidad de la causa. d) ¿Otros requisitos? 3. Algunos problemas más.

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,<sup>2</sup> ha introducido entre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal una nueva circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.<sup>3</sup> Así, el artículo 21 del Código Penal español establece ahora lo siguiente:

Art. 21. “Son circunstancias atenuantes: [...]”<sup>6</sup> La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.”

Por otro lado, la circunstancia atenuante análoga, contenida hasta este momento en el artículo 21.<sup>6</sup>a del Código Penal, pasa ahora por disposición legal a ser la circunstancia 7<sup>a</sup>, lo que, como se verá después, tiene repercusión en la materia objeto de este estudio en la medida en que, al prever ésta como atenuante, “cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”, resulta ahora también de aplicación cuando se den circunstancias análogas a las dilaciones indebidas.

<sup>2</sup> Aunque supuestamente el Código Penal español aprobado en 1995 tenía vocación de permanencia, son ya, con la Ley Orgánica 5/2010, y si no he perdido la cuenta, veinticinco las reformas que ha sufrido desde su entrada en vigor en 1996.

<sup>3</sup> La Ley Orgánica 5/2010 ha introducido otras muchas novedades en la Parte general en materia, entre otras, de periodo de seguridad, abono de prisión preventiva, localización permanente, alternativas a la prisión, privación de patria potestad, trabajo en beneficio de la comunidad, comiso o prescripción, aunque las que han tenido una mayor repercusión han sido quizás la introducción de la medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada y la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Y también se han producido numerosas reformas en la Parte especial, en materia, por ejemplo, de delitos sexuales, tráfico de órganos, acoso inmobiliario, trata de personas o delincuencia organizada. Una visión completa del Derecho penal español tras la reforma puede verse en Muñoz Conde y García Arán, Derecho penal, Parte general, 8<sup>a</sup> ed., Valencia, 2010; y en Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial*, 18<sup>a</sup> ed., Valencia, 2010.

<sup>4</sup> En efecto, la atenuante de dilaciones indebidas no se prevéía en ninguno de los dos textos prelegislativos que precedieron la aprobación de esta ley: el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 14 de noviembre de 2008; y el Proyecto de Ley 121/000052, Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el 27 de noviembre de 2009.

<sup>5</sup> En el mismo sentido se manifiestan el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España por Instrumento de 27 de abril de 1977 (“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho [...] c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas”) y el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1979, de 4 de noviembre 1950, ratificado por España por instrumento de 26 de septiembre de 1979 (“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal [...]”). En Derecho español, la Sentencia del Tribunal Constitucional 124/1999, de 28 de junio, ha reconocido la autonomía del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas respecto del derecho a la tutela judicial efectiva, entendiendo que este derecho “comprende esencialmente el acceso a la jurisdicción y, en su caso, la obtención de una decisión judicial motivada en Derecho y, por ende, no arbitraria, sobre el fondo de las pretensiones deducidas (de

## 1. El fundamento de la atenuante de dilaciones indebidas

La razón de ser de la nueva atenuante, que no aparecía recogida en el Anteproyecto de 2008 ni en el Proyecto de 2009,<sup>4</sup> es, según reza la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, “otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas”. En efecto, la jurisprudencia había venido aplicando recientemente esta circunstancia como atenuante por analogía (entonces recogida en el artículo 21.6<sup>a</sup>, actualmente en el artículo 21.7<sup>a</sup> CP), de modo que, según el legislador, la reforma se limita a recoger los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia.

Sin embargo, el asunto no es tan sencillo, pues ni es evidente que tal circunstancia tenga un fundamento aceptable, ni la redacción legal se limita a asumir la postura jurisprudencial, ni han terminado los problemas de interpretación y aplicación con la actual definición de la atenuante de dilaciones indebidas.

Empecemos por la primera de las cuestiones planteadas (el propio fundamento de la nueva atenuante). El artículo 24.2 de la Constitución española reconoce el derecho de todos “a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías”.<sup>5</sup> Y parece que

existe acuerdo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en que la dilación indebida debe tener algún tipo de relevancia.<sup>6</sup> Sin embargo, aceptar esa premisa (que comparto plenamente) no implica, necesariamente, asumir que la sede más correcta para reparar la vulneración de este derecho fundamental sea precisamente el ámbito de la determinación de la pena.<sup>7</sup>

La propia jurisprudencia, antes de decantarse por la solución de aplicar la atenuante analógica, entendió que la dilación indebida sólo debía tener eficacia en una posible solicitud de indulto, o en una petición de indemnización al Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia conforme al artículo 121 de la Constitución española<sup>8</sup> y a los ar-

tículos. 299 y ss. de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial (LOPJ),<sup>9</sup> solución que había quedado plasmada en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1992.<sup>10</sup>

En este sentido, la jurisprudencia de esos años entendía de modo casi unánime que, aunque era deseable *de lege ferenda* un reconocimiento legal de la dilación indebida como causa de atenuación de la pena, como consecuencia del principio de legalidad y mientras se mantuviera la regulación vigente en aquel momento (que no incluía expresamente entre las atenuantes la de dilaciones indebidas) no cabía más que dictar sentencia en aplicación de las leyes y, en su caso, solicitar indulto.<sup>11</sup> En concreto, se rechazaba la

---

entre las más recientes, STC 160/1998, fundamento jurídico 4), [mientras] el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas requiere para su satisfacción un adecuado equilibrio entre, de un lado, la realización de toda la actividad judicial indispensable para la resolución del caso del que se conoce y para la garantía de los derechos de las partes y, de otro, el tiempo que dicha realización precisa, que habrá de ser el más breve posible (STC 58/1999, fundamento jurídico 6)". La citada sentencia destaca, además en las dilaciones indebidas, una doble faceta prestacional y reaccional. La primera consiste en el derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable. La segunda actúa en el marco estricto del proceso y se traduce en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas (también en STC 35/1994, de 31 de enero, fundamento jurídico 2).

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 2076/1992, de 7 de octubre: "La existencia de dilaciones indebidas convierte la respuesta punitiva en tardía y desproporcionada. El ritmo de la culpabilidad ya no late con la misma intensidad que cuando se dicta sentencia en tiempo oportuno y plazo razonable, por lo que deben buscarse las vías adecuadas para evitar el cumplimiento efectivo de la condena y atemperar la respuesta a las circunstancias concurrentes".

<sup>7</sup> Como parece sostener por ejemplo Sanz Delgado, "La atenuante analógica de dilaciones indebidas", *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 10, 2004, p. 60.

<sup>8</sup> Artículo 121 CE: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley".

<sup>9</sup> Por medio de la LOPJ se regula por primera vez en España la responsabilidad patrimonial del Estado que pueda derivarse del error judicial o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin perjuicio, como establece su Exposición de Motivos, de la responsabilidad individual de Jueces y Magistrados de carácter civil, penal y disciplinaria, "complementándose de esta forma un Poder Judicial plenamente responsable". La LOPJ recoge un Título V denominado "De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia", en cuyo primer artículo, el 292, se prevé lo siguiente: "1. Los daños causados en cualesquier bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. 3. La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización". Los restantes artículos del Título V (arts. 293 a 297) detallan las reglas para la concesión de indemnización, pero, en lo que ahora nos interesa, no se define en ninguno de ellos qué ha de entenderse por "anormal" funcionamiento de la Administración de Justicia (aunque sí se establece en el art. 295 claramente que no ha lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado).

<sup>10</sup> Los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo no son (por mucho que lo desee el alto tribunal) vinculantes según la ley española; sin embargo, se han convertido en los últimos tiempos en un inestimable instrumento para la unificación de doctrina en la interpretación de las normas penales. Sobre el valor de estos acuerdos, véase Manjón-Cabeza Olmeda, "¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10-02, 2008, pp. 1-25.

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, el fundamento jurídico 3º de la STS (Sala de lo Penal) 9541/1990, de 20 de diciembre: "...el establecimiento de un derecho fundamental a la resolución del proceso sin dilaciones indebidas no origina si se quebranta indefensión alguna o, dicho de otra manera, no afecta a la regularidad del proceso mismo. Podrá originar la responsabilidad derivada del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia en los casos previstos en los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial o las propias de la responsabilidad de todo orden de los órganos judiciales, en su caso; así como ser fuente de las posibilidades que ofrece el artículo 2 del Código Penal [se refiere la sentencia al art. 2 del Código Penal anterior, que recogía la posibilidad de exponer al Gobierno las razones que asisten al órgano para creer que una acción no debiera ser considerada delito o que la pena resultante es excesiva]; pero, se insiste, no origina una tacha a la regularidad del proceso en que se produjo la decisión de condena". Se inclinan por la solicitud de indulto, entre otras muchas, por ejemplo, las SSTS (Sala de lo Penal) 2076/1992, de 7 de octubre; 2127/1992, de 14 de octubre; 2356/1992, de 30 de octubre; 1565/1993, de 16 de junio; 994/1994, de 14 de mayo; 1088/1995, de 6 de noviembre; 993/1996, de 10 de diciembre; 158/1997, de 11 de febrero; o 572/1997, de 25 de abril.

## La atenuación de la pena por dilaciones indebidas en el Código Penal español

posibilidad de aplicar la atenuante analógica (contenida entonces en el artículo 9.10<sup>a</sup> del anterior Código Penal español)<sup>12</sup> argumentando en contra de esa vía de solución que las atenuantes reconocidas legalmente respondían a supuestos de disminución de la culpabilidad del reo relativos a su hecho o su persona, no pudiéndose considerar por tanto “análoga” a éstas una circunstancia, como la de dilaciones indebidas, posterior y ajena al reo.<sup>13</sup>

Sin embargo, la postura mantenida por la jurisprudencia entonces mayoritaria de remitir la solución del problema al indulto y/o la indemnización por parte del Estado también fue objeto de críticas, especialmente porque ambas vías suponían hacer responsable al poder ejecutivo de la necesaria corrección, provocando nuevas dilaciones.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Como se había propuesto en la STS de 14 de diciembre de 1991: “...la comprobación de una dilación indebida del proceso no debe conducir a la absolución del acusado, como lo propone la defensa del recurrente [...]. Ello no importa, sin embargo, que en los casos en que en tales procesos se llegue a una decisión condenatoria, los Tribunales carezcan de toda posibilidad de reparación. Por el contrario, pueden y deben tomar en cuenta en la determinación de la pena el peso que la dilación indebida ha tenido sobre la persona del acusado, reconociendo de esta manera una atenuación de la pena legalmente establecida. El fundamento de esta compensación, como es claro, es consecuencia del principio de culpabilidad, según el cual las consecuencias del delito deben ser proporcionales a la gravedad de la culpabilidad y por lo tanto si el acusado ya ha sufrido un mal con la excesiva duración del proceso, éste debe serle computado en la pena (*cfr.* en igual sentido las sentencias del BGH alemán antes citado). La base legal para proceder a esta compensación está dada por el artículo 9º 10 del CP, puesto que las circunstancias atenuantes previstas en dicho artículo 9º del CP responden, básicamente, a la reducción de la culpabilidad, toda circunstancia derivada del proceso y que tenga sobre los derechos del acusado efectos de carácter aflictivo, importa una anticipada retribución que, paralelamente, se debe reflejar en la pena que se imponga” (aunque en el caso enjuiciado dicha compensación no entrara en consideración por haber fijado ya el Tribunal *a quo* el mínimo legalmente establecido).

<sup>13</sup> En efecto, los argumentos esgrimidos en la STS de 14 de diciembre de 1991 a favor de la aplicación de la atenuante análoga no tuvieron continuidad en la jurisprudencia inmediatamente posterior, que criticó esta solución. Así, por ejemplo, muy claramente en el fundamento jurídico 4º de la STS (Sala de lo Penal) 2127/1992, de 14 de octubre: “...porque en todas y cada una de las nueve circunstancias anteriores (que son las que, conforme al propio texto legal han de tenerse en cuenta para establecer la comparación que toda analogía entraña), lo que se tiene en cuenta son circunstancias de hecho relativas a la persona del reo o a su personal comportamiento (todas coetáneas al delito, salvo la del núm. 9º, arrepentimiento espontáneo, que se refiere a actuaciones posteriores, pero sometidas a un límite temporal, ‘antes de conocer la apertura del procedimiento judicial’), y ello es así porque la medida de la culpabilidad del reo de una infracción penal en nuestra legislación siempre se hace en base a datos relativos al propio reo y a su conducta, y nunca teniendo en cuenta elementos extraños a tales datos, como pudiera ser el que el proceso hubiera tenido una duración excesiva, por más que haya de reconocerse que tal duración ocasiona un mal al reo, que, además, constituye una violación de rango constitucional”. En idéntico sentido también, entre otras, la STS (Sala de lo Penal) 2356/1992, de 30 de octubre.

<sup>14</sup> Así expresamente Magro Servet, “La regulación específica de la atenuante de dilaciones indebidas en el nuevo art. 21.6 del Código Penal”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 77, 2010, p. 9. También Molins Raich se manifiesta críticamente, abogando por la prontitud de la reparación y entendiendo que los tribunales deben agotar en sede judicial todas las posibilidades que ofrece el ordenamiento para reparar la grave lesión que produce la dilación indebida (“Dilaciones indebidas y culpabilidad penal”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2005-2, p. 1858). Otras veces se ha criticado la vía del indulto por considerar, con razón, que es contrario a la división de poderes encomendar al Gobierno la reparación de la lesión de un derecho (así, por ejemplo, Moreno y Bravo, “El principio de culpabilidad: las dilaciones indebidas en el proceso penal y su incidencia en la determinación de la pena”, en Barja de Quiroga y Zugaldia Espinar (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, Madrid, 2004, pp. 560-561). Y como pone de manifiesto Marín de Espinosa Ceballos (“La reparación de las dilaciones indebidas en el proceso penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 70, 2000, pp. 204-206), hay que tener en cuenta, además de la “dudosa compatibilidad de esta institución con el Estado de Derecho”, el que, en la medida en que no existe derecho al indulto y éste puede ser concedido o no, la vulneración del derecho podría quedar sin reparación. A favor, sin embargo, del indulto y la indemnización como medios de reparación de las dilaciones indebidas, Huerta Tocillo, “La singularidad de la atenuante de dilaciones indebidas en la causa”, en Varios, *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, pp. 1051-1052. En general sobre el papel que puede jugar el indulto en la actualidad véase López Peregrín, “Capítulo XLVI: Del perdón”, en Matus (director), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios*, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 495-517.

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, la STS (Sala de lo Penal) 71/1997, de 27.1, que reconoce la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas pero, mencionando expresamente las limitaciones del artículo 4.4 CP, se limita a solicitar el indulto (véase sin embargo el voto particular en contra de Bacigalupo Zapater).

Entretanto se había aprobado el nuevo Código Penal en 1995, que no regulaba (como había pedido la jurisprudencia) esta situación, limitándose a indicar en su artículo 4, como ya hacia el artículo 2 del Código Penal anterior, que el juez o tribunal puede exponer al Gobierno sus razones cuando de la rigurosa aplicación de la ley resultara penada una acción u omisión que a su juicio no debiera serlo, o cuando a su entender la pena resultante fuera excesiva. La única novedad a este respecto incluida por el Código Penal de 1995 es la expresa mención de la posibilidad de que el juez o tribunal solicite el indulto y suspenda mientras tanto la ejecución de la pena si aprecia “que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas” (artículo 4.4 del actual Código Penal).<sup>15</sup> Como

puede verse, esta previsión, por sí sola, no puede considerarse exactamente como una solución al problema planteado por las dilaciones indebidas.<sup>16</sup>

No obstante, aunque la regulación legal no había cambiado terminó modificándose la interpretación jurisprudencial, admitiéndose finalmente la posibilidad de tener en cuenta las dilaciones indebidas en la determinación de la pena por medio de la atenuante análoga. Y en este sentido se manifestaron el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999<sup>17</sup> y la jurisprudencia posterior.<sup>18</sup>

Sin embargo, tampoco esta solución ha estado exenta de críticas.<sup>19</sup> De una parte, por haber entendido un sector doctrinal que la aplicación de la atenuante por analogía en estos casos vulneraba el principio de legalidad,<sup>20</sup> puesto que las dilaciones indebidas no tenían analogía alguna con las otras circunstancias previstas legalmente, como exigía entonces el artículo 21.6.<sup>21</sup> Y lo cierto es que el ámbito de aplicación que la jurisprudencia otorga a la atenuante por analogía es realmente criticable por lo extenso.<sup>22</sup> Aunque, en lo que afecta a las dilaciones indebidas, los reproches relativos a la vulneración

<sup>16</sup> En ese mismo sentido se pronunció el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1997, entendiendo que en el nuevo Código Penal no había base para aplicar una atenuante por dilaciones indebidas y volviendo a pronunciarse en consecuencia a favor de la solución del indulto y la indemnización.

<sup>17</sup> «La solución jurisdiccional a la lesión producida por la existencia de un proceso con dilaciones indebidas ha de ser su compensación en la penalidad procedente al delito a través de la circunstancia de análoga significación del art. 21.6 del Código Penal».

<sup>18</sup> Véanse, entre otras muchas, las SSTS (Sala de lo Penal) 934/1999, de 8 de junio; 622/2001, de 26 de noviembre; 1672/2002, de 3 de octubre; 533/2003, de 11 de abril; 742/2003, de 22 de mayo; 156/2004, de 9 de febrero; 685/2005, de 2 de junio; 1119/2008, de 8 de enero; 1111/2009, de 11 de noviembre; o 36/2010, de 29 de enero. Por otra parte, la posibilidad de recurrir en amparo al Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE) no es una solución en el caso de existir dilaciones indebidas en un proceso penal ya finalizado, pues el TC ha mantenido que en ese caso carece de viabilidad, por falta de objeto, la demanda de amparo solicitada, ya que la apreciación en sede constitucional de dicha vulneración no podría conducir a medida alguna para hacerlas cesar, por lo que el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho sólo podría venir por la vía de la indemnización. El papel del TC se reconduce, pues, en esta materia al ámbito de la tutela judicial efectiva, limitándose a examinar si los recurrentes recibieron una respuesta motivada y no arbitraria, errónea o manifestamente irrazonable respecto de la inexistencia de base fáctica para aplicar la atenuante. Véase al respecto, por ejemplo, la STC (Sala Primera) 5/2010, de 7 de abril, y el comentario de Sánchez Garrido, «Dilaciones indebidas en el proceso penal: perspectiva constitucional y perspectiva de legalidad ordinaria», *Diario La Ley*, núm. 7468, de 15 de septiembre de 2010.

<sup>19</sup> En opinión de Álvarez García, «La atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6 CP)», en Quintero Olivares (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor, 2010, p. 29, al rechazar la vía del indulto y posicionarse a favor de la de la atenuación de la pena el Tribunal Supremo estaría reclamando «para sí la decisión normativa misma porque se considera mejor garante de las libertades de los ciudadanos que los propios Ejecutivo y Legislativo...».

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, Manjón-Cabeza Olmeda, «Circunstancias modificativas (arts. 21 y 22)», en Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, p. 47; Castro Moreno, «Sobre la atenuante analógica de detenciones, registros e intervenciones ilegales: nuevo escenario procesal», *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 78, 2011, p. 8 (que califica la apreciación de las dilaciones indebidas como atenuante analógica de «técnicamente muy forzada», aunque considerando que «su aplicación era de estricta justicia material»); Mir Puig y Gómez Martín, «De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal», en Corcoy Bidasolo y Mir Puig (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma Ley Orgánica 5/2010*, Valencia, 2011, p. 100; Mir Puig, *Derecho Penal. Parte general*, 9<sup>a</sup> ed., a cargo de Gómez Martín, Barcelona, 2011, p. 626. De «atenuante judicialmente «inventada»» habla Huerta Tocido, *op. cit.*, 2008, p. 1049. Mucho más contundente se muestra Álvarez García, *op. cit.*, 2010, p. 30: «Pues bien, a mi modo de ver con una decisión como la de crear la atenuante de dilaciones indebidas el Tribunal Supremo se arrojó, materialmente, capacidad de legislar —vulnerando groseramente el texto constitucional— [...]». Y califica la actuación del Tribunal Supremo aludiendo a «su potencialidad de ‘inventar’ atenuantes» y calificando su postura como de «‘barra libre’ en materia de atenuantes», concluyendo que el alto tribunal se ha «constituido en verdadero ‘señor’ de la pena» (*op. cit.*, p. 30). Y no le falta razón a Álvarez García.

<sup>21</sup> Así, por ejemplo, Castro Moreno, *op. cit.*, 2011, p. 7; Mir Puig y Gómez Martín, *op. cit.*, 2011, p. 100; Mir Puig, *op. cit.*, 2011, p. 626. También, más detalladamente, Huerta Tocido (*op. cit.*, 2008, p. 1040), quien parte de que, siguiendo la doctrina dominante, el fundamento de las atenuantes recogidas en el Código Penal español radica bien en la existencia de un menor injusto, bien en un menor contenido de culpabilidad, bien (como en el caso de las atenuantes de confesión y reparación del daño) en la concurrencia de otras finalidades político-criminales relacionadas con la menor necesidad de pena. Y desde su punto de vista el Tribunal Constitucional ya ha dejado claro en sus sentencias que las dilaciones indebidas no afectan al injusto ni a la culpabilidad (*op. cit.*, 2008, pp. 1040-1043). En cuanto a la tercera posibilidad, considera Huerta, siguiendo a Mir Puig, que las atenuantes de confesión y la reparación del daño responden a la conveniencia político-criminal de fomentar determinados comportamientos posteriores que faciliten la persecución judicial o la reparación del daño, fundamento que en su opinión no guarda ninguna similitud con el de las dilaciones indebidas (*op. cit.*, 2008, pp. 1043-1047).

<sup>22</sup> Véase si no, por ejemplo, la STS (Sala de lo Penal) 104/2011, de 1º de marzo, que resume la doctrina jurisprudencial en la materia en su fundamento jurídico 3º: «Esta Sala considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código Penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximientes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la

## La atenuación de la pena por dilaciones indebidas en el Código Penal español

del principio de legalidad ya no siguen vigentes tras su incorporación expresa al artículo 21 CP por la Ley Orgánica 5/2010.<sup>23</sup>

Pero, y lo que es más importante, por otra parte se ha criticado el propio fundamento de la atenuación, alegando que las dilaciones no deberían atenuar la pena porque no disminuyen el desvalor del hecho ni la culpabilidad del autor,<sup>24</sup> y que, además, la formalización de esta vía tiene el peligro de acabar siendo contraproducente, en la medida en que puede acabar “consagrando” la lentitud de los procedimientos.<sup>25</sup> Un sector doctrinal ha entendido por ello que este tipo de solución no es la adecuada y, más radicales, han defendido que la única respuesta correcta es declarar la nulidad de la causa,<sup>26</sup> solución que ha sido rechazada por la jurisprudencia, como ha rechazado también otras vías que se habían propuesto, como la inejecución de la sentencia o la absolución por aplicación analógica

de la prescripción.<sup>27</sup> Correctamente, a mi entender, pues no hay base legal para ninguna de ellas.

Volviendo a la solución adoptada por la jurisprudencia, la cuestión de si un hecho posterior al delito y ajeno al autor puede o no atenuar la pena depende del concepto de culpabilidad que se sostenga. Así, por ejemplo, si se vincula la culpabilidad a los fines de la pena, no habría problema alguno en sostener que una dilación indebida puede disminuir la necesidad de pena en un caso concreto o incluso hacerla innecesaria. Por el contrario, desde una concepción normativa de la culpabilidad puede resultar difícil admitir que ésta se vea afectada por hechos posteriores al delito.<sup>28</sup>

Como relata Magro Servet,<sup>29</sup> para el Tribunal Supremo el fundamento de la atenuación de pena basada en las dilaciones indebidas es triple: por un lado, la existencia de circunstancias posteriores a

descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; *e) por último*, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informa los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas”.

<sup>23</sup> Para Castro Moreno, *op. cit.*, 2011, p. 8, el legislador ha logrado con la nueva atenuante solventar adecuadamente el problema de justicia material sin tener que recurrir ya al forzamiento de la letra ni del espíritu de la ley que suponía la aplicación de la atenuante por analogía.

<sup>24</sup> Así también Manjón-Cabeza Olmeda, *op. cit.*, 2010, p. 47: “Que la causación de dilaciones indebidas pueda ser el contenido de una circunstancia atenuante me parece sumamente dudoso. Las circunstancias se refieren al delito, sin el que no pueden existir, y a la forma de actuar del delincuente; las dilaciones indebidas se refieren al procedimiento judicial —penal o no penal— y a la forma de actuar del Juez o Tribunal —en cualquier jurisdicción— y nada tienen que ver ni con el delito ni con el declarado culpable”. Críticamente también Álvarez García, *op. cit.*, 2010, p. 33.

<sup>25</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, *op. cit.*, 2010, p. 47. En el mismo sentido, Álvarez García, *op. cit.*, 2010, p. 34, y Díaz-Maroto y Villarejo, “La nueva atenuante por dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 80, 2011, p. 53.

<sup>26</sup> Así, por ejemplo, Otero González y Castro Moreno, “La atenuante analógica tras las reformas del Código Penal por LO 11/2003 y LO 15/2003”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 27, 2006, p. 50 (“...la reparación requiere la reacción inmediata de impulso las actuaciones procesales independientemente de la reclamación indemnizatoria por el funcionamiento anormal de la Justicia y cuando ya es imposible la restitución del derecho lesionado procedería declarar la nulidad de la causa”). Menos radical, Manjón-Cabeza Olmeda, *op. cit.*, 2010, p. 48: “...no puede afirmarse que la atenuante de dilaciones indebidas sea ‘la respuesta’ a la conculcación del derecho o que actúe como la sanción por la vulneración; es sólo un remedio a algunos casos —no a todos— de dilación injustificada y no excluye el recurso a los otros remedios que se contemplan en el ordenamiento, o sea, indulto, recurso de amparo e indemnización”. A favor de la vía del indulto y la indemnización, Álvarez García, *op. cit.*, 2010, p. 34. Por su parte, para Molins Raich (*op. cit.*, 2005, p. 1854), hay que distinguir entre las dilaciones muy graves (que tendrían consecuencias de legalidad procesal, como la prescripción o la nulidad de actuaciones, pues su apreciación impediría la celebración o continuación del proceso), las dilaciones graves (que tendrían consecuencias de justicia sustantiva o material, y que podrían conducir a atenuar la responsabilidad, a la absolución del acusado o al abono del exceso de sufrimiento padecido) y las dilaciones menos graves (que tendrían consecuencias de justicia penitenciaria, que podrían conducir a la suspensión de la pena o la libertad condicional), sin perjuicio de que en todos los casos quepa, si se dan los requisitos, exigir indemnización por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia por la vía del artículo 121 CE.

<sup>27</sup> Así, por ejemplo, el fundamento jurídico 1º de la STS (Sala de lo Penal) 934/1999, de 8 de junio: “Si bien no contiene una norma sobre la reparación, el art. 4.4 CP contiene, de todos modos, un criterio sobre las posibles soluciones jurídicas que ha podido adoptar el legislador. En efecto, en la medida en la que se autoriza, bajo ciertas condiciones, la suspensión de la ejecución de la sentencia, la ley parte de la ejecutabilidad de la sentencia recaída en un proceso con dilaciones indebidas. Es decir, que nuestro Derecho no admite considerar que el proceso sin dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez de la sentencia. Con ello deja fuera de consideración el punto de vista de una parte de la doctrina que sostiene que la duración irrazonable del proceso determina la nulidad del proceso mismo”. Contra las soluciones de la inejecutabilidad de la sentencia y la aplicación analógica de la prescripción, véanse por ejemplo Marín de Espinosa Ceballos, *op. cit.*, 2000, pp. 206-208; y Moreno y Bravo, *op. cit.*, 2004, pp. 561-563.

<sup>28</sup> Sobre el efecto del tiempo en el principio de culpabilidad puede verse Molins Raich, *op. cit.*, 2005, pp. 1855-1857.

<sup>29</sup> Magro Servet, *op. cit.*, 2010, p. 7.

la comisión del delito que compensan la culpabilidad por el hecho (reparación y confesión); por otro, el tratarse de una lesión de un derecho fundamental que debe encontrar acomodo en la pena; y, por último, que todos los hechos posteriores que tienen efecto compensador de la culpabilidad deben operar como atenuantes.

En efecto, el hecho de que el Código Penal recoja entre las atenuantes hechos posteriores al delito, como ocurre en la confesión y la reparación del daño (artículo 21.4<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup>), fue usado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como argumento para aplicar la atenuante análoga a las dilaciones indebidas.<sup>30</sup>

En cuanto al segundo argumento, se consideró que la lesión de un derecho fundamental puede tener un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguida por dicha pérdida de derechos.<sup>31</sup> También se ha aludido a que el abono de la prisión provisional (o de cualquier otra medida cautelar) en el cumplimiento de la pena responde al mismo principio de atenuación de la culpabilidad en función de

una lesión de derechos posterior al delito y ajeno a la voluntad del delincuente.<sup>32</sup>

En cuanto a lo tercero, sostiene el Tribunal Supremo la idea de que si el acusado ya ha padecido un sufrimiento innecesario por las dilaciones sufridas, es razonable tener en cuenta dicho sufrimiento reduciendo la pena por la parte de culpabilidad ya “pagada”.<sup>33</sup> Incluso ha llegado a aludirse en este contexto al concepto de *poena naturalis*.<sup>34</sup>

Por otro lado, más recientemente se han añadido en la argumentación (seguramente a consecuencia de algunas críticas doctrinales referidas a la imposibilidad de que la culpabilidad se viese afectada por las dilaciones) referencias expresas a que la reducción del rigor punitivo tendría su apoyo dogmático en el principio de necesidad de pena, que quedaría debilitada cuando el transcurso del tiempo es relevante, si las particularidades del caso lo permiten.<sup>35</sup>

En cualquier caso, la otra crítica vertida contra esta solución, referida al riesgo de que la existencia de una atenuación acabe consagrando los retrasos, resulta

<sup>30</sup> Moreno y Bravo, *op. cit.*, 2004, p. 563; Molins Raich, *op. cit.*, 2005, pp. 1857-1858. Así, por ejemplo, la STS 742/2003, de 22 de mayo, o la STS (Sala de lo Penal) 934/1999, de 8 de junio.

<sup>31</sup> Marín de Espinosa Ceballos, *op. cit.*, 2000, pp. 209-213; Moreno y Bravo, *op. cit.*, 2004, p. 555; y Córdoba Roda, “Las dilaciones indebidas”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2010-5, p. 1902. Así se manifiesta, por ejemplo, la STS 742/2003, de 22 de mayo, fundamento jurídico 1º: “[t]eniendo en cuenta que la pena constituye [...] una pérdida de derechos fundamentales, se ha considerado por la doctrina más moderna, que las lesiones de derechos fundamentales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso deben ser abonadas en la pena pues tienen también un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguida por dicha pérdida de derechos [...]. Este efecto compensador, como lo señala la STS de 2-4-93, también se deduce directamente del art. 1º CE, dado que, siendo la justicia uno de los valores superiores del orden jurídico, se deben computar en la pena los males injustificados que el acusado haya sufrido a causa de un proceso penal irregular, pues es un imperativo de justicia que el autor no reciba por el delito una pérdida de derechos mayor al equivalente a la gravedad de su culpabilidad. Dicho con otras palabras: la privación de bienes y derechos que produce la pena no debe ser de superior gravedad que la gravedad de la lesión jurídica causada por el autor”. En contra Díaz-Maroto y Villarejo, *op. cit.*, 2011, p. 52, quien considera que las dilaciones sufridas no son por naturaleza un mal, sino que, por el contrario, en no pocas ocasiones constituyen un “bien” para el imputado (como, por ejemplo, cuando le permiten cancelar antecedentes penales o retrasar el ingreso en prisión).

<sup>32</sup> Moreno y Bravo, *op. cit.*, 2004, pp. 563-564; Molins Raich, *op. cit.*, 2005, pp. 1857 y 1858, expresamente en p. 1860. Así, por ejemplo, la STS (Sala de lo Penal) 934/1999, de 8 de junio; o la STS (Sala de lo Penal) 742/2003, de 22 de mayo.

<sup>33</sup> La relación entre las dilaciones indebidas y el principio de culpabilidad había sido ya señalada por la STS de 14 de diciembre de 1991.

<sup>34</sup> Véanse por ejemplo la STS (Sala de lo Penal) 1387/2004, de 27 de diciembre; o la STS (Sala de lo Penal) 104/2011, de 1º de marzo. La *poena naturalis* o pena natural es entendida como “un mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste”, sosteniéndose que “se incurriría en un excesivo rigorismo si se impusiera la pena estatal sin hacer referencia a esa pérdida, pues la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena” (Gudín Rodríguez-Magaríños, “De la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2010 a la nueva atenuante analógica de la *poena naturalis*”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 80, 2011, p. 79). A mi entender, sin embargo, el concepto de *poena naturalis* como tal es inaceptable en nuestro Derecho, sometido al principio de legalidad de los delitos y las penas, pudiendo sólo tener efecto en cuanto el artículo 66.1.6<sup>a</sup> CP permite, para los casos de ausencia de atenuantes y agravantes, establecer la pena concreta, dentro del marco penal previsto para el delito de que se trate, razonadamente (art. 72), en la extensión que estimen adecuada “en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”. Un efecto en la determinación judicial de la pena, pues, muy limitado. Alguno de los ejemplos que menciona Gudín (como el caso del sujeto que intenta un robo y es interceptado y herido por las fuerzas de seguridad, y queda paralítico, *op. cit.*, 2011, p. 81, nota 17) pueden resolverse, sin embargo, en otros ámbitos (como en el del uso de alternativas a la prisión —dentro de los márgenes legales— o en el de la ejecución penitenciaria, mediante la concesión del tercer grado o la libertad condicional con base en un pronóstico de ausencia de peligrosidad criminal o a motivos humanitarios). A favor de tener en cuenta la pena natural como atenuante genérica, Moreno y Bravo, *op. cit.*, 2004, p. 555.

<sup>35</sup> Véanse, por ejemplo, las SSTS (Sala de lo Penal) 91/2009, de 3 de febrero; 981/2009, de 17 de octubre; o 28/2010, de 28 de enero. También para Marín de Espinosa Ceballos, *op. cit.*, 2000, pp. 209-213, cabe aceptar la solución de la atenuante análoga fundamentándola tanto en la necesidad de pena como en la disminución de la culpabilidad: “...a nuestro juicio, ambos argumentos, el transcurso del tiempo

## La atenuación de la pena por dilaciones indebidas en el Código Penal español

mucho más difícil de rebatir. Un sector doctrinal ha visto, sin embargo, con buenos ojos esta doctrina jurisprudencial.<sup>36</sup>

### 2. Requisitos de la atenuante de dilaciones indebidas

Según la actual redacción del artículo 21.6<sup>a</sup>, para poder apreciar la nueva atenuante es preciso que se den tres requisitos: *a)* que haya una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento; *b)* que no sea atribuible al inculpado, y *c)* que no sea proporcionada a la complejidad de la causa.

Como pone de manifiesto Manjón-Cabeza Olmeda, estos requisitos coinciden en gran medida con los que venía exigiendo hasta ahora el Tribunal Supremo para aplicar la atenuante analógica, por lo que dicha jurisprudencia, “con gran seguridad, se confirmará, y será útil para la interpretación y praxis”.<sup>37</sup>

---

por dilaciones indebidas justifica una menor necesidad de pena o producen una disminución de la culpabilidad del autor, son viables en nuestro sistema porque entendemos que en el proceso de individualización judicial de la pena se debe atender a criterios de prevención en el marco de la culpabilidad del autor, siendo posible imponer una pena por debajo de la culpabilidad del autor si las exigencias de prevención así lo aconsejan” (*op. cit.*, 2000, pp. 212 y 213).

<sup>36</sup> Así, por ejemplo, Marín de Espinosa Ceballos, *op. cit.*, 2000, p. 212; Moreno y Bravo, *op. cit.*, 2004, pp. 555 y 563-565; Molins Raich, *op. cit.*, 2005, pp. 1853-1872 (aunque, como ya hemos puesto de manifiesto, este autor considera también adecuadas otras soluciones, como la absolución, el abono del exceso de sufrimiento padecido, la suspensión de la pena o la libertad condicional); Redondo Hermida, *op. cit.*, 2007, pp. 97-105; Magro Servet, *op. cit.*, 2010, p. 9; y Gudín Rodríguez-Magariños, *op. cit.*, 2011, p. 87. Favorable a la creación de la nueva atenuante se muestra Castro Moreno, *op. cit.*, 2011, p. 8, por entender de justicia material la compensación del mal injusto soportado por los inculpados con la reducción de la pena a imponer. También para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las dilaciones indebidas pueden constituir un motivo de atenuación de la pena. Sobre la jurisprudencia del TEDH véanse Marín de Espinosa Ceballos, *op. cit.*, 2000, pp. 199-203; Redondo Hermida, “La atenuante analógica de dilaciones indebidas en la reciente jurisprudencia”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 42, 2007, pp. 99 y 100, y Huerta Tocido, *op. cit.*, 2008, pp. 1052-1055.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, 2010, p. 49.

<sup>38</sup> Así, entre otras muchas, las SSTS (Sala de lo Penal) 2076/1993, de 26 de septiembre; 1387/2004, de 27 de diciembre; 1051/2006, de 30 de octubre; 981/2009, de 17 de octubre; 28/2010, de 28 de enero; 649/2010, de 18 de junio; 71/2011, de 4 de febrero, o 2104/2011, de 1º de marzo.

<sup>39</sup> Así la STC 223/1988, de 24 de noviembre: “...la frase ‘sin dilaciones indebidas’ empleada por el art. 24.2 de la Constitución expresa un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico e identificar, como tales, la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades”. Acogen expresamente estos criterios, por ejemplo, las SSTS (Sala de lo Penal) 572/1997, de 25 de abril; 742/2003, de 22 de mayo; 1051/2006, de 30 de octubre; 981/2009, de 17 de octubre; 28/2010, de 28 de enero, o 649/2010, de 18 de junio.

<sup>40</sup> Moreno y Bravo, *op. cit.*, 2004, p. 558; Álvarez García, *op. cit.*, 2010, p. 31; Magro Servet, *op. cit.*, 2010, p. 8; Mir Puig, *op. cit.*, 2011, p. 627; Mir Puig y Gómez Martín, *op. cit.*, 2011, p. 101, y Díaz-Maroto y Villarejo, *op. cit.*, 2011, p. 46. También, entre otras muchas, las SSTS (Sala de lo Penal) 1387/2004, de 27 de diciembre; 1051/2006, de 30 de octubre; 28/2010, de 28 de enero; 71/2011, de 4 de febrero, o 104/2011, de 1º de marzo.

<sup>41</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, *op. cit.*, 2010, p. 50. Según García-Maltrás de Blas, “Dilaciones indebidas y duración de los procesos en el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: del tiempo razonable al tiempo óptimo y previsible”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2007, núm. 2, p. 13, el TEDH, además de tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, usa como criterios para establecer si la duración del proceso ha sido razonable o no, la complejidad del caso, el comportamiento procesal de los litigantes y del órgano jurisprudencial y los intereses en juego (entendiendo que, si por ejemplo, el sujeto está en prisión, se reduce el límite de la duración razonable).

<sup>42</sup> Como recuerdan Díaz-Maroto y Villarejo, *op. cit.*, 2011, p. 56, y Mir Puig, *op. cit.*, 2011, p. 627, para la jurisprudencia española y la del TEDH no es un obstáculo para apreciar las dilaciones indebidas que éstas estén motivadas por razones estructurales (deficiencias organizativas de los juzgados, volumen excesivo de trabajo, etc.). Así también, por ejemplo, la STS (Sala de lo Penal) 742/2003, de 22 de mayo.

Díaz-Maroto y Villarejo, será extraordinaria la dilación que sobrepase los plazos razonables en la tramitación del procedimiento, es decir, aquella que no sea ordinaria, con lo que se está reconociendo que siempre existirán dilaciones “ordinarias”, y sólo aquellas que sobrepasen de una manera desmesurada los plazos establecidos por las leyes sin causa que lo justifique podrán considerarse extraordinarias.<sup>43</sup>

No es posible, por tanto, saber de antemano qué retraso será necesario para aplicar esta atenuante. La única limitación existente es, obviamente, que no puede ser de tal naturaleza que dé lugar a la prescripción.

Del mismo modo, tampoco es posible determinar con exactitud qué dilación dará lugar a la aplicación de la atenuante ordinaria y cuál a la atenuante muy cualificada.<sup>44</sup> La jurisprudencia venía usando en general el criterio del tiempo efectivamente transcurrido, aunque añadiendo otras consideraciones como las relativas a la complejidad del asunto o la actuación del acusado.<sup>45</sup> Así, por ejemplo, en la jurisprudencia anterior a la reforma de 2010 se consideró ordinaria (por analogía) una dilación de ocho meses (STS 563/2010, de 7 de junio), y dilación muy cualificada la existente en un caso en el que entre los hechos y la sentencia transcurrieron 8 años (STS 291/2003, de 3 marzo) o incluso 15 años (STS 896/2008, de 12 de diciembre). Sin embargo, una duración de la causa de 5 años dio lugar a la atenuante muy cualificada (STS 742/2003, de 22 de mayo). E igualmente se apreció como muy cualificada la dilación en un caso en que transcurrieron tres años entre los hechos y la sentencia, pues aun cuando se reconocía que “el tiempo total invertido en la tramitación de la causa hasta su final, considerado en abstracto no es

especialmente excesivo”, se entendía que sí lo era “valorado en relación con las concretas circunstancias del caso” (STS 981/2009, de 17 de octubre). Y, a la inversa, un proceso de 7 años de duración dio lugar a la aplicación de la atenuante ordinaria (STS 505/2009, de 14 de mayo). Ello nos conduce de nuevo a la conclusión de que la valoración de la atenuante como ordinaria o muy cualificada depende, como la propia existencia de la dilación indebida en sí, de las circunstancias del caso concreto y, lo que puede dar lugar a una mayor inseguridad jurídica, de la valoración que de ella haga el tribunal.

En cualquier caso, antes de la Ley Orgánica 5/2010, en ocasiones la jurisprudencia consideró que la atenuante ordinaria debía ser de aplicación cuando existiera una dilación injustificada, y la atenuante muy cualificada cuando la dilación era extraordinaria.<sup>46</sup> Sin embargo, en la medida en que la dicción legal de la atenuante exige ahora como requisito para la atenuante (ordinaria) que la dilación sea extraordinaria, habrá que entender probablemente, como pone de manifiesto Manjón-Cabeza Olmeda, que “[l]a lógica del nuevo precepto debería llevar a aplicar la atenuación simple en caso de retraso extraordinario; a no aplicar atenuación alguna si el retraso es ‘ordinario’ [...] y a apreciar la atenuación como muy cualificada en casos verdaderamente escandalosos”.<sup>47</sup> Ello, unido a que los criterios que, junto al total de tiempo transcurrido, utilizaba la jurisprudencia para distinguir la atenuante ordinaria de la muy cualificada —complejidad de la causa y conducta del acusado— son ahora *requisitos* para la apreciación de la atenuante ordinaria, conducen a la conclusión de que en realidad la reforma ha venido a disminuir el ámbito de aplicación de la circunstancia.<sup>48</sup>

<sup>43</sup> Díaz-Maroto y Villarejo, *op. cit.*, 2011, p. 55.

<sup>44</sup> Según el Código Penal español, si no hay agravantes la presencia de una atenuante sólo permite en principio la imposición de la pena prevista en su mitad inferior (art. 66.1.1<sup>a</sup>), pero si la atenuante se aprecia como “muy cualificada” se aplica la pena inferior en uno o dos grados a la prevista por la ley (art. 66.1.2<sup>a</sup>). Como pone de manifiesto Córdoba Roda, *op. cit.*, 2010, p. 1905, antes de la reforma ya se admitió que las dilaciones indebidas pudieran dar lugar a la atenuante muy cualificada.

<sup>45</sup> Sanz Delgado, *op. cit.*, 2004, p. 67.

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, dice la STS (Sala de lo Penal) 981/2009, de 17 de octubre, fundamento jurídico 3º: “Esta Sala ha entendido [...] que deben valorarse como muy cualificadas aquellas circunstancias atenuantes que alcanzan una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y ser reveladores del merecimiento de la conducta del inculpado. Igualmente ha señalado que las circunstancias atenuantes analógicas sólo excepcionalmente pueden ser apreciadas como muy cualificadas”.

<sup>47</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, *op. cit.*, 2010, p. 50. Cuestión distinta es si, caso de tratarse de una atenuante muy cualificada y no darse ninguna agravante, se rebaja la pena en uno o en dos grados (art. 66.1.2<sup>a</sup> CP). Para el control casacional de la decisión de instancia, sin embargo, vuelven a tenerse en cuenta de nuevo los mismos criterios (básicamente duración del proceso, complejidad del mismo y actuación de las partes, véase por ejemplo la STS, Sala de lo Penal, 1193/2010, de 24 de febrero de 2011, que introduce también consideraciones relativas a la gravedad de los hechos y la necesidad de pena para reducir la rebaja de dos grados a uno).

<sup>48</sup> En el mismo sentido Córdoba Roda, *op. cit.*, 2010, p. 1903 (“La reforma del Código Penal (CP) ha añadido a la expresión ‘dilación indebida’, que es la utilizada hasta ahora por doctrina y jurisprudencia, el término ‘extraordinaria’, con la finalidad sin duda de elevar el grado de exigencia en cuanto a su estimación”), y Díaz-Maroto y Villarejo, *op. cit.*, 2011, p. 55.

## La atenuación de la pena por dilaciones indebidas en el Código Penal español

En cualquier caso, como ha señalado el TEDH, el periodo que debe tomarse en consideración para determinar si ha habido dilaciones indebidas empieza a contar desde el momento en que una persona está formalmente acusada<sup>49</sup> o cuando las sospechas que le afectan tienen repercusiones importantes en su situación en razón de las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos.<sup>50</sup> Y en este sentido también se ha pronunciado la jurisprudencia española,<sup>51</sup> aunque a veces tome como punto de referencia el momento en que ocurrieron los hechos, olvidando que las dilaciones “sólo se dan en el procedimiento y no antes”<sup>52</sup>

### *b) El requisito de que la dilación no sea atribuible al inculpado*

Como ya se ha puesto de manifiesto, la conducta del inculpado era uno de los criterios que manejaba la doctrina anterior para determinar si la dilación era o no indebida. Sin embargo, el legislador ha querido mencionar expresamente como requisito necesario para la aplicación de la atenuante el que la dilación no sea atribuible al inculpado.<sup>53</sup>

Cuestión distinta es, como pone de manifiesto Córdoba Roda,<sup>54</sup> que sea la representación letrada del inculpado la que cause las dilaciones; este autor menciona como ejemplos “el caso de que habiendo sido entregada la causa original a dicha representación para que formule escrito de defensa en el término de diez días, retenga la causa varios meses; o el del

abogado que, habiendo sido citado a juicio, deja injustificadamente de comparecer, provocando con ello la suspensión del juicio y un nuevo señalamiento para más adelante”. Creo que tiene razón Córdoba cuando opina que, en estos casos, si el inculpado no se lo ha pedido, no cabrá entender que la dilación sea atribuible a éste y, por tanto, no cabrá excluir la aplicación de la atenuante.

En cualquier caso, creo que este requisito ha de entenderse en el sentido de excluir la atenuante cuando la dilación se deba *exclusivamente* al comportamiento (directo o indirecto) del inculpado, siendo aplicable, por tanto, por el contrario, cuando a pesar de que el acusado haya presentado una actitud obstrucciónista, la dilación se deba en mayor medida al comportamiento del juez o tribunal, o del Ministerio Fiscal. Así, por ejemplo, si un sujeto ha sido declarado en rebeldía, cabe aún la atenuante, siempre y cuando, descontado el tiempo que el sujeto ha estado en busca y captura, pueda computarse una dilación indebida no atribuible a él.<sup>55</sup>

Por otro lado, si se diera el caso de que la dilación sólo es atribuible a alguno o algunos de los inculpados, creo que sería perfectamente posible apreciar la atenuante a aquellos que no han provocado la dilación.<sup>56</sup>

### *c) La exigencia de que la dilación no sea proporcionada a la complejidad de la causa*

Del mismo modo que ocurría con la conducta del inculpado, también la desproporción de la dilación en relación con la complejidad de la causa era uno de los

<sup>49</sup> En España véase, por ejemplo, la STS de 14 de diciembre de 1991, fundamento jurídico 2º: “El término a partir del cual se debe comprobar si se ha dado cumplimiento al mandato constitucional de juzgar sin dilaciones indebidas (art. 24.2 de la CE) comienza con el momento de la inculpación de una persona, lo que significa en el momento de dirigirse contra él una investigación criminal en la forma de diligencias de investigación (sumario o similares) que pueden acabar con su sometimiento al juicio”.

<sup>50</sup> Gudín-Rodríguez Magariños, *op. cit.*, 2011, p. 84. Así, por ejemplo, la STS (Sala de lo Penal) 28/2010, de 28 de enero.

<sup>51</sup> Véase por ejemplo la STS (Sala de lo Penal) 1387/2004, de 27 de diciembre.

<sup>52</sup> Álvarez García, *op. cit.*, 2010, p. 35.

<sup>53</sup> De “redundante” califica la exigencia de este requisito Manjón-Cabeza Olmeda, *op. cit.*, 2010, p. 50. Esta autora (*op. cit.*, 2010, p. 51) cita, como casos que quedan fuera de la vulneración del derecho y de la posibilidad de atenuar la pena, los retrasos imputables a la parte causados por ejemplo por rebeldía (STS 1069/2005); renuncia del Letrado o del Procurador (SSTS 149/2006, de 10 de febrero, y 1047/2005, de 15 de septiembre); necesidad de auxilio judicial o diligencias para localizar al acusado (SSTS 1049/2006 y 1463/2005, de 2 de febrero); uso anormal de recursos o búsqueda de la prescripción (STS 1336/2005, de 2 de febrero, referida a un “macro juicio” de tráfico organizado de drogas; en cambio se ha apreciado la atenuante cuando los muchos recursos desestimados no lo fueron por temeridad procesal manifiesta y estaban amparados por el derecho a la defensa: STS 1103/2005, de 22 de septiembre).

<sup>54</sup> Córdoba Roda, *op. cit.*, 2010, p. 1903.

<sup>55</sup> Véase al respecto, por ejemplo, la STS (Sala de lo Penal) 71/1997, de 27 de enero, donde se reconoce la vulneración del derecho fundamental en un caso en el que la búsqueda y captura demoró sólo 29 días, teniendo su origen las dilaciones mayoritariamente en causas ajenas al acusado (aunque la sentencia, de acuerdo con la línea jurisprudencial del momento, se limita a solicitar el indulto).

<sup>56</sup> En realidad la cuestión no es fácil, pues el artículo 65 CP establece que las circunstancias que consisten en una causa de naturaleza personal sólo se aplican a aquéllos en quienes concurre, mientras que las circunstancias que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla se aplican a aquéllos que las conocían en el momento de la acción. Como puede verse, la atenuante de dilaciones indebidas no encaja en ninguna de estas dos descripciones, probablemente porque no se trata de una verdadera atenuante...

criterios que manejaba la doctrina anterior para determinar si la dilación era o no indebida, pasando ahora a mencionarse expresamente como requisito.<sup>57</sup> Dicha complejidad podrá proceder del número de acusados o víctimas, o ambos, de que los hechos tengan ramificaciones internacionales, de que intervengan varios órganos judiciales, de que haya que realizar muchas pruebas o pruebas de difícil práctica, etcétera.<sup>58</sup>

Creo en cualquier caso que, como indiqué en relación con el requisito anterior, habrá que interpretar también aquí que la aplicación de la atenuante no se excluye automáticamente por el hecho de que el proceso sea complejo. Lo que se exige es la falta de proporcionalidad entre la complejidad y la dilación.<sup>59</sup>

#### d) ¿Otros requisitos?

Además de los tres requisitos que se mencionan en la atenuante del artículo 21.6<sup>a</sup> CP, la jurisprudencia había venido exigiendo otros. La cuestión ahora es determinar si el hecho de que no se recojan en la descripción de la atenuante significa que no han de ser tenidos en cuenta o si, por el contrario, pueden reconducirse interpretativamente a los requisitos que sí se recogen expresamente, cuestión a la que es preciso responder diferenciando los distintos supuestos.

Por un lado, algunas sentencias exigieron que el imputado hubiera denunciado la paralización del proceso durante la causa.<sup>60</sup> En lo que respecta a este requisito, creo que lo correcto es entender que no es exigible.<sup>61</sup> De hecho, la jurisprudencia más reciente venía ya entendiendo que, en la medida en que el retraso puede suponer la prescripción del delito, exigir al imputado que realice conductas tendentes a impedir ésta sería improcedente.<sup>62</sup> Aparte de que constituiría una injustificada interpretación restrictiva de la atenuante del artículo 21.6<sup>a</sup>.<sup>63</sup> Tampoco es preciso, en consecuencia, que la parte que alegue esta circunstancia concrete los períodos de paralización que denuncia, y sus causas y efectos, aunque alguna sentencia lo exigiera. Esta exigencia carecería de fundamento,<sup>64</sup> al margen de que todas las atenuantes pueden apreciarse de oficio.<sup>65</sup>

Por otro lado, la jurisprudencia anterior a la reforma exigió en ocasiones que la dilación hubiera causado al imputado una efectiva lesión.<sup>66</sup> Este tipo de argumentación conduciría a que si, por ejemplo, la dilación indebida ha permitido que el sujeto cancele sus antecedentes y puede ahora por ello acceder a la suspensión de la pena, no se le aplicaría la atenuante. Yo creo que no hay base legal para mantener la exigencia de este requisito.<sup>67</sup>

Llegan a la misma conclusión sostenida en el texto con diferentes argumentaciones, Córdoba Roda, *op. cit.*, 2010, p. 1904; Manjón-Cabeza Olmeda, *op. cit.*, 2010, p. 51; y Díaz-Maroto y Villarejo, *op. cit.*, 2011, p. 58.

<sup>57</sup> Para Manjón-Cabeza Olmeda (*op. cit.*, 2010, p. 51) este requisito sobra, en tanto en cuanto se va mucho más allá al exigir que la dilación sea “indebida” y “extraordinaria”.

<sup>58</sup> Así, por ejemplo, la STS (Sala de lo Penal) 156/2011, de 21 de marzo, con la reforma ya en vigor, considera que la atenuante no es de aplicación en un proceso que duró cuatro años teniendo en cuenta que se trata de una causa que consta de 75 tomos con miles de documentos y actuaciones, que el número de personas a enjuiciar ha sido de 12 acusados y que la sentencia dictada tiene un total de 111 folios.

<sup>59</sup> Así también Manjón-Cabeza Olmeda, *op. cit.*, 2010, pp. 51 y 52.

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, las SSTS (Sala de lo Penal) 2334/1992, de 30 de octubre, o 1098/2006, de 6 de noviembre.

<sup>61</sup> Críticamente también, por ejemplo, Redondo Hermida, *op. cit.*, 2007, p. 102.

<sup>62</sup> Así lo ponen de manifiesto, entre otros, Redondo Hermida, *op. cit.*, 2007, p. 102; Magro Servet, *op. cit.*, 2010, p. 11; Córdoba Roda, *op. cit.*, 2010, p. 1904; y Díaz-Maroto y Villarejo, *op. cit.*, 2011, p. 58. Así también las SSTS (Sala de lo Penal) 28/2010, de 28 de enero, o 104/2011, de 1º de marzo.

<sup>63</sup> Córdoba Roda, *op. cit.*, 2010, p. 1904.

<sup>64</sup> Así también Córdoba Roda, *op. cit.*, 2010, p. 1904.

<sup>65</sup> Magro Servet, *op. cit.*, 2010, p. 9.

<sup>66</sup> Magro Servet, *op. cit.*, 2010, p. 9: “Como dice la STS de 1º de julio de 2009, debe constatarse una efectiva lesión, bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la necesidad de pena, subsistente en su integridad (STS 3 de febrero de 2009)”. Tras la creación de la nueva atenuante ha sostenido esta opinión la STS (Sala de lo Penal) 104/2011, de 1º de marzo, fundamento jurídico 4º: “...junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas, ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y sin daño no cabe reparación (SSTS 654/2007 de 3.7, 890/2007 de 31.10, entre otras), debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso”.

<sup>67</sup> En el mismo sentido Álvarez García, *op. cit.*, 2010, p. 36. En contra Córdoba Roda, *op. cit.*, p. 1903, para quien, “si la razón de la atenuante es el que la tramitación del proceso produce un perjuicio o privación de derechos para el imputado, que debe ser tomado en cuenta a la hora de la determinación de la pena, resulta que en el presente supuesto, tal prolongación no comporta un perjuicio, sino un beneficio”.

## La atenuación de la pena por dilaciones indebidas en el Código Penal español

### 3. Algunos problemas más

La inclusión de la dilación indebida en el catálogo de atenuantes no ha puesto fin a la inseguridad en su aplicación. Por el contrario, ha generado algún problema interpretativo más, como el que pone de manifiesto Manjón-Cabeza Olmeda, relativo a la cuestión de que, al estar la atenuante de dilaciones indebidas recogida en el apartado 6º del artículo 21, antes de la circunstancia 7ª (atenuante análoga), es posible ahora aplicar nuevas atenuantes por analogía con la de dilación indebida, lo que podría suponer una considerable y criticable ampliación del ámbito de la circunstancia contenida en el artículo 21.<sup>7a</sup> CP:

- En primer lugar, aplicando la atenuante análoga a casos en que se vulneren otros derechos fundamentales de análoga significación al referido a un proceso sin dilaciones indebidas, como haber padecido torturas o haberse obtenido pruebas ilícitamente.<sup>68</sup>
- En segundo lugar, aplicando la atenuante análoga a supuestos en que se dé una dilación indebida, pero en los que no se cumplan todos los requisitos exigidos en la circunstancia 6ª.<sup>69</sup>
- Pero el ámbito de aplicación de la atenuante por analogía se podría extender, en tercer lugar, incluso a un círculo de supuestos más amplio si se partiese de que la atenuante de dilaciones indebidas responde a la idea de la pena natural.<sup>70</sup>

Por otro lado, la nueva atenuante no resuelve los casos en que el sujeto, tras sufrir las dilaciones indebidas, resulta finalmente absuelto, pues obviamente no hay pena que atenuar, ni cabría por los mismos motivos acudir al indulto. Resta sólo, pues, la vía de la indemnización por mal funcionamiento de la Administración de Justicia, lo cual resulta en mi opinión discriminatorio e injusto para estos sujetos.

Por último, tampoco está libre de discusión el asunto de la aplicación retroactiva de esta atenuante a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (que tuvo lugar el 23 de diciembre de 2010). En teoría cabría pensar que, al consistir la reforma en este aspecto en la creación de una nueva atenuante, sería una ley posterior beneficiosa para el reo y, por tanto, retroactiva (arts. 9.3 CE y 2.2 CP). Sin embargo, en la práctica, al ser más restrictiva que la doctrina jurisprudencial existente en la materia antes de la reforma, dudo que pueda ser de aplicación en algún caso. Otra cosa es que se entienda que la nueva atenuante, en conexión con la atenuante análoga, pueda extenderse a todos los supuestos enunciados *supra* (vulneración de otros derechos fundamentales en el proceso, casos de pena natural, etc.), pues entonces habrá que asumir la revisión de la sentencia condenatoria si la aplicación de la atenuante análoga modifica el marco penal aplicable en beneficio del reo.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Como mencionan críticamente Manjón-Cabeza Olmeda, *op. cit.*, 2010, p. 53; y Díaz-Maroto y Villarejo, *op. cit.*, 2011, p. 54. A favor de apreciar una atenuante analógica a la de dilaciones indebidas en supuestos de detenciones ilegales, registros domiciliarios injustificados o intervención ilegítima de las comunicaciones acordada en la instrucción, Castro Moreno, *op. cit.*, 2011, pp. 8-13. Su razonamiento es el siguiente: hasta la reforma, la práctica de registros o intervenciones de comunicaciones practicadas indebidamente impedían la condena cuando no existiera otro material probatorio lícito, pero si había otras pruebas, la privación ilícita de un derecho fundamental no era compensada en forma alguna. Tras la reforma, sin embargo, si existe una atenuante de dilaciones indebidas que se basa en que el mal que causan al inculpado debe ser compensado en la pena a imponer, con más motivo habrá de atenuarse la pena cuando se vulneran otros derechos fundamentales, causando incluso males de mayor intensidad (*op. cit.*, 2011, pp. 3-5).

<sup>69</sup> Córdoba Roda, *op. cit.*, 2010, p. 1905: “El fundamento de dicha circunstancia es el considerar que como consecuencia de la dilación en la tramitación del procedimiento, el acusado ha sufrido ya un mal o privación de un derecho fundamental, y de que, en consecuencia, la determinación de la pena, en el caso de condena, debe tener en cuenta la existencia de este mal al objeto de atenuar la pena. Pues bien, dicho mal o privación de derecho fundamental puede darse en supuestos en los que no se cumplen todos y cada uno de los requisitos de la circunstancia sexta del art. 21. [...] Piénsese, por ejemplo, en que entre el momento de la comisión de los hechos o incluso de la imputación de éstos al acusado, y el juicio oral, hayan transcurrido diez años sin que quepa detectar la existencia de paralización alguna del procedimiento, explicándose dicha duración por la intervención de varios órganos jurisdiccionales en la instrucción de la causa y por el número de perjudicados o de víctimas. En tal supuesto, la observancia de lo establecido por el art. 21 en su circunstancia séptima debe conducir a la estimación de la misma”.

<sup>70</sup> Véase, por ejemplo, Gudín Rodríguez-Magariños, *op. cit.*, 2011, p. 93, quien sostiene que convendría dar cabida ahora a todos los supuestos de pena natural como atenuante analógica a la de dilaciones indebidas (por ejemplo, en el caso de quien, al disparar y reventarse el mecanismo de percusión, resulta herido; o en el de quien resulta lesionado por haber ingerido la droga que introduce en el país). Como ya he puesto de manifiesto *supra*, mi opinión es contraria a dar a la pena natural en la atenuante de dilaciones indebidas (y, por tanto, también en lo que respecta a la análoga) más repercusión en la determinación de la pena que la que el ordenamiento otorga a las demás circunstancias personales o materiales concurrentes.

<sup>71</sup> Así también expresamente Castro Moreno, *op. cit.*, 2011, p. 11.

En cualquier caso, sea cual sea el funcionamiento de la nueva atenuante en el futuro, no hay que olvidar la prioridad que habría de darse a mecanismos, más que reparadores, preventivos, dirigidos a crear instrumentos que agilicen la Justicia y tiendan a solucionar las causas de las dilaciones indebidas.<sup>72</sup> Porque la inclusión en el catálogo de atenuantes de las dilaciones indebidas, más que luchar contra éstas, puede provocar, por el contrario, por un lado, que los Tribunales de Justicia se tomen un tiempo aún más prolongado para cumplir sus obligaciones sin miedo a ser denunciado por el acusado, que se verá beneficiado por la tardanza,<sup>73</sup> y, por otro lado, que el Estado no se esfuerce en agilizar la Justicia, pues al adoptarse esta solución se ahorra una considerable cantidad de dinero en indemnizaciones.<sup>74</sup>

## Bibliografía

- Álvarez García, “La atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6 CP)”, en Quintero Olivares (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur Menor, 2010, pp. 29-36.
- Castro Moreno, “Sobre la atenuante analógica de detenciones, registros e intervenciones ilegales: nuevo escenario procesal”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 78, 2011, pp. 5-13.
- Córdoba Roda, “Las dilaciones indebidas”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2010-5, pp. 1902-1905.
- Díaz-Maroto y Villarejo, “La nueva atenuante por dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 80, 2011, pp. 44-59.
- Fernández Ros, “La atenuante de dilaciones indebidas tras la reforma del Código Penal de junio de 2011”, *Noticias Jurídicas*, febrero de 2011, pp. 1-16 (<http://noticias.juridicas.com>, consultada en octubre de 2011).
- García Becedas, “Consecuencias jurídicas de las dilaciones indebidas”, *Noticias Jurídicas*, febrero de 2011, pp. 1-5 (<http://noticias.juridicas.com>, consultada en octubre de 2011).
- García-Maltrás de Blas, “Dilaciones indebidas y duración de los procesos en el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: del tiempo razonable al tiempo óptimo y previsible”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2007, núm. 2, pp. 1-20.
- Gudín Rodríguez-Magariños, “De la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2010 a la nueva atenuante analógica de la *poena naturalis*”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 80, 2011, pp. 78-96.
- Huerta Tocido, “La singularidad de la atenuante de dilaciones indebidas en la causa”, en Varios, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo I*, Madrid, 2008, pp. 1033-1059.
- López Peregrín, “Capítulo XLVI: Del perdón”, en Matus (dir.), *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios*, Montevideo/Buenos Aires, 2011, pp. 495-517.
- Magro Servet, “La regulación específica de la atenuante de dilaciones indebidas en el nuevo art. 21.6 del Código Penal”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 77, 2010, pp. 5-14.
- Manjón-Cabeza Olmeda, “¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10-02, 2008, pp. 1-25.
- \_\_\_\_\_, “Circunstancias modificativas (arts. 21 y 22)”, en Álvarez García y González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, pp. 47-54.
- Marín de Espinosa Ceballos, “La reparación de las dilaciones indebidas en el proceso penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 70, 2000, pp. 199-218.

<sup>72</sup> Sobre el debate en torno a las medidas preventivas de las dilaciones indebidas en el nivel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia, véase García-Maltrás de Blas, *op. cit.*, 2007, pp. 1-20.

<sup>73</sup> Así también Álvarez García, *op. cit.*, 2010, p. 34.

<sup>74</sup> En sentido similar Manjón-Cabeza Olmeda, *op. cit.*, 2010, pp. 48 y 49. Críticamente también Huerta Tocido, *op. cit.*, 2008, pp. 1058 y 1059, quien concluye: “no es medio apropiado para reparar la lesión de un derecho fundamental aquél que conduce a una realidad contraria a la pretendida con su protección constitucional. Lo que, aplicado a la atenuante analógica de dilaciones indebidas, conduce irremediablemente a estimarla por completo inapropiada en la medida en que, lejos de evitar la persistencia y reiteración de tales dilaciones, lo que hace es favorecerlas mediante la omisión de denuncia de las mismas en tiempo hábil para remediarlas”. Considera también que la inclusión de las dilaciones indebidas entre las atenuantes cierra también el paso a otras posibles vías de reparación de la vulneración del derecho fundamental (como la de la indemnización), Mir Puig, *op. cit.*, 2011, p. 625.

## La atenuación de la pena por dilaciones indebidas en el Código Penal español

Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 9<sup>a</sup> ed., a cargo de Gómez Martín, Barcelona, 2011.

Mir Puig y Gómez Martín, “De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal”, en Corcoy Bidasolo y Mir Puig (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma Ley Orgánica 5/2010*, Valencia, 2011, pp. 96-102.

Molins Raich, “Dilaciones indebidas y culpabilidad penal”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2005-2, pp. 1853-1872.

Moreno y Bravo, “El principio de culpabilidad: las dilaciones indebidas en el proceso penal y su incidencia en la determinación de la pena”, en Barja de Quiroga y Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Tomo I*, Madrid, 2004, pp. 549-566.

Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 18<sup>a</sup> ed., Valencia, 2010.

Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 8<sup>a</sup> ed., Valencia, 2010.

Otero González y Castro Moreno, “La atenuante analógica tras las reformas del Código Penal por LO 11/2003 y LO 15/2003”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 27, 2006, pp. 22-51.

Redondo Hermida, “La atenuante analógica de dilaciones indebidas en la reciente jurisprudencia”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 42, 2007, pp. 97-105.

Sánchez Garrido, “Dilaciones indebidas en el proceso penal: perspectiva constitucional y perspectiva de legalidad ordinaria”, *Diario La Ley*, núm. 7468, 15 de septiembre de 2010.

Sanz Delgado, “La atenuante analógica de dilaciones indebidas”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 10, 2004, pp. 60-71.



## El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

Elena Núñez Castaño

Universidad de Sevilla, España



**RESUMEN:** Las transformaciones de la sociedad tienen un reflejo innegable en la legislación penal mediante las reformas legislativas realizadas en los últimos tiempos. Reformas que, en un intento de responder a las demandas sociales de garantizar una mayor seguridad, reflejan una innegable tendencia hacia regulaciones que atentan contra los principios y garantías esenciales en un Estado de Derecho. Estas tendencias responden a las características del denominado Derecho penal del enemigo que responde claramente a las exigencias de un Derecho penal de la Seguridad ciudadana, que ha sustituido al tradicional sistema del Derecho penal liberal. Con ello se camina hacia un sistema de punitivismo que resulta difícilmente compatible con el sistema garantista perseguido hasta el momento. Este reflejo de las tendencias punitivista se manifiesta con mayor claridad en determinados ámbitos que provocan un mayor reproche social como el terrorismo, la delincuencia sexual, la violencia intrafamiliar o la criminalidad organizada.

**PALABRAS CLAVE:** sociedad de riesgo, punitivismo, intensificación penal, derecho penal del enemigo, garantías penales.

**ABSTRACT:** The changes in society have an undeniable reflection in criminal law through the legislative reforms implemented in recent times. In an attempt to satisfy social demands asking for more security, these reforms reflect an undeniable trend toward regulations that are contrary to the principles and essential guarantees in a state governed by the rule of law. These trends correspond to the characteristics of the so-called criminal law of the enemy that clearly meets the requirements of a criminal law of the citizen security, which has replaced the traditional liberal criminal law system. This means moving towards a punitivism system that is hardly compatible with the system of guarantees pursued so far. This reflection of punitivism trends reveals itself most clearly in certain areas that cause more social criticism, such as terrorism, sex crimes, domestic violence or organized crime.

**KEY WORDS:** risk society, punitivism, intensification of criminal law, criminal law of the enemy, criminal guarantees.

**SUMARIO:** I. Introducción: las transformaciones sociales y el Derecho penal. II. Los principios del Estado liberal: la “lucha” entre libertad y seguridad. III. De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana. IV. La seguridad ciudadana y el Derecho penal del enemigo. V. Las reformas penales y el Derecho penal del enemigo. VI. Conclusiones.

## I. Introducción: las transformaciones sociales y el Derecho penal

En los últimos tiempos se escucha con demasiada frecuencia que el Derecho penal está en crisis, y resulta obligado admitir que las transformaciones por las que pasa el mundo reforman los horizontes del Derecho penal, desde la primera Revolución industrial hasta la actual situación de “tolerancia cero”.<sup>1</sup> De esta manera, la concepción clásica del Derecho penal que implicaba, tal como señaló Von Liszt, que *el Derecho penal constituía la infranqueable barrera de la política criminal*,<sup>2</sup> con lo que, esencialmente, se quería decir dos cosas: que los principios limitadores del *ius puniendi* servían como modo de contención de un legislador influido por las demandas sociales, y tendente a dar una fácil y rápida respuesta a las mismas mediante el recurso al derecho penal, y que, para permitir la actuación del Derecho Penal en un determinado campo, era necesario constatar que se podía intervenir,<sup>3</sup> se está alejando claramente del horizonte de los legisladores en lo que se refiere al Derecho penal. De hecho, las nuevas tendencias que resultan notorias en las últimas reformas legislativas ponen de relieve la existencia de una clara inclinación a la superación del modelo penal garantista, sustentado en los principios tradicionales del Estado liberal y, hasta hace relativamente poco tiempo, el único que se consideraba “legítimo” y “aceptable”

en un Estado de Derecho, y a reemplazarlo con el denominado “Derecho penal de la seguridad ciudadana”.<sup>4</sup>

Efectivamente, es necesario reconocer que la situación ha variado notablemente, al tiempo que se produce un cambio de paradigmas, de tal modo que el Derecho penal se convierte ahora en instrumento de la Política criminal,<sup>5</sup> preparada y apoyada por las teorías funcionales del Derecho penal, de los fines de la pena y de la Dogmática jurídica, en un clima en el que la prevención, la consideración de las consecuencias y la utilización de instrumentos jurídico-penales en la persecución de fines políticos se han convertido en los criterios centrales de justificación del Derecho penal. Consecuentemente, la penetración de la Política criminal en el Derecho penal es cada vez más evidente, como lo prueban el constante aumento de los delitos de peligro abstracto, la penetración de los intereses preventivos en constelaciones jurídico-penales con “alta necesidad política de solucionar el problema”, o la aparición de un Derecho penal simbólico,<sup>6</sup> en el que tal como demuestran Díaz Pita y Faraldo Cabana, las normas simbólicas no fracasan porque se sabe *ab initio*, que no van a producir ningún tipo de efectos,<sup>7</sup> características todas ellas de lo que se ha dado en llamar “moderno” Derecho penal.<sup>8</sup>

Ciertamente, el fenómeno ha adquirido en los últimos tiempos un alcance inquietante, fácilmente

<sup>1</sup> La expresión “tolerancia cero” hace referencia a una forma de prevención mediante el castigo severo de infracciones de escasa relevancia, “no dejando pasar, por así decirlo, ni una, atajando el mal en sus orígenes, antes de que éste llegue a manifestarse en hechos más graves y perniciosos para la comunidad”. Cfr. Hassemer y Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, Valencia, 2002, p. 330; Muñoz Conde, “Las reformas de la Parte especial del Código Penal español del 2003, de la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo”, *Revista General del Derecho penal*, núm. 3, mayo de 2005, Iustel, www.iustel.com.

<sup>2</sup> Así afirmaba Roxin, que el Derecho penal garantiza unos límites de intervención del Estado sobre el individuo, mientras que la Política criminal solamente debe reclamar la atención del legislador y actúa en el ámbito de ejecución de la pena. Cfr. *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976, pp. 33 y ss.

<sup>3</sup> Esto es, que se respetaban todos los límites señalados, que existía un bien jurídico merecedor y necesitado de protección, que se producía un ataque grave contra el mismo, y que no cabía otra solución al conflicto generado; en definitiva, que se respetaban los principios y garantías informadores del Derecho penal.

<sup>4</sup> Cfr. entre otros, Muñoz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario”, en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 803 y ss.; el mismo, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, 2005, pp. 25 y ss., Zugaldía, “Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004; Portilla Contreras, “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal penal del enemigo”, *Jueces para la democracia*, núm. 49, 2004, p. 43 y ss.; Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista electrónica de ciencias penales*, núm. 07-01, 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>, p. 2.

<sup>5</sup> Cfr. Hassemer, “Crisis y características del Derecho penal moderno”, *Actualidad penal*, 1993-2, pp. 635-639.

<sup>6</sup> Cfr. Hassemer y Muñoz Conde, *Introducción*, op. cit., p. 173; sobre el Derecho penal simbólico, vid. Hassemer, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, 1991; Díaz Pita y Faraldo Cabana, “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 7, 2002, pp. 119 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. Díaz Pita y Faraldo Cabana, “La utilización simbólica del Derecho penal...”, *ibidem*.

<sup>8</sup> Sobre el “moderno” Derecho penal, vid., entre otros, Hassemer, “Crisis y características...”, op. cit., pp. 635-646; el mismo, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, *Revista Penal*, Huelva, 1997, pp. 37-41; Hassemer y Muñoz Conde, *Introducción*, op. cit.; Muñoz Conde, “El ‘moderno’ Derecho penal en el nuevo Código penal. Principios y tendencias”, *La Ley 1996*, pp. 1339-1341, y Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política-criminal de las sociedades postindustriales*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001.

perceptible en las últimas reformas penales que están teniendo lugar en Europa, y ha encontrado una buena ocasión para su desarrollo en la profunda renovación de que han sido objeto diversos códigos penales europeos, entre ellos el español. Ahora bien, también hay que reconocer, como hace Díez Ripollés,<sup>9</sup> que “la potenciación del denostado Derecho penal simbólico está en directa relación con ciertas transformaciones sociales recientes a las que no puede cerrar los ojos la política criminal”.

Entre estas transformaciones cabe citar varias. Por un lado, el creciente protagonismo de los medios de comunicación social que se configuran como uno de los más significativos agentes del control social en las sociedades modernas. Así, como afirma Cuerda Riezu,<sup>10</sup> “resulta una obviedad afirmar que los medios de comunicación ejercen una tremenda influencia sobre la criminalidad y la justicia penal [...] los medios se nutren de la realidad, pero a su vez ellos mismos influyen sobre la realidad. En algunos casos llegan a generar la propia noticia”. Por otro lado, es necesario mencionar el acentuado desplazamiento del ámbito de resolución de los diversos dilemas valorativos sociales al plano jurídico.

A ello se une un proceso que, derivado de la combinación de las dos circunstancias citadas, implica que la opinión pública, activada por los medios de comunicación social, somete a los poderes públicos a una continua presión para que se emprendan las reformas legislativas que permitan al Derecho penal reflejar en todo momento los consensos, compromisos o estados de ánimo producidos en esos debates públicos sobre problemas sociales relevantes.<sup>11</sup>

Señala Von Bar<sup>12</sup> que “allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad —pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso—, allí puede pensarse en la frase de Tácito: *Pesima res publica, plurimae leges*”.

Efectivamente, es innegable la tendencia dominante en la legislación de todos los países de nuestro entorno sociocultural a recurrir al Derecho penal como medio de solución de los distintos conflictos que se plantean, recurriendo bien a la introducción de nuevos tipos penales (que se ha denominado “expansión”),<sup>13</sup> bien a una agravación de los ya existentes (o una “intensificación” del Derecho penal),<sup>14</sup> que “cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la ‘reinterpretación’ de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal”.<sup>15</sup> Se produce, de este modo, la creación de nuevos bienes jurídico-penales, la ampliación del ámbito de riesgos relevantes penalmente, una flexibilización de los criterios de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía.

La concepción tradicional del Derecho penal que, basada en el recurso a la razón para la resolución de los conflictos, elevaba a la categoría de irrenunciables el principio de legalidad y, más concretamente, el de intervención mínima, dejando el Derecho penal para aquellos casos en que no se consiguiera una solución racional del conflicto,<sup>16</sup> está claramente en

<sup>9</sup> Cfr. Diez Ripollés, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Actualidad Penal*, núm. 1, 1-7 enero de 2001.

<sup>10</sup> Cfr. Cuerda Riezu, “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, 2001, pp. 187 y ss.

<sup>11</sup> Así, tal como señala Cuerda Riezu, “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, *op. cit.*, p. 190, los poderes públicos procesan esa información sobre un hecho delictivo y reaccionan ante ella, y es raro (sino muy común) que a partir de esa base se proponga una reforma legal para aumentar la penalidad de tales conductas.

<sup>12</sup> Cfr. Von Bar, *Geschichte des deutschen Strafrecht und der Strafrechtstheorien*, Berlín, 1882 (reimp. Aalen, 1992), p. 334, citado por Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>13</sup> Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, expresión que considero que en este contexto debe ser entendida como una ampliación de las barreras de intervención del Derecho penal, bien mediante la introducción de nuevos tipos delictivos, lo cual, en mi opinión, resulta justificable en determinados supuestos en los que los avances sociales y tecnológicos implican la existencia de algunas lagunas de punibilidad, o bien, en la relativización de determinados principios y garantías tradicionalmente consolidados, que resulta difícilmente justificable.

<sup>14</sup> Entiendo ésta como una mayor presión coercitiva de los instrumentos penales en ámbitos en los cuales ya existía una clara y delimitada intervención penal.

<sup>15</sup> Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>16</sup> En este mismo sentido señala Branderiz García, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, en *Retos de la política criminal actual. Revista Galega de Seguridade pública*, Xunta de Galicia, segunda época, núm. 9, p. 35, que “... la responsabilidad de garantía de la convivencia social, en clave de tutela de determinados intereses fundamentales para la vida en sociedad, no reside, ni exclusiva ni primordialmente, en el instrumento penal”.

## El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

crisis, e incluso —me atrevo a afirmar— en vías de desaparición.<sup>17</sup> Resulta evidente que en el panorama contemporáneo del Derecho penal, ya no se recurre a los principios mencionados, o al menos no son los que inspiran básicamente la actividad legislativa, sino que, por el contrario, nos encontramos ante una “hipertrofia legislativa, donde la producción de leyes se encuentra marcada por la ausencia de cualquier criterio de cuño utilitario y, sin duda, generando una sensación de absoluto desamparo social, combatida, curiosamente, con la producción de más leyes que, nuevamente, no servirán para nada”<sup>18</sup>.

Y es ante este fenómeno donde, frecuentemente, se origina una especie de “perversidad del aparato estatal”, que trata de aportar una solución fácil y rápida a los problemas que surgen en la sociedad; y, para ello, recurre en forma continuada y permanente a la legislación penal, provocando el desplazamiento al plano simbólico (es decir, al de la declaración de principios, dirigida a tranquilizar a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental, esto es, de la protección efectiva.<sup>19</sup>

De este modo, entramos en el ámbito del proceder legislativo declarativo-formal, cuya pretensión fundamental es plasmar en la norma legal, del modo más fiel y contundente posible, el estado actual de las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva y que está vacío de cualquier consideración sobre la medida en que la norma en cuestión puede colaborar a resolver el problema.<sup>20</sup>

Sin embargo, tal como pone de relieve Silva Sánchez,<sup>21</sup> aunque esta explicación es, en parte, cierta, sería ingenuo ubicar todas las causas de este fenómeno exclusivamente en la instancia estatal, pues se trata de una situación compleja que tiene su base en el modelo social que se ha ido configurando a lo largo de las dos últimas

décadas, y en el cambio de papel del Derecho penal en la representación que del mismo tienen amplias capas sociales, en relación con la demanda social de mayor protección; y, por consiguiente, éste debe ser el punto de partida del análisis del fenómeno.<sup>22</sup> Ahora bien, y antes de entrar en el análisis pormenorizado del citado fenómeno, conviene poner de relieve, aunque sólo sea de modo previo, la posible responsabilidad que los medios de comunicación y otros mediadores sociales podrían tener desde su papel de creadores y canalizadores de opinión; del mismo modo, es necesario, también, cuestionar que desde las más altas instituciones estatales no sólo no se trate de racionalizar y reconducir a sus justos términos las demandas, en ocasiones desmesuradas, de determinados sectores sociales, sino que incluso se las retroalimente, desde una postura absoluta y exclusivamente populista y electoralista. Claro ejemplo de ello son las últimas reformas que se han producido en nuestro país en el ámbito penal, que se traducen en el incremento desmesurado de pena para determinados delitos, en el cumplimiento íntegro de las condenas, en la tendencia a hacer radicar el reproche social en las “conductas o modos de vida” de los sujetos y no en los hechos efectivamente realizados, en la opción, más o menos clara, por un concepto unitario de autor, descrito mediante la introducción de un amplio catálogo de conductas típicas sin diferenciar (al menos en lo que a consecuencias jurídicas se refiere) los distintos desvalores de cada uno de los comportamientos, en el adelantamiento de la intervención penal a situaciones constitutivas de actos preparatorios o meras sospechas, etcétera.

Curioso resulta, cuando menos, el hecho de que las más relevantes o sensacionalistas reformas en materia penal se realicen en épocas preelectorales, o en coincidencia con algún otro conflicto o crisis social, como está ocurriendo en el momento actual.<sup>23</sup> Sobre todo

<sup>17</sup> Cfr. Brandariz García, *ibidem*, quien, en relación con la seguridad ciudadana, afirma: “...En este ámbito, como en otros, el sistema penal no sólo no opera según la lógica de la *ultima ratio*, sino que se ve impelido a ir más allá de su función instrumental de protección de bienes jurídicos básicos ante determinados ataques graves a los mismos”.

<sup>18</sup> Cfr. Gerber, “Direito penal do inimigo: Jakobs, nazismo e a vella estória de sempre”, en *Novos Rumos do Direito penal contemporâneo, Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cesar Roberto Bitencourt*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 249.

<sup>19</sup> Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., p. 21.

<sup>20</sup> Cfr. Diez Ripollés, “El derecho penal simbólico”, *ibidem*.

<sup>21</sup> Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pp. 21 y 22.

<sup>22</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 23 y 24.

<sup>23</sup> En el sentido de que responder a las demandas sociales mediante un incremento de la presión penal es beneficioso electoralmente, cfr. Larrauri Pijoan, “El populismo punitivo... y cómo resistirlo”, *Jueces para la Democracia*, núm. 55, 2006, p.15. Del mismo modo, afirma Brandariz García, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en Faraldo Cabana (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, p. 38, que “las crecientes demandas de seguridad se convierten en un valor público que puede ser fácilmente negociado mediante el siguiente intercambio: consenso electoral a cambio de simbólicas representaciones de seguridad”.

cuento la tan “anunciada” reforma penal, en su mayor parte, no hace sino regular de nuevo lo ya regulado y producir una agravación de penas, con lo que se produce no ya una “expansión del Derecho penal”, sino una “intensificación” del mismo en determinados ámbitos y comportamientos.<sup>24</sup>

Sin embargo, por debajo de toda esta reforma que afecta a buena parte de la legislación positiva se está haciendo bastante más que modificar preceptos para agilizar la justicia penal. Casi sin darnos cuenta se están cambiando concepciones antropológicas, sociales y jurídicas muy serias y arraigadas, y permitiendo la formulación de planteamientos que, bajo la apariencia del respeto al modelo de Estado de Derecho, consideran que en determinados supuestos y/o respecto de determinadas personas, no sólo se puede sino que se debe regresar a un Derecho penal con “tintes autoritarios”, como único medio idóneo y capaz de garantizar la seguridad de nuestro sistema frente a quienes pretenden socavarlo o destruirlo. Como afirma Muñoz Conde,<sup>25</sup> estos planteamientos y tendencias no resultan novedad alguna, sino que “con nuevos nombres resucitan viejas posiciones autoritarias, no por viejas ya superadas”, y aparecen cada vez con más frecuencia en legislaciones de excepción que, como respuesta a determinados fenómenos como el terrorismo, la criminalidad organizada o la delincuencia sexual, se han ido elaborando tanto en nuestro país como en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Planteamientos y tesis que “pretenden legitimar este Derecho penal máximo o de excepción, de corte autoritario y difícilmente compatible con los principios y bases del Estado de Derecho”.<sup>26</sup>

Mala cosa es esta de volver al *homo hominis lupus* hobbesiano. La neutralización del miedo al otro, el reto de saber coexistir con el diferente, el ser al tiempo

iguales pero diversos, la capacidad de gestionar los conflictos sin eliminar a la otra parte, el mismo paradigma de la orientación reinsertadora de las partes, están, poco a poco, guardándose en el baúl de los recuerdos mientras se da paso a un peligroso principio de “tolerancia cero”, de incalculables consecuencias para la cultura de los derechos y las garantías jurídicas.<sup>27</sup> La exigencia de “seguridad” de la sociedad actual está arrinconando a la reclamación de “libertad” del Estado liberal.

## II. Los principios del Estado liberal: la “lucha” entre libertad y seguridad

Ciertamente, la Constitución española en su artículo. 17,1 establece que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”. Este axioma así enunciado resulta irrefutable. Efectivamente, todos los hombres somos o debemos ser libres, y tenemos derecho a estar “seguros”. Ahora bien, a pesar de ser cierto, el enunciado no puede mantenerse en forma absoluta, es necesario acotarlo y delimitarlo, y con ello se plantea uno de los dilemas más contradictorios que tiene que resolver el ser humano en la convivencia social.

Resulta innegable que “libertad” y “seguridad” son dos bienes jurídicos muy importantes y tan necesarios como difícilmente conciliables. Y, sin embargo, necesitan ser conciliados porque, por su propia condición, el ser humano está obligado, para la supervivencia y la reproducción de la especie, a la convivencia. Como señala Muñoz Conde, “el vivir es un convivir. La existencia una coexistencia”.<sup>28</sup>

El problema surge precisamente aquí, en que esa convivencia no es idílica, sino conflictiva. Afirma Muñoz Conde que la convivencia es resultado de un proceso de interacción en el que el individuo renuncia

<sup>24</sup> La clara distinción que debe realizarse entre ambos fenómenos que implica diferenciar entre una “expansión” del Derecho penal, encaminada a hacer frente a nuevos ámbitos necesitados de la intervención penal y derivados de la innata evolución que debe existir en todo ordenamiento jurídico, y la “intensificación” de la legislación existente, encaminada a un mayor presión penal con mayores penas, adelantamiento de las barreras de intervención, relajación en la interpretación de las instituciones y garantías de los sujetos, etc., ya fue puesta de relieve por Díez Ripollés en “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana...”, *op. cit.*

<sup>25</sup> Cfr. Muñoz Conde, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo”, *Retos de la política criminal actual. Revista Galega de Seguridade pública*, Xunta de Galicia, segunda época, núm. 9, p. 88.

<sup>26</sup> Cfr. Muñoz Conde, *ibidem*.

<sup>27</sup> En este sentido pone claramente de relieve Muñoz Conde, “Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre ‘el Derecho penal del enemigo’”, *Revista Penal*, núm. 18, Huelva 2006, p. 338, que este planteamiento responde a “ideas totalitarias que han existido y parece que desgraciadamente seguirán existiendo como último recurso al que se acoge el poder, cuando ve como una amenaza todo lo que pueda perturbar de forma relevante sus intereses o su sistema social de convivencia, y que se pueden condensar en la frase acuñada por el fascismo italiano: ‘*Protegi il tuo simile, distruggi tutto il resto!*’”.

<sup>28</sup> Cfr. Muñoz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario”, en Octavio de Toledo y Ubieto, Gurdiel Sierra y Cortés Bechiarelli (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 806.

## El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad con otros individuos le posibilite un mejor desarrollo y los medios necesarios para su supervivencia.<sup>29</sup> Se trata, en definitiva, de ceder espacios propios a fin de lograr una pacífica convivencia. Y esta idea ya ha sido expresada en distintas formas por distintos autores, pero coincidiendo siempre en la misma idea central. Así, para Sigmund Freud, el malestar en la cultura se debe a que frente al principio del placer, que impulsa a las personas a satisfacer, por encima de todo, sus instintos, está el principio de la realidad, representado por las normas sociales que obligan al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta a los demás. O como señala Kant, la libertad individual termina allí donde comienza otra libertad individual.<sup>30</sup>

La idea central es, pues, siempre la misma. La libertad no es absoluta, y no lo es porque lógicamente sería incompatible con la libertad de los demás individuos que componen el seno de la sociedad necesaria para la convivencia y supervivencia. Ahora bien, tampoco podemos restringirla hasta tal punto que convirtamos al ser humano en un ser permanentemente controlado y vigilado en absolutamente todos los aspectos de su vida. Es decir, no puede existir un control total porque, si hay algo que caracteriza y diferencia al ser humano frente a los demás seres vivos, es precisamente la posibilidad que tiene, dentro de ciertos límites, de configurar y desarrollar libremente su personalidad. Y este último también es un derecho fundamental recogido en el artículo 10.1 de la Constitución española.

Sobre esta base, resulta claro que el problema no reside en reconocer el derecho a la libertad, que es innato e innegable a todo ser humano; sino que el problema lo constituye el trazar los límites dentro de los cuales esa libertad se puede ejercer. Y a la delimitación de los márgenes dentro de los cuales se permite el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la libertad por parte de los individuos se le llama *seguridad*, entendida como la expectativa que podemos, razonablemente, tener de que no vamos a ser expuestos a peligros o ataques a nuestros bienes jurídicos máspreciados por otras personas.<sup>31</sup>

Ahora bien, de modo similar a como ocurría con el concepto de libertad, tampoco la seguridad es un valor absoluto. Porque es evidente que ni el Derecho ni nadie puede garantizar una seguridad absoluta, una ausencia total de peligro.

Con este planteamiento previo se hace necesario enfrentar la situación actual de la sociedad a fin de tratar de comprender las reacciones de la misma ante los conflictos surgidos. Los avances tanto científicos como técnicos de los últimos años han contribuido, paradójicamente, a configurar la sociedad actual como una “sociedad de riesgo” (*Risikogesellschaft*).<sup>32</sup> En ella, esos mismos avances que permiten el surgimiento de un *estado de bienestar* para el individuo, pueden ser las principales fuentes de las que se derivan los peligros más graves para el mismo. Riesgos que proceden no sólo directamente de los seres humanos, sino también de accidentes nucleares, desastres medioambientales o alimentarios, que suelen tener su origen en comportamientos negligentes o técnicamente deficientes.<sup>33</sup>

Y es más, en los momentos actuales tenemos ante nosotros el peligro inminente del mayor mal y peligro que puede azotar e incluso destruir a la Humanidad misma: la guerra en todas sus versiones y consecuencias, la amenaza terrorista global, la guerra preventiva con inimaginables consecuencias derivadas de su ilegitimidad, que constituyen la amenaza más grave a la seguridad de cuantas pueda imaginarse.<sup>34</sup>

En este punto, al enfrentarse el ciudadano a esos nuevos riesgos difícilmente aprensibles, que desconoce de dónde proceden, cuándo pueden ocurrir y/o cómo afrontarlos, reacciona instintivamente buscando la certeza de mantenerse a salvo, de no verse afectado por los mismos, esto es, buscando *su seguridad*. Y para ello se dirige a quien considera competente y único responsable de garantizarla, esto es, al Estado, exigiéndole que intervenga hasta el punto de aportar la máxima seguridad. Se produce, en este momento, la colisión de los dos derechos fundamentales, de los dos pilares básicos de cualquier sociedad: la libertad y la seguridad.

El ciudadano, pretendiendo verse a salvo de los potenciales riesgos que le acechan, no duda no sólo en

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> *Idem*.

<sup>31</sup> Cf. Muñoz Conde, “El nuevo Derecho penal autoritario”, *op. cit.*, p. 807.

<sup>32</sup> Cf. Beck, *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Navarro, Jiménez y Borrás, Barcelona, 1998.

<sup>33</sup> Cf. Muñoz Conde, *ibidem*.

<sup>34</sup> *Idem*.

permitir, sino en exigir, una mayor injerencia y represión del Estado en el ámbito de los derechos y las libertades; no importa que se produzca un menoscabo de los mismos, no importa renunciar a ámbitos de libertad siempre y cuando ello signifique que el Estado le va a garantizar un mayor (absoluto) nivel de seguridad. Es el axioma tan repetido últimamente “cambio libertad por seguridad”, porque ya no nos encontramos en aquellos momentos en que el principal logro social radicaba en el reconocimiento efectivo de los derechos y garantías; ahora esos ya se dan por sobreentendidos, son implícitos al Estado de Derecho, y plantearse la posibilidad de su vulneración por determinados comportamientos y tendencias del gobierno de turno es casi una “traición al Estado” que trata de protegernos. Ahora nos encontramos en el *estado de bienestar*, donde las metas son diferentes, se trata en este momento de garantizar la conservación de ese bienestar y la consecución del mayor nivel posible del mismo. Y para ello lo que se reclama claramente es *seguridad*: seguridad para los bienes jurídicos más personales (vida, integridad física y/o psíquica, integridad moral, e, incluso, patrimonio), pero también, y esencialmente, seguridad de mantener el mismo nivel de bienestar, evitando cualquier distorsión o menoscabo del mismo que pudieran producir agentes externos, ya sean éstos humanos o artificiales.

En pro de esta expectativa, si para ello es preciso renunciar a algunos ámbitos de libertad, se renuncia, en la creencia (errónea obviamente) de que las limitaciones, restricciones y vulneraciones de los derechos y garantías nunca afectarán al ciudadano medio, al buen ciudadano, por cuanto jamás podrá sentirse identificado con los autores de estos comportamientos peligrosos, contemplándose a sí mismos como potenciales víctimas; y ello, sin percatarse de que en un Estado de Derecho, las leyes (afortunadamente) son las mismas para todos, de tal manera que los derechos y garantías que preconizamos para los delincuentes, son los mismos derechos y garantías de quienes respetan las normas, al tiempo que las restricciones y limitaciones que permitimos que realice el Estado en pro de una mayor

seguridad, son predicables para todos, delincuentes y no delincuentes. Y, sobre todo, es preciso advertir que la priorización del valor seguridad como certeza acerca de la conducta futura de alguien y su absolucionamiento, lleva a la despersonalización de toda sociedad.<sup>35</sup>

Ante esta diatriba entre dos de los derechos más fundamentales de los seres humanos, es al Estado a quien le corresponde armonizarlos, delimitándolos lo mejor posible, a fin de respetar los fundamentos básicos de un Estado de Derecho.

Esta nueva situación se enfrenta al planteamiento existente de manera tradicional respecto del Derecho penal, donde la principal aspiración de cualquier tipo de intervención penal radicaba en el respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos mediante la elaboración de toda una estructura jurídico-penal, encaminada a respetar los mencionados principios. De este modo, lo que hasta hace relativamente poco constituía esa tradición y esencia, se ha visto superado por el devenir de los tiempos y de las distintas situaciones que provienen de la nueva configuración de la sociedad actual: agentes económicos a gran escala, transnacionales, estructuras de poder, legales o apartadas de la legalidad, etc., han supuesto una revolución social que no podía por menos que obtener una respuesta por parte del Derecho penal. Es en este momento cuando se reconoce que, para cumplir este objetivo, las estructuras tradicionales deben someterse a una revisión en profundidad, para lograr que sean operativas a la hora de enfrentar los conflictos que estas nuevas situaciones provocan, y donde se produce el aprovechamiento de las propuestas securitarias para “legitimarse” dentro del sistema social.

Surge así la dicotomía entre dos situaciones que deben ser claramente diferenciadas, a pesar de los distintos intentos por identificarlas:<sup>36</sup> por un lado, el Derecho penal de la Sociedad de riesgo o lo que se ha denominado “moderno Derecho penal”,<sup>37</sup> y, por el otro, el Derecho penal de la seguridad ciudadana que, en mi opinión, coincide en sus rasgos esenciales con las características del Derecho penal del enemigo. Vayamos por partes.

<sup>35</sup> Cfr. Zaffaroni, *El enemigo en Derecho penal*, Dykinson, 2006, p. 21, quien afirma que “una sociedad que aspire a la seguridad respecto de la conducta posterior de cada uno de nosotros como valor prioritario, proyectada al futuro y hasta sus últimas consecuencias, aspiraría a convertirse en una sociedad robotizada y, por ende, despersonalizada”.

<sup>36</sup> Cfr. Diez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 10.

<sup>37</sup> Cfr. Hassemer, “Crisis y características...”, *op. cit.*, pp. 635-639.

### III. De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana

Las nuevas figuras delictivas surgidas al amparo del auge de la sociedad posindustrial o de riesgo, del sistema económico y de la actividad mercantil, difícilmente podrán encajarse en el ámbito de los tradicionales tipos delictivos, provocando, de este modo, el nacimiento de nuevas víctimas indefensas ante la obsolescencia de un Derecho penal basado en el espíritu y la ideología del siglo XIX, e incapaz de dar respuesta, con las tradicionales instituciones, a los distintos problemas y situaciones que van a surgir. Esta innovación de las modalidades delictivas procedentes de los avances tecnológicos y/o científicos, junto con la posibilidad de su impunidad, derivada de la incapacidad de las figuras e instituciones tradicionales para hacerles frente, puso de relieve la necesidad de crear mecanismos aptos para garantizar el correcto funcionamiento de todo el sistema de un país, que evite la sensación de inseguridad en la sociedad, derivada de la apariencia de impunidad para aquellos que ocasionan los conflictos.

Señala Seelmann<sup>38</sup> que entre los aspectos más definitorios de lo que se ha dado en denominar Sociedad del riesgo, se pueden destacar los tres siguientes:

- a) El cambio en el potencial de los peligros actuales, que se caracterizan por ser “artificiales”, es decir, producidos por la actividad del hombre y vinculados a una decisión de éste. A ello se une el hecho de que amenazan a un número indeterminado y potencialmente enorme de personas,<sup>39</sup> con lo que surge una nueva dimensión, que típicamente se atribuye a la sociedad actual, como es la globalización de muchos de los fenómenos que en ella se producen. Ahora bien, estos riesgos de la modernización son

consecuencias secundarias (*Nebenfolgen*) del proceso tecnológico, que constituyen siempre efectos indeseados, a menudo no previstos o imprevisibles, de un actuar humano, inicialmente dirigido a fines positivamente valorados, y que por lo general se basan en fallos de conocimiento o manejo de las nuevas capacidades técnicas.<sup>40</sup>

- b) La complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad, de tal modo que el considerable incremento de las interconexiones causales y su desconocimiento o las dificultades en su aclaración, junto con la creciente sustitución de contextos de acciones individuales por otros de carácter colectivo,<sup>41</sup> determina que la responsabilidad se ramifique cada vez más a través de procesos en los que contribuyen muchas personas, a veces integradas en un sistema de división de trabajo, pero otras sin relación entre ellos. Así, se ha hablado de una “irresponsabilidad organizada”, en el sentido de que cuanto más compleja y perfeccionada es una organización, más intercambiable resulta el individuo, y menor es su sensación de responsabilidad, al considerar éste que su personal contribución al conjunto de la actuación es sumamente reducida.<sup>42</sup> Aplicado al ámbito penal, ello implica que existiría una vaga o difusa culpabilidad por el hecho individual, de modo que sólo con dificultades pueden ponerse en relación la producción del daño o del peligro y la culpabilidad por ello.
- c) una sensación de inseguridad subjetiva que puede existir independientemente de la presencia de peligros reales.<sup>43</sup> El binomio riesgo-inseguridad hace que los individuos reclamen de manera creciente del Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad.<sup>44</sup>

Efectivamente, a modo de resumen, podemos señalar que una de las características de la sociedad

<sup>38</sup> Cfr. Seelmann, “Societat de risc i pret penal”, *IURIS. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994, pp. 272 y ss.

<sup>39</sup> Como señala Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, Madrid, 2001, p. 26, se trata de “grandes riesgos tecnológicos”, ligados a la explotación y el manejo de energía nuclear, de productos químicos, de recursos alimenticios, riesgos ecológicos o de ingeniería genética.

<sup>40</sup> Cfr. Diez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana...”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>41</sup> Estos mismos caracteres los reconoce Schünemann como propios de la sociedad industrial actual, a la que aplica en algún momento el calificativo de *Sociedad de riesgo*, aunque niegue globalmente la solidez o el sentido de tal concepto como modelo de la sociedad actual. Cfr. “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, *ADPCP*, 1996, pp. 198 y ss.

<sup>42</sup> Cfr. Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la Sociedad de riesgo*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>43</sup> Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

<sup>44</sup> Cfr. Boix Reig, Orts Berenguer y Vives Anton, *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, p. 81, donde se afirma que “bajo el Estado social o Estado del bienestar se ha desarrollado una demanda de seguridad material tan fuerte (en ocasiones, incluso, excesiva) que obliga a los poderes públicos a demostrar un interés en la prevención de peligros desconocido para la mentalidad política del s. XIX”.

posindustrial es la sensación general de inseguridad;<sup>45</sup> sensación que, aunque está basada en la existencia real de nuevos riesgos, sin embargo, no parece corresponderse con el grado de existencia objetiva de los riesgos difícilmente controlables o incontrolables propios de una *Risikogesellschaft*<sup>46</sup> que, además, se compensa con la radical reducción de los peligros procedentes de fuentes naturales. La vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la existencia objetiva de los mismos,<sup>47</sup> y que se ve potenciada por las dificultades de adaptación de la población a sociedades en continua aceleración (especialmente, en relación con la revolución de las comunicaciones) y la actuación de los medios de comunicación, e incluso de las propias instituciones estatales encargadas de la represión de la criminalidad, que en la mayoría de los casos transmiten imágenes sesgadas y parciales de la realidad que fomentan el incremento y la difusión entre la sociedad de la sensación de inseguridad.<sup>48</sup>

Consecuente con ello se produce un incremento de la pretensión social de protección penal que ponga fin, aunque sólo sea formalmente, a esa inseguridad creciente, aun a costa de modificar las garantías básicas y clásicas del Estado de Derecho.<sup>49</sup> A modo de ejemplo, podemos mencionar la demanda de mayor criminalización en el medio ambiente, el orden económico, las nuevas tecnologías, pero también en el

ámbito sexual, de violencia doméstica, terrorismo, etc., que quedan claramente alejados del núcleo de riesgos cuyo elemento esencial lo constituyen los avances tecnológicos o científicos.

El Derecho penal se ve, así, forzado a un continuo proceso de expansión destinado al control de nuevos peligros, de manera que asume un papel que no le pertenece de modo prioritario ni, menos aún, exclusivo. Ello puede suponer una intervención penal excesiva que abocaría al desarrollo de un Estado de prevención (*Präventionsstaat*), que tiende más hacia la seguridad absoluta de los bienes jurídicos y puede hacer surgir fisuras en aspectos garantistas del Derecho penal.<sup>50</sup>

Se produce, de este modo, como decíamos antes, una primacía de la seguridad frente a la libertad, debido principalmente a que el ciudadano medio ya no es el agente del Estado liberal que reclamaba al Estado ámbitos de libertad, sino un sujeto paciente, dependiente directa o indirectamente del Estado, en cuanto necesita ser protegido de riesgos que deben ser controlados por terceros. Un ciudadano, además, que se identifica más con la víctima que con el delincuente, lo que explica el cambio de la visión del Derecho penal como instrumento de defensa de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado, a la concepción de la ley penal como *Magna Carta* no sólo

<sup>45</sup> En la misma línea, afirma Brandariz García, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, *op. cit.*, p. 40, que “la etapa histórica presente se caracteriza, al margen de otros rasgos nucleares, por un elevado nivel objetivo de peligro, así como por una acusada sensación social de riesgo”.

<sup>46</sup> Cfr. Díez Ripollés, “De la seguridad del riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 4, quien afirma que el sentimiento de inseguridad se ve “potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con las que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompañar su vida cotidiana a él, y por la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la seguridad colectiva”; en el mismo sentido de afirmar que la percepción subjetiva de los riesgos no guarda proporcionalidad con su entidad efectiva, *cfr.* Brandariz García, “Itinerarios de evolución del sistema penal...”, *op. cit.*, p. 38.

<sup>47</sup> Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 28-37. En esta línea, también pone de relieve Silva Sánchez que la sociedad posindustrial es una sociedad que expresa la *crisis del modelo del Estado de bienestar*; una sociedad con importantes problemas de vertebración interna, que generan episodios frecuentes de violencia incidiendo en la seguridad ciudadana. Así, es un fenómeno nuevo que las sociedades posindustriales europeas experimenten problemas de vertebración hasta hace poco desconocidos en ellas (inmigración, multiculturalidad y nuevas bolsas de marginalidad), que provocan la expansión de la “ideología de ley y orden” a sectores sociales más amplios que los que las respaldaban unos años atrás, *cfr.* ult. *op. cit.*, pp. 30 y 31. Por su parte, Brandariz García, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, *op. cit.*, p. 40, afirma que “del mismo modo que la percepción subjetiva de inseguridad (riesgo) es desproporcionada en relación con la entidad objetiva de los peligros, el temor subjetivo al delito no guarda correlación con los índices efectivos de criminalidad o victimización”.

<sup>48</sup> Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 37-39, donde pone de relieve que “los medios, que son el instrumento de la indignación y la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos”, *cfr.* p. 39 y n. 67; Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 4; Faraldo Cabana, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo Cabana (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004, p. 320.

<sup>49</sup> Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

<sup>50</sup> Cfr. Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, *op. cit.*, p. 32.

## El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

del delincuente sino también, e incluso especialmente, de la víctima.<sup>51</sup>

Efectivamente, ante la gravedad con la que se perciben por la opinión pública y por el Estado, los nuevos riesgos y las situaciones que éstos provocan, que generan, a su vez, una considerable sensación de inseguridad entre los ciudadanos, la reacción claramente constatable es la de acudir a la respuesta penal como forma de control que se considera la adecuada por su máxima severidad, así como necesaria por su hipotética efectividad. En este sentido, cuanto más grave sea el daño temido, más justificado se considera acudir al Derecho penal en su calidad de respuesta más dura del control social.<sup>52</sup> El principal problema de esta cadena de acción-reacción es evidente: la realidad de la incapacidad e impotencia de garantizar la seguridad frente al delito por parte de las instituciones ante la demanda ciudadana, como afirma Brandariz García,<sup>53</sup> “...puede determinar, en una suerte de ejercicio autopoético, el reforzamiento de esa demanda y de las soluciones a la misma por parte de las instancias públicas”, desembocando en una aún mayor presión e intensificación de la respuesta jurídico-penal ante posibles y/o presuntos peligros de procedencia indeterminada.

Sin embargo, todo lo dicho hasta el momento, no explica completamente la demanda de punición y la expansión, precisamente del Derecho penal; la razón de que dicha demanda se refiera específicamente a una protección jurídico-penal se debe en gran parte, probablemente, al descrédito de otras instancias de control social. Así, la sociedad no parece funcionar como instancia autónoma de moralización, de creación de una ética social que redunde en la protección de los bienes jurídicos. La evolución del Derecho

civil de un modelo de responsabilidad a un modelo de seguro, al margen de consideraciones sobre la negligencia y con un sistema de baremos con límites mínimos, no parece poder garantizar el cumplimiento de funciones preventivas; a ello se unen la burocratización y la corrupción administrativa que han provocado un descrédito de los instrumentos de protección administrativa. En este contexto, la protección penal aparece como único instrumento eficaz de pedagogía social, como mecanismo de socialización, no como *ultima ratio*, sometiendo el Derecho penal a cargos que éste no puede soportar.<sup>54</sup>

Ante esta serie de características de la sociedad actual, la respuesta del Estado, frente a las continuas demandas encaminadas a la prevención y el control de los riesgos, desde la perspectiva de la *política criminal*, se vería delimitada por cuatro grandes notas:<sup>55</sup> 1) una notable ampliación de los ámbitos sociales objeto de intervención penal que abarcaría tanto las nuevas realidades sociales problemáticas, derivadas del surgimiento de nuevos riesgos de procedencia humana, o bien, y aquí radica en mi opinión una de las principales perversiones de esta tendencia, como pondré de manifiesto posteriormente, sobre realidades preexistentes cuya vulnerabilidad se habría potenciado;<sup>56</sup> 2) una concentración de los esfuerzos en la persecución de la criminalidad de los poderosos que hasta ese momento difícilmente entraban en contacto con la justicia penal; 3) la preeminencia otorgada a la intervención penal en detrimento de otros instrumentos de control social, con lo cual quedaría gravemente cuestionado el principio de subsidiariedad penal,<sup>57</sup> y 4) la necesidad de acomodar los contenidos del Derecho penal y procesal penal a las especiales dificultades

<sup>51</sup> Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., p. 53. Obviamente, ello no tiene consecuencias en la comprensión del principio de legalidad, pues ni la reducción teleológica de los tipos ni la admisión de la analogía *in bonam partem*, totalmente coherentes desde una concepción del Derecho penal como garantía del delincuente frente al *ius puniendi*, pueden considerarse procedimientos incontestados si se parte del Derecho penal como *Magna Carta* de la víctima, cfr. en particular, pp. 54 y 55.

<sup>52</sup> Así, la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995 recoge esta tendencia a recurrir a la intervención penal, al afirmar que las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja suponen dar acogida a nuevas formas de delincuencia; en el mismo sentido, cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pp. 20 y 21; Mendoza Buergo, *EL Derecho penal en la sociedad de riesgo*, op. cit., p. 36.

<sup>53</sup> Cfr. Brandariz García, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, op. cit., p. 51.

<sup>54</sup> Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pp. 61-66.

<sup>55</sup> Cfr. Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, op. cit., pp. 4 y 5.

<sup>56</sup> Así, señala Díez Ripollés que “entre los sectores de intervención preferente habría que citar la fabricación y distribución de productos, el medio ambiente, los nuevos ámbitos tecnológicos como el nuclear, informático, genético..., el orden socioeconómico y las actividades encuadradas en estructuras delictivas organizadas, con especial mención de los tráficos ilícitos de drogas”, en “De la Sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, op. cit., p. 4.

<sup>57</sup> En este sentido, afirma Díez Ripollés que “la contundencia y capacidad socializadora del derecho criminal se consideran más eficaces en la prevención de tales conductas que otras medidas de política económica o social o que intervenciones llevadas a cabo en el seno de otros sectores jurídicos como el Derecho civil o el Derecho administrativo”, ibidem.

que plantea la persecución de esta nueva criminalidad, y en este punto es donde se plantea claramente la necesidad de reelaborar los criterios de legitimación de las instituciones jurídico-penales a fin de obtener una reinterpretación de las mismas que permita dar soluciones a las “nuevas” situaciones surgidas.

Sobre la base de los aspectos expuestos, el Derecho penal derivado de esa nueva orientación de la política criminal se sustenta sobre la base de los siguientes instrumentos:<sup>58</sup> *a)* recurso a la protección de bienes jurídicos universales o colectivos, ya que los sectores en los que esta nueva tendencia se concentra sólo en forma indirecta tienen que ver con el ciudadano de a pie, con el individuo, sino que se encuentran más orientados a la sociedad y las funciones sociales que deban cumplir, perdiendo de esta manera su principal referente individual; *b)* recurso a delitos de mera actividad y de peligro abstracto, que amplían enormemente el ámbito de intervención del Derecho penal al prescindir de la necesidad de demostrar la causalidad con el resultado lesivo; bastaría, por tanto, con probar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el órgano judicial, ya que ha sido el motivo por el cual el legislador la ha tipificado;<sup>59</sup> *c)* anticipación desmesurada de la intervención penal, abarcando ámbitos del Derecho administrativo, civil o mercantil, y elevando a la categoría de delito lo que no son sino meros actos preparatorios, impunes hasta ese momento, y *d)* se produce una sustancial modificación y flexibilización en los criterios de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales, a fin de convertirlos en instrumentos válidos para dar respuesta a las nuevas exigencias sociales.

Evidentemente, estos cambios de ámbitos e instrumentos producen también cambios visibles en las funciones del Derecho penal, que así deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad, perdiendo con ello su posición en el conjunto del ordenamiento jurídico y aproximándose a las funciones del Derecho civil o administrativo. En relación con esto aparece la tendencia antes mencionada de utilizar el Derecho penal no como última, sino como primera o única *ratio*, haciéndolo intervenir, en contra del principio de subsidiariedad, siempre que parezca rentable políticamente; cambio que coincide con la pretensión de hacer del Derecho penal un instrumento de transformación y que se desarrolla, en un contexto de lucha total contra la criminalidad, en un clima favorable a la utilización del Derecho penal como instrumento eficaz para afrontar los modernos y graves problemas que amenazan a la sociedad.<sup>60</sup>

Así, en lugar de respuesta al delito y retribución justa del mismo, se pone el acento en la prevención del delito futuro.<sup>61</sup> Ello conduce a que, en relación con los fines de la pena, la prevención general positiva está alcanzando un gran número de defensores. Para Hassemer<sup>62</sup> todas las variantes de esta teoría se caracterizan por el abandono de una consideración meramente empírica de la prevención directa. Ello da lugar a lo que se ha denominado “Derecho penal de prevención” (*Präventionsstrafrecht*).<sup>63</sup>

De acuerdo con este planteamiento de las tendencias hacia las que se dirige el Derecho penal en la sociedad actual, y aprovechando el debate doctrinal originado por lo que, con anterioridad, se denominó

<sup>58</sup> En este sentido, *cfr.* Hassemer, “Crisis y características...”, *op. cit.*, pp. 639 y 640; el mismo, “Viejo y nuevo Derecho penal”, en *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. Muñoz Conde y Díaz Pita, Valencia, 1999, pp. 52-63; Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, *op. cit.*, pp. 68 y ss; Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.; Martínez-Buján Pérez, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en Díez Ripollés, Romeo Casabona, Gracia Martín y Higuera Guimerá (eds), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 396 y ss.; Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003, pp. 130 y ss; Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>59</sup> Así, afirma Cuerda Rieu que, al vivir en una sociedad de riesgo “si la pena se impone cuando ese peligro ya se ha verificado en la lesión de un bien jurídico, la consecuencia jurídica llega demasiado tarde; para conseguir los mayores efectos preventivos, es preciso situar la amenaza penal en un momento anterior, es decir, cuando se genera ese peligro. Puesto que mayoritariamente se considera que la tentativa del delito imprudente es impune, la única salida del legislador es tipificar de forma autónoma delitos de peligro”, *cfr.* “Contribución a la polémica sobre el delito publicitario”, *Estudio sobre consumo*, núm. 35, 1995, p. 72.

<sup>60</sup> *Cfr.* Hassemer, “Crisis y características...”, *op. cit.*, p. 641; el mismo, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, *op. cit.*, p. 38.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 641.

<sup>62</sup> *Cfr.* Hassemer, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

<sup>63</sup> *Cfr.* Sánchez García de Paz, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Secretario de publicaciones e intercambio editorial, 1999, p. 96.

## El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

“expansión del Derecho penal” surgen unas nuevas que ya habían sido insinuadas durante la discusión en torno a las demandas de la sociedad de riesgo,<sup>64</sup> a fin de incluir, dentro de los ámbitos de la “expansión”, algunos aspectos que poca o ninguna relación tenían con los riesgos procedentes de los avances tecnológicos y/o científicos, como es el caso de los delitos contra la libertad sexual, la violencia doméstica, y la delincuencia patrimonial convencional, o bien, otros sectores como la criminalidad organizada o el terrorismo, respecto a aquellos en que las facilidades de actuación que pudieran aportarles los avances de la sociedad tecnológica no era el aspecto más relevante;<sup>65</sup> incluso, como afirma Díez Ripollés, alguno de estos planteamientos pretendían incluir bajo el paraguas de la “expansión”, el presunto “riesgo” que “creaban con su misma existencia los ‘otros’, las personas excluidas del modelo de bienestar, como desempleados, inmigrantes, etcétera”<sup>66</sup>

De esta manera se pretende pasar, sin solución de continuidad, de la sociedad de riesgo a la sociedad de la seguridad ciudadana, amparándola bajo los mismos parámetros de justificación, en el sentido de la necesidad de que el Derecho penal haga frente a los nuevos retos que suponen los avances tecnológicos y a los riesgos que de ellos provengan. Sobre la base de este planteamiento, como afirma Díez Ripollés, las propuestas securitarias han obtenido “un plus de legitimidad dialéctica [...] por el hecho de haber tenido éxito en presentar sus iniciativas como un aspecto más del fenómeno de la expansión del Derecho penal vinculada a la consolidación de la moderna sociedad del riesgo”,<sup>67</sup> consiguiendo con ello disfrazar sus contenidos reales, esto es, que sus áreas de intervención no son nuevas, no suponen “nuevos riesgos” desconocidos por la sociedad hasta ese momento, sino que se refieren a la delincuencia clásica, y que la naturaleza de la intervención no radica en aportar soluciones a nuevos conflictos (entre otras cosas porque estos conflictos no son nuevos, sino que son los eternos conflictos, adecuadamente sobredimensionados por determinados sectores sociales y/o ideológicos y po-

líticos, y aderezados con la actuación de los medios de comunicación), sino en incrementar la presión y coerción penal sobre ámbitos ya tradicionalmente regulados y protegidos.

Se mezclan, de este modo, dos corrientes, no sólo totalmente diferentes, sino incluso contrapuestas, que se refieren a realidades sociales diferentes y que llevan planteamientos ideológicos netamente diferenciados. En consecuencia, se hace preciso un juicio al respecto que permita delimitar y distinguir claramente ambas situaciones, tratando de evitar que se realicen equiparaciones conceptuales entre aspectos de cada una de ellas basadas en la indeterminación y equivocidad de alguno de los términos empleados para definirlas.

Así por ejemplo, la indeterminación del concepto nuclear de la sociedad de riesgo, esto es, el “riesgo” en sí mismo, permite que algunos autores incluyan en él los conflictos derivados de la marginalidad social, de la inmigración, de la “criminalidad callejera”, esto es, la criminalidad de los socialmente excluidos, afirmando que constituye la “dimensión no tecnológica” de la sociedad de riesgo.<sup>68</sup> De este modo, la anticipación de la intervención penal se justifica tanto respecto de la necesidad de reaccionar frente a las nuevas formas de criminalidad (aspecto claramente identificable de la sociedad de riesgo) como de la urgencia de actuar contra la desintegración social y la delincuencia habitual que originan los marginados sociales, considerando esta última actuación como un exponente más de la expansión que exige la nueva sociedad de riesgo.<sup>69</sup> Sobre esta base, la equiparación en el concepto de riesgo permite asimismo una equiparación entre el sentimiento de inseguridad ante los riesgos derivados de los avances científicos y/o tecnológicos, y el sentimiento de inseguridad callejera derivado del miedo a ser víctima de un delito en la vida cotidiana.<sup>70</sup>

Con estos planteamientos se está tratando de legitimar una tendencia político-criminal que responde a unos fundamentos esencial y radicalmente distintos de los que se derivaban de la sociedad de riesgo, iden-

<sup>64</sup> Cfr. Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 9.

<sup>65</sup> Cfr. Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, *op. cit.*, pp. 113 y 159 y ss; Díez Ripollés, *ibidem*; Faraldo Cabana, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales...”, *op. cit.*, p. 302.

<sup>66</sup> Cfr. Díez Ripollés, *ibidem*.

<sup>67</sup> Cfr. Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

<sup>68</sup> Cfr. Silva Sánchez, *Expansión del Derecho penal*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>69</sup> Cfr. Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 10.

<sup>70</sup> Cfr. *Ibidem*.

tificando dos fuentes de riesgo completamente distintas (los riesgos tecnológicos y los de la delincuencia habitual y/o violenta) tanto en su origen como en los sujetos que intervienen, en la naturaleza de los comportamientos y en las consecuencias perjudiciales que se producen.<sup>71</sup> Con esta identificación se permite tratar de igual manera dos fenómenos absolutamente diferentes, como pueden ser la criminalidad organizada de extranjeros, en la que el elemento estructural es nuclear a la misma, y, la criminalidad de inmigrantes derivada de su inestabilidad y carencia económica; pero es más, se permite tratar de igual modo la criminalidad de los poderosos, radicada generalmente en los “nuevos ámbitos del Derecho penal” (esto es, orden económico, medio ambiente, etc.) con la criminalidad de la marginalidad social, usualmente radicada en el ámbito patrimonial.

Los “nuevos riesgos” a los que se refería la discusión en torno al “Moderno Derecho penal” o a la “expansión” de éste, radicaban en esos nuevos ámbitos de intervención, en los que hasta ese momento el Derecho penal poco o nada había tenido que decir; criminalidad que se centraba normalmente en el ámbito de los “poderosos”, de aquellos que tenían acceso a los medios, instrumentos y/o tecnologías necesarias para verificarlos. De este modo, con la “expansión del Derecho penal” se pretendía luchar contra este tipo de criminalidad, evitando la impunidad con la que muchas veces se actuaba en estos ámbitos. Ello nada tiene que ver con el momento actual. Basta una mera lectura de las reformas penales de los últimos tiempos para poder constatar que no es éste el sector hacia el que van dirigidas. Por el contrario, la intervención penal responde a las demandas sociales actuales, que lo que reclaman son actuaciones más energicas contra la delincuencia clásica, la procedente de la marginalidad social y económica, la que produce una sensación de inseguridad en el ac-

tuar cotidiano de las personas; muy lejos de aquellos atentados contra el medio ambiente o maquinaciones de ingeniería financiera que entraban en los ámbitos de discusión del moderno Derecho penal. Como afirma Díez Ripollés, “las identificaciones sociales de las mayorías ciudadanas con las víctimas de la delincuencia no parecen conducir a una reacción frente a los poderosos y su criminalidad”.<sup>72</sup>

Llegamos con ello al núcleo del problema. El Derecho penal en la actualidad ha dejado de responder a las demandas de “expansión” características de una sociedad de riesgo, en la que se hacía necesaria una ampliación de los ámbitos y modos de intervención del Derecho penal a fin de dar respuesta a los nuevos riesgos procedentes de los avances tecnológicos de una sociedad, para pasar a una “intensificación” del mismo, como respuesta a una mayor intervención del Derecho penal en los ámbitos tradicionales mediante una restricción de derechos y garantías fundamentales en pro de una “¿mayor?” seguridad,<sup>73</sup> contra una delincuencia que se encuentra incorporada a los textos penales desde hace largo tiempo, y recurriendo para ello a un incremento desmesurado de las penas, a un adelantamiento de la intervención penal, a una modificación y flexibilización de las instituciones clásicas.

Simplemente con leer las reformas penales que se han verificado en los últimos años, podemos fácilmente constatar el cambio de ámbitos de intervención del mismo, prácticamente abandonando los relativos a los “nuevos riesgos” (orden económico, medio ambiente) para centrarse en los derivados de la delincuencia tradicional. Así, se pueden identificar tres grandes bloques de comportamientos sobre los que esencialmente incide esta nueva tendencia de intervención penal:<sup>74</sup> *I) la delincuencia organizada*, que se concentra fundamentalmente en tres ámbitos: el narcotráfico, el terrorismo y, más recientemente, el

<sup>71</sup> La diferencia entre ambas concepciones la pone de relieve Mendoza Buergo, “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad de riesgo”, en Agra, Domínguez, García Amado, Hebberechty Recasens (eds.), *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, 2003, pp. 72 y 73, n. 16, donde diferencia entre *seguridad técnica*, ligada a la consecución de cotas de seguridad en relación con los riesgos también llamados tecnológicos, por su relación con el avance y utilización de nuevas tecnologías, y la tradicionalmente llamada *seguridad pública* o *seguridad interior*. En el mismo sentido, *cfr.* Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 11.

<sup>72</sup> *Cfr.* Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad pública”, *op. cit.*, p. 12; también, Martínez Buján Pérez, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch...”, *op. cit.*, p. 410.

<sup>73</sup> A este respecto, Díez Ripollés habla de expansión “extensiva” e “intensiva”, refiriéndose esta última a la que se encamina al incremento de la punición de ciertos tipos de delincuencia clásica. *Cfr.* “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 13.

<sup>74</sup> La determinación de los bloques de intervención que señalo es la que fue realizada por Silva Sánchez, Felip Saborit, Robles Planas y Pastor Muñoz, “La ideología de la seguridad en la legislación española presente y futura”, en *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*, *op. cit.*, p. 113 y ss.

## El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

tráfico de seres humanos;<sup>75</sup> 2) la *criminalidad individual grave*, identificada con la de naturaleza violenta y/o sexual que afecta a bienes jurídicos individuales clásicos (vida, integridad física y/o psíquica, libertad sexual, e incluso patrimonio) y ya ampliamente protegidos por los textos penales desde hace tiempo, y 3) la *delincuencia leve*, que se centra en los ámbitos de *marginalidad, inmigración y exclusión social*, que se refiere a la comisión reiterada de infracciones patrimoniales de carácter leve en los que, en muy pocas ocasiones, concurren hechos violentos.

La pregunta es inmediata: ¿en qué responden los ámbitos mencionados a las características descritas de la “expansión del Derecho penal”? La respuesta, igual de inmediata: en nada. En ninguno de los bloques expuestos los avances técnicos y/o científicos constituyen la esencia fundamental de la producción de riesgos que se deriven de estos comportamientos y que son típicos de la sociedad tecnológica y globalizada. De lo que se trata con esta *intensificación*, es de incrementar las reacciones penales respecto de la delincuencia tradicional, en una sociedad en la que cada vez más se está alejando al delinquente de su consideración de miembro de la misma, considerándolo algo distinto, por cuanto ni responde a las normas sociales, ni a las tradicionales reacciones penales contra la infracción; de este modo, el único camino que queda es intensificar la reacción penal, hasta el punto de inocuir el peligro que suponen para la sociedad. Y en este punto surge la conexión con el último de los ámbitos de intervención enumerados, donde la gravedad del comportamiento es prácticamente inexistente, pero sí la *potencial peligrosidad* que los sujetos que *habitualmente* realizan este tipo de comportamientos suponen para la sociedad, al haberse posicionado en un *modus vivendi* contrario al respeto y cumplimiento de las normas, es decir, al haberse *situado en una contravención permanente del ordenamiento jurídico*. Con ello, la *peligrosidad* y su control pasan a primer

término de los intereses y metas de la política criminal actual, en un intento de excluir de la sociedad a quienes han optado por una forma de vida contraria al Derecho, y justificar, de esta manera, el rigor de las intervenciones penales que se realicen.

Se trata de inocuir a determinados tipos de delincuentes (aquellos que se consideran más *peligrosos* para la sociedad) y si para ello es necesario despojarles de los derechos y garantías de los miembros de una sociedad, no hay inconveniente. Se pierde con ello la condición de ciudadano, por cuanto su propio comportamiento es lo que le autoexcluye de su entorno social, y si no respeta las normas de convivencia, tampoco tiene derecho a disfrutar de los beneficios que de ella se deriven.

Éste es el discurso elaborado principalmente por Jakobs,<sup>76</sup> en el cual se contraponen los conceptos de ciudadano e individuo, y según el cual, al individuo que se muestra peligroso (y la valoración de lo que sea peligroso será realizada *ad hoc* dependiendo de las distintas ideologías y épocas) hay que tratarlo como enemigo social y, consecuentemente, privarle del estatus de ciudadano a causa de su tendencia a persistir en el delito.<sup>77</sup>

Efectivamente, Jakobs sostiene que el Derecho penal va dirigido a ciudadanos, a aquellos individuos respecto de los cuales existe una expectativa de comportamiento que cumple las normas establecidas por la sociedad, que se constituye en sujeto de derechos y deberes y que mantiene una actitud de fidelidad al ordenamiento jurídico; si, excepcional o puntualmente, estos ciudadanos infringiesen la norma y, consecuentemente, defraudasen las expectativas normativas al respecto, la pena señalada por el ordenamiento jurídico cumple la función de *reafirmar la vigencia de la norma infringida*. Por el contrario, aquellos individuos que debido a su *actitud personal*, a su *modus vivendi*, a su incorporación a organizaciones delictivas, manifiestan una disposición reiterada y duradera a delinquir, de-

<sup>75</sup> Sin embargo, tal como afirma Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 15, son fácilmente incluibles dentro de estos supuestos los casos de blanqueo de capitales, e incluso las conductas de corrupción administrativa o empresarial, aunque sus posibilidades de comisión son muy variadas y no siempre precisan del elemento estructural, o la producción y difusión de pornografía infantil. *Cfr.* especialmente la nota 40.

<sup>76</sup> Hay que poner de relieve la innegable evolución que ha tenido este autor en esta materia, representada fundamentalmente por tres hitos principales en su obra, así “Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997; “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft von den Herausforderungen der Gegenwart”, en Eser, Hassemer y Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, C.H. Beck, 2000, con versión en español, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, en Muñoz Conde (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004, y Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs y Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

<sup>77</sup> *Cfr.* Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, pp. 25-33.

fraudando así persistentemente las expectativas normativas formuladas por el Derecho, e incumpliendo las exigencias del contrato social, deben ser excluidos de la sociedad, en tanto que son *enemigos* de la misma; por ello, el Derecho penal que les resulta aplicable nunca puede ser el mismo que para los *ciudadanos*, sino otro distinto encaminado a neutralizar su peligrosidad, obviamente a costa de la reducción o eliminación de sus derechos y garantías, donde la pena persigue su inocuización y mantenerlo fuera de la sociedad,<sup>78</sup> y con ello se produce el regreso a nociones que no nos son desconocidas pero que afortunadamente habían quedado desterradas del discurso penal.<sup>79</sup> Entre los ámbitos a los que debe aplicarse este planteamiento se incluyen el terrorismo, el narcotráfico, la delincuencia organizada en general, la delincuencia sexual, la delincuencia habitual y toda delincuencia grave.

Claramente, estos ámbitos de intervención se corresponden perfectamente con los que anteriormente señalábamos como prioritarios en la intensificación del Derecho penal procedente de las propuestas securitarias, donde se produce un importante cambio de paradigma en la estructuración del Derecho penal. Efectivamente, se abandona el Derecho penal basado en la valoración del hecho realizado (el *Derecho penal del hecho*, que constituyó uno de los principales logros en la evolución del Derecho penal, y en el reconocimiento de los derechos y garantías de los ciudadanos) para basarse (nuevamente) en la persona del delinquiente, esto es, un retorno al *Derecho penal de autor*.<sup>80</sup> en el que lo relevante es la actitud de permanente desprecio hacia el ordenamiento jurídico.<sup>81</sup>

#### IV. La seguridad ciudadana y el Derecho penal del enemigo

Desde el planteamiento expuesto, es evidente que el asunto de la *seguridad ciudadana* ha supuesto un

importante problema en el ámbito del Derecho penal desde hace largo tiempo, pero también resulta innegable que se ha acentuado intensamente en los últimos años, sobre todo desde el 11-S, momento a partir del cual se produce una creciente presión sobre los gobiernos, y, lógicamente, sobre los legisladores, a fin de que ofrezcan soluciones rápidas y adecuadas que eliminen la sensación de inseguridad e impunidad que emana de la sociedad en general. Se requiere, con ello, un mayor intervencionismo estatal y una mayor injerencia en los ámbitos individuales de los ciudadanos, lo que permite incluso la quiebra y lesión de las garantías legales y constitucionales, en aras de lograr la pretendida solución a este tipo de situaciones.

En este ámbito, toda modificación o reelaboración de las construcciones dogmáticas tradicionales son bien vistas, siempre y cuando sirvan, al menos en el plano teórico, para aportar una efectiva salida al conflicto, para dar seguridad a la sociedad que la reclama y para eliminar o “inocuar” cualquier fuente de peligro para la misma. En definitiva, se observa una tendencia creciente hacia lo que Jakobs ha denominado “Derecho penal de enemigos”,<sup>82</sup> en virtud del cual, el “legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico”.<sup>83</sup>

Es evidente la transformación que, en relación con este concepto, se ha producido en los últimos años, esencialmente en la posición del propio Jakobs, quien pasa de una mera descripción, crítica incluso, de la existencia de este “Derecho penal de enemigos”, considerándolo algo excepcional e incompatible con el Estado de las libertades<sup>84</sup> a una abierta admisión e

<sup>78</sup> Cfr. Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *passim*; el mismo, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en VVAA, *Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia, 1999. Estudios de Derecho Judicial*, 20, Madrid, 2000, p. 140; *vid.* una exposición más detallada al respecto en Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, pp. 19-21; Muñagorri Laguía, “Acerca de las reformas del 2003 al Código Penal español”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2003, p. 242.

<sup>79</sup> Cfr. Muñoz Conde, “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”, *DOXA*, núm. 15/16, 1994, pp. 1031 y ss.

<sup>80</sup> Cfr. Cancio Melia, “¿Derecho Penal del enemigo?”, en Jakobs y Cancio, *Derecho Penal del enemigo*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.

<sup>81</sup> A este respecto, afirma Díez Ripollés, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, *op. cit.*, p. 21, n. 57, que “se puede afirmar de una lectura cuidadosa de Jakobs [...] que su construcción del Derecho penal del enemigo no se edifica sobre el delincuente reincidente o habitual, sino sobre el individuo que rechaza de forma persistente el ordenamiento jurídico y muestra así su disponibilidad a delinquir, quizás plasmada ya en algún comportamiento delictivo. Ello no obsta a que en algunos pasajes tienda a referirse a la habitualidad delictiva”.

<sup>82</sup> Cfr. Jakobs, “La autocomprepción del Derecho penal”, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

<sup>83</sup> Cfr. Muñoz Conde, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, 2005, p. 25.

<sup>84</sup> Cfr. Jakobs, “Criminalización en un estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *op. cit.*, pp. 322 y 323.

## El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

incluso legitimación del mismo, concibiéndolo como algo inevitable y necesario para mantener la “seguridad cognitiva” y reafirmar la confianza de los ciudadanos en la validez y eficacia de la norma penal, llegando a admitir que “no hay alternativas a ese Derecho penal del enemigo”<sup>85</sup>

Desconozco si Jakobs ha sido consciente o no de la trascendencia que ha tenido su postura, incluso desconozco si fue el planteamiento el que influyó en el devenir legislativo o si, por el contrario, la clara tendencia intensificadora en el ámbito penal del legislador fue la que provocó el desarrollo y legitimación del Derecho penal del enemigo. No sé si fue antes el huevo o la gallina, y quizás sea un problema irresoluble. Pero lo que sí resulta claro es que ambos se retroalimentan, y de una manera tan marcada que cada vez es más evidente el reflejo que este “Derecho penal” y sus características tienen en nuestras legislaciones.

Y también son notorias las numerosas críticas que este planteamiento ha tenido desde prácticamente todos los sectores doctrinales, advirtiendo del peligro que la admisión del mismo representaba para el Estado

de Derecho y para una concepción liberal, humana y democrática del Derecho penal,<sup>86</sup> basada esencialmente en la imprecisión conceptual que implica esta concepción, y sobre todo su incompatibilidad con principios básicos y esenciales del Derecho penal, como el de proporcionalidad, culpabilidad, igualdad, etc.,<sup>87</sup> llegando a afirmar Roxin que el concepto de *Feindstrafrecht* debe rechazarse tanto cuando se utilice como concepto puramente descriptivo, como denunciatorio crítico, o como afirmativo legitimador.<sup>88</sup>

En este punto, la importancia de este “Derecho penal del enemigo” radica en que este Derecho penal excepcional, que obviamente resulta contrario a los principios liberales del Estado de Derecho e incluso a los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y declaraciones internacionales de derechos humanos, se está introduciendo en forma notoria en las legislaciones de los Estados democráticos de Derecho que, en principio, acogen en sus ordenamientos jurídicos los principios básicos e inspiradores del Derecho penal material en todo Estado de Derecho (legalidad, culpabilidad y, principalmente,

<sup>85</sup> Cfr. Jakobs, “La autocomprensión del Derecho penal”, *op. cit.*, pp. 53 y ss; y también, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.* En el planteamiento de Jakobs se ofrece la siguiente fundamentación “Los enemigos no son efectivamente personas (*Feinde sind aktuell Unpersonen*)”, p. 60. Algunos autores consideran que Jakobs emplea el concepto de persona como equivalente de sujeto de Derecho, subsistema psicofísico de imputación dentro del sistema, y que es esta cualidad la que dejarían de tener aquellos que se colocan de manera permanente al margen del sistema y atacan las bases fundamentales del mismo. Cfr. Portilla Contreras, “El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Bacigalupo*, Madrid, 2004, t. II, pp. 696 y ss. Sin embargo, lo cierto es que Jakobs se ha reafirmado en la necesidad de admitir el Derecho penal del enemigo, con este u otro nombre, como algo inevitable a lo que tiene que recurrir una sociedad en casos extremos para mantener su seguridad. Así, afirma categóricamente que “quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento persona; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar como un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero, a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido”. Cfr. Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”; *op. cit.*, pp. 55 y ss. En mi opinión, su postura no puede ser más clara.

<sup>86</sup> Cfr. Muñoz Conde, quien afirma que “en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano ni el ‘enemigo’ ni nadie puede ser definido como no persona”, en *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, 2000, p. 75; el mismo, *De nuevo sobre..., op. cit.*; el mismo, “Comentarios a los Congresos...”, *op. cit.*, pp. 336 y 337; Ambos, “Feindstrafrecht”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, núm. 124, 2006, pp. 1 y ss.; incluso ha llegado a equipararse el Derecho penal del enemigo con el retorno a ideas nazis, así Gerber, “Direito penal do inimigo”, *op. cit.*, p. 253, quien afirma: “...en el campo del Derecho, el que más encuentra en el *nazifascismo* (expresión literal del autor) sus puntos de identidad es el denominado Derecho penal del enemigo”.

<sup>87</sup> Cfr. Muñoz Conde, “Comentarios a los Congresos...”, *op. cit.*, p. 337.

<sup>88</sup> Cfr. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4<sup>a</sup> ed. Múnich, 2006, pp. 55 y ss.; también Muñoz Conde afirma que “en la medida en que el planteamiento funcionalista de Jakobs también sea compatible con sistemas dictatoriales, brutalmente negadores de los derechos humanos más elementales, está claro que, desde el punto de vista de una concepción político-crímenes característica de un Estado de Derecho, debe ser rechazado, porque convierte a la Dogmática jurídico-penal en un instrumento de legitimación de dichos sistemas, cuando no en cómplice servil de sus excesos”, cfr. *Edmund Mezger y el Derecho penal...*, *op. cit.* Pero incluso admitiendo el planteamiento del Derecho penal del enemigo como inevitable e imparable, puesto que son muchos los ordenamientos jurídicos en los que se pueden encontrar ejemplos normativos inspirados en esta concepción belicista del Derecho penal como medio de lucha contra el enemigo, surge de inmediato la cuestión formulada por Eser en el Coloquio celebrado en Berlín en octubre de 1999: “Esta frialdad que se deduce de la concepción del delito reducida a la lesión normativa asusta aún más, cuando se contrapone el frente construido por Jakobs entre un ‘Derecho penal del ciudadano’ respetuoso del Estado de Derecho y un ‘Derecho penal del enemigo’ emanado del poder estatal. Enemigos como ‘no personas’, es una consideración que ya ha conducido alguna vez a la negación del Estado de Derecho, cualesquiera que sean los criterios que se utilicen para determinar quién es ‘ciudadano’ y quién ‘enemigo’. ¿Quién puede decir realmente quién es el buen ciudadano o el mayor enemigo?, ¿el que por razones políticas y creyéndose que actúa por el bien común comete un delito contra el Estado y contra la libertad de otro, o el que socava la base económica del Estado aprovechando cualquier posibilidad de defraudar impuestos, cometer delito fiscal o un fraude de subvenciones? Una cosa es proponer

las garantías procesales penales como presunción de inocencia y/o debido proceso, etc.).<sup>89</sup> Resulta altamente preocupante que, cada vez con mayor frecuencia, pueda constatarse en los Estados modernos un aumento de leyes y actuaciones gubernativas que claramente se pueden incluir en el concepto de “Derecho penal de enemigo” que representan “no ‘la fortaleza del Estado de libertades’ sino su debilitamiento o su inexistencia”.<sup>90</sup> Lo que no debe ni puede olvidarse es que una *seguridad cognitiva total* no puede nunca ser garantizada por ningún sistema, sea del tipo que sea; se podrán alcanzar niveles de seguridad más o menos elevados, pero tratando siempre de que sean compatibles con los derechos y garantías constitucionales. Son dos extremos difíciles de equilibrar; pero si, como señala Muñoz Conde,<sup>91</sup> “... la balanza se inclina descaradamente y sin ningún tipo de límites a favor de la seguridad cognitiva, la consecuencia inmediata será la paz, pero la paz de los cementerios. Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental, es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, el menor riesgo”.

Un planteamiento de este tipo, encuadrado en nuestros ordenamientos jurídicos, permite componer un escenario en el que cada uno puede incorporar los

hechos y actores que quiera, simplemente calificando a todo aquel que incluya en el mismo como enemigo, o tal como lo ha definido el gobierno del presidente Bush, “enemigo combatiente”, “arrojándolo al fuego eterno de la marginación social y jurídica, en un estado intermedio entre el de una simple cosa, un animal, y la mera corporalidad como ‘corpus nudo’, desprovisto de todo derecho, probablemente incluso del derecho más elemental a la vida e integridad física. Detrás de eso puede venir, aunque a Jakobs no le guste y seguramente lo rechace, Guantánamo, Abu Craig, la tortura como medio legítimo de obtención de pruebas, las Comisiones militares, la supremacía del derecho a la defensa, y como corolario de todo ello la pena de muerte”.<sup>92</sup> Lógicamente, todo este planteamiento y renuncia a los principios más básicos, sólo se aplicará a los denominados “enemigos” (sean éstos quienes sean),<sup>93</sup> para el resto sigue vigente el Estado de Derecho con todos sus principios y garantías, configurando una especie de “Derecho penal del ciudadano” que resultaría aplicable a aquellos que respetan las normas y el Derecho, o incluso a quienes accidental y esporádicamente se apartan del mismo<sup>94</sup> (quizás podamos apreciar en los distintos escándalos financieros y económicos de los últimos años, que los actores de los mismos, sólo se apartan del Derecho en

sistemas jurídicos, por muy coherentes que *puedan* ser en sí mismos, y otra cosa es pensar en las consecuencias que de ellos se pueden derivar y esto no es menos importante en el marco de la responsabilidad científica”. Cfr. Eser, “Consideración final de Albin Eser”, traducción de Mª del Carmen Gómez Rivero, en Muñoz Conde (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004, p. 472.

<sup>89</sup> Cfr. Muñoz Conde, *De nuevo sobre...*, op. cit., p. 27.

<sup>90</sup> Cfr. Muñoz Conde, “Comentarios a los Congresos...”, op. cit.

<sup>91</sup> Cfr. Muñoz Conde, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo”, op. cit., p. 111.

<sup>92</sup> Cfr. Muñoz Conde, “Comentarios a los Congresos...”, op. cit., Señala Brandariz García, “Itinerarios de evolución del sistema penal...”, op. cit., p. 59, que “el ejemplo más gráfico de la cultura de la emergencia, en su contemporánea versión de gestión del control social del enemigo, es la imagen de los ‘prisioneros’ de Guantánamo, donde desde enero de 2002 se hacinan en condiciones inhumanas, pero espectacularizadas con la intención para transmitir mensajes de seguridad y —al tiempo— de alarma, más de seiscientas personas sin rostro de diversas nacionalidades (entre ellos, el español H.A. Ahmed), en una situación de no-Derecho, en una zona ajena a la legalidad, sin acusación formal, sin derecho de defensa, sin plazo, sin control judicial, sin estatuto de reclusos ni de prisioneros de guerra, reducidos a una condición subhumana de no-personas”.

<sup>93</sup> Afirma contundentemente Faraldo Cabana que “en la definición del ‘enemigo’ se cae en la utilización de un lenguaje pseudo-religioso que está arrinconando el significado militar del término, que fue preponderante en otros momentos históricos. La concepción simbólica del concepto se ha utilizado en diversos frentes: en las dictaduras argentina y chilena la caracterización de los disidentes como ‘enemigos internos’ permitió apuntalar la doctrina de la seguridad nacional y la represión; en la lucha contra el cultivo de droga en los países iberoamericanos la noción de enemigo permite justificar el empleo de medios militares en una situación que no es de guerra, entendido este concepto de acuerdo con el Derecho internacional”. Cfr. “Un Derecho penal de enemigo para los integrantes de organizaciones criminales...”, op. cit., pp. 310 y 311; lo mismo lo puso de manifiesto Cancio Melia, “¿Derecho penal del enemigo?”, op. cit., pp. 87 y 88. El concepto de enemigo se remonta a la distinción romana entre *inimicus* y *hostis*, donde éste último era el verdadero enemigo político, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como la negación absoluta del otro ser o la realización extrema de la hostilidad. El *extranjero*, el *extraño*, el *enemigo*, el *hostis*, era el que carecía de derechos en absoluto, el que estaba fuera de la comunidad, cfr. Zaffaroni, *El enemigo en Derecho penal*, op. cit., p. 22.

<sup>94</sup> Afirma Muñoz Conde, “Comentarios a los Congresos...”, op. cit., p. 338, n. 10, que “no cabe excluir que a fuerza de expansionarse en esta dirección, todo el Derecho penal termine por convertirse en un Derecho penal de enemigo, considerando como tal a todos los delincuentes”. Aspecto que ya advirtió Hassemer, “El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz”, en *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. Díaz Pita y Muñoz Conde, Valencia, 1999.

## El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

forma “accidental y esporádica”. Obviamente, resulta “accidental y esporádica” la actuación de todos los implicados en el “caso Malaya” de corrupción y fraude inmobiliario en Marbella, y precisamente por ello, deben ser considerados y tratados como ciudadanos con todos sus derechos y sus respetadas estrictamente garantías. Caso distinto es el que ha cometido múltiples pequeños hurtos para poder mantenerse junto con su familia, y que obviamente debe ser tratado como enemigo por cuanto ha renunciado a respetar la norma, al convertir el comportamiento delictivo en su *modus vivendi*, incluso aceptando que es el único *modus* de vivir que le ofrece la sociedad).<sup>95</sup>

A pesar de todo lo dicho, es innegable que el 11-S supuso un antes y un después en los planteamientos de seguridad de los Estados, planteamientos que tienen su reflejo en las legislaciones y, más concretamente, en aquellas que impliquen la posibilidad de una mayor coerción de los derechos y libertades de los individuos en aras de una pretendida mayor seguridad. Obviamente, el Derecho penal constituye el mejor campo de cultivo de este tipo de planteamientos, donde la fuerza de los instrumentos de control estatales permite la mayor restricción y vulneración de los ámbitos de libertad de los ciudadanos, e incluso, paradójicamente, de los de seguridad, que ahora no se va a ver vulnerada por sus semejantes sino por el aparato estatal.

Pero analicemos las distintas características del Derecho penal del enemigo a fin de constatar su filtración en las diversas reformas penales que se han originado en los últimos años. En primer lugar, como ya se ha señalado, quizás lo más característico del Derecho penal del enemigo sea que lo relevante para el mismo no es el concreto hecho delictivo cometido, sino la “actitud del autor”, la “inclinación o tendencia al delito” o, incluso, la “peligrosidad criminal” que

pudiera tener.<sup>96</sup> De este modo, Jakobs afirma que “el enemigo es un individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual ‘peligroso’ según el §20a del Código penal alemán) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo ‘complot de asesinato’) es decir, en cualquier caso, de una forma presumiblemente duradera, ha abandonado el Derecho y, por tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra ese déficit a través de su comportamiento”.<sup>97</sup> En definitiva, como acertadamente señala Zaffaroni,<sup>98</sup> el núcleo esencial del diferente trato respecto del “enemigo” radicaría en que el Derecho “le niega la condición de persona y sólo lo considera bajo el aspecto de ente peligroso o dañino”. Precisamente, la consideración como *enemigo* (no-persona), que implica la posibilidad de privarle de determinados derechos individuales, es la primera incompatibilidad y quebrantamiento de los principios de un Estado de Derecho.

En segundo lugar, se caracteriza por un amplio adelantamiento de la punibilidad, de manera que la perspectiva del ordenamiento jurídico pasa a ser prospectiva, tomando como referencia el potencial hecho futuro, en lugar del tradicional punto de vista retrospectivo, el hecho ya cometido.<sup>99</sup> Un claro reflejo de ello es la elevación a la categoría de delito autónomo, lo que no son sino meros actos preparatorios hasta ese momento impunes en la mayoría de los casos y estableciendo la intervención penal en supuestos alejados, incluso, de la puesta en peligro del bien jurídico.

<sup>95</sup> Fiel reflejo de esto es la modificación del delito hurto, y de otros en similar sentido, realizada por la reforma de 2003, en la que aplicando la técnica importada de Estados Unidos de “three strikes and you’re out”, se establece que la comisión de cuatro faltas de hurto se elevan a delito de hurto, con lo que se está relegando la valoración del desvalor de resultado, característico de la falta, para pasar a tener en consideración exclusivamente al autor, su forma de vida, las características de su personalidad.

<sup>96</sup> Así, Muñoz Conde, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 37, afirma que “la primera observación que se puede hacer a Jakobs es que su ‘Derecho penal del enemigo’ recuerda mucho al ‘Derecho penal de autor’ que propugnaron los penalistas nazis”. El Derecho penal del enemigo, al fijar sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del Derecho penal del hecho, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como “Derecho penal de autor”, cfr. Demetrio Crespo, “El Derecho penal del enemigo *Darf nich sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado ‘Derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, *Revista General del Derecho penal*, núm. 4, noviembre de 2005, www.iustel.com, pp. 15 y ss.

<sup>97</sup> Cfr. Jakobs, “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal”, op. cit., p. 59.

<sup>98</sup> Cfr. Zaffaroni, *El enemigo en Derecho penal*, op. cit., p. 18.

<sup>99</sup> Cfr. Cancio Melia, “Seguridad ciudadana y Derecho penal del enemigo”, Xunta de Galicia, en *Retos de la política criminal actual, Revista Galega de Seguridade pública*, segunda época, núm. 9, p. 58.

En tercer lugar, un incremento desmesurado e injustificado de las penas a aplicar, estableciendo penas draconianas para supuestos en los que ni la gravedad y desvalor de la acción ni los del resultado las justifican en forma alguna, y, especialmente, en relación con el aspecto anterior, sin tener en cuenta la anticipación de la barrera de intervención penal a fin de ponderar adecuadamente la pena impuesta.

Y, en cuarto lugar, la supresión, recorte o relajación de determinadas garantías procesales individuales, que reflejan claramente la configuración del delincuente como enemigo, al cual no se le reconocen los mismos derechos que a aquellos que respetan el ordenamiento jurídico, y ostentan, por tanto, la condición de ciudadanos.<sup>100</sup>

Sobre la base de todo lo expuesto hasta el momento, es decir, que las características del Derecho penal del enemigo son, en mi opinión, absolutamente incompatibles con los postulados y elementos estructurales del Derecho penal propio de un Estado de Derecho, y cuya legitimidad en un Estado de Derecho me parece inaceptable desde todo punto de vista.<sup>101</sup>

Como se verá, las últimas reformas penales que se han producido en nuestro país, y en muchos otros de nuestro entorno jurídico, responden a algunas (si no a todas ellas) de las características descritas. Se potencia el reproche de los comportamientos basándose en las características personales del autor, se produce un incremento desmesurado de las penas, y se incide esen-

cialmente en ámbitos que, o bien ya estaban regulados en los textos penales, o bien constituyan actos previos y preparatorios, en los que la intervención penal no encontraba justificación.

## V. Las reformas penales y el Derecho penal del enemigo

Desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, que inicialmente fue concebido como el “Código penal de la democracia” para dar solución a todos los nuevos conflictos jurídico-penales surgidos desde el respeto de los principios básicos de un Estado de Derecho, han sido numerosísimas las reformas que ese texto ha sufrido. De hecho, ostenta el, en mi opinión, nada loable récord de haber sido el más modificado en el menor lapso; y ello nos obliga a plantearnos una importante diatriba: o muy defectuosa fue su redacción inicial, o algo está ocurriendo en la sociedad y en los poderes públicos que acelera la “¿necesidad?” de reforma, un texto que responde a una realidad tan reciente. Creo que a lo largo de estas páginas he dejado claro que considero correcta la segunda de las respuestas.

En el breve análisis que aquí se efectuará solo se tendrán en cuenta las reformas más recientes, porque de otro modo sería inabordable, y para ello se hará referencia a algunas de las que se han realizado desde principios de 2003<sup>102</sup> (muchas veces reformando

<sup>100</sup> Todas estas características ya han sido puestas de relieve por la doctrina, así Jakobs, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal”, *op. cit.*, pp. 53 y ss; Cancio Melia, “¿Derecho penal del enemigo?”, *op. cit.*, p. 37; Gracia Martín, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, núm. 07 de febrero de 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>, pp. 9 y ss; Demetrio Crespo, “El Derecho penal del enemigo *Darf nich sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado ‘derecho penal del enemigo’ y la idea de seguridad”, *Revista General del Derecho penal*, núm. 4, noviembre de 2005, [www.iustel.com](http://www.iustel.com), p. 13.

<sup>101</sup> Afirma Cancio Melia, “Seguridad ciudadana y Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 59, que el Derecho penal del enemigo existe en las legislaciones de nuestro entorno, “supone una especie de usurpación del rótulo del Derecho penal” y constituye algo nuevo y distinto del Derecho penal. Sin embargo, coincido plenamente con Muñoz Conde cuando afirma que negar al Derecho penal del enemigo el carácter o, incluso, el nombre de “Derecho penal” no clarifica la postura, ya que no es un problema de nombres o etiquetas, sino de contenidos, y que “será Derecho penal, pero un Derecho penal del que hay que salir corriendo”. Cf. Muñoz Conde, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 111 y 112.

<sup>102</sup> Entre las reformas realizadas desde el 1º de enero de 2003 pueden señalarse las siguientes: LO 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales; LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas; LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, reforma que alcanzó a 182 preceptos, si bien muchos de ellos constituyen una revisión parcial a fin de adaptarse a la introducción del euro; LO 20/2003, de 23 de diciembre (un mes después) de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal, donde se introducen tres nuevos preceptos: el artículo 506 bis (convocatoria “ilegal” de elecciones y referéndums), 521 bis (facilitar, promover o asegurar los descritos en el art. 506 bis) y 576 bis (financiación “ilegal” de asociaciones o partidos disueltos o suspendidos), derogados (afortunadamente) por el actual Gobierno por LO 2/2005, de 22 de junio de modificación del Código Penal al reconocer en su Exposición de Motivos que “las conductas recogidas en estos tipos penales no presentan las notas exigidas para proceder a su incriminación. La Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico ya cuentan con los instrumentos suficientes y adecuados para asegurar el respeto a la legalidad y a las instituciones democráticas y garantizar la convivencia pacífica de todos los ciudadanos”; LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la

## El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

nuevamente lo que ya de modo previo había sido reformado).<sup>103</sup> Al margen de la irracionalidad y el atentado a la seguridad jurídica (entre otros principios) que muchas (si no la mayoría) de estas reformas pueden implicar, lo cierto es que responden a las características del Derecho penal de la seguridad que se ha apuntado previamente; en ellas, el legislador se hace eco de las demandas sociales de una mayor seguridad, legislando a impulsos en materias que, presuntamente, implican alarma social. De hecho, la gestión estatal de la seguridad/inseguridad se caracteriza por el endurecimiento del control social como respuesta a la alarma social; endurecimiento que se manifiesta mediante reformas jurídicas de mayor corte represivo.

Señalaba que en estas propuestas de seguridad ciudadana, los ámbitos de donde procedían los “riesgos” y, consecuentemente, donde se exigía una mayor intervención del Estado, se centraban en la delincuencia organizada, la delincuencia violenta y/o sexual, y la delincuencia habitual,<sup>104</sup> y, curiosamente, éstos son los ámbitos a los que se refieren las reformas realizadas. Así, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, afirma que “la sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar”, o la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (ya la

propia denominación de la Ley es clara al respecto) donde se afirma que “la realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada”.<sup>105</sup>

Y esa intervención exigida por la sociedad se refería a tipos delictivos ya existentes, estableciendo un incremento de penas y un adelantamiento de la intervención penal. Así se pone de relieve por la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, donde se señala que “la reforma penal pretende la adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, en los términos que se desprenden de las diferentes propuestas parlamentarias y de acuerdo con las más acutantes preocupaciones sociales, con el fin de conseguir que el ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual”.

Tomemos por ejemplo la referencia a la *delincuencia profesionalizada* que se halla en la Ley Orgánica 11/2003, donde se produce un incremento desmesurado de la represión punitiva y en la restricción de los derechos y garantías, teniendo como elemento unificador la *reiteración* del comportamiento, o, lo que es lo mismo, la *habitualidad*. O, dicho de otro modo, se está castigando, no por la gravedad del hecho producido, como se verá, sino por la forma de vida que tiene el autor, y que consiste en que de una forma reiterada y duradera muestra su disposición a delinquir, defraudando así, persistentemente las expectativas normativas formuladas por el Derecho. Se trata por

salud y lucha contra el dopaje en el deporte que regula el delito de dopaje mediante la introducción del artículo 361 bis; LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica el Código penal en materia de Seguridad vial. Y, por si aún no resultaban suficientes, el 14 de julio de 2006 se aprobó en Consejo de Ministros un Anteproyecto de reforma del Código penal que afectaba a numerosos preceptos, que no llegó a ser aprobado, pero que fue sustituido por otro Anteproyecto en noviembre de 2008 que aún se encuentra en tramitación.

<sup>103</sup> Así, por ejemplo, en materia de Violencia doméstica, se han producido sucesivas reformas: LO 11/1999, de 30 de abril, de Modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal; LO 14/1999, de 9 de junio, de Modificación del Código Penal en materia de Protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de Seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; y, por último (?), LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género.

<sup>104</sup> Como podemos apreciar, nada tienen que ver estos ámbitos señalados, con los propios del moderno Derecho penal, y de la expansión del mismo, esto es, orden económico, medio ambiente, fraudes alimentarios o de medicamentos, corrupción, etc.

<sup>105</sup> Continúa afirmando la mencionada Exposición de Motivos que “son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada”; claro que la pregunta es evidente en mi opinión: ¿adecuada a qué? ¿adecuada al desvalor del hecho cometido? ¿adecuada a la vivencia subjetiva de la víctima? ¿adecuada a la forma de vida del autor? ¿adecuada a los intereses políticos de turno? La respuesta a esta pregunta nos permitirá determinar en qué tipo de sistema nos encontramos. Si la adecuación se refiere al primero de los supuestos, es decir, al hecho que se realice, estaríamos ante un Derecho penal respetuoso de los principios y garantías penales; desgraciadamente, no es a ese supuesto al que se refiere esa adecuación.

tanto de analizar la *actitud del autor*, que tiene una *inclinación o tendencia* al delito, que pone de relieve su *peligrosidad criminal*. Se trata, como puede verse, de la primera de las características que señalábamos respecto del Derecho penal del enemigo, y que podemos constatar claramente cuando la reforma de la LO 11/2003 convierte en delito de hurto, castigado con pena de prisión, la realización en un año de cuatro faltas contra la propiedad, siempre que el montante total sea superior a 400 euros. De este modo, se castiga a quien ha convertido la delincuencia de poca monta contra la propiedad ajena en *modo de vida*,<sup>106</sup> lo que claramente constituye una reacción desproporcionada de las clases más desafortunadas económica y socialmente, esto es, de los marginados sociales, que no encuentra base alguna ni en la gravedad del hecho realizado ni en el del resultado producido, sino, exclusivamente, en que es el comportamiento habitual del autor del mismo.<sup>107</sup> Se trataría, por tanto, de dar una respuesta que determine la “inocuic平ación del peligroso”, planteamiento totalmente incompatible con los derechos y garantías que informan el Estado de Derecho.<sup>108</sup>

Esta *habitualidad*, también se puede referir, no a la forma de vida del autor, sino a la concreta *per-*

*sonalidad* del mismo, retornando de este modo a un rechazable *Derecho penal de autor*,<sup>109</sup> en el que la única validez del hecho realizado es tomarlo como síntoma o indicio de la personalidad de su autor,<sup>110</sup> por cuanto su gravedad es absolutamente irrelevante, como es el caso del artículo 147 del Código Penal, en el que en forma similar a como se señalaba en el párrafo anterior, la reiteración de cuatro faltas de lesiones en el plazo de un año, eleva la conducta a delito de lesiones. Las observaciones formuladas son plenamente trasladables a este punto. Resulta evidente que cada día estamos más cerca de la famosa fórmula estadounidense de *three strikes and you're out*, y que constituye una de las metas principales de cualquier sistema jurídico exclusivamente encaminado a la consecución de la seguridad ciudadana, a costa de lo que sea.

Pero es que, además, estos tipos penales provocan una notoria vulneración de los derechos y garantías constitucionalmente consagrados por cuanto de la redacción de los mismos se desprende que esta reiteración de comportamientos no se basa en condenas previas (por el contrario, el caso de la *reincidencia* se trata específicamente en las reformas), sino en la mera “constancia”(?) de que el sujeto haya realizado en

<sup>106</sup> Como acertadamente señala Muñoz Conde, “Las reformas de la parte especial ...”, *op. cit.*, p. 6, no se trata de un supuesto de delito continuado, no sólo porque no se dan los presupuestos que exige el art. 74 del Código penal, sino porque pueden ser infracciones aisladas sin ningún tipo de relación personal, temporal o espacial entre sí.

<sup>107</sup> Así afirma Muñoz Conde (*ibidem*) que constituye una “criminalización de la pobreza” que raya en los límites de lo que fue la Ley de Peligrosidad Social franquista, justamente derogada por el Código Penal de 1995 a causa de su incompatibilidad con el Estado de Derecho, para continuar afirmando que “ahora en lugar de una peligrosidad sin delito como presupuesto de aplicación de una medida, se convierte la peligrosidad derivada de la realización por cuatro veces de hurtos de escasa gravedad en el plazo de un año, en presupuesto de la aplicación de una pena de prisión de 6 a 18 meses, en el caso del hurto simple, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito, es decir, a 400 euros (art. 234.2)”.

<sup>108</sup> En esta línea, afirma Zaffaroni, *El enemigo en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 19, que “la privación de libertad —o la deportación— de una persona en razón de un cuarto o quinto delito de gravedad leve o media contra la propiedad, cuando ha sido condenada y ha cumplido pena por los anteriores, es una reacción totalmente desproporcionada a la entidad de su injusto y de su culpabilidad”. Y precisamente esto ocurre en nuestra legislación en relación con la “conversión” de cuatro faltas de hurto en delito de hurto, por cuanto la aplicación de la pena de prisión que conlleva el delito de hurto, en el caso de extranjeros no residentes legalmente en España, no puede ser suspendida condicionalmente, ni sustituida por otra, y puede determinar automáticamente su expulsión del territorio nacional, sin esperar a la resolución del correspondiente procedimiento administrativo (art. 89.1 del Código Penal).

<sup>109</sup> Esta misma tendencia se puede observar en la habitualidad descrita en el apartado 3º del artículo 173, que ha llevado a un sector doctrinal a considerar que lo que se describe es un “tipo de autor” psicópata o violento, aquejado de algún tipo de deterioro afectivo o psíquico, con lo que de nuevo se trata de un Derecho penal de autor, que implica el hacer descansar todo el desvalor del hecho más en la “habitualidad” que en la gravedad del hecho en sí mismo. Cfr. Muñoz Conde, “Las reformas de la parte especial...”, *op. cit.*, p. 9. Sobre la problemática derivada del término *habitualidad*, cfr. Núñez Castaño, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Valencia, 2002; Mendoza Calderón, “Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo art. 153 del Código Penal”, en Boldova Pasamar y Rueda Martín (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, y la bibliografía allí citada.

<sup>110</sup> Cfr. Muñoz Conde, “Las reformas de la parte especial...”, *op. cit.*, p. 8, donde afirma que “evidentemente, el legislador está pensando en personas pendencieras, de carácter agresivo que, sobre todo cuando consumen bebidas alcohólicas, suelen meterse en peleas y discusiones en las que muchas veces los contrincantes están en la misma o peor situación. Si el hecho, que se puede observar en discotecas, competiciones deportivas o en la misma calle, no pasa de unos golpes o malos tratos o de causar unas lesiones que ni siquiera requieren de tratamiento médico o quirúrgico, no se entiende muy bien, por lo menos desde el punto de vista de un coherente ‘Derecho penal del acto’, por qué debe ser castigado más gravemente como reo de un delito que tiene asignada una pena de prisión de hasta tres años”.

## El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

el plazo de un año la acción descrita en el tipo. Pero lo más grave no es este hecho de absoluta inseguridad o indefensión (¿quién da constancia de esas acciones?, ¿los “antecedentes policiales”? , ¿la mera denuncia?, ¿la detención?), lo realmente grave es que, lo que a algunos nos alarma sobremanera, porque implica una clara vulneración de los principios básicos en un Estado de Derecho, el legislador lo emplea como justificación de su intervención. Así, la Exposición de motivos de la ley analizada establece como una conquista loable el hecho de que en la reforma “se reconocen medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados”. ¿Y si, no son juzgados nunca? ¿Y si se demuestra que son falsos, que no es el autor? ¿Y si siendo juzgados, es absuelto, o se sobresee el procedimiento? En estos casos, ya no existe un hecho, por muy leve que sea, que atribuirle, entonces ¿qué es lo que realmente estamos sancionando?

Y todavía sigue *in crescendo* la intervención del legislador en relación con la forma de vida o personalidad del autor de los comportamientos, cuando en el artículo 66. 5º, tras la reforma de 2003, se recoge una hiperagravación de la pena, en el caso de reincidencia (aquí sí sobre la base de condenas anteriores) cuando “concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean

de la misma naturaleza”, permitiendo en estos casos la aplicación de la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, lo cual representa un salto cualitativo (y obviamente cuantitativo) en la sanción penal, que resulta difficilmente justificable desde un Derecho penal del hecho, y se basa más en lo que se denominó “delincuencia de tendencia”.<sup>111</sup>

Son muchos más los ejemplos en los que se puede apreciar esta tendencia del legislador a criminalizar modos de vida o personalidades de los sujetos, y entre ellas se encuentra la de conductas que constituyen meros comportamientos “inmorales” sobre todo en el ámbito sexual y de menores,<sup>112</sup> que no reúnen, en sí mismos, aptitud idónea de lesionar el bien jurídico en cuestión; es el caso del delito de posesión, *para su propio uso*, de material pornográfico en cuya elaboración (en la cual no ha participado el sujeto que lo posee) se haya utilizado a menores de edad y/o incapaces.<sup>113</sup> De este modo, lo que se está castigando es una especie de *favorecimiento indirecto* de la pornografía de menores, sobre la base de que está se realiza porque hay quien la consume, que contribuye igualmente a la comisión del hecho. Sin embargo, por muy reprochable que sea este tipo de comportamiento desde el punto de vista moral o social, desde luego jurídicamente es difícilmente sostenible su legitimidad como tipo penal, por cuanto se está criminalizando (por su comportamiento y/o hábitos sexuales) a quien no ha participado directamente en la lesión del bien jurídico que se está protegiendo, es decir, no ha participado en la elaboración del material pornográfico

<sup>111</sup> Cfr. En este sentido, Muñoz Conde, “Las reformas de la parte especial...”, *op. cit.*, p. 7, donde afirma que con estas regulaciones se vuelve a normas de la dictadura franquista que fueron derogadas ya en los inicios de la transición democrática, que permitían (y ahora vuelven a permitir) que se impusiera la pena superior en grado a la correspondiente al delito, sin otra razón que la de una presunta mayor peligrosidad subjetiva del que ya anteriormente había sido condenado por haber cometido el mismo delito. Sigue afirmando el mencionado autor que este criterio, justamente criticado por la mayor parte de la doctrina, que incluso ha llegado a cuestionar la constitucionalidad del mismo y su compatibilidad con el principio de culpabilidad por el hecho, se ha utilizado siempre por los Estados autoritarios para incrementar la represión punitiva de los marginados sociales que cometen delitos de escasa gravedad, y tiene sus orígenes en la figura del *delinquente per tendenza* del Código Penal fascista italiano, y en la del *Gewohnheitsverbrecher* de la Ley sobre el delincuente habitual, que fue una de las primeras medidas que adoptó el régimen nacionalsocialista alemán para imponer el “internamiento en custodia de seguridad”, es decir, en *lager* o campos de concentración por tiempo indefinido, a los habituales, incluso en delitos de escasa gravedad, como hurtos.

<sup>112</sup> La alarma creada con el aparente incremento de los abusos sexuales de menores y la utilización de Internet para difundir pornografía infantil provocaron en 2003 una serie de reformas del Código Penal, precedidas por la introducción en 1999 del delito de corrupción de menores. En realidad, como afirma Muñoz Conde, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 94, “se hace difícil imaginar una corrupción que no sea un delito de agresión sexual, abuso sexual, exhibicionismo, difusión de material pornográfico, favorecimiento de la prostitución o utilización de un menor en espectáculos pornográficos, hechos todos constitutivos de otros tipos delictivos ya convenientemente sancionados en otros preceptos del Código Penal. Pero el legislador, en su afán de no dejar ningún hueco en la protección de la indemnidad sexual del menor o incapaz, ha dejado en manos del juzgador una peligrosa arma que éste puede utilizar para penalizar cualquier comportamiento que, a su juicio, aunque no esté comprendido en los supuestos expresamente previstos en anteriores delitos, deba ser castigado”.

<sup>113</sup> Artículo 189, 2 del Código Penal, introducido en su actual redacción por la Ley Orgánica 15/2003, de 29 de septiembre.

en sí.<sup>114</sup> Y resulta muy discutible afirmar que el visionado o la posesión para el consumo de este tipo de material lesione el bien jurídico libertad o indemnidad sexual, sino que éste ya se ha visto lesionado por la conducta previa de elaboración en la cual no participa el consumidor.<sup>115</sup> De este modo, se evidencia la influencia del Derecho penal del enemigo en esta regulación donde, a través de la presunta protección de un bien jurídico inexistente, se solapa la persecución de una tendencia sexual determinada que, “por muy aberrante que pueda parecer, no es *per se*, esto es, en cuanto tal tendencia, una conducta susceptible de merecer sanción penal”.<sup>116</sup>

A pesar de lo grave que pueda parecer esta vulneración de los principios básicos del Derecho penal, queda, incluso, difuminada cuando nos enfrentamos a la regulación realizada en el artículo 189, 7 del Código Penal en el que se castiga la producción o difusión de material pornográfico en el que “no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada”. Y aquí es donde ya no se entiende nada, si no es desde el planteamiento del Derecho penal del enemigo consistente en la sanción e inocuización de los que tengan determinadas tendencias consideradas “inmorales” por el legislador de turno, en este caso concreto, tendencias

pederastas. Porque, si no se utilizan directamente menores e incapaces, puesto que de utilizarlos estaríamos ante un supuesto del artículo 189 1 b), resulta obvio que los actos realizados (esto es, la producción o difusión del material pornográfico) en modo alguno incide sobre el menor o incapaz, y, en consecuencia, difícilmente puede lesionar bien jurídico alguno que se predique de estos.<sup>117, 118</sup>

Es aquí donde adquieren pleno sentido las palabras de Faraldo Cabana<sup>119</sup> al afirmar que “la función que cumple la estigmatización de un grupo de ciudadanos como enemigos, por tanto como no-personas que dejan de pertenecer a la comunidad de la que se han separado por propia voluntad, es permitir reacciones desproporcionadas frente a conductas que, con independencia de su mayor o menor lesividad en el caso concreto, afectan a elementos particularmente sensibles de la imagen que la sociedad ha construido de sí misma”.

Podemos seguir constatando la presencia de las características descritas para el Derecho penal del enemigo en las recientes reformas penales; así, como ejemplo de la anticipación de la intervención del Derecho penal a supuestos que se encuentran claramente alejados de la potencial lesión del bien jurídico, e incluso de un presunto peligro para el

<sup>114</sup> Así, afirma Ramos Vázquez, “Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, *op. cit.*, p. 111, que “la persecución del pedófilo supera los límites admisibles en un Derecho penal democrático, entroncando con regulaciones propias, efectivamente, de un ‘Derecho penal del enemigo’”.

<sup>115</sup> La introducción de estos tipos penales ha sido ampliamente discutida por la doctrina. Así, a favor de este tipo de regulación se ha pronunciado Gimbernat Ordeig: “el adquiriente de pornografía infantil, por una parte, y cada vez que pasa en el video las imágenes reproducidas (a veces de menores de 5 o 6 años, o, incluso, de bebés) perpetúa el ataque a la libertad y a la dignidad de los niños que han sido grabados previamente, y, por otra parte, contribuye al mantenimiento y expansión de una nueva y degradante *«industria»* que tiene como objeto y presupuesto la comisión de gravísimos delitos sexuales contra niñas y niños, pues aquélla sólo puede desarrollarse sobre la base de que el material filmado va a generar beneficios, encontrando compradores”, *cfr.* “La reforma de los delitos sexuales”, en *Prólogo al Código penal*, 5<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1999, pp. 18 y 19. Críticamente, en contra de esta regulación, Tamarit Sumalla, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Pamplona, 2000; Ramos Vázquez, “Del otro lado del espejo...”, *op. cit.*, pp. 112-115, quien se plantea si realmente existe en estas conductas una auténtica lesividad respecto del bien jurídico protegido y afirma que la repulsión que dichos comportamientos produzcan no debe representar un argumento a favor de la penalización de quien, sin haber participado en los hechos grabados, satisface sus impulsos sexuales *visionándolos*. Este último autor afirma, acertadamente, que “argumentos de índole emocional, si se me permite la expresión, deben quedar fuera de la reflexión penal, pues de lo contrario, como considero que sucede en el presente caso, se castiga una tendencia sexual (o trastorno sexual, o parafilia) en vez de una auténtica lesión de un bien jurídico”, *últ. op. cit.*, p. 113.

<sup>116</sup> *Cfr.* Ramos Vázquez, “Del otro lado del espejo...”, *op. cit.*, p. 113.

<sup>117</sup> *Cfr.* Muñoz Conde, “Las reformas de la parte especial...”, *op. cit.*, p. 10.

<sup>118</sup> Un último ejemplo, para no extendernos más sobre el tema, de la vuelta del Derecho penal de autor, lo constituye la reintroducción del delito de proxenetismo en el art. 188.1 del Código Penal, al castigar al que lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. Se trata de penalizar la forma de vida de un determinado sujeto o tipo de autor (el proxeneta o chulo), al que se sanciona por cómo se “gana la vida”, incluso aunque cuente con el “benéplácito” de quien se dedica al ejercicio de la prostitución. Y ello, al margen de, tal como señala Muñoz Conde, *últ. op. cit.*, p. 11, suponer un paternalismo desmedido, implica una vulneración del principio de protección de bienes jurídicos, por cuanto la libertad de alguien (sexual o no) sólo se puede lesionar si la persona en cuestión no otorga su consentimiento (ya sea por inexistencia o porque se encuentre viciado); en caso de otorgarlo libremente, no sólo no se lesionaría la libertad, sino que supone un libre ejercicio de la misma. Quizás sea el legislador quien con este tipo de regulaciones lesione la libertad de la persona prostituida al no dejarla decidir libremente qué quiere hacer con su propia libertad sexual.

<sup>119</sup> *Cfr.* Faraldo Cabana, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales...”, *op. cit.*, p. 311.

## El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

mismo, podemos señalar los supuestos de apología del genocidio (art. 607, 2 del Código Penal) o la modificación del artículo 578 en el cual se regula ahora una especie particular de “apología del terrorismo”, que permite prescindir del elemento de “incitación directa a la comisión de delitos” esencial en la apología,<sup>120</sup> para configurarse como una apología “menos rigurosa” en la que sería suficiente con que de la acción se derive un riesgo genérico, indirecto o circunstancial, apto para la creación de un clima de aceptación social del terrorismo. Entiendo que esta interpretación no puede ser aceptada desde un Estado de Derecho; y tales comportamientos o manifestaciones, por más repulsa moral, social o política que merezcan, no expresan sino opiniones o creencias, especialmente rechazables en el momento en que son formuladas, pero que tienen perfecta cabida en el marco del ejercicio legítimo de la libertad de expresión.<sup>121</sup>

Esta transmisión de los parámetros del Derecho penal del enemigo a las reformas penales de los últimos tiempos no se reduce a constatar las primeras de las características mencionadas del Derecho penal del enemigo (es decir, atender a la forma de vida o circunstancias personales del autor, o la anticipación de la intervención penal), sino que podemos ver reflejados todos los demás aspectos del mismo. Así, por ejemplo, se producen supuestos de penas *dramáticas y claramente desproporcionadas* respecto del hecho cometido en el ámbito del narcotráfico y los delitos de terrorismo, ámbito este último donde se pueden alcanzar penas de hasta 30 años de prisión por la realización de un único hecho delictivo; o como el artículo 318 bis, que permite imponer pe-

nas de hasta 15 años (límite máximo del homicidio y mínimo del asesinato) en el caso de tráfico ilegal de personas cuando el propósito fuera la explotación sexual de las mismas, se realice con ánimo de lucro y el culpable perteneciera a una asociación u organización, incluso de carácter transitorio, que se dedicara a ello. Ante esta situación, concuerdo con Muñoz Conde,<sup>122</sup> en que a los miembros de estas organizaciones, a los que se dedican a transportar a estas personas ilegalmente, les podría salir más rentable matarlos.

En esta misma línea de dureza (extrema) lo representa el aumento del límite máximo de duración de la pena privativa de libertad en el concurso real de delitos que pasa a los 40 años, que en la práctica va a implicar que nos encontremos ante un supuesto solapado de “prisión perpetua”,<sup>123</sup> sobre todo unido a la posibilidad o dificultad extrema de determinados colectivos de delincuentes de acceder al tercer grado y a la libertad condicional.

## VI. Conclusiones

Como se ha podido comprobar, no es un hecho aislado la transmisión de las características del Derecho penal del enemigo a nuestra legislación; por el contrario, se está convirtiendo en la pauta general de actuación. De este modo, bajo el discurso de que el Derecho penal no puede (ni debe) quedarse anquilosado ante las continuas evoluciones de la sociedad, se está introduciendo una tendencia a acallar las protestas sociales, recurriendo a primar la seguridad, de modo que se desplace (*¿elimine?*) todo lo que, de alguna manera, pueda suponer un peligro o distorsión para los miembros de la misma.

<sup>120</sup> Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/1986 establecía que la apología deberá ser entendida como apta e idónea para poner en peligro el bien jurídico, en la medida en que pueda determinar a otros a la comisión de un delito. Sobre esta base, quedaban al margen de la apología recogida en el artículo 18 del Código Penal, comportamientos como la asunción, defensa, reivindicación, enaltecimiento o justificación de la actividad armada o de alguno de los miembros de la organización terrorista, que no encajaban en la definición legal.

<sup>121</sup> En este sentido, afirma la Sentencia de nuestro Alto Tribunal núm. 199/1987, de 16 de diciembre, que “la manifestación pública, en términos de elogio o de exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades, ni entenderse en todos los casos como inductora o provocadora de tales delitos”. Y de la emisión de opiniones se trata en este precepto, aspecto reconocido por el Tribunal Supremo que en el Auto de archivo de la querella contra Otegi por proferir “vivas” a ETA, de 23 de mayo de 2002, se refiere al artículo 578 como un *delito de opinión*, afirmando que “versa sobre otro delito distinto, o delito-objeto: el de terrorismo, con el que no puede confundirse. De no ser así, esto es, si la apología del terrorismo fuera también delito de terrorismo, tendría que ser tratado de igual modo como delito de apología la apología del terrorismo, lo que conduciría directamente al absurdo”. Deberíamos preguntarnos desde cuándo las opiniones son criminalizables en un Estado de Derecho y, de ser así, lo que deberíamos es cuestionarnos si efectivamente estamos ante un Estado de Derecho.

<sup>122</sup> Cfr. Muñoz Conde, “Las reformas de la parte especial...”, *op. cit.*, p. 18.

<sup>123</sup> En este mismo sentido, Muñoz Conde, “¿Hacia un Derecho penal del enemigo?”, *El País*, 15 de enero de 2003; Maqueda Abreu, “Crítica a la reforma penal anunciada”, *Jueces para la Democracia*, núm. 47, julio de 2003, p. 9, n. 33; Faraldo Cabana, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales...”, *op. cit.*, p. 318.

La reforma de las leyes penales no puede ni debe utilizarse como un medio para acallar la indignación social ni para manifestar que el legislador está identificado con determinadas preocupaciones de los ciudadanos; por el contrario, una modificación del ordenamiento jurídico-penal sólo procede si realmente es necesaria, esto es, si existen lagunas o contradicciones en nuestras normas y siempre que la Constitución permita el recurso al Derecho penal en relación con esa necesidad.

Desde este prisma es evidente que la legislación penal no puede responder a motivos oportunistas o electorales, y que su única o principal función no es la de tranquilizar a la opinión pública, entre otras cosas porque la “intranquilidad de la opinión pública” no constituye, en mi opinión, suficiente fundamento como para plantearse una reforma legislativa en materia penal.

Por el contrario, la legislación y, con mayor motivo, la legislación penal, por la gravedad de sus consecuencias, debe responder a un fundamento jurídico que radica en la constatación, por un lado, de la existencia de un bien jurídico merecedor y necesitado de protección y, por el otro, de la inexistencia o deficiencia en la protección de ese bien jurídico o de algún aspecto relevante del mismo; todo ello, desde el más absoluto respeto a los principios constitucionalmente consagrados. Lo que nunca debe perderse de vista es que ni siquiera el más atroz de los comportamientos justifica que, en un Estado de Derecho, se renuncien, obvien, manipulen o apliquen de modo discriminado las garantías constitucionales que reconoce el mencionado texto legal a todos los ciudadanos.

Y en este punto, el Derecho penal del enemigo representa, en mi opinión, una clara amenaza para los principios y garantías del Estado de Derecho, sobre todo cuando el acento de la intervención penal se hace radical exclusivamente en metas como la “eficacia” o “utilitarismo”, abandonando aquellas otras que radicaban en el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos (de todos, los delincuentes y los no delincuentes).<sup>124</sup>

<sup>124</sup> Como señala Zaffaroni, *El enemigo en Derecho penal*, op. cit., p. 184, “...es un grosero error creer que el llamado discurso de las garantías es un lujo al que se puede renunciar en los tiempos de crisis y menos aún considerar que se trata de una tesis conservadora; por el contrario, por un lado debemos prevenirnos contra las reformas promovidas por las burocracias que se alimentan de la emergencia de turno presentándolas como postmodernas y, por otro, debemos cuidar ese discurso porque en los tiempos de crisis es la única garantía posible de la eficacia que puede pedírsela al Derecho penal y al poder punitivo”.

<sup>125</sup> Cfr. Muñoz Conde, “Las reformas de la parte especial...”, op. cit., p. 29.

<sup>126</sup> Así, afirma Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 807 y ss., que el subsistema penal de excepción es la expresión de la prevalencia de la *razón de Estado* frente al *Estado de Derecho*.

<sup>127</sup> Cfr. Ferrajoli, “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de Derecho”, en *Nueva doctrina penal*, 1998, p. 71.

<sup>128</sup> Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 33.

Con penas desmesuradas, con el recurso abusivo al Derecho penal, empleándolo más allá de lo que resulta permisible, con las restricciones y limitaciones de los derechos y garantías constitucionales, es posible que, como afirma Muñoz Conde,<sup>125</sup> se pueda luchar “eficazmente” contra el *enemigo*, pero lo que sí es seguro es que con ello se está abriendo una puerta por la que pueden colarse, sin darnos cuenta, un Derecho penal de cuño autoritario, tan incompatible con el Estado de Derecho como lo son las legislaciones excepcionales de las más brutales dictaduras.

Entiendo que, si no queremos retornar a épocas pretéritas, si no queremos retroceder en los logros conseguidos en relación con los derechos y libertades individuales, con los fundamentos de un Estado de Derecho, en ese conflicto entre *libertad* y *seguridad*, no podemos permitir que la balanza se decante exclusivamente a favor de la última; no podemos permitir que los términos *eficacia* y *útil* sean los únicos que inspiren la intervención penal, porque nos pueden conducir a planteamientos maquiavélicos de “el fin justifica los medios”, difícilmente compatibles con el Estado de Derecho.<sup>126</sup>

O como manifiesta Ferrajoli,<sup>127</sup> “para la crisis del Derecho no existe otra respuesta que el Derecho mismo. Esto es así, puesto que el actual paradigma garantista del constitucionalismo democrático no sólo expresa un modelo de Derecho y de Estado, sino también un modelo de democracia, y por ello lo sostiene la fuerza de la razón y de los valores de la libertad, igualdad y justicia”.

Sin embargo, la realidad es demoledora: la tendencia legislativa en la intervención penal, cada vez se acerca más a los términos de lo *útil*, y abandona los parámetros de lo *justo* y lo *humano*. Resulta innegable que corren “malos tiempos para un Derecho penal liberal, garantista y de inspiración humanista, que se había ido introduciendo poco a poco y a duras penas, como modelo ideal de regulación de la convivencia social”.<sup>128</sup>

## Bibliografía

- Ambos, “Feindstrafrecht”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 124, 2006.
- Beck, *La sociedad de riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. Navarro, Jiménez y Borrás, Barcelona, 1998.
- Boix Reig, Orts Berenguer y Vives Antón, *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989.
- Brandariz García, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en Faraldo Cabana (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la Globalización*, Valencia, 2004.
- \_\_\_\_\_, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, en *Retos de la política criminal actual. Revista Galega de Seguridade pública*, segunda época, núm. 9. Xunta de Galicia.
- Cancio Melia, “¿Derecho Penal del enemigo?”, en Jakobs y Cancio, *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, 2003.
- Cuerda Rieu, “Contribución a la polémica sobre el delito publicitario”, *Estudio sobre consumo*, núm. 35, 1995.
- \_\_\_\_\_, “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, 2001.
- Demetrio Crespo, “El Derecho penal del enemigo Darf nich sein. Sobre la ilegitimidad del llamado “derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad”, *Revista General del Derecho penal*, núm. 4, noviembre de 2005, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).
- Díaz Pita y Faraldo Cabana, “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código Penal de 1995”, *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 7, 2002.
- Díez Ripollés, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revisa electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 07 de enero de 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>.
- \_\_\_\_\_, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Actualidad Penal*, núm. 1, 1-7 enero de 2001.
- Eser, “Consideración final de Albin Eser”, trad. de Mª del Carmen Gómez Rivero, en Muñoz Conde (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004.
- Faraldo Cabana, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo Cabana (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004.
- Ferrajoli, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995.
- \_\_\_\_\_, “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de Derecho”, en *Nueva doctrina penal*, 1998.
- Gerber, “Direito penal do inimigo: Jakobs, nazismo e a vella estória de sempre”, en *Novos rumos do Direito penal contemporâneo. Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cesar Roberto Bitencourt*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2006.
- Gimbernat Ordeig, “La reforma de los delitos sexuales”, en *Prólogo al Código Penal*, 5<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 1999.
- Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003.
- \_\_\_\_\_, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, *Revisa electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 07 de febrero de 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>.
- Hassemer, “Crisis y características del Derecho penal moderno”, en *Actualidad penal*, 1993-2.
- \_\_\_\_\_, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, 1991.
- \_\_\_\_\_, “El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz”, en *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. Díaz Pita y Muñoz Conde, Valencia, 1999.
- \_\_\_\_\_, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, *Revisa Penal*, Huelva, 1997.
- \_\_\_\_\_, “Viejo y nuevo Derecho penal”, en *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. Muñoz Conde y Díaz Pita, Valencia, 1999.
- Hassemer y Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología*, Valencia, 2002.
- Jakobs, “Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997.
- \_\_\_\_\_, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft von den Herausforderungen der Gegenwart”, en Eser, Hassemer y Burkhardt, *Die deutsche*

- , *Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, C.H.Beck, 2000, con versión en español, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, en Muñoz Conde (coord.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004.
- , “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Jakobs y Cancio Melia, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.
- , “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en VVAA, *Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia 1999. Estudios de Derecho Judicial*, 20, Madrid, 2000.
- Larrauri Pijoan, “El populismo punitivo... y cómo resistirlo”, *Jueces para la Democracia*, núm. 55, 2006.
- Maqueda Abreu, “Crítica a la reforma penal anunciada”, *Jueces para la Democracia*, núm. 47, julio 2003.
- Martínez-Bujan Pérez, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en Díez Ripollés, Romeo Casabona, Gracia Martín y Higuera Guimerá (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.
- Mendoza Buergo, “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad de riesgo”, en Agra, Domínguez, García Amado, Hebberecht y Recasens (eds.), *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, 2003.
- , *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, Madrid, 2001.
- Mendoza Calderon, “Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo art. 153 del Código Penal”, en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Boldova Pasamar y Rueda Martín (coords.), Barcelona, 2006.
- Muñagorri Laguia, “Acerca de las reformas del 2003 al Código Penal español”, en *Nueva doctrina penal*, 2003.
- Muñoz Conde, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo”, en *Retos de la política criminal actual. Revista Galega de Seguridade pública*, segunda época, núm. 9, Xunta de Galicia.
- , “Las reformas de la Parte Especial del Código Penal español del 2003, de la tolerancia cero al Derecho penal del enemigo”, *Revista General del Derecho penal*, núm. 3, mayo de 2005, Iustel, www.iustel.com.
- , “¿Hacia un Derecho penal del enemigo?”, *El País*, 15 de enero de 2003.
- , “Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre el “Derecho penal del enemigo”, *Revista Penal*, núm. 18, Julio de 2006.
- , “El nuevo Derecho penal autoritario”, en Octavio de Toledo y Ubieto, Gurdiel Sierra y Cortés Bechiarelli (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004.
- , “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”, *DOXA*, núm. 15/16, 1994.
- , *De nuevo sobre el “derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, 2005.
- , *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia, 2000.
- , “El “moderno” Derecho penal en el nuevo Código Penal. Principios y tendencias”, *La Ley*, 1996.
- Núñez Castaño, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Valencia, 2002.
- Portilla Contreras, “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal penal del enemigo”, *Jueces para la Democracia*, núm. 49, 2004.
- , “El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en *Dogmática y Ley penal. Libro homenaje a Bacigalupo*, Madrid, 2004.
- Ramos Vázquez, “Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”, en Faraldo Cabana (dir.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, 2004.
- Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976.
- , *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4<sup>a</sup> ed., Múnich, 2006.
- Sánchez García de Paz, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Interambio Editorial, 1999.
- Schünemann “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, *ADPCP*, 1996.

## El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un “camino sin retorno” hacia el Derecho penal del enemigo?

Seelmann, “Societat de risc i pret penal”, *IURIS. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994.

Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política-criminal de las sociedades postindustriales*, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001.

Silva Sánchez, Felip Saborit, Robles Planas y Pastor Muñoz, “La ideología de la seguridad en la legislación española presente y futura”, en *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, 2003.

Tamarit Sumalla, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, Pamplona, 2000.

Von Bar, *Geschichte des deutschen Strafrecht und der Strafrechtstheorien*, Berlín, 1882 (reimp. Aaalen, 1992).

Zugaldía, “Seguridad ciudadana y Estado social de derecho”, en *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*, Valencia, 2004.

Zaffaroni, *El enemigo en Derecho penal*, Dykinson, 2006.



## Mandato de determinación de los tipos penales: una garantía en peligro



Alex van Weezel

Pontificia Universidad Católica de Chile

**RESUMEN:** En el escenario de un Derecho penal en expansión resulta indispensable volver a reflexionar sobre la vigencia real de la garantía de tipicidad o mandato de determinación de los tipos penales. Esta contribución analiza las dos fundamentaciones tradicionales de la garantía —la tesis subjetivista y la que concibe el mandato como una restricción adicional del poder punitivo del Estado—, y pone a prueba su capacidad de rendimiento a la luz de tres casos resueltos recientemente por el Tribunal Constitucional chileno. El análisis conduce a la conclusión de que sólo la segunda fundamentación preserva el núcleo de la garantía, mientras que la tesis subjetivista tiende a diluirla en consideraciones de cognoscibilidad de los deberes subyacentes a los tipos penales desde la perspectiva de un hombre medio. Este efecto resulta sólo intensificado cuando el procedimiento en el cual un Tribunal Constitucional está llamado a pronunciarse sobre la conformidad de una determinada ley con el mandato de determinación impide hacerse cargo de la individualidad de los acusados.

**PALABRAS CLAVE:** Principio de tipicidad, determinación de los tipos penales, ley penal en blanco, tipo penal con elementos normativos.

**ABSTRACT:** In a scenario of an expanding criminal law, it is essential to think again about the actual validity of the guarantee of typicality or order of determination of criminal types. This paper analyzes the two traditional foundations of the guarantee —the subjectivist thesis and the one that sees the order as an additional restriction of the punitive power of the state, and tests its ability to perform in the context of three cases recently solved by the Chilean Constitutional Court. The analysis leads to the conclusion that only the second foundation preserves the core of the guarantee, while the subjectivist thesis tends to dilute it through considerations of cognoscibility of the underlying duties in the criminal types from the standpoint of an average man. This effect is only intensified when the procedure in which a Constitutional Court is asked to rule on the compliance of a particular law with the order of determination prevents the individuality of the accused from being addressed.

**KEY WORDS:** Criminality principle, determination of the criminal types, blank criminal law, criminal type with normative elements.

**SUMARIO:** 1. El fundamento del principio de tipicidad. a) La tesis de la “certeza subjetiva”. b) La tesis limitativa. 2. El caso Deberes Militares (Rol 468). 3. El caso ADN (Rol 1973). 4. Rol 2154 (la impugnación del art. 492 del Código Penal). 5. Breve conclusión.

## Mandato de determinación de los tipos penales: una garantía en peligro

En lo que interesa a esta contribución, “tipicidad” es el principio jurídico —que en Chile tiene rango de garantía constitucional— según el cual para que el Estado pueda imponer un castigo a un ciudadano, tiene que existir un precepto legal que defina en forma suficiente la conducta amenazada con tal castigo. También se conoce como “mandato de determinación de los tipos”.

Por fortuna o por desgracia, la configuración concreta del principio de tipicidad en el ordenamiento jurídico chileno no ha sido realizada principalmente por los jueces penales, sino por la judicatura constitucional a partir del control preventivo y de las sentencias recaídas en procedimientos de inaplicabilidad por violación del artículo 19 de la Constitución Política. A ella se debe el establecimiento real, y no meramente declarativo ni implícito o “virtual”, de algunos criterios básicos en materia de determinación. Como se verá, esto no pasa de ser un comienzo, pues en no pocos casos el razonamiento de las sentencias de inaplicabilidad no calza del todo con el rechazo de las acciones intentadas. Pero al menos la magistratura constitucional ha aceptado un desafío que la jurisdicción penal llevaba décadas sin enfrentar.

Este desafío es apremiante si se tiene en cuenta el estado actual de la política criminal. Es un hecho que el principio de legalidad nunca ha reivindicado vigencia efectiva cuando se trata de injusticias muy graves —piénsese en la fórmula de Radbruch sobre la vigencia del Derecho positivo injusto—, pero ocurre que la exigencia de una *legis certae* se encuentra especialmente cuestionada en estos tiempos de expansión del Derecho penal. Mientras la retórica garantista exalta y proclama el principio de determinación de los tipos, el legislador recurre sin necesidad a elementos normativos de compleja interpretación (“incompletos”, en la mente —no el lenguaje— de Erik Wolf);<sup>1</sup> se tipifica ampliamente conductas consideradas actos preparatorios para obviar la distinción entre éstos y el comienzo de la tentativa, con la consiguiente anticipación de la punibilidad; se tipifica genéricamente

como autoría conductas que de otro modo serían consideradas simple complicidad; se sustituye el dominio de la conducta típica por el dominio del contexto (o incluso de algunos elementos del contexto) en que se realiza la conducta típica; se establece deberes penales genéricos de impedir que terceros autorresponsables cometan delitos (la Ley 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, por ejemplo, no comprende un verbo rector en el tipo penal que establece); etc. Estas y otras manifestaciones expansivas, a las que se suma la acelerada tipificación de nuevas conductas, ya no son simplemente el resultado de una serie de presiones políticas de distinto signo, sino que cuentan también con respaldo en parte de la doctrina, también en Chile. Por lo tanto, sería ilusorio pensar que el principio es capaz de contener *por sí solo* las demandas por una legislación real o simbólicamente “eficaz”. Sin embargo, el *nullum crimen* es pieza clave para una autocomprensión restrictiva del Estado sancionador, aparte de servir como advertencia y control de racionalidad de las leyes.

En esta contribución se pretende, en primer lugar, esbozar qué se requiere para que el principio de tipicidad cumpla realmente su función. Para ello, es preciso llamar la atención sobre dos fundamentaciones posibles del principio de determinación de los tipos penales que conviven de un modo aparentemente armonioso en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia, pero que en realidad conducen a consecuencias contradictorias en los casos verdaderamente complejos. Luego quisiera detenerme en tres casos concretos, en los cuales el Tribunal Constitucional chileno (TC) se vio obligado a optar entre ambas fundamentaciones, o al menos a tomar posición sobre la disyuntiva. En el primero de ellos, no resulta claro si advirtió a cabalidad la existencia de la contradicción; en el segundo, optó en forma contundente por una de las alternativas —la menos garantista—, mientras que en el tercero se advierte una mayor conciencia del problema y el claro retorno de algunos jueces a la fundamentación más garantista, si bien en el voto de minoría.

<sup>1</sup> E. Wolf, “Der Sachbegriff im Strafrecht”, en Otto Schreiber (ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts* (1º de octubre de 1929), tomo V: Strafrecht und Strafprozess (Walter de Gruyter, Berlín), pp. 54 y ss. Wolf precisa que cuando habla de la apreciación “subjetiva” no se refiere “al saber subjetivo del individuo, sino sólo al sentido social que descubre interiormente el hombre preocupado de juzgar conforme a derecho” (E. Wolf, *Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts*, F. Hirt Breslau, 1931, p. 60). Naturalmente, se trata de una cuestión de grados: mientras “cónyuge” (art. 390) es un elemento normativo muy completo, “convíviente” (art. 390) lo es menos, y menos aun lo es “grave escándalo” (art. 373). Las citas de artículos sin otra especificación corresponden al Código Penal chileno.

## 1. El fundamento del principio de tipicidad

¿Para qué establecer una garantía como la que se expresa en el principio de tipicidad? El Derecho civil no conoce una institución semejante en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, y ello no ha provocado que se termine condenando habitualmente a pagar indemnizaciones a sujetos que no son responsables. Como la condena presupone siempre la imputación del daño, una buena teoría de la imputación podría ser suficiente para impedir que se haga cargar al inocente con lo que no le compete. Incluso en el ámbito penal, la cultura jurídica no parece haber encontrado demasiados problemas para convivir con normas como el artículo 490 del Código Penal, que sanciona nada menos que al que “ejecuta un hecho” temerariamente imprudente, con resultado de lesión o muerte de otras personas.<sup>2</sup>

### a) La tesis de la “certeza subjetiva”

Las explicaciones que se han dado para responder a la pregunta sobre el fundamento del principio son muchas, pero, dejando por el momento a un lado los diversos matices, ellas pueden reconducirse fundamentalmente a dos. La primera explicación, que denominaremos de la “certeza subjetiva”, dice lo siguiente: el sentido de las sanciones asociadas a normas de conducta consiste en *modelar el comportamiento de los ciudadanos para que se ajuste a dichas normas*. Por lo tanto, si las normas de conducta no existen o no son claras para el ciudadano, las sanciones pierden su sentido, se tornan ilegítimas. Cuando la “culpabilidad” consiste en no comportarse voluntariamente como prescribía la norma, no puede haber culpabilidad si lo que esa norma prescribe no está claro para quien debió ajustarse a ella.

<sup>2</sup> Sobre el contenido de este apartado véase A. van Weezel, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp. 6 y ss.

<sup>3</sup> S.Yáñez, “Las leyes penales en blanco”, *Gaceta Jurídica*, núm. 58, 1985, p. 11.

<sup>4</sup> E. Cury, *La ley penal en blanco*, Temis, Bogotá, 1988, p. 14. En este mismo sentido, en definitiva, también E. Gandulfo, “¿Qué queda del principio de *nullum crimen nulla poena sine lege?* Un enfoque desde la argumentación jurídica”, *Política Criminal*, núm. 8, 2009, A2-8, pp. 1-90. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8\\_.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_2_8_.pdf), pp. 44 y s. (consultado el 22 de noviembre de 2012); igualmente M. Ossandón, *La formulación de tipos penales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pp. 279 y s., 524 y ss.

<sup>5</sup> Cfí: Rol 468; Rol 480, cuya doctrina profundiza Rol 549. Las sentencias del TC se citan según el modo ya habitual en la literatura, según el número de rol.

<sup>6</sup> De otra opinión T. Vives Antón, “Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal”, en Díaz y García Conllejo y García Amado (eds.), *Estudios de filosofía del Derecho penal*, pp. 295 y ss., Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp. 339 y s.

<sup>7</sup> Como G. Oliver, “Seguridad jurídica y Derecho penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 11, 2009, pp. 181 y ss.

Refiriéndose a las leyes penales en blanco, Sergio Yáñez afirmaba que la norma penal debía estar formulada de modo de “alertar al ciudadano” respecto de la amenaza de pena que se cierre sobre una determinada conducta,<sup>3</sup> y Cury se refiere en los siguientes términos al fundamento de la exigencia de una *legis strictae*: “Al sujeto se le *garantiza* que únicamente se lo castigará si se comporta de una *cierta forma* [...] y para eso es necesario asegurarle que nada le ocurrirá si hace o deja de hacer algo *parecido* pero *diferente* de lo que la ley prohíbe o manda”.<sup>4</sup>

En esta misma tradición parece situarse la doctrina actual del TC, a la que luego nos referiremos. En todo caso, ya en el Rol 46 se afirmaba que el principio de tipicidad “asegura al hombre la facultad de actuar en la sociedad con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos”. Esta tendencia resultará determinante al momento de decidir sobre la constitucionalidad de ciertas leyes penales en blanco, según se verá.<sup>5</sup>

La explicación retributivo-culpabilista del principio de tipicidad presenta bastantes inconvenientes. Por ejemplo, al parecer no toma suficientemente en serio el carácter utópico del conocimiento que se atribuye a los ciudadanos de las conductas prohibidas o mandadas. Los ciudadanos conocen posiblemente un núcleo fundamental de mandatos y prohibiciones amenazadas con sanciones, pero no más que eso.<sup>6</sup> De allí que algunos autores se conformen con cierta “cognoscibilidad” de la materia de la prohibición,<sup>7</sup> con lo cual se abandona el cauce que proporciona esta explicación culpabilista del principio y se cae en el antiguo dilema de la cognoscibilidad: si el parámetro es un hombre medio, entonces será posible castigar a un Juan que jamás pudo conocer la materia de la prohibición; si el parámetro es Juan, entonces queda a salvo su culpabilidad, pero a costa del principio de

## Mandato de determinación de los tipos penales: una garantía en peligro

legalidad, el cual dejará de proporcionar una orientación general, pues se cumplirá de diferente manera dependiendo de quién es el destinatario de la norma de conducta en el caso concreto. Esto último no es problemático cuando se trata de la imputación subjetiva de un hecho singular, pero sí cuando se trata de decidir si un tipo penal cumple con el mandato de determinación.

El principal problema de la explicación de la certeza subjetiva parece ser, sin embargo, que es muy poco lo que explica. De la exigencia que los ciudadanos conozcan la materia de la prohibición o del mandato que está resguardado mediante una amenaza de sanción, no se deduce para nada que dicha materia tenga que estar minuciosamente escrita. Es perfectamente imaginable una norma según la cual se amenace con determinado castigo a todo el que perjudique a otro en su propiedad, es decir, una norma que incluyera las figuras que hoy conocemos como hurto, daños, robo con fuerza en las cosas, apropiación indebida, estafa y otras semejantes. Por ejemplo: ¿Podría un ciudadano sostener razonablemente que era consciente de que sustraer el computador portátil del vecino significaba perjudicarlo en su propiedad, pero que “no pudo saber” que matar a su ruidoso perro también lo era? En el lenguaje de la certeza subjetiva, ¿resultará “sorprendido” el ciudadano si se pretende subsumir esta última conducta bajo el tenor de la norma de comportamiento señalada previamente?

De la exigencia de que los ciudadanos conozcan de antemano la conducta que es objeto de una amenaza de sanción, tampoco se deduce que dicha materia tenga que estar escrita precisamente en una ley. Si el fundamento del principio es la certeza subjetiva, entonces podría bastar una comunicación por correo electrónico, a lo sumo con confirmación de lectura.<sup>8</sup>

### b) La tesis limitativa

La segunda explicación del principio de tipicidad lo concibe como una elevación del estándar de protección del ciudadano frente al Estado. Esto resulta muy evidente al leer el artículo 19 núm. 3 de la Constitución Política, que en su inciso final formula el princi-

pio de un modo rotundamente garantista: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Es el lenguaje que se usa para expresar la conquista de un ámbito de libertad frente al poder estatal, lo que además resulta confirmado por el contexto del artículo 19, del artículo 1º inciso 2º, de los artículos 5º, 6º y 7º y de muchos otros de la Constitución Política. La Corte Suprema ha destacado con toda claridad este aspecto: “El principio de reserva o legalidad, como límite de la potestad punitiva del Estado, apreciado para los efectos del presente análisis, bajo su vertiente de la tipicidad [...] se encuentra previsto como un derecho fundamental de las personas en el inciso final del precitado artículo 19 N° 3 de la Constitución”.<sup>9</sup>

Si se le entiende en estos términos, sin embargo, el principio de tipicidad no es un mero corolario del principio de legalidad de los delitos y las penas. La estrictez de la ley es un *plus*, un afinamiento ulterior del estatuto de garantías del ciudadano. La tipicidad es una garantía constitucional que implica un incremento en la limitación del poder sancionador del Estado, una elevación del estándar exigido para tolerar la intervención de este poder en la vida del ciudadano. Si esto es así, entonces resulta irrelevante que el ciudadano pudiera conocer perfectamente sus deberes por otra vía. Con la certeza subjetiva del individuo acerca de lo que “se puede o no se puede”, el principio tiene poco o nada que ver. Lo que está en juego es algo distinto: el sistema jurídico “se complica la vida” con el principio de tipicidad para “complicársela” al Estado sancionador.

Esta explicación del principio incluye dos aspectos que concurren a la limitación del poder del Estado y que son muy relevantes desde la perspectiva discursiva de análisis de la sociedad y su Derecho. En primer lugar, el principio de tipicidad lleva, a través de la reserva legal de la cual se alimenta, a que la definición de las conductas susceptibles de sanción sea realizada por autoridades que gozan de legitimación democrática. Sin principio de tipicidad o con una aplicación laxa del principio, la definición de tales conductas quedaría en manos de funcionarios no representativos, lo que erosiona la culpabilidad

<sup>8</sup> Esto no es una exageración: en el ámbito administrativo sancionador, por ejemplo, la Superintendencia de Casinos de Juego ha considerado suficientemente tipificada una conducta por el hecho de que el deber no cumplido por el regulado se encontraba prescrito en un oficio dirigido ¡exclusivamente a dicho regulado!

<sup>9</sup> Corte Suprema, sentencia recaída en causa Rol 4.404-2005 (cursivas añadidas).

entendida en términos discursivos. En segundo lugar, la precisión que impone el principio a la redacción de las proposiciones normativas y el alcance que tiene respecto de la función judicial facilitan (no es que recién permitan) el ejercicio de un control racional sobre las decisiones de aplicación del Derecho. Ambos aspectos son dimensiones del principio entendido como límite.<sup>10</sup>

Un ejemplo de la adopción de esta perspectiva por parte del Tribunal Constitucional es la sentencia Rol 286, dictada en control abstracto de constitucionalidad antes de la reforma de 2005. Aunque se hace una referencia a la “certeza jurídica”, el argumento central para estimar inconstitucional el precepto contenido en el proyecto radica en que su indeterminación “abre un peligroso espacio al subjetivismo para el intérprete de la norma. La descripción del delito que se hace en ella, sin ninguna otra exigencia o complementación, es extraordinariamente genérica y ello permite que cualquier conducta pueda ser calificada como suficiente para configurar el delito que se propone establecer”<sup>11</sup>.

Se trata, como se puede apreciar, de una decisión a favor de una restricción del poder sancionador aún más severa que la que es capaz de proporcionar el principio de legalidad por sí solo. Esta decisión es el producto de cierta forma de entender las relaciones entre la persona y el Estado, que por lo demás no es universalmente aceptada ni tiene asegurada su vigencia en el futuro, en la medida en que está sujeta a la presión constante por hacer más “eficiente” el Derecho penal, combatir la impunidad, la delincuencia de los poderosos, etc. Por ejemplo, en el Derecho penal internacional actualmente no rigen la prohibición de retroactividad ni el principio de tipicidad.<sup>12</sup>

Pero aunque sea cierto que el principio de tipicidad es contingente, funcional a determinada estructura de relaciones, variable en el tiempo y también “pondera-

ble” o compensable con otros principios por parte del legislador, es necesario preguntarse cuál de las dos fundamentaciones del principio es la que está en mejores condiciones para evitar una instrumentalización penal del ciudadano. Veamos qué ha ocurrido en la práctica.

## 2. El caso *Deberes Militares* (Rol 468)

El TC considera al tipo penal como la “descripción abstracta de una conducta humana punible” (Rol 549, cons. 4º), y el análisis que sigue procurará ajustarse a esta definición. Pero es importante tener presente que los tipos en realidad no contienen descripciones. Las descripciones siempre se refieren a hechos concretos y no a categorías abstractas, y por lo tanto sólo pueden realizarse en relación con un acontecimiento pasado o presente. En este sentido, la expresión “descripción abstracta” que usa el tribunal sería una contradicción en los términos. En lugar de descripciones, los tipos contienen definiciones de clases de conductas, prescripciones con contenido valorativo: el tipo define una clase de conducta y la valora como relevante para el Derecho penal.<sup>13</sup> Esto es importante para la problemática de la tipicidad, pues ayuda a situar el principio en su lugar: no tiene sentido decir que una formulación típica es demasiado general o que no lo es, pues en estricto rigor no existe un parámetro con el cual compararla. La tipificación es un ejercicio originario y definitorio.

La única forma de criticar una formulación típica es funcional: ella resulta insuficiente para que el ciudadano anticipa las consecuencias de sus actos, o bien ella resulta incapaz de poner límites efectivos al poder sancionador del Estado. Si se sigue la tesis de la certeza subjetiva, la definición del tipo como “descripción abstracta de una conducta” es en realidad una abreviatura para decir: el tipo expresa o debe expresar todos los

<sup>10</sup> Los recoge explícitamente el cons. 5º del voto disidente en Rol 468.

<sup>11</sup> Rol 286, cons. 6º. El tipo delictivo propuesto era el siguiente: “El que, sin perjuicio de lo anterior [i.e., tras el arresto de hasta quince días], continuare entorpeciendo la investigación o se rehusare a proporcionar antecedentes que conozca o que obren en su poder, será penado con presidio menor en su grado mínimo. Si se tratare de un funcionario público será, además, penado con la pérdida del empleo”.

<sup>12</sup> Cf., por ejemplo, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 15.2; G.Werle, *Völkerstrafrecht*, 2ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 2007, n. marg. 100.

<sup>13</sup> Las aproximaciones a la teoría del tipo desde este ángulo son variadas: por ejemplo, es posible ofrecer una comprensión de las normas de conducta como normas de valoración y no de determinación (cf. G. Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlín, 2008, pp. 50 y ss.); también se puede, siguiendo a Quine, argumentar en la línea de la teoría de clases, como hace Gandulfo (n. 4), pp. 27 y ss. A conclusiones similares se llega recurriendo a la tradición de la teoría del tipo penal como juicio de antijuridicidad *prima facie*, desarrollada por oposición a Beling a comienzos del siglo xx (cf., por ejemplo, Mezger, para quien la antijuridicidad no es elemento de la conducta típica, pero la tipicidad es *ratio essendi* de la antijuridicidad: *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, reimp. Keip, Goldbach, 2002, pp. 179 y ss.); en este sentido parecen moverse también las reflexiones de Ossandón (n. 4), p. 28.

**Mandato de determinación de los tipos penales: una garantía en peligro**

elementos que el ciudadano necesita para planificar adecuadamente su conducta futura en el ámbito que se trate. Por ejemplo, el tipo del hurto debe dejar en claro que el sujeto será castigado si toma una cosa mueble ajena para quedarse con ella, pero que no lo será si la toma “simplemente” para utilizarla por un rato y luego devolverla sin daños. Desde esta perspectiva, una vez más, la observancia del principio de tipicidad dependerá menos de la construcción de la norma y su capacidad restrictiva de la punibilidad que de su utilidad como insumo en la planificación individual de sus destinatarios.

Sobre esta base, el TC ha establecido que el inciso final del artículo 19 núm. 3 exige que la ley sancionatoria contenga una “descripción” y que lo descrito sea precisamente una “conducta”. Describir es más que simplemente nombrar, es “dibujar” o delinejar. Que lo descrito haya de ser una conducta significa al menos que no bastaría con que el legislador describiera con detalle determinado resultado, por ejemplo, una herida que tarda más de treinta días en sanar, o un perjuicio de índole patrimonial de cierta entidad. Es evidente que esta exigencia tiene un efecto muy restrictivo de la punibilidad. Por ejemplo, no sería conforme al principio una norma que amenazara con pena de multa la “infracción de los deberes legales” del urbanizador; ni una según la cual “cualquier violación de las normas” que regulan la operación de una administradora de fondos, y que no tenga establecida una sanción especial, se castigará con presidio menor en su grado mínimo.<sup>14</sup>

El caso *Deberes Militares* tiene que ver con una ley penal en blanco: conforme al artículo 299 núm. 3 del Código de Justicia Militar (CJM) se castiga con pena de presidio o pérdida del estado militar al que “sin incurrir en desobediencia [...] deje de cumplir sus deberes militares”; el artículo 431 del mismo Código encomienda la determinación de tales deberes a los reglamentos que dictaría el Presidente de la República para cada institución.

Para quien estuviera familiarizado con la jurisprudencia del TC anterior a la sentencia recaída en el Rol 468, podía resultar previsible que el tribunal acogiera el requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 299 núm. 3 CJM. Por esta razón resultó

doblemente sorprendente la forma como en definitiva se resolvió: el TC consideró que este precepto cumplía con el estándar impuesto por el mandato constitucional de determinación. Lo más sorprendente de todo, sin embargo, fue comprobar que —al menos en apariencia— el tribunal ni siquiera estaba consciente de haber dado un paso que suponía apartarse de una línea que teóricamente había sustentado hasta la fecha. Por estas mismas razones es saludable la lectura del voto disidente del ministro Correa, pero también del voto concurrente al fallo, pero con prevenciones, de la ministra Peña. En el primer considerando de su prevención, la ministra advierte que la sentencia implica un cambio de criterio del tribunal: “Se descarta así la aprensión manifestada por esta propia Magistratura, en sentencia de 22 de abril de 1999”. Se trata del ya citado Rol 286, conforme al cual un tipo penal no está suficientemente determinado si “abre un [...] espacio al subjetivismo para el intérprete” de modo que se “permite que cualquier conducta pueda ser calificada como suficiente para configurar el delito” (cons. 6º).

Como se indicó antes, Rol 286 privilegia la expliación del principio de tipicidad según la cual éste constituye un límite al poder estatal y donde, por lo tanto, las posibilidades individuales de previsión de la sanción características de la tesis de la “certeza subjetiva” no son relevantes.

Aunque el TC siempre había hecho convivir en sus fallos ambas fundamentaciones del principio, de manera que en estricto rigor no hay un cambio de criterio, sí resulta evidente que en el caso concreto esa convivencia se hacía imposible.

El tenor del fallo es fácilmente accesible y no será reproducido en este lugar. Sólo interesa llamar la atención sobre el hecho que, salvo el ejercicio de autoconciencia contenido en la prevención, el TC parece no haber dimensionado completamente el alcance de su opción por una fundamentación subjetiva del mandato de determinación, la cual implica crear incluso la posibilidad de lo que cabría denominar “constitucionalidad al revés”. En efecto, cuando el análisis abstracto de un precepto legal arroja un resultado satisfactorio, la Constitución reserva aún al TC la posibilidad de declararlo inaplicable en el caso concreto.

<sup>14</sup> Dicho sea de paso: la Ley núm. 20.393 no describe una conducta de la persona jurídica cuya realización la convierta en sujeto pasivo de alguna de las sanciones que la ley establece, sino que se limita a aludir genéricamente al “incumplimiento de deberes de dirección y supervisión”.

Pero si el análisis abstracto arroja que el precepto es contrario al principio de tipicidad, ¿podrían las circunstancias distintas, especiales o excepcionales del caso concreto eliminar esa contrariedad abstracta?

Aunque pueda resultar sorprendente, en el caso *Deberes Militares* el tribunal responde afirmativamente a esta pregunta. El TC entiende que el tipo penal del artículo 299 núm. 3 CJM, según el cual se castiga con pena de presidio o pérdida del estado militar al que “sin incurrir en desobediencia [...] deje de cumplir sus deberes militares”, sería respetuoso del principio de tipicidad, ya que “los deberes militares no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales [...] se familiarizan desde el inicio de su formación”. Por esta razón, según el fallo, el artículo 299 núm. 3 CJM contendría ya una descripción suficiente del “núcleo central” de la conducta punible (Rol 468, cons. 9º). Es decir, el juicio acerca de si una norma describe suficientemente el núcleo central de la conducta punible —primera condición para admitir una ley en blanco— depende de las características de los destinatarios de la norma.

Esta conclusión tiene algo de desconcertante por varias razones. Destaco una de ellas que es particularmente relevante, si se miran las cosas desde la perspectiva de la ciencia penal: en este razonamiento se confunde el análisis de conformidad de un tipo con el principio de tipicidad con el pronóstico acerca de la eventual evitabilidad del error de tipo o de prohibición por parte de un hombre medio cualificado (y no del acusado en concreto). No obstante, el criterio es en cierto modo coherente con la concepción culpabilista psicológica del principio de tipicidad. Si el fundamento del principio es la previsibilidad de las sanciones desde el punto de vista del ciudadano, es decir, que éste se encuentre en condiciones de anticipar lo que será objeto de sanción, entonces la posición del TC tiene sentido. Lo que ocurre es que de este modo se introduce un elemento espurio en el análisis: el TC no conoce al individuo acusado en la gestión pendiente, por lo que su juicio de evitabilidad del error siempre será generalizador, es decir, predictable de una persona promedio, de una ficción. Este artificio es el que hace practicable la tesis de la “certeza subjetiva” en sede constitucional, pero al mismo tiempo la desnaturaliza:

ya no importa la certeza del acusado, sino de sujetos como él, a los que el acusado ha debido emular.

### 3. El caso ADN (Rol 1973)

La sentencia recaída en la arista constitucional del llamado “caso ADN”, el 3 de noviembre del año (2011), refleja fielmente la discusión que existe en el interior del propio TC en materias penales-constitucionales. El precepto impugnado corresponde al tipo general de contrabando establecido en el inciso segundo del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas, según el cual “incurrirá en el delito de contrabando el que introduzca en el territorio nacional, o extraiga de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas”. Es evidente que este tipo penal sólo adquiere sentido con referencia a aquellas normas que establecen las prohibiciones específicas de importación y exportación. En la especie, ellas se contendrían en el Reglamento Sanitario de los Alimentos, norma de rango infralegal, por lo que el caso se presenta en términos similares al que se ha comentado antes.

Esta sentencia contiene aspectos hasta cierto punto novedosos y que merecen destacarse. Por ejemplo, se revive el problema de la distinción entre los tipos penales en blanco y los tipos penales con elementos normativos. Esta distinción es importante en el contexto de la jurisprudencia del TC, pero su análisis escapa al objetivo de esta contribución.<sup>15</sup> Lo que aquí interesa es que el fallo radicaliza aun más la concepción subjetivista de la garantía de tipicidad en el caso de las leyes penales en blanco.

En cuanto considera el precepto impugnado como una auténtica ley penal en blanco, el TC rechazó el requerimiento, pues entendió que se cumplían las condiciones que la jurisprudencia del mismo tribunal había venido estableciendo en cuanto a la constitucionalidad de esta clase de normas. En los pasajes decisivos, la sentencia se remite precisamente al caso *Deberes Militares*, que le sirve de paradigma. Se recuerda que el tribunal consideró en esa oportunidad que el artículo 299 núm. 3 CJM era aceptable constitucionalmente, pues contendría el “núcleo central” de la conducta punible, y se añade —en una interpretación novedosa del fallo por parte del TC— que según

<sup>15</sup> Puede verse al respecto A. van Weezel, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp. 99 y ss.

**Mandato de determinación de los tipos penales: una garantía en peligro**

*Deberes Militares* la norma complementaria poseería la “aptitud” de precisar la noción general de “deber militar”. A partir de ambos elementos, se establece ahora un estándar de admisibilidad de las leyes penales en blanco propias, compuesto de “la aptitud [de la norma de complemento] para precisar el ‘núcleo fundamental’ contenido en la norma impugnada, y la posibilidad real de conocer las normas complementarias”.<sup>16</sup>

Con ello se dejan de lado las exigencias más restrictivas que el mismo precedente había sintetizado y que la jurisprudencia del TC anterior al “caso ADN” se había esforzado —con mayor o menor rigor— por hacer respetar. Estas exigencias se encuentran en el considerando 6º del Rol 468, según el cual están permitidas las leyes penales en blanco propias que reúnen dos requisitos copulativos, a saber, 1) describen —ellas mismas, expresamente— el núcleo central de la conducta punible y además 2) establecen —también ellas mismas y expresamente— el destino de remisión infralegal.

Resulta entonces evidente que la sentencia del “caso ADN” va aun más allá, porque: 1) acoge ya casi sin reservas un criterio que diluye la garantía de tipicidad en el torrente de los saberes que pueden atribuirse a un hombre medio: basta la “posibilidad real de conocer las normas complementarias” por parte de sus destinatarios; 2) atiende a la mera “aptitud” de la norma de complemento para precisar la conducta típica; esto es menos que el complemento, es la mera aptitud para complementar.

#### **4. Rol 2154 (la impugnación del art. 492 del Código Penal)**

El TC resolvió el 14 de junio de 2012 un caso en el que el precepto impugnado era el artículo 492 CP:

Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas.

El problema planteado era la remisión a “los reglamentos”, los cuales a su vez se remitían en la especie a “normas técnicas” sobre construcción. El fallo unánime del TC rechazó el requerimiento, pero lo interesante son las razones por las cuales se resolvió

de esta manera. El voto de mayoría contiene, a partir del cons. 45, una serie de argumentaciones, de entre las que quisiera destacar dos. Señala en primer lugar que “no resulta relevante el que las normas técnicas invocadas por el Ministerio Público no hayan sido todas ellas publicadas en el *Diario Oficial*. La parte requirente *debía estar* en conocimiento de las mismas por el hecho de dedicarse a la actividad de construcción”. El TC no se pregunta si el requirente estaba en conocimiento de las normas. Le basta con que haya debido estarlo, pues “desde el punto de vista constitucional, no puede cuestionarse que las normas que regulan una cierta actividad, deban ser conocidas por quienes la desarrollan”. La razón: el derecho a ejercer actividades económicas tiene como límite el respeto a la regulación. ¿Qué relación puede tener esto con la garantía de tipicidad?

Pero el TC va incluso más lejos y revive una especie de presunción de derecho de conocimiento de las normas técnicas con efecto en materia constitucional: “el conocimiento de los reglamentos o normas que regulan las actividades de la construcción es esperable, dado que la parte requirente desempeña justamente dicha actividad. Ante dicha situación, constituye una objeción constitucionalmente inadmisible aducir que los sujetos no han podido conocer las reglas que rigen los ámbitos específicos de actividad en los que se desempeñan profesionalmente”.

#### **5. Breve conclusión**

La evolución es clara: desde una doctrina que procuraba combinar el fundamento de la certeza subjetiva con el fundamento garantista de limitación del poder punitivo estatal en el Rol 286, la jurisprudencia pasó a privilegiar el primer fundamento. Lo hizo de un modo tal vez inconsciente en *Deberes Militares*, caso en el cual, sin embargo, vino a legitimar un tipo casi absolutamente indeterminado. En el “caso ADN”, en cambio, la subjetivización de la garantía es mucho más consciente y clara: basta que la norma de complemento sea “apta” para complementar la ley y, sobre todo, se atiende a que los destinatarios de la norma tuvieran la “posibilidad real” de conocer su contenido. Ahora, en el Rol 2154, al TC le basta simplemente con el “deber de conocer” el contenido de las normas reglamentarias, e incluso de normas técnicas no publicadas en

<sup>16</sup> Cfr., especialmente los considerandos 16 y 17 del rechazo consignado en el número III de la parte considerativa del fallo.

el *Diario Oficial*. Esto se debe al carácter espurio del análisis al que conduce la tesis de la certeza subjetiva, en la que se confunden los requisitos constitucionales del tipo con el pronóstico de evitabilidad del error de prohibición.

La buena noticia es que el TC parece haber tomado conciencia del problema, y el Rol 2154 —la última sentencia referida— contiene dos prevenciones que rechazan expresamente el argumento basado en el supuesto deber de conocer. Allí se señala que los jueces firmantes “son del parecer de que la garantía normativa del artículo 19, núm. 3º, inciso final, de la Carta Fundamental, más que decir relación con el conocimiento o comprensión que de la ley pueda tener un encartado, consagra una garantía destinada a proteger a las personas del ejercicio despótico del poder punitivo del Estado”. Con ello se apartan de la tesis de la certeza subjetiva para volver explícitamente a la fundamentación garantista o limitativa del poder punitivo del Estado. Tal es el estado actual de la cuestión en esta materia.

En sintonía con la posición de los previnientes, que —como el lector tal vez habrá adivinado— coincide con la de quien esto escribe, cabe preguntarse: ¿no será conveniente, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, volver a la comprensión del principio como limitación de las potestades estatales o garantía frente a arbitrariedad, relegando a un segundo plano la previsibilidad de las sanciones propia de los modelos imperativistas?

No deja de ser ilustrativo que hasta la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Lori Berenson Mejía vs. Perú (25 de noviembre de 2004, n. 125), asuma que “la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionar[los] con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”.

El modelo culpabilista de la certeza subjetiva entraña siempre el peligro de que, en los casos especialmente dramáticos, se encuentre la forma de atribuir a las personas involucradas un conocimiento de la amenaza penal, basándose en sus circunstancias concretas. Este peligro se realizó en el caso *Deberes Militares*. En cambio, la opción por un modelo de fundamentación de la tipicidad como límite del poder punitivo del Estado implica ya una toma de posición,

que consiste en la decisión *ex ante* del ordenamiento jurídico en el sentido de que, si se produjera un conflicto entre una genuina “necesidad social” de castigo y la garantía de tipicidad, ese ordenamiento jurídico dará preferencia a esta última. La sociedad podría variar su opción derogando el principio, pero esta decisión no está en manos de un tribunal, es decir, ella no puede ser el resultado de una ponderación *ad casum* entre ambos bienes o intereses.

## Bibliografía

- Binding, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, t. I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1885.
- Cea Egaña, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, 402 pp.
- Código Penal y Actas de la Comisión Redactora*, Edeval, Valparaíso, 1974, 574 pp.
- Correa Sutil, Jorge, *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Legal Publishing, Santiago, 2011, 105 pp.
- Cousiño, Luis, *Derecho Penal chileno*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, 960 pp.
- Cury, Enrique, *La ley penal en blanco*, Temis, Bogotá, 1988.
- Engisch, Karl, “Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht”, en *idem et al.* (ed.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, Múnich/Berlín, 1954, 521 pp.
- Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, t. III, 3<sup>a</sup> ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, 490 pp.
- \_\_\_\_\_, *Derecho Penal*, t. I, 3<sup>a</sup> ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, 361 pp.
- Fernández, Pedro, *Código Penal de la República de Chile Esplicado i Concordado*, I, 2<sup>a</sup> ed., Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, Santiago, 1899, 447 pp.
- \_\_\_\_\_, *Código Penal de la República de Chile Esplicado i Concordado*, II, 2<sup>a</sup> ed., Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, Santiago, 1900, 410 pp.
- Gadamer, Georg, *Gesammelte Werke*, I, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, Mohr, 1990, 493 pp.
- Gandulfo, Eduardo, “¿Qué queda del principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*? Un enfoque desde la argumentación jurídica”, *Política Criminal*,

## Mandato de determinación de los tipos penales: una garantía en peligro

- núm. 8, A2-8, 2009. Disponible en: [http://www.policacriminal.cl/n\\_08/a\\_2\\_8.pdf](http://www.policacriminal.cl/n_08/a_2_8.pdf).
- Guzmán Dalbora, José, "Relaciones del Derecho penal con el constitucional y su concreción en la Constitución Política chilena", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 12, 1994, pp. 165 y ss.
- Hernández Marín, Rafael, "Sentidos de los enunciados jurídicos y principio de legalidad", en Díaz y García Conledo y García Amado (eds.), *Estudios de filosofía del Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, 548 pp.
- Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin, 1991, 944 pp.
- \_\_\_\_\_, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3<sup>a</sup> ed., Duncker & Humblot, Berlín, 2008, 139 pp.
- Kudlich, Hans, "Comentario previo a los §§ 13 y ss. del Código Penal alemán", en Satzger, Schmitt y Widmeier, *StGB – Strafgesetzbuch. Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 2009, 2501 pp.
- Kuhlen, Lothar, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Müller, Múnich, 2006, 112 pp.
- Mezger, Edmund, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3<sup>a</sup> ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1949; reimpr. Keip, Goldbach, 2002, 528 pp.
- Novoa, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, 618 pp.
- Oliver, Guillermo, "Seguridad jurídica y Derecho penal", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 11, 2009, pp. 181 y ss.
- Ossandón, Magdalena, *La formulación de tipos penales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, 633 pp.
- Quine, W.V., "Géneros naturales", en *La relatividad ontológica y otros ensayos*, trad. Manuel Garrido y Josep Blasco, Tecnos, Madrid, 1986, 206 pp.
- Rodríguez Collao, Luis, "Constitucionalidad de las leyes penales en blanco", *Revista de Derecho Ponen-*  
*tifcia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 8, 1984, pp. 231 y ss.
- Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal*, trad. E. Bacigalupo, Depalma, Buenos Aires, 1979, 303 pp.
- Schroeder, Friedrich-Christian, "Die normative Auslegung", *Juristenzeitung*, núm. 4, 2011, pp. 187 y ss.
- Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho constitucional*, t. XI, 2<sup>a</sup> ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, 314 pp.
- Tiedemann, Klaus, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1969, 445 pp.
- Vives Antón, Tomás, "Principio de legalidad, interpretación de la ley y dogmática penal", en Díaz y García Conledo y García Amado (eds.), *Estudios de filosofía del Derecho penal*, pp. 295 y ss., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, 548 pp.
- Weezel, Alex van, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, 234 pp.
- Werle, Gerhard, *Völkerstrafrecht*, 2<sup>a</sup> ed., Mohr Siebeck, Tübinga, 2007, 728 pp.
- Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Crítica, Barcelona, 1988, 547 pp.
- Wolf, Erik, "Der Sachbegriff im Strafrecht", en Otto Schreiber (ed.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts* (1º de octubre de 1929), t. V, Strafrecht und Strafprozess, Walter de Gruyter, Berlín, 1929, 321 pp.
- \_\_\_\_\_, *Typen der Tatbestandsmäßigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Strafrechts*, F. Hirt, Breslau, 1931, 63 pp.
- Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. Francisco Javier Exquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, Fontamara, México, 2001, 335 pp.
- Yáñez, Sergio, "Las leyes penales en blanco", *Gaceta Jurídica*, núm. 58, 1985, pp. 2 y ss.



## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra México

Isabel Montoya Ramos\*

Inacipe, México



**RESUMEN:** Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son instrumentos que, entre otras cosas, contienen la interpretación de los preceptos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En 2009 y 2010, dicho tribunal internacional dictó tres sentencias en contra del Estado mexicano, que lo condenaron por incumplir algunas de sus obligaciones en materia de derechos humanos de las mujeres. El presente trabajo analiza tales sentencias, las cuales tienen un común denominador: todas versan sobre la violencia que sufren las mujeres en México. Así, lo que busca el trabajo es analizar los temas preponderantes de cada una de ellas y determinar el desarrollo en ciertos aspectos del derecho internacional de los derechos humanos y en la protección de las mujeres.

**PALABRAS CLAVE:** Corte Interamericana de Derechos Humanos, responsabilidad internacional, perspectiva de género, violencia contra las mujeres.

**ABSTRACT:** The sentences of the Inter-American Court of Human Rights are tools that, among other things, convey the interpretation of the provisions contained in the American Convention on Human Rights. In 2009 and 2010, this international court handed down three sentences against the Mexican state, which was condemned for breaching some of its obligations in the field of women's human rights. This paper analyzes the sentences, which have something in common: they all deal with the violence against women in Mexico. So, this text seeks to examine the main issues in each sentence and to trace the development of certain aspects of international criminal law on human rights and the protection of women.

**KEY WORDS:** Inter-American Court of Human Rights, international responsibility, gender perspective, violence against women.

**SUMARIO:** Introducción. I. Hechos de los casos. A. Caso Campo Algodonero. B. Caso Fernández Ortega y otros. C. Caso Rosendo Cantú y Otra. II. La competencia de la Corte para atender violaciones a la Convención de Belém do Pará. III. La atribución de responsabilidad internacional al Estado mexicano. IV. Las reparaciones con perspectiva de género. V. Breve análisis sobre la tortura. VI. El uso de los indicios para comprobar la violación sexual. VII. Intervención de la jurisdicción penal militar. Conclusiones.

\* Maestra en Derecho internacional humanitario y derechos humanos por la Academia de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de la Universidad de Ginebra, Suiza. Actualmente se desempeña como profesora-investigadora en el Instituto Nacional de Ciencias Penales. La autora agradece la invaluable ayuda del pasante de la licenciatura en Derecho, Carlos Uriel Salas Segovia, para la elaboración de este trabajo.

## Introducción

Desde hace siglos, las mujeres han sido históricamente discriminadas y marginadas. Este hecho ha repercutido en todos los ámbitos de su desarrollo, como el educativo, el profesional, y también en el ejercicio de sus derechos humanos. Desafortunadamente, las mujeres siguen siendo objeto de vejaciones y violencia en México y en muchos otros países.

Por otra parte, los sistemas de protección de derechos humanos han sido una herramienta útil para defender los derechos humanos de las mujeres y mejorar su situación. En este sentido, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH o Corte) ha realizado aportes significativos, ya que en 2009 y 2010 dictó tres sentencias en contra del Estado mexicano que lo condenan por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en especial los de las mujeres. Estos casos representan un foco de atención para el gobierno y para la sociedad mexicana en general y obligan a México a emprender medidas para lograr la verdadera protección de los derechos humanos de las mujeres y mejorar su situación en todos los ámbitos.

Ante esto, es preciso realizar un estudio de dichos casos y analizar el papel de nuestro país frente a la CoIDH y frente a sus obligaciones en materia de derechos humanos. Por lo tanto, el principal objetivo de este trabajo es analizar la jurisprudencia de la Corte dictada contra México para evidenciar temas relevantes que desarrollan los derechos humanos de las mujeres. Así, el objeto de estudio de la presente investigación son los casos *González y otras* (Campo Algodonero), *Fernández Ortega y otros* (Fernández Ortega) y *Rosendo Cantú y otra* (Rosendo Cantú), todos dictados por la Corte contra México.<sup>1</sup>

El presente artículo se divide en varias secciones: la primera proporciona una breve descripción de los hechos de los casos en análisis. Posteriormente se estudian los temas más relevantes que —a nuestro criterio— arroja cada uno de los asuntos. Del caso *Campo Algodonero* se estudiarán tres temas relevantes: la competencia de la CoIDH para atender violaciones al artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la

Mujer (Convención de Belém do Pará); la atribución de responsabilidad internacional en contra del Estado mexicano respecto de la desaparición forzada y muerte de las tres víctimas del caso y las reparaciones con perspectiva de género que ordena la Corte.

De los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú* se estudiará la manera que utilizó la CoIDH para comprobar la violación sexual que ambas indígenas sufrieron; los elementos que la Corte tiene en cuenta para concluir que dichas mujeres fueron torturadas y la denegación al acceso a la justicia que experimentaron debido a que los casos fueron atendidos en la jurisdicción militar.

## I. Hechos de los casos

Para el mejor entendimiento de los aspectos sustantivos y procesales que se analizarán a lo largo de este trabajo, es necesario presentar brevemente los hechos de los casos que constituyen el *corpus* por estudiar. Los hechos que se presentan a continuación constituyen la base de los razonamientos jurídicos que la CoIDH realiza respecto de cada caso, por lo tanto son focalizados y no se extienden a hechos que no son relevantes para nuestro estudio.

### A. Caso Campo Algodonero

Sin duda alguna, el caso más importante en materia de violencia contra las mujeres que haya dictado la CoIDH es el caso *Campo Algodonero*. Si bien el parteaguas en la jurisprudencia de la Corte sobre este tema comienza con el caso del *Penal Miguel Castro Castro*, *Campo Algodonero* aporta más al respecto y consolida asuntos como la competencia de la Corte para atender violaciones a la Convención de Belém do Pará y las reparaciones con perspectiva de género, entre otros puntos relevantes. Por otro lado, al versar sobre “las muertes de Juárez”, se convierte en un caso que también busca contribuir a encontrar una solución al fenómeno de la violencia contra las mujeres que desde la década de los noventa afecta a Ciudad Juárez; problemática social que ha causado alarma internacional.

El caso trata sobre la muerte de tres mujeres: dos niñas y una joven de 20 años, cuyos cadáveres fueron

<sup>1</sup> El 16 de noviembre de 2009 se dictó la sentencia González y otras (*Campo Algodonero vs. México*); el 30 de agosto de 2010 se dictó la sentencia *Fernández Ortega y otros vs. México* y al siguiente día se emitió el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*.

encontrados en un campo algodonero situado en Ciudad Juárez, el día 6 de noviembre de 2001,<sup>2</sup> junto con otros cinco cadáveres de mujeres. Las muertes de estas jóvenes se dieron en el contexto de violencia contra las mujeres y de discriminación sistemática contra ellas que se ha registrado en Ciudad Juárez desde 1993, año en el que se observó un aumento significativo de las desapariciones y homicidios de mujeres y niñas. La CoIDH indicó que no existía una cifra clara sobre los homicidios de mujeres que habían ocurrido en este lugar, pero señaló que en 2005 se habían registrado al menos 379 homicidios de mujeres.<sup>3</sup> Sin embargo, más allá de los números, señaló que en Ciudad Juárez existe un grave problema de violencia contra las mujeres.<sup>4</sup>

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana) alegó que México había violado varios derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en la Convención de Belém do Pará. Por su parte, el Estado mexicano reconoció de manera parcial su responsabilidad internacional<sup>5</sup> e invocó una excepción preliminar en la que alegó la incompetencia de la CoIDH para determinar violaciones a la Convención de Belém do Pará.

## B. Caso Fernández Ortega y otros

Este caso versa sobre la responsabilidad internacional del Estado mexicano derivada de la violación sexual de la señora Inés Fernández Ortega por miembros de las fuerzas armadas de México. Dicha responsabilidad fue consecuencia del incumplimiento de las obligaciones internacionales de México que derivan de la CADH, la Convención de Belém do Pará y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST).

La víctima del caso forma parte de la comunidad indígena Me'phaa que vive en la Barranca Tecoani, en el estado de Guerrero. El 22 de marzo de 2002, ella se encontraba en su hogar en compañía de sus cuatro hijos, cuando en forma repentina, aproximadamente once militares se acercaron a su casa y tres irrumpieron sin consentimiento en su domicilio y le preguntaron en varias ocasiones sobre el supuesto robo de carne que había realizado su marido. Ella no contestó porque no hablaba bien español y porque tenía miedo. Los soldados apuntaron sus armas hacia ella y uno de ellos le ordenó que se tirara al suelo y una vez que se encontraba tendida en el mismo, fue violada sexualmente por otro soldado, mientras los otros dos observaban el ataque.

Los hijos de la víctima no presenciaron el hecho referido ya que huyeron mientras su madre era insultada por los soldados. Después de este lamentable suceso, la víctima y sus familiares se enfrentaron a la falta de atención médica, a la negligencia por parte de varios servidores públicos, al rechazo de su comunidad, a diversos ataques a su integridad personal y a algunos obstáculos en el sistema de impartición de justicia.

Es importante mencionar que la violación sexual de la señora Fernández Ortega ocurrió en un contexto de amplia presencia militar en el estado de Guerrero a causa de la lucha en contra del crimen organizado. De manera paralela, la comunidad indígena de Barranca Tecoani se ubicaba en una situación de particular vulnerabilidad en virtud de una multiplicidad de factores que se traducían en barreras para ejercer sus derechos, como el acceso a servicios de salud y de justicia. Además, el hecho se presenta en un contexto de violencia en contra de las mujeres en México, y de manera particular, de violencia institucional castrense en contra de ellas.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Laura Berenice Ramos Monárrez tenía 17 años y era estudiante de preparatoria; Claudia Ivette González tenía 20 años y trabajaba en una maquiladora, y Esmeralda Herrera Monreal tenía 15 años y trabajaba como empleada doméstica. La petición inicial del caso fue realizada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de marzo de 2002. Dicho órgano realizó recomendaciones al Estado mexicano, que no fueron cumplidas, por lo que el caso fue turnado a la CoIDH el 4 de noviembre de 2007.

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009, párr. 118.

<sup>4</sup> *Ibidem*, párr. 121.

<sup>5</sup> Al hacer el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional, México indicó que en la primera etapa de las investigaciones hubo irregularidades, que fueron subsanadas en su totalidad en la segunda etapa. También se aceptó que dichas irregularidades afectaron la integridad psíquica y la dignidad de los familiares de las tres jóvenes asesinadas, pero que el Estado había proporcionado recursos económicos, atención médica, psicológica y jurídica como forma de reparación del daño. Por lo tanto, solicitó que se declarara la inexistencia de violaciones a los tratados internacionales aludidos. A pesar del reconocimiento de responsabilidad realizado por México, la CoIDH declaró que subsistía la controversia en torno a las violaciones de los artículos 1.1, 2, 4, 5, 7, 11 y 19 de la CADH y del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2010, párr. 79.

## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la presentación de la demanda, México interpuso una excepción preliminar con el fin de que la Corte declarara su incompetencia para conocer de las violaciones a la Convención de Belém do Pará. Sin embargo, en la audiencia pública México retiró la excepción preliminar y expresó que dicho acto no significaba la aceptación de responsabilidad por posibles violaciones a dicho tratado internacional.

También en la audiencia pública, el Estado mexicano hizo un reconocimiento parcial de su responsabilidad internacional al reconocer la violación del artículo 8.1 de la CADH por la falta de atención integral, especializada y sin dilación a la víctima y por la extinción de la prueba pericial y la violación a los artículos 25 y 8.1 por la dilación y falta de debida diligencia en las investigaciones.<sup>7</sup>

### C. Caso Rosendo Cantú y Otra

El caso trata sobre la responsabilidad internacional en que incurrió el Estado mexicano por violaciones a sus obligaciones de conformidad con la CADH, la Convención de Belém do Pará y la CIPST. Dicha responsabilidad internacional derivó de la violación sexual de la señora Valentina Rosendo Cantú por parte de miembros del ejército mexicano.

Al igual que la señora Fernández Ortega, la señora Rosendo Cantú también forma parte de la comunidad indígena Me'phaa establecida en la comunidad de Caxitepec, específicamente a una hora de Barranca Bejucos, en el estado de Guerrero. El 16 de febrero de 2002 la víctima —que en ese entonces era una niña de diecisiete años— se encontraba lavando ropa en un arroyo cercano a su hogar. Repentinamente fue abordada y rodeada por ocho soldados, quienes la interrogaron sobre el paradero de algunos hombres encapuchados, mientras le mostraban una lista de nombres. Ella contestó que no conocía a dichas personas, pero uno de

los soldados la golpeó en el estómago con su arma. La víctima cayó al suelo y perdió el conocimiento. Cuando se recobró, se sentó en una piedra, pero uno de los militares la tomó del cabello, le volvió a pedir que le diera información y le indicó que si no le contestaba, la iba a asesinar. Posteriormente, el soldado le rasguñó la cara, la desnudó de la cintura para abajo, la tiró al suelo y la violó sexualmente. A continuación, también fue violada por otro de los soldados que la interrogaban.

La víctima regresó a su hogar y contó lo ocurrido a su cuñada y su esposo. Denunció los hechos ante las autoridades algunos días después y también solicitó asistencia médica. Sin embargo, la víctima y sus familiares se enfrentaron a diversos obstáculos en la búsqueda del ejercicio de sus derechos humanos.

Al igual que en el caso *Fernández Ortega*, los hechos del caso se desarrollaron en un contexto de presencia militar en el estado de Guerrero cuyo objetivo era el combate del crimen organizado, en un contexto de violencia institucional castrense contra las mujeres y bajo la situación de vulnerabilidad de la población indígena reflejada en diferentes ámbitos de sus vidas.<sup>8</sup>

El 17 de febrero de 2010, México presentó una excepción preliminar con el fin de que la Corte se declarara incompetente para conocer de las violaciones a la Convención de Belém do Pará. Sin embargo, de igual manera que en el caso *Fernández Ortega*, el Estado retiró dicha excepción.

En la audiencia pública, México realizó un reconocimiento parcial de su responsabilidad en relación con el caso, en el que declaró la violación a los artículos 8.1 y 19 de la CADH por la falta de atención médica oportuna y especializada a la víctima, la violación al artículo 25 y 8.1 del mismo instrumento internacional por la dilación en la integración de las investigaciones y del artículo 5.1 por la afectación a la integridad psicológica de la víctima en razón al retraso en las investigaciones.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> El 14 de junio de 2004 la víctima y sus representantes presentaron ante la Comisión Interamericana una petición en contra del Estado mexicano. El 21 de octubre de 2006 dicho organismo emitió un Informe de Admisibilidad y posteriormente emitió un Informe de Fondo en el que estableció recomendaciones hacia México en relación con el caso en estudio. Después del plazo señalado en ese informe y de una prórroga adicional solicitada por México, la Comisión Interamericana consideró que no existían “avances sustantivos en el efectivo cumplimiento de las [recomendaciones]”. Por ello, el 7 de mayo de 2009 presentó ante la CoIDH una demanda en contra de México. La Comisión Interamericana pidió a la CoIDH que declarara la responsabilidad internacional de México por la violación al derecho a la integridad personal; el derecho a las garantías judiciales; el derecho a la honra y dignidad y el derecho a la protección judicial, en relación con la obligación general de respeto y garantía contenida en el artículo 1.1 de la CADH. Asimismo, se solicitó la responsabilidad del Estado por el incumplimiento del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará y de los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST.

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2010, párr. 70.

<sup>9</sup> El 10 de noviembre de 2003, la víctima y sus representantes presentaron ante la Comisión Interamericana una petición al Estado mexicano. Al igual que en el caso *Fernández Ortega*, la Comisión emitió un Informe de Admisibilidad del caso y un Informe de Fondo en el que

## II. La competencia de la Corte para atender violaciones a la Convención de Belém do Pará

En el sistema interamericano de protección de derechos humanos existen diversos tratados internacionales que componen el *corpus juris* americano. Sin duda, el instrumento más importante es la CADH, que además de contener un enlistado de derechos, instituye a la Comisión y a la Corte interamericanas. Sin embargo, existen otros instrumentos más especializados, como el Protocolo de San Salvador, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención de Belém do Pará.

De conformidad con el artículo 62 de la CADH, la Corte es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de dicha convención. Entonces, surge la pregunta sobre la competencia de la CoIDH para conocer de violaciones a otros tratados que también componen el *corpus juris* americano. En este sentido, Sergio García Ramírez observa que

[existen diversas] fórmulas para aludir a la responsabilidad internacional de los Estados y al correspondiente control cuando existe incumplimiento de los deberes asumidos. Cada tratado emplea su propio giro; cada uno requiere, por lo tanto, un esfuerzo autónomo de interpretación, que no puede aplicar sencillamente los razonamientos y las conclusiones que sustentaron en este

estableció recomendaciones para México, que al no ser atendidas, resultaron en el sometimiento del caso ante la CoIDH el 2 de agosto de 2009. La Comisión Interamericana solicitó a la Corte declarar la responsabilidad internacional de México por la violación del derecho a la integridad personal; del derecho a las garantías judiciales; del derecho a la protección judicial; del derecho a la honra y la dignidad y de los derechos del niño, en relación con la obligación genérica de respeto y garantía. Además, se solicitó a la Corte la violación al derecho a la integridad personal en perjuicio de la hija de la señora Rosendo Cantú. La Comisión Interamericana también solicitó declarar la violación al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará y de los artículos 1, 6 y 8 de la CIPST. Por su parte, los representantes de las víctimas coincidieron con lo establecido por la Comisión y añadieron la violación al derecho a la integridad personal; al derecho de protección de la honra y dignidad; al derecho a garantías judiciales y al derecho a la protección judicial, en perjuicio de los familiares de la señora Rosendo Cantú. También incluyeron la violación al derecho de igualdad ante la ley y la violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en relación con los artículos 8 y 25 de la CADH.

<sup>10</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas. Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez, 25 de noviembre de 2006, pár. 18.

<sup>11</sup> Por su parte, el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador indica que la violación de ciertos artículos puede dar lugar, “mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”; el artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura señala que “una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado”. Por último, el artículo XIII de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas señala que el “trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares”.

punto, el entendimiento de otros textos depositados en previos instrumentos.<sup>10</sup>

Por lo tanto, para determinar si la Comisión y la CoIDH son competentes para interpretar y aplicar las disposiciones de otros tratados que no sean la CADH, es necesario realizar un examen de las normas que cada uno de estos tratados contiene para verificar si otorgan competencia a dichos órganos. En este sentido, el artículo 12 de la Convención de Belém do Pará indica:

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que *contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención* por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipuladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<sup>11</sup>

En el caso *Campo Algodonero*, la Corte fundó su competencia en el citado artículo, pero el Estado mexicano alegó la incompetencia del tribunal para conocer de violaciones a la Convención de Belém do Pará. Al respecto, es importante mencionar que a pesar de que la Corte ya había aplicado dicho tratado, es en *Campo Algodonero* donde analiza detalladamente

## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

el artículo 12 de la Convención de Belém do Pará.<sup>12</sup> Ésta es una de las muchas aportaciones que derivan del *Caso Campo Algodonero* y, como se verá más adelante, ocasionó que en casos subsecuentes el Estado mexicano aceptara por completo la competencia de la CoIDH en relación con este tratado internacional.

Para determinar su competencia, la Corte analizó la Convención de Belem do Pará con base en las reglas de interpretación de los tratados contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena). El artículo 31 de este instrumento contiene la regla general de interpretación de los tratados, al indicar que éstos deberán “interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Cabe mencionar que la interpretación de un tratado se realiza considerando todos los elementos mencionados como parte de un todo, es decir, que todos se aplican al mismo tiempo y en forma interrelacionada.

Por su parte, el artículo 32 de la Convención de Viena comprende los medios de interpretación complementarios, los cuales únicamente serán utilizados para confirmar el sentido resultante de la aplicación de la regla general de interpretación contenida en el artículo 31 o cuando, derivada de la misma, el sentido del tratado sea ambiguo u oscuro o haya proporcionado un resultado patentemente absurdo o irrazonable. En estos casos se podrá acudir a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración.

A estas reglas básicas de interpretación de cualquier tratado internacional, la CoIDH añadió los valores que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos pretende resguardar; por lo tanto, estableció los valores y objetivos contenidos en la Convención de Belém do Pará para realizar una interpretación que los desarrollara lo más ampliamente posible.<sup>13</sup> Para fincar su competencia, la CoIDH elaboró los argumentos que se muestran a continuación.

Primeramente, México argumentó que el artículo 12 de la Convención de Belém do Pará solamente se refería a la Comisión Interamericana como el órgano

encargado de velar por el cumplimiento de dicho tratado. Sin embargo, la CoIDH indicó que ésta era una lectura incompleta del precepto legal, pues el artículo 12 también indicaba que la Comisión consideraría las quejas de acuerdo con el procedimiento estipulado en la CADH. Es decir, el mecanismo establecido en el artículo 12 remite a los mecanismos generales considerados en la CADH, que estipulan la intervención de la Corte cuando se incumplen las recomendaciones que elabora la Comisión Interamericana en su informe de fondo.

En segundo término, al hacer una interpretación sistemática del artículo 12 de la Convención de Belém do Pará, la CoIDH indicó que no existía ninguna razón que permitiera la aplicación fragmentada del artículo 51 de la CADH.<sup>14</sup> Señaló que el sistema de protección consagrado en la Convención Americana es integral, pues “el sometimiento de un caso contencioso ante la Corte respecto a un *[sic]* Estado Parte que haya reconocido la competencia contenciosa del Tribunal requiere del desarrollo previo del procedimiento ante la Comisión”.<sup>15</sup> Añadió que la competencia de la Comisión contempla diversos actos que pueden culminar en la presentación de una demanda ante la Corte.

Por otro lado, la Corte también realizó una interpretación teleológica con la intención de analizar el objeto y fin de la Convención de Belém do Pará. Indicó que la adopción de dicho instrumento refleja la preocupación que los países del continente americano tienen frente al problema de la violencia contra las mujeres, la discriminación que históricamente han sufrido y la necesidad de prevenir, sancionar y erradicar esta problemática. Señaló que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen dos propósitos: el primero es la protección de los derechos humanos de las personas; el segundo es la creación de un orden legal en el que los Estados se adjudican obligaciones a favor de los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción.

Al hacer la interpretación teleológica, la Corte tuvo en cuenta un argumento muy interesante que plantearon la Comisión y los representantes de las víctimas. Ellos argumentaron que en caso de que la Corte no asumiera competencia, se desconocería el

<sup>12</sup> En el caso del *Penal Miguel Castro Castro* el Estado peruano no interpuso excepción preliminar alguna respecto de la competencia de la CoIDH para analizar las violaciones a la Convención de Belém do Pará; por lo tanto, dicho tribunal no se vio obligado a realizar un análisis exhaustivo del artículo 12 de dicha convención.

<sup>13</sup> *Campo Algodonero*, *op. cit.*, párr. 33.

<sup>14</sup> El artículo 51 de la CADH es el que permite a la Comisión Interamericana enviar los casos a la Corte.

<sup>15</sup> *Campo Algodonero*, *op. cit.*, párr. 55.

principio del “efecto útil”, el cual señala que la interpretación de las normas de un tratado debe realizarse de tal manera que se permita desplegar los objetivos de su creación.<sup>16</sup> Así, la Convención de Belém do Pará busca la protección total de los derechos humanos contenidos en dicho instrumento mediante los mecanismos de protección del sistema interamericano compuestos por la Comisión Interamericana y por la Corte; la primera busca la solución del conflicto mediante un informe de fondo que contiene recomendaciones, y ante la negativa del Estado para cumplirlas, echa mano de un mecanismo más vinculante, que es la Corte. Ambas instituciones se complementan para dar cumplimiento a las reglas contenidas en la Convención de Belém do Pará; por lo tanto, dejar los procedimientos de protección en manos de la Comisión sería contrario al objeto y fin del tratado y no se le permitiría desplegar su efecto útil.

Con base en la interpretación sistemática y teleológica de la Convención de Belém do Pará, sumadas a la aplicación del principio del “efecto útil de los tratados” y a la insuficiencia de la literalidad del artículo 12 de dicho instrumento internacional, la Corte fundó su competencia para conocer de las violaciones al artículo 7 de la convención mencionada.

Este análisis exhaustivo sirvió para que no hubiera más dudas respecto de la competencia que posee la Corte para atender violaciones al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, y lo ocurrido en los casos *Fernández Ortega* y *Rosendo Cantú* es muestra de ello. Originalmente, en ambos asuntos, en la contestación de la demanda, México presentó una excepción preliminar —al igual que en *Campo Algodonero*— sobre la incompetencia del Estado para conocer de violaciones al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Sin embargo, en los dos casos, en la audiencia pública, el Estado mexicano retiró dicha

excepción preliminar pero precisó que eso no significaba que reconociera que había habido violaciones a dicho tratado.<sup>17</sup>

Por su parte, la Corte aceptó el retiro de la excepción preliminar, ya que su competencia había sido determinada en el caso *Campo Algodonero*.<sup>18</sup> Por lo tanto, podemos concluir que actualmente existe una regla procesal extraída de la jurisprudencia de la Corte que consolida su competencia para conocer de violaciones al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.

### III. La atribución de responsabilidad internacional al Estado mexicano

Uno de los temas que revisa el caso *Campo Algodonero* es el relativo a la forma de atribuir responsabilidad internacional a México. En el Derecho internacional existen diversas formas de atribuir responsabilidad internacional y la forma más básica es la que deriva del “comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”.<sup>19</sup> Se entiende que el órgano “incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el Derecho interno del Estado”<sup>20</sup>

En principio, los Estados serán internacionalmente responsables por las conductas que cometan sus agentes,<sup>21</sup> pero en el caso *Campo Algodonero* la CIDH nunca logró comprobar que la desaparición forzada y el asesinato de las tres niñas fueron realizados por agentes del Estado, pero sí lo condenó por su incumplimiento al deber de garantía. En este punto, es preciso mencionar que en materia de derechos humanos existen cuatro obligaciones básicas de los Estados, a saber: el respeto, la protección, la promoción y la garantía de los mismos.

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de excepciones preliminares, 26 de junio de 1987, párr. 30.

<sup>17</sup> Véase *Fernández Ortega*, *op. cit.*, párr. 11, y *Rosendo Cantú*, párr. 11.

<sup>18</sup> *Ibidem*, párr. 13.

<sup>19</sup> Comisión de Derecho Internacional, “Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, artículo 4, disponible en: <http://www.aloj.us.es/eulalia/derecho%20internacional/materiales%20dpto/proyecto%20resp.htm>; última consulta, 27 de noviembre de 2012.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> Existen otras formas de atribución internacional, como las derivadas de los siguientes comportamientos: el de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público; el de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado; el de la extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones; el comportamiento realizado bajo la dirección o control del Estado; el comportamiento realizado en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales; el de un movimiento insurreccional o de otra índole y el que el Estado reconoce y adopta como propio. Véanse los artículos 5 a 11 sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, *op. cit.*

## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

De esta última obligación derivan otros deberes específicos que son: la prevención, investigación, sanción y reparación a las violaciones de derechos humanos.

El deber de garantía se encuentra contenido en el artículo 1º de la CADH, al indicar que “los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción [...]”.

Lo anterior es importante, ya que en el Derecho internacional los tratados de derechos humanos tienen ciertas características que los diferencian de otro tipo de tratados. Una de ellas es que estas convenciones crean obligaciones entre Estados —en una relación horizontal— y a su vez crean obligaciones a favor de los individuos —en una relación vertical—. Por lo tanto, las obligaciones en materia de derechos humanos dentro de cierta jurisdicción son aquellas que están a cargo de los Estados a favor de los individuos, por lo que la única entidad que puede violar derechos humanos es el propio Estado. Sin embargo, el Derecho internacional ha evolucionado, por lo que actualmente es posible hablar de la responsabilidad de otros entes no estatales —como particulares, grupos armados u organizaciones internacionales— por transgresiones a los derechos humanos.<sup>22</sup>

Ejemplo de esto es el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, en el que la Corte indicó que

un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.<sup>23</sup>

En el caso *Campo Algodonero* la Corte determinó la responsabilidad internacional del Estado mexicano a partir de la doctrina del riesgo previsible y evitable, que surge de la Corte Europea de Derechos Humanos. Esta doctrina dilucida la existencia de un deber estatal de debida diligencia para proteger los derechos en caso de que se vean amenazados por particulares u otros actores no estatales. Es muy importante mencionar que esta doctrina no señala la responsabilidad estatal por cualquier violación de derechos humanos cometida por particulares, sino que la responsabilidad estatal está condicionada por “el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado, y por la posibilidad razonable de prevenir o evitar ese riesgo”.<sup>24</sup>

Para que la teoría del riesgo pueda configurarse, es necesario que al menos se den los siguientes cuatro elementos:

1) La existencia de una situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja de prácticas de particulares.<sup>25</sup> El riesgo no debe ser hipotético o remoto, sino que debe presentar la posibilidad de materializarse de manera inmediata.

2) La existencia de una situación de riesgo que amenace a un individuo o a un grupo determinado. En otras palabras, que el riesgo sea particularizado.<sup>26</sup> Al analizar este elemento no basta que exista una situación de violencia generalizada, sino que el peligro debe ser focalizado e individualizado.

3) El conocimiento del riesgo por parte del Estado, o que al menos hubiera podido haberlo conocido o previsto de manera razonable.<sup>27</sup> A la luz de este requisito es necesario que el Estado conozca o haya conocido las situaciones de riesgo para el ejercicio de los derechos. Se relaciona con la obligación de los gobiernos de generar información que permita dar seguimiento a las circunstancias de violencia que puedan

<sup>22</sup> Véase Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Oxford University Press, 2006.

<sup>23</sup> *Velásquez Rodríguez*, op. cit., párr. 172. En este mismo sentido, la ONU ha indicado que “en el contexto del Derecho internacional, el Estado está obligado a proceder con la debida diligencia para impedir, investigar, castigar y proporcionar remedios por actos de violencia, independientemente de que éstos sean cometidos por particulares o por agentes del Estado”. Véase Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, “La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk”, 20 de enero de 2006, disponible en: [http://www.observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/decisiones\\_no\\_jurisdiccionales/internacionales/norma\\_diligencia\\_mujer.pdf](http://www.observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/decisiones_no_jurisdiccionales/internacionales/norma_diligencia_mujer.pdf), última consulta, 29 de noviembre de 2012, p. 7.

<sup>24</sup> Víctor Abramovich, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso ‘Campo Algodonero’ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewArticle/11491>, última visita 29 de noviembre de 2012, p. 173.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 174; *Campo Algodonero*, op. cit., párr. 281.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

atentar contra los derechos de ciertos grupos o personas. Se pueden dar casos en los que existan “riesgos que son previsibles por su envergadura, por su extensión en el tiempo, porque obedecen a prácticas, por o [sic] patrones sistemáticos que hacen imposible su desconocimiento por la autoridad estatal”<sup>28</sup>

4) Que el Estado pueda “razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo”.<sup>29</sup> Este último elemento se refiere a las características del riesgo y a las “capacidades operativas de los agentes públicos que podían actuar en ese escenario determinado”. También se debe tener en cuenta que en muchas ocasiones la imposibilidad de actuar deriva de acciones propias del Estado como políticas públicas deficientes, la falta de legislación o el mal funcionamiento del sistema de justicia. En estos casos, un país no podrá “invocar la imposibilidad de prevenir la consumación de un riesgo, si ha contribuido a ello por no adoptar medidas de garantía que la propia Convención estableciera”.<sup>30</sup>

Además de la teoría del riesgo, la Corte tomó en cuenta el artículo 7.c de la Convención de Belém do Pará, que indica que los Estados deben actuar “con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. Este precepto establece “una carga adicional de deberes de prevención al Estado, por [sic] sobre un piso de debida diligencia en la protección de las acciones de particulares, que vendría dado, en principio, por la propia Convención Americana”.<sup>31</sup>

El Derecho internacional considera que la debida diligencia es una norma de costumbre internacional que obliga a los Estados a prevenir y responder diligentemente a la violencia contra la mujer.<sup>32</sup> En materia de prevención de violaciones a los derechos humanos se da en dos campos: el primero hace referencia a un nivel más general o sistémico en el que los Estados deben realizar acciones para transformar los valores y las estructuras que perpetúan y reproducen la violencia contra las mujeres. En este sentido, la norma de la debida diligencia es un instrumento para eliminar la violencia contra la mujer, ya que obliga a los Estados a “transformar los valores e instituciones sociales que sostiene la

desigualdad de género”.<sup>33</sup> Igualmente, es necesario “examinar las responsabilidades compartidas del Estado y de los agentes no estatales en lo que respecta a la prevención de la violencia y respuesta a ella y a otras violaciones de los derechos humanos de las mujeres”.<sup>34</sup>

El otro campo en el que la norma de la debida diligencia cobra relevancia es respecto de una persona o grupo de personas, es decir, en un nivel más individualizado. Esto hace referencia a los casos en los que ya se han perpetrado —o se están perpetrando o es posible que se perpetrén— violaciones de derechos humanos. En estos supuestos, el Estado tiene la obligación de prevenir diligentemente la comisión de los mismos o de investigar, sancionar y reparar —también de manera cuidadosa— las violaciones de derechos humanos cuando éstas ya se hayan dado.

En el caso *Campo Algodonero*, si bien existían algunos indicios de que la violencia perpetrada contra las niñas había sido realizada por agentes estatales o por particulares protegidos por el Estado, ni la Comisión Interamericana ni los representantes de las víctimas aportaron pruebas suficientes para comprobar que la desaparición y el asesinato de las niñas fueron cometidos por agentes del Estado; por lo tanto, la Corte exonera a México del incumplimiento de su obligación de respeto.

Como se mencionó anteriormente, el análisis se centró en la violación al deber de garantía. En los hechos del caso, la Corte estudió el deber de debida diligencia en materia de prevención para determinar si el Estado mexicano cumplió con su obligación de garantizar derechos humanos; más específicamente, si cumplió con su deber de prevenir violaciones a los mismos. En dicho análisis, la CoIDH estudia el deber de prevención en dos momentos: el primero se refiere a las acciones en general que México tomó antes de que se dieran los hechos del caso, es decir, antes de la desaparición de las víctimas. El segundo momento se refiere a antes del hallazgo de los cuerpos (después de la desaparición de las niñas).

Respecto del primer momento, la Corte limitó el tiempo para examinar las políticas públicas relativas

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> *Idem*.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 177; *Campo Algodonero*, *op. cit.*, párr. 258.

<sup>32</sup> Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 9.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>34</sup> *Idem*.

## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

a la prevención de la violencia contra las mujeres en México. Este periodo comienza a partir de 1998, año en el que la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) emitió la Recomendación 44/1998 en la que se advierte públicamente sobre la problemática de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez. El periodo termina antes de noviembre de 2001, fecha en la que se dan los hechos del caso.

El tribunal concluyó que en esos años México había emprendido algunas acciones para prevenir la violencia contra las mujeres. Señaló de manera particular la creación de la Fiscalía Especial para la Investigación de Homicidios en Ciudad Juárez; la creación del Inmujeres y de un Programa de Atención a Víctimas del Delito. Sin embargo, aunque dichas acciones significaban un avance para mejorar la situación de las mujeres en el país, los informes nacionales e internacionales al respecto coincidían en que “la prevención de los casos de homicidios de mujeres en Ciudad Juárez, así como la respuesta frente a ellos, [había] sido ineficaz e insuficiente”<sup>35</sup>

Ante esto, la CoIDH indicó que “la ausencia de una política que se hubiera iniciado, por lo menos en 1998 —cuando la CNDH advirtió el patrón de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez—, *[sic]* es una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención”.<sup>36</sup> Sin embargo, consideró que la falta de prevención antes de la desaparición de las víctimas no conlleva la responsabilidad internacional de Estado porque, a pesar del contexto de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez, México no tenía conocimiento de un riesgo individualizado, real e inmediato para las niñas.<sup>37</sup>

Respecto del segundo lapso, el que hace referencia al periodo antes del hallazgo de los cuerpos —cuando las niñas ya habían desaparecido— los hechos del caso muestran que al momento de la desaparición de las jóvenes, sus madres presentaron la denuncia. Sin embargo, la búsqueda se realizó después de 72 horas, tiempo que necesitaban las autoridades para establecer formal-

mente la desaparición de las niñas y comenzar con la investigación respectiva, por lo que se perdieron horas fundamentales para encontrarlas y rescatarlas.<sup>38</sup> Esto se dio a pesar de que con base en las declaraciones de algunos testigos proporcionaron información relevante para comenzar con la búsqueda.<sup>39</sup> Así, la CoIDH constató que “lo único que se hizo antes del hallazgo de los restos fue elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la Policía Judicial”.<sup>40</sup>

Por otro lado, al momento de denunciar las desapariciones, las autoridades proyectaron estereotipos de género hacia los familiares de las víctimas. Indicaron que las jóvenes no estaban desparecidas, sino que “se habían ido con el novio” o que “andaban de voladas o que andaban de vagas”.<sup>41</sup> Igualmente indicaron que si algo malo pasaba, era porque ellas se lo buscaban, porque una niña buena permanece en su casa. Esto resultó en la minimización de la desaparición de las niñas y la falta de interés por solucionar un problema social grave.

Por lo tanto, la CoIDH concluyó que al momento de que los familiares presentaron la denuncia, las autoridades del Estado ya tenían conocimiento del riesgo real e inminente de las víctimas, sumado al conocimiento del contexto de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez. Ante dicho contexto “surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, *[sic]* respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días”.<sup>42</sup> Añadió que estas circunstancias exigen una actuación pronta e inmediata por parte de las autoridades.

Sin embargo, el Estado mexicano no demostró haber adoptado medidas razonables para encontrar a las niñas con vida; no actúo de manera expedita, sino que se limitó a realizar formalidades y generó demoras injustificadas. Ante esto, la CoIDH concluyó que el Estado mexicano no actúo con la debida diligencia y se le condenó por haber incumplido su

<sup>35</sup> Campo Algodonero, *op. cit.*, párrs. 273 y 276. En este mismo sentido, la CNDH determinó en el año 2003 que después de cinco años de haberse emitido la recomendación 44/1998, el “fenómeno social no fue controlado y, en cambio, el índice de criminalidad en contra de las mujeres que radican o transitan en el municipio de Juárez, Chihuahua, continuó su escala ascendente”.

<sup>36</sup> *Ibidem*, párr. 282.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> *Ibidem*, párrs. 178, 180 y 181.

<sup>39</sup> *Ibidem*, párrs. 182-195.

<sup>40</sup> *Ibidem*, párrs. 194 y 195.

<sup>41</sup> *Ibidem*, párrs. 196-208.

<sup>42</sup> *Ibidem*, párr. 283.

deber de garantía al no prevenir las transgresiones a los derechos humanos de las niñas víctimas del caso.

Ahora bien, la responsabilidad internacional no solamente derivó de la falta de prevención por parte de México, sino que también fue resultado de la falta de investigación de las autoridades. Tal como se indicó con anterioridad, tanto el deber de prevención como el de investigación son obligaciones subsumidas por el deber general de garantía contenido en el artículo 1 de la CADH. Respecto de esta obligación, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte indicó:

El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.<sup>43</sup>

El caso citado también aporta otras características importantes del deber de garantía, al indicar que es una obligación de medio, y no de resultado; por lo tanto, no se incumple si la investigación no produce un resultado satisfactorio. A pesar de esto, la investigación “debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”.<sup>44</sup> Asimismo, la investigación debe ser asumida por el Estado “como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”.<sup>45</sup> Si los hechos cometidos por particulares no son seriamente investigados, parecería que las autoridades estatales los auxilian, lo que puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado.

Por último, la Corte también señaló que cuando las autoridades estatales tienen conocimiento de un hecho, es necesario que inicien una investigación de manera oficiosa, sin dilación, de manera imparcial y

efectiva, con los medios legales disponibles. La investigación debe tener como objetivo el descubrimiento de la verdad y debe estar encaminada a “la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales”.<sup>46</sup>

En el caso *Campo Algodonero*, la CoIDH adivirtió diversas irregularidades en los procedimientos de investigación que se habían realizado en México, por lo tanto determinó que el Estado había transgredido el derecho de acceso a la justicia de las víctimas del caso.

En el momento del hallazgo de los cuerpos se constató que la forma en la que fueron encontrados revelaba que las niñas habían sido violadas y tratadas con extrema crueldad. Fueron encontradas desnudas de la parte inferior del cuerpo, con mutilación de pechos u otras heridas que denotaban la violencia sexual ejercida contra ellas.

Igualmente, se determinó que hubo irregularidades en la custodia de la escena del crimen; en la recolección y manejo de evidencias; en la elaboración de autopsias y en la identificación y entrega de los restos de las víctimas. En este sentido, se encontró que: 1) el informe del hallazgo no mencionaba los métodos utilizados para recolectar y preservar la evidencia; 2) la preservación del lugar del hallazgo fue inapropiada; 3) el procesamiento de las evidencias recabadas no fue exhaustivo; 4) la realización de diligencias periciales sobre los indicios probatorios fue insuficiente; 5) los registros de las evidencias fueron incorrectos; 6) no existió la cadena de custodia de las evidencias; 7) existían algunas evidencias que estuvieron más de siete años sin ser analizadas; 8) el proceso de identificación de los cuerpos y la determinación de la causa de la muerte fue impropio; 9) la autopsia de la joven Herrera fue incompleta; 10) se entregaron los cuerpos sin que hubiera una identificación positiva de los mismos, y 11) existieron controversias relativas a la aplicación de pruebas genéticas.

También se estableció que existían irregularidades en la actuación seguida contra los presuntos responsables y que se habían fabricado culpables. La Comisión Interamericana indicó que la Fiscalía de Chihuahua

<sup>43</sup> *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, op. cit., párr. 176.

<sup>44</sup> *Ibidem*, párr. 177.

<sup>45</sup> *Idem*.

<sup>46</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 143.

## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

señaló como responsables de los asesinatos a Víctor Javier García Uribe y a Gustavo González Meza, a pesar de que no tenían una relación evidente con los hechos, que su detención fue arbitraria y su confesión fue obtenida bajo tortura. Posteriormente, el señor González falleció en la cárcel y los defensores de ambos acusados murieron en circunstancias misteriosas. Por su parte, el señor García fue sentenciado a 50 años de prisión, pero el Tribunal Supremo de Justicia de Chihuahua revocó dicha sentencia por falta de material probatorio. Ante esto, la CoIDH indicó que la investigación dirigida contra estos señores impidió que se realizaran otras averiguaciones y que las irregularidades mencionadas produjeran el reinicio de las investigaciones cuatro años después de ocurridos los hechos, lo cual impactó negativamente en las mismas.

Así, la Corte constató que México había incurrido en una demora injustificada e inexistencia de avances sustanciales en las investigaciones, lo cual fue reconocido por el Estado mexicano, al señalar que efectivamente se presentaron carencias en la primera etapa, pero que en la segunda etapa fueron subsanadas. Sin embargo, la Corte indicó que las falencias eran de tal magnitud que difícilmente podían haber sido subsanadas en la segunda etapa de las investigaciones y agregó que habían pasado ocho años desde que transcurrieron los hechos sin que la investigación pasara de la fase premilinar.<sup>47</sup>

En el caso *Campo Algodonero* también se analizó el tema de las irregularidades provocadas por la fragmentación de los casos y la falta de investigación de los mismos en el marco del contexto en el que sucedieron. En este punto, los representantes alegaron que la individualización de los casos para realizar las investigaciones de manera separada no fue positiva para las investigaciones, ya que los ocho casos debieron ser investigados de manera conjunta, pues fueron encontrados en circunstancias similares en el campo algodonero. Agregaron que los asuntos se investigaron de manera descontextualizada debido a que no se tuvieron en cuenta las violaciones graves y sistemáticas en contra de los derechos de niñas y mujeres, ni el patrón de violencia contra la mujer presente en Ciudad Juárez. Ante esto, la Corte indicó que “la investi-

gación con debida diligencia exige tomar en cuenta lo ocurrido en otros homicidios y establecer algún tipo de relación entre ellos”.<sup>48</sup>

Por último, también se alegó la falta de sanción de los funcionarios públicos involucrados en las irregularidades de la investigación. Al respecto, la Corte indicó que no se había investigado a ninguno de los funcionarios que supuestamente eran responsables de las negligencias ocurridas en el caso, en especial las irregularidades en la persecución de responsables y en el manejo de las evidencias, lo cual generó impunidad y afectó a las víctimas.

El tema de la debida diligencia también fue abordado en los casos de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú, pero solamente fue analizado respecto de la obligación de investigación, mas no desde la perspectiva del deber de prevención. En estos casos el establecimiento de la responsabilidad internacional no fue tan complicada como ocurrió en el caso *Campo Algodonero*, ya que los perpetradores de la violación sexual de ambas indígenas fueron soldados en activo que claramente eran agentes del Estado mexicano.

Por lo tanto, el análisis de la falta de diligencia en las investigaciones sirvió a la Corte para determinar la transgresión de los artículos 8 y 25 de la CADH relativos al acceso a la justicia, pues en ambos asuntos se presentaron irregularidades en la presentación de la denuncia y en la investigación de los hechos. En este respecto, la CoIDH indicó:

En casos de violencia contra la mujer las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará [...] De tal modo, ante un acto de violencia contra la mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección”.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> *Campo Algodonero*, op. cit., párr. 352.

<sup>48</sup> *Ibidem*, párr. 368.

<sup>49</sup> Véase el caso *Fernández Ortega*, op. cit., párr. 193, y el Caso *Rosendo Cantú*, op. cit., párr. 177.

## IV. Las reparaciones con perspectiva de género

A pesar de que en el caso del *Penal Miguel Castro Castro* la Corte comienza con la tendencia de reparar con perspectiva de género al tener en cuenta que la violencia afecta de manera distinta a las mujeres, una de las grandes aportaciones del caso *Campo Algodonero* es la evolución que logra la Corte sobre este tema, que será abordado en el presente apartado.

Para empezar, es preciso mencionar que una vez que se ha determinado la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos, es necesario que éstas sean reparadas. Incluso se ha señalado que “la reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad en que hubiera incurrido”.<sup>50</sup>

La reparación es una obligación del Estado, por lo que actualmente constituye una norma de costumbre internacional. En el caso *Chorzów Factory*, la Corte Permanente de Justicia Internacional indicó que la transgresión de un compromiso envuelve la obligación de reparar en forma adecuada y que esto constituye un principio de Derecho internacional.<sup>51</sup> Existen diversas formas de reparar, a saber: la restitución, indemnización y la rehabilitación. También existen otras medidas que la CoIDH ha utilizado en sus sentencias, como la satisfacción y las garantías de no repetición.

La restitución busca restablecer la situación que existía antes de que se diera la transgresión de la obligación internacional. Ante las dificultades que la restitución puede causar al momento de reparar, los Estados solamente están obligados a aplicarla en la medida de lo posible. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha señalado que la restitución comprende “el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes”.<sup>52</sup>

Por su parte, la indemnización se refiere a una compensación económica que debe brindarse de manera proporcional a la gravedad de la violación y teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. También se incluirán los perjuicios económicamente evaluables que hayan resultado de violaciones de derechos humanos o del Derecho internacional humanitario, como el daño físico o mental; la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; los perjuicios morales; los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.<sup>53</sup>

La rehabilitación incluye la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.<sup>54</sup> La satisfacción se refiere a la implantación de medidas para frenar las violaciones; la revelación pública y completa de la verdad; la búsqueda de personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; el restablecimiento de la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; la posibilidad de proporcionar una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones y las conmemoraciones y homenajes a las víctimas.<sup>55</sup>

Por último, las garantías de no repetición son medidas encaminadas a la prevención y entre ellas se encuentran el ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; la garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a los estándares de derechos humanos; el fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial; la educación, en materia de Derechos humanos y Derecho internacional humanitario;

<sup>50</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, sentencia de reparaciones, 27 de agosto de 1998, párr. 41.

<sup>51</sup> Malcolm N. Shaw, *International Law*, 6<sup>a</sup> ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 2008, p. 801.

<sup>52</sup> Organización de las Naciones Unidas, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006), párr. 19

<sup>53</sup> *Ibidem*, párr. 20.

<sup>54</sup> *Ibidem*, párr. 21.

<sup>55</sup> *Ibidem*, párr. 22.

## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

la promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; la revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y de Derecho internacional humanitario.<sup>56</sup>

Ahora bien, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la obligación de reparar se encuentra contenida en el artículo 63.1 de la CADH, al indicar que cuando la CoIDH decida que se ha dado la transgresión de un derecho humano, ordenará “que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Con base en este precepto, podemos decir que la CoIDH ha reiterado de manera constante que “el régimen de reparaciones se halla enteramente sujeto al Derecho internacional, cuando viene al caso la responsabilidad internacional del Estado”.<sup>57</sup> Por lo tanto, solamente corresponde al Derecho internacional “señalar los términos de la responsabilidad internacional, proveer los medios para exigirla, disponer las consecuencias de la declaración de responsabilidad y el contenido de la condena, y supervisar el cumplimiento de la decisión supranacional”.<sup>58</sup> Consecuentemente, el Estado está obligado a reparar y no podrá argumentar razones de Derecho interno para no cumplir con tal deber.<sup>59</sup>

Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos son diferentes a las del sistema europeo, ya que la CoIDH utiliza una amplia gama de medidas para reparar las violaciones del caso concreto, que no se limitan a los aspectos pecuniarios, como suele pasar en las reparaciones dictadas por la Corte Europea de Derechos Humanos. En este sentido, las reparaciones tienen un carácter

transformador. En el caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, la Corte indicó:

Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etcétera.<sup>60</sup>

Es así que las reparaciones generalmente son muy profundas, por lo que su puesta en práctica puede tomar tiempo. Siempre deben ser adecuadas y efectivas. Buscan recomponer de manera estructural<sup>61</sup> a las sociedades en las que se ha dado la violación de los derechos humanos de las personas, a partir de las medidas que la Corte crea pertinentes en el caso en concreto. Por lo tanto, las reparaciones deben implementarse con el afán de cambiar lo que no está funcionando en un Estado determinado.

También podemos decir que las reparaciones son expansivas. Ciertamente la Corte toma medidas de reparación que impactan únicamente a las víctimas del caso concreto, pero en muchas ocasiones también dictará medidas que beneficiarán a toda la población o a grupos que se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad, como son los grupos indígenas o las mujeres.

Al momento de reparar, la Corte deberá tener en cuenta los principios de idoneidad y congruencia, es decir, “las reparaciones deben ser congruentes con la naturaleza y los efectos de las violaciones perpetradas, e idóneas para enfrentarlas y rechazarlas [...] En efecto, cada sentencia mira hacia el caso *sub judice*, pero también se proyecta hacia cualesquiera conductas y situaciones similares”.<sup>62</sup>

<sup>56</sup> *Ibidem*, párr. 23.

<sup>57</sup> Sergio García Ramírez, “Reparaciones de fuente internacional por violación de derechos humanos (sentido e implicaciones del párrafo tercero del artículo 1º constitucional bajo la reforma de 2011)”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, Porrúa/UNAM, México, 2012, p. 173.

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> Véase el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que indica que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

<sup>60</sup> *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 41

<sup>61</sup> Sergio García Ramírez, *op. cit.*, p. 179. El mismo autor señala que la jurisprudencia interamericana no sólo proporciona reparaciones pecuniarias, sino reparaciones integrales, lo que constituye su aporte más significativo al Derecho internacional de los derechos humanos.

<sup>62</sup> *Idem*.

Con base en todo lo mencionado, digamos que reparar con perspectiva de género consiste en atender las circunstancias específicas de las mujeres víctimas de violencia; realizar una adecuada contextualización de los hechos —que incluya las situaciones de violencia y discriminación estructural, como prescindidamente sucede en el caso *Campo Algodonero*—; que tal contextualización también tenga en cuenta la violación de derechos que afecten desproporcionadamente a las mujeres, como la violencia sexual, y que se realice una adecuada determinación del daño con base en la diferenciación por sexo (adecuada valoración del daño sexo-específico).

De esta manera, las reparaciones con perspectiva de género deben atender a las necesidades específicas de cada sexo, ya que la violencia tiene un impacto diferencial en hombres y mujeres; deben ser aplicadas sin discriminación y deben ser transformadoras para identificar y superar los factores que causan la violencia y discriminación estructural.<sup>63</sup>

Un ejemplo específico de esto es lo que ocurrió en el caso del *Penal Miguel Castro Castro*, que versa sobre el ataque por parte del ejército y la policía de Perú al centro penitenciario que lleva el nombre del caso. Dicho ataque implicó el uso excesivo de la fuerza en contra de las personas que compurgaban sus sentencias y en particular en contra de las mujeres que se encontraban en dicho penal.

De manera más específica, en el asunto se determinó —entre otras cosas— que durante el ataque todos los internos, incluyendo las mujeres, fueron forzados a permanecer desnudos, lo cual tuvo consecuencias especialmente graves para ellas. Además de la desnudez forzada, las mujeres se encontraban vigiladas por hombres armados y no se encontraban en buen estado de salud, por lo que se concluyó que habían sufrido violencia sexual.<sup>64</sup>

En dicho caso también se hizo alusión a las condiciones de detención que afectaron de manera desproporcionada a las mujeres. Se desatendieron sus necesidades fisiológicas al no proporcionales material de

aseo personal como jabón, papel higiénico, toallas sanitarias y ropa íntima para cambiarse y la desatención de las necesidades de salud pre y posnatal,<sup>65</sup> a pesar de que, en condiciones de detención, “se deben realizar arreglos especiales para las detenidas en periodo menstrual, embarazadas o acompañadas por su hijos”<sup>66</sup>

En el caso *Campo Algodonero* la Corte dictó diversas reparaciones con perspectiva de género atendiendo al contexto de violencia y discriminación que existe en Ciudad Juárez. En primer término, ordenó remover todos los obstáculos que impiden la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los procesos judiciales con el fin de que se evite la repetición de circunstancias similares. Dicha investigación deberá ser realizada con perspectiva de género y debe incluir “líneas de investigación específicas respecto a la violencia sexual, para lo cual se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona [...]”<sup>67</sup> Los procesos penales se conducirán por funcionarios capacitados en atención a víctimas de discriminación y violencia de género.

Otra reparación con perspectiva de género es la que hace referencia al levantamiento de un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género en Ciudad Juárez, incluyendo a las víctimas del caso. Dicho monumento tendrá por objeto dignificar a las víctimas y será un “recuerdo del contexto de violencia que padecieron y que el Estado se compromete a evitar en el futuro”<sup>68</sup>

Respecto de las garantías de no repetición, la sentencia ordenó la estandarización de los protocolos, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, para combatir desapariciones y homicidios de mujeres y otro tipo de violencia contra ellas, como las desapariciones forzadas, la violencia sexual y los homicidios. Dichos protocolos serán normalizados conforme a los estándares internacionales contenidos en el Protocolo de Estambul, el Manual sobre Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los lineamientos de

<sup>63</sup> Ruth Rubio Marín, “Reparaciones con perspectiva de género”, ponencia impartida en el marco del seminario *La protección judicial de los derechos humanos de las mujeres: reflexiones sobre la actividad jurisdiccional*, celebrado en la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 8 de noviembre de 2011 (en archivo con la autora).

<sup>64</sup> Caso del *Penal Miguel Castro Castro*, *op. cit.*, párrs. 303-308.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pár. 319.

<sup>66</sup> *Ibidem*, párrs. 331 y 332.

<sup>67</sup> *Campo Algodonero*, *op. cit.*, párr. 455.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pár. 471.

## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

búsqueda de personas desaparecidas. Todo esto deberá ser realizado con perspectiva de género y el Estado rendirá un informe anual durante tres años.<sup>69</sup>

En este mismo rubro, la CoIDH ordenó la puesta en práctica de un programa de búsqueda y localización de mujeres desaparecidas en el estado de Chihuahua. Al respecto, los representantes de las víctimas alegaron que “los operativos de reacción inmediata [vigentes] no constituyen una medida efectiva para atender de inmediato un reporte de desaparición o extravío [...] y no impiden la realización de conductas criminales en contra de las mujeres y niñas desaparecidas en Ciudad Juárez”.<sup>70</sup>

El caso reflejó los graves problemas que presenta el operativo de búsqueda (Operativo Alba), al señalar que éste solamente se activa cuando se clasifica la desaparición como de “Alto Riesgo”. Los criterios para determinar que una desaparición tiene esas características son ambiguos, subjetivos y revisten criterios discriminatorios.<sup>71</sup> En muchos casos, los funcionarios niegan la toma de medidas urgentes sin una justificación.<sup>72</sup>

Ante esto, la CoIDH ordenó al Estado mexicano que el Protocolo Alba o cualquier otro mecanismo de búsqueda debía ser de oficio ante cualquier desaparición forzada; expedito; tendiente a proteger derechos fundamentales como la vida, la libertad y la integridad física de la persona desaparecida. Debía ser realizado mediante un trabajo coordinado entre diferentes cuerpos de seguridad y eliminar cualquier obstáculo que impidiera la efectividad de la búsqueda. Igualmente, el Estado debe asignar todos los recursos necesarios para lograr una búsqueda exitosa y priorizarla en ciertas áreas de importancia para encontrar a la persona desaparecida.

Por otra parte, la sentencia del caso también ordenó la creación de una página electrónica que contendrá la información necesaria de todas las mujeres, jóvenes y niñas que han desaparecido desde 1993 y continúan desaparecidas. Dicha página permitirá que cualquier persona proporcione información relevan-

te sobre el paradero de una mujer desaparecida. La Corte también estableció la creación de una base de datos con la información genética necesaria de los familiares de las personas desaparecidas, y de cualquier mujer o niña que haya sido privada de la vida en el estado de Chihuahua.<sup>73</sup>

Asimismo, ordenó a México que imparta capacitación con perspectiva de género a funcionarios públicos y población en general de Chihuahua. Al respecto, indicó que la capacitación con perspectiva de género implica un aprendizaje de las normas pertinentes y el desarrollo de las capacidades necesarias para reconocer la discriminación hacia las mujeres. Solicitó al Estado mexicano que la enseñanza en materia de derechos humanos y género proporcione a los funcionarios las competencias para que “reconozcan las afectaciones que generan en las mujeres las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos”.<sup>74</sup>

Así, se solicitó al Estado mexicano que emprenda programas y cursos permanentes en derechos humanos y género; perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con la discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género y la superación de estereotipos de género sobre el papel social de las mujeres. La capacitación se destinará a “policías, fiscales, jueces, militares, funcionarios encargados de la atención y asistencia legal a víctimas del delito y a cualquier funcionario público, tanto a nivel local como federal, que participe directa o indirectamente en la prevención, investigación, procesamiento, sanción y reparación”.<sup>75</sup>

Al respecto, García Ramírez considera que los programas permanentes de educación en los términos mencionados son

[...] una expresión notable del carácter que revisten las reparaciones dispuestas por la Corte, con pretensión integral o estructural— la disposición de que el Estado lleve ade-

<sup>69</sup> *Ibidem*, párr. 502.

<sup>70</sup> *Ibidem*, párr. 503.

<sup>71</sup> De conformidad con el párrafo 505 del caso *Campo Algodonero*, los criterios que utilizaron las autoridades en el momento de los hechos para determinar que una desaparición era de alto riesgo, fueron: 1) que existiera la certeza de que las mujeres o niñas desaparecidas no tenían motivos para abandonar el hogar; 2) que se trataba de una niña; 3) que la joven tuviera una rutina estable, y 4) que del reporte se desprendiera que la desaparición estaba vinculada con homicidios seriales.

<sup>72</sup> *Idem*.

<sup>73</sup> *Ibidem*, párr. 512.

<sup>74</sup> *Ibidem*, párr. 540.

<sup>75</sup> *Ibidem*, párrs. 541 y 542.



lante acciones diversas conducentes a remover los estereotipos sobre el papel social de las mujeres, que acarrean discriminación y victimización. Ya no se trata solamente, pues, de atenciones directas relacionadas con las víctimas —supervivientes y familiares en demanda de justicia—, sino con la prevención general de conductas lesivas.<sup>76</sup>

Como medidas de rehabilitación, se solicitó al Estado mexicano que proporcione, a todos los familiares considerados víctimas, atención médica, psicológica, psiquiátrica gratuita que sea inmediata, adecuada y efectiva. Se asegurará que los profesionales que brinden tal atención valoren debidamente las condiciones psicológicas y físicas de cada víctima y tengan suficiente capacidad para tratar los daños causados por la violencia de género, la falta de respuesta estatal y la impunidad sufrida por las víctimas. El tratamiento se prestará por el tiempo que sea necesario e incluirá el suministro de todos los medicamentos necesarios.<sup>77</sup> Por último, la Corte solicitó indemnizaciones que se tradujeron en una suma de dinero para cada una de las víctimas del caso.

De esta manera, la CoIDH consideró que las reparaciones que se dicten en casos en los que exista discriminación estructural, deben tener “una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo”.<sup>78</sup>

## V. Breve análisis sobre la tortura

En los tres casos analizados por este trabajo se encuentra presente el tema de la tortura. En el caso

*Campo Algodonero*, dicho tópico se discute ampliamente en el voto de la jueza Cecilia Medina; mientras que en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, el tema de la tortura se analiza en el momento de la calificación de los hechos.

Hablar de la tortura no es fácil, ya que es un tema muy extenso que se puede analizar desde varias perspectivas: a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, del Derecho penal internacional, del Derecho internacional humanitario y del Derecho penal doméstico; por esta razón, en las siguientes líneas solamente se proporcionarán algunos aspectos relevantes de la tortura que se circunscribirán a los casos que forman el objeto de estudio de la presente investigación.

Para comenzar, es preciso mencionar que la prohibición de la tortura es un derecho humano internacionalmente reconocido que se encuentra englobado en el derecho a la integridad personal.<sup>79</sup> La prohibición de la tortura es clara y absoluta, ya que no tiene ninguna excepción y no existe circunstancia alguna que la pueda justificar: ni en casos de “Estado de Emergencia”, o en contextos de conflicto armado internacional o conflicto armado no internacional, la tortura puede ser aplicada o justificada.<sup>80</sup>

Por otro lado, la tortura también se encuentra regulada por el Derecho penal internacional, que la considera un crimen internacional.<sup>81</sup> Incluso, la prohibición a la tortura ha sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia como una norma que forma parte del *jus cogens*,<sup>82</sup> es decir, como una norma de la más alta jerarquía que no admite acuerdo en contrario, a menos de que exista otra norma que tenga el mismo carácter y la reemplace.<sup>83</sup>

<sup>76</sup> Sergio García Ramírez, *op. cit.*, p. 196.

<sup>77</sup> *Campo Algodonero*, *op. cit.*, párr. 549.

<sup>78</sup> *Ibidem*, párr. 550; Véase también Santiago José Vázquez Camacho, “El caso Campo Algodonero ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, UNAM, México, 2011, p. 544.

<sup>79</sup> Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La prohibición de la tortura también se encuentra consagrada en diversos instrumentos de Derecho internacional humanitario, como el artículo 3 común a las cuatro convenciones de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra de 1949, el artículo 12.2 del Convenio de Ginebra I, el artículo 12.2 del Convenio de Ginebra II, los artículos 17.4, 87.3 y 89 del Convenio de Ginebra III, y el artículo 32 del Convenio de Ginebra IV. La prohibición de la tortura es considerada además una infracción grave a los Convenios de Ginebra; artículo 50 del Convenio de Ginebra I, artículo 51 del Convenio de Ginebra II, artículo 130 del Convenio de Ginebra III y artículo 147 del Convenio de Ginebra IV.

<sup>80</sup> Asociación para la Prevención de la Tortura, “Defusing the ticking bomb scenario: Why we must say no to torture always”, *Asociación para la Prevención de la Tortura*, Suiza, 2007, disponible en: [http://www.acat.ch/\\_/frontend/handler/document.php?id=460&type](http://www.acat.ch/_/frontend/handler/document.php?id=460&type), última consulta el 4 de octubre de 2012.

<sup>81</sup> Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 7 2) e) y artículo 8.

<sup>82</sup> Corte Internacional de Justicia, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Bélgica vs. Senegal), Decisión de fondo, 20 de julio de 2012, p. 33. Véase en este mismo sentido lo establecido por la Comisión de Derecho Internacional, “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”, adoptado en su 52<sup>a</sup> sesión, UN Doc A/56/10, p. 85.

<sup>83</sup> El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala que una norma imperativa de Derecho internacional general (norma de *jus cogens*) es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma

## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CADH no contiene una definición de tortura, sino que solamente hace referencia a la misma y a la prohibición de no ser sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por lo tanto, el concepto de tortura puede ser dilucidado a partir de los elementos proporcionados por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura) y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST).

El artículo 1º de la Convención contra la Tortura<sup>84</sup> señala cuatro elementos para que ésta se configure, a saber: 1) un acto realizado de manera intencional; 2) que provoque a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales; 3) con una finalidad, y 4) realizado por un funcionario público u otra persona a instigación, consentimiento o aquiescencia de un funcionario público.

Por su parte, la CIPST<sup>85</sup> proporciona los siguientes criterios para configurar la tortura: 1) un acto realizado intencionalmente; 2) que inflaja a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, y 3) con una finalidad. Si bien el elemento del sujeto activo del delito no se encuentra en la definición, está contenido en el artículo 3 de dicho instrumento internacional, al señalar que “serán responsables del delito de tortura: 1) los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan, y 2) las personas que a instigación de funcionarios o empleados públicos ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

---

que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

<sup>84</sup> Dicho precepto indica que: “[a] los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflja intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

<sup>85</sup> El artículo 2 de la CIPST indica que: “[p]ara los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se infljan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

<sup>86</sup> Claudio Nash Rojas, “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XV, Montevideo, 2009, p. 594.

<sup>87</sup> *Idem*.

<sup>88</sup> *Idem*.

Entre ambas definiciones existen algunas diferencias. En primer término, la Convención contra la Tortura exige que el sufrimiento sea grave; la CIPST no lo exige, e incluso amplía lo que se entiende por padecimiento, al indicar que será tortura cualquier acto que no provoque dolor pero que pretenda “anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental”.<sup>86</sup>

Otra diferencia es la relativa a la finalidad. En la Convención contra la Tortura este elemento es más restringido, ya que enlista una serie de criterios. Sin embargo, deja una cláusula ciertamente abierta —pero aún restringida— al mencionar “o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”. Si bien esta frase podría ampliar un poco más, el elemento de “finalidad” sigue siendo restringido, pues se debe comprobar que la tortura se realizó por motivos discriminatorios. Contrariamente, la definición de la CIPST es menos estricta, pues hace en un listado de motivos, pero al final deja una cláusula sumamente abierta al señalar “o con cualquier otro fin”.<sup>87</sup>

Por último, y respecto del sujeto activo, los dos tratados exigen que el acto sea cometido por un funcionario público. Sin embargo, es muy interesante notar que el inciso b) del artículo 3 de la CIPST define más claramente la tortura cometida por particulares. Para que ésta se configure, es necesario que dichos particulares sean instigados por funcionarios públicos, y que a su vez, estos individuos privados instiguen a otros a cometer tortura. Por ello, en la CIPST “hay un esfuerzo por vincular a privados de forma más categórica de lo que se hace en el ámbito de las Naciones Unidas”.<sup>88</sup>

Al respecto, es pertinente analizar el caso *Bueno Alves vs. Argentina* (caso *Bueno Alves*), que versa sobre la tortura que sufrió el señor Juan Francisco Bueno Alves a manos de policías vestidos de civiles. Para dilucidar el concepto de tortura, la Corte tuvo en cuenta tanto a la CADH como a la CIPST, entre otros instrumentos internacionales, y concluyó que los elementos constitutivos de la tortura son: 1) un acto intencional; 2) que cause sufrimientos físicos o mentales severos, y 3) realizados con un fin o propósito específico.<sup>89</sup>

Este caso es de suma importancia por varias razones. En primer lugar, a pesar de que en otros casos la CoIDH ya había analizado violaciones al derecho a la integridad personal contenido en la CADH, el caso *Bueno Alves* representa “la primera vez que [la Corte] sistematizó los criterios y requisitos constitutivos de este ilícito”.<sup>90</sup> En segundo término, el caso cobra relevancia porque los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú* —que serán analizados en las siguientes líneas— retoman la misma definición. Por último, a partir de este caso cambia la norma sustantiva sobre tortura y no menciona la calidad del sujeto activo del ilícito. Pareciera que la jurisprudencia de la CoIDH —mediante la interpretación que realiza de la CADH— comienza a reconocer más claramente la tortura entre particulares, tal como ya lo había hecho el artículo 3 de la CIPST y lo hacen otras ramas del Derecho internacional.

En efecto, el Derecho penal internacional considera la existencia de la tortura entre particulares. El artículo 7.2. e) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) indica que “por tortura se entenderá causar intencionadamente dolor o

sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control [...].” Los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma —documento que sirve para dilucidar los tipos penales contenidos en dicho tratado internacional— indican que para que se configure la tortura, es necesario: 1) que el autor haya infligido dolor o sufrimientos graves a una persona; 2) que el autor tuviera la custodia o control de la persona, y 3) que el dolor o sufrimiento no haya sido resultado únicamente de la imposibilidad de sanciones legítimas, y no fuese inherente ni incidental a ellas.<sup>91</sup>

Como puede observarse, desde la perspectiva del Derecho penal internacional, entre los elementos constitutivos de la tortura no se incluye ni la finalidad del acto —castigo u obtención de información, entre otros— ni la calidad del sujeto activo del ilícito, es decir, la participación de un agente del Estado. En este mismo sentido, en el Derecho internacional humanitario la definición de tortura no implica como prerequisito para su comisión que sea cometida por un funcionario público u otra persona que actúa en capacidad oficial.<sup>92</sup>

Ahora bien, en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*, al hacer la calificación de los hechos relacionados con la violación sexual de ambas indígenas, la Corte señaló que ésta constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres. Incluso, la CoIDH calificó la violación como tortura<sup>93</sup> y retomó los elementos proporcionados en el caso *Bueno Alves*.

En el caso *Fernández Ortega*, el elemento de intencionalidad fue comprobado porque uno de los

<sup>89</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bueno Alves vs. Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 11 de mayo de 2007, pár. 79.

<sup>90</sup> Claudio Nash Rojas, *op. cit.*, p. 597.

<sup>91</sup> Otros dos elementos —que no son relevantes para el análisis que estamos realizando en este trabajo— son: que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil y que el autor haya tenido conocimiento de que dicha conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático o que haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de dicho ataque. Esto elementos existen porque el artículo 7 del Estatuto de Roma se refiere a crímenes de lesa humanidad. Véanse también los elementos del crimen de guerra de tortura contenido en el artículo 8.2.iii).

<sup>92</sup> Alain Aeschlimann, “Protection of detainees: ICRC action behind bars”, *International Review of the Red Cross*, vol. 87, núm. 857, marzo de 2005, p. 111. Este autor señala que: “for the purpose of international humanitarian law, the definition of torture is the same as the one spelled out in the Convention against Torture, except that the involvement of a public official or other person acting in an official capacity is not considered to be a prerequisite” (traducción de la autora).

<sup>93</sup> No es novedad que se reconozca la violación como tortura, siempre y cuando dicho acto cumpla con los elementos que requiere la tortura. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “caso Raquel Martín de Mejía vs. Perú, núm. 10.970, Informe No. 5/96”, 1996, disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/1996/Speru5-96.htm>, última consulta, 12 de diciembre de 2012; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “caso Ana, Beatriz y Celia González Pérez, núm. 11.565, Informe No. 53/01”, 2001, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Mexico11.565.htm>, última consulta, 12 de diciembre de 2012; Tribunal Penal International para Ruanda, *The Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu*, Sala de Juicio, 2 de septiembre de 1998, pár. 97. Este caso señaló que, al igual que la tortura, la violación es usada para intimidar, degradar, humillar, discriminar, castigar, controlar y destruir a una persona. Al igual que la tortura, la violación es una transgresión a la dignidad personal y, de hecho, la violación puede constituir tortura [...] (traducción de la autora).

## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

soldados obligó a la víctima a tenderse en el piso, la tomó de las manos, y mientras otro militar la violaba, ella fue apuntada con un arma y era observada por los demás soldados.<sup>94</sup> Por su parte, el elemento de intencionalidad también fue comprobado en el caso *Rosendo Cantú*, ya que sus atacantes la golpearon en el abdomen con su arma, la tomaron del cabello, le rasguñaron la cara y la violaron mientras los demás militares observaban los hechos.

El sufrimiento severo, físico o mental, también se configuró en ambos casos, puesto que

la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima humillada física y emocionalmente, situación difícilmente superable por el paso del tiempo [...] De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas".<sup>95</sup>

Sobre el último elemento —la finalidad del acto—, en ambos casos se constituyó, puesto que los soldados interrogaron a las víctimas y, al no obtener la información solicitada, las castigaron mediante la violación.<sup>96</sup>

En el caso *Campo Algodonero* el tema de la tortura<sup>97</sup> también fue analizado en el voto concurrente de la jueza Cecilia Medina, al cual nos apegamos completamente. En primer término, la Corte no fincó responsabilidad internacional al Estado mexicano por haber cometido tortura en contra de las niñas víctimas del caso, a pesar de que de los hechos probados se determinó la severidad del trato al que fueron sometidas y la gran posibilidad de que hayan sufrido violencia sexual. Sin embargo, la Corte consideró que "no era posible encontrar que un Estado pudiera ser responsable de un acto de tortura si no había prueba de que éste hubiera sido perpetrado por agentes del Estado o se hubiera llevado a cabo cuando un empleado o funcionario público pudiendo impedir el acto no lo hubiera hecho".<sup>98</sup>

Ante dicho argumento, parecía que la CIDH pasó por alto los elementos constitutivos de la tortura determinados claramente en el caso *Bueno Alves*. Es importante subrayar que dicho asunto busca dar contenido a la tortura en el marco de la CADH, y, como se indicó anteriormente, en él se concluyó que la calidad del agente activo del ilícito no es un elemento constitutivo de la tortura en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tal como lo señala la jueza Medina en su voto concurrente, existen decisiones del Comité contra la Tortura, de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, que no exigen "la participación activa, la aquiescencia o tolerancia, o la inacción de un agente estatal".<sup>99</sup> Ella añade que la definición de tortura contenida en la Convención contra la Tortura —que sí requiere la calidad del sujeto activo del ilícito— no es costumbre internacional, e incluso este elemento se encuentra en debate,<sup>100</sup> tanto que el Estatuto de Roma no lo requiere, tal como se menciona con anterioridad.

En el caso *Campo Algodonero*, es cierto que la Corte nunca comprobó que los hechos fueron perpetrados por agentes del Estado, pero de conformidad con los elementos que ella misma ya había dado en el caso *Bueno Alves*, pudo haber configurado la tortura, pues algún particular —o varios particulares— cometió actos encaminados a "desaparecer" a las niñas, a provocarles sufrimientos severos, al grado de perder la vida. Dichos actos fueron probablemente cometidos con el fin de dominarlas, humillarlas, o fueron motivados por la discriminación y violencia estructural contra las mujeres que existe en Ciudad Juárez.

Ahora bien, si la Corte hubiera determinado la tortura de las jóvenes, pudo haber fincado responsabilidad al Estado mexicano de la misma manera en que lo hizo por la desaparición y muerte de las jóvenes: por la falta de prevención y la consecuente transgresión

<sup>94</sup> Fernández Ortega, *op. cit.*, párr. 121.

<sup>95</sup> *Ibidem*, párr. 124; *Rosendo Cantú*, *op. cit.*, párr. 114.

<sup>96</sup> *Ibidem*, párr. 127; *ibidem*, párr. 117.

<sup>97</sup> Véase Santiago José Vázquez Camacho, *op. cit.*, p. 549. El autor opina que el debate sobre el tema de la tortura es relevante en el caso *Campo Algodonero*, porque las reparaciones de las víctimas pudieron haber sido más altas y por el estigma que trae consigo una condena por tortura.

<sup>98</sup> Voto concurrente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, *Campo Algodonero*, párr. 9.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>100</sup> *Ibidem*, párr. 15.

del deber de garantía consagrado en el artículo 1.1 de la CADH. En este sentido, el Comité contra la Tortura ha señalado que

cuento las autoridades del Estado [...] tienen conocimiento o motivos fundados para creer que sujetos privados o actores no estatales perpetran actos de tortura o malos tratos y no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar y castigar a dichos sujetos privados o actores no estatales [...] el Estado es responsable [...] por consentir o tolerar esos actos inaceptables”.<sup>101</sup>

A pesar de que la Corte no determinó la tortura de las víctimas del caso *Campo Algodonero*, consideramos que en las sentencias *Fernández Ortega y Rosendo Cantú* reafirman los elementos constitutivos de la tortura proporcionados en el caso *Bueno Alves*, homologando su jurisprudencia con otros criterios establecidos por diversos tribunales de derechos humanos, tribunales de Derecho penal internacional y órganos de la Organización de las Naciones Unidas.

## VI. El uso de los indicios para comprobar la violación sexual

Derivado de los casos que constituyen el objeto de estudio del presente trabajo, creemos importante analizar brevemente la forma en la que la CoIDH comueba la violación sexual de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú porque constituyen estándares internacionales a los que el Estado mexicano tendrá que ceñirse.

En los litigios ante los tribunales internacionales la forma de probar, ya sea la responsabilidad estatal o la responsabilidad individual, es distinta de la de las cortes domésticas. En muchas ocasiones, los tribunales internacionales se tienen que enfrentar a casos que sucedieron varios años antes, lo que imposibilita la obtención de pruebas. En otras ocasiones, las cortes internacionales no pueden recabar pruebas por la falta de accesibilidad en los territorios en los que ocurrier-

ron los ilícitos, la falta de cooperación de los Estados, o por el simple paso del tiempo.

Muchas veces los tribunales internacionales fincan responsabilidad internacional con fundamento en la prueba circunstancial, como ocurrió en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú*. A dicha prueba también se le conoce como prueba presuncional, indiciaria o conjetal, y es aquella que:

se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados —indicios— y el que se trate de probar —delito.<sup>102</sup>

La prueba indiciaria permite “probar aquellos hechos que no son susceptibles de demostrarse de manera directa, puesto que al acontecer los hechos en un tiempo y espacio determinados, una vez consumados, es difícil constatar de manera inmediata su existencia”.<sup>103</sup>

Para configurar la prueba indiciaria es necesario que se den tres elementos: 1) la existencia de una serie de hechos o un hecho indispensable que se constituirá en un indicio; 2) un proceso deductivo o un proceso lógico, y 3) una conclusión o deducción, “en cuya virtud uno o varios hechos periféricos han pretendido tener por acreditado un hecho central a la dinámica comitiva, conclusión que ha de ser conforme a las exigencias del discurso lógico”.<sup>104</sup> Por lo tanto, “es necesario que el juzgador deduzca la consecuencia de un hecho probado para averiguar otro desconocido, con base en inferencias lógicas [por lo que] resulta indispensable que entre el hecho demostrado y el que se busca exista una relación precisa más o menos necesaria [...].”<sup>105</sup> Para que una presunción tenga valor probatorio es necesario que tenga como fundamento una prueba cierta y completamente

<sup>101</sup> Comité contra la Tortura, “Observación General No. 2 sobre la aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, 24 de enero de 2008”, citado en Cecilia Medina Quiroga, *op. cit.*, pár. 10.

<sup>102</sup> Carolina Rodríguez Bejarano, “El estándar de la prueba indiciaria en los casos de violencia sexual ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Memorando de Derecho*, Pereira, año 2, núm. 2, 2011, p. 30.

<sup>103</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, PRUEBA PRESUNCIONAL EN LA INVESTIGACIÓN DE VIOLACIONES GRAVES DE GARANTÍAS INDIVIDUALES ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 97, PÁRRAFO SEGUNDO, CONSTITUCIONAL, TESIS NÚM. XXXVII/2008.

<sup>104</sup> Carolina Rodríguez Bejarano, *op. cit.*, p. 30.

<sup>105</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*

## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

probada para lograr obtener de ella una inferencia lógica.

Respecto de la prueba en comento, la propia CoIDH ha señalado que “ha establecido el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones para fundar una sentencia, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”.<sup>106</sup>

En el caso *Fernández Ortega*, la Corte indicó que la violación sexual es un tipo particular de agresión que se caracteriza por producirse en situaciones solitarias en las que solamente se encuentran la víctima y el agresor; por lo tanto, “no se pueden esperar pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho”.<sup>107</sup>

Es muy importante señalar que, en este caso, las pruebas periciales presentadas por la víctima indicaron la presencia de líquido seminal y células espermáticas, pero a pesar de esto, los peritos agotaron y desecharon las muestras, por lo que fue imposible la realización de otras pruebas, como las de ADN,<sup>108</sup> lo cual ha sido un obstáculo para el esclarecimiento del caso.

Ante esto, la Corte comprobó la violación de la señora Fernández Ortega con base en: 1) el testimonio de la víctima; 2) la presencia militar en la zona y día en que ocurrieron los hechos, y 3) otros elementos de convicción. A continuación se analizará brevemente cada uno de estos elementos que le permitieron a la Corte, a partir del uso de la prueba circunstancial, concluir que la víctima fue violada.

Respecto del testimonio, la Corte —además de indicar que éste es esencial en los casos de violación— indicó que en las distintas ocasiones en las que la víctima declaró o manifestó haber sido violada

existieron algunas diferencias no sustanciales, por lo que la credibilidad de sus declaraciones fue aceptada por el tribunal.

Respecto de la presencia militar en el día y en la zona en la que se dieron los hechos, la CoIDH comprobó que “el 22 de marzo de 2002 un grupo de soldados salió a efectuar reconocimientos en las inmediaciones de Barranca Tecoani, regresando a su Base aproximadamente a las cuatro de la tarde, es decir, una hora después de los hechos”.<sup>109</sup>

En cuanto a los otros elementos de convicción, se tuvo en cuenta la certificación psiquiátrica que realizó la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual señaló que la víctima había estado expuesta a un acontecimiento traumático. Igualmente, se incluyó un informe psicológico que indicó que existía relación entre los hechos narrados por la víctima sobre su violación sexual y los síntomas psicológicos que padecía, considerados comunes en este tipo de ilícitos. Además, se incluyeron las declaraciones de otras personas que estuvieron presentes en el momento inmediato posterior a los hechos. Por último, el Estado no proporcionó evidencias que desvirtúaran el dicho de la señora Fernández Ortega.

Por su parte, en el caso *Rosendo Cantú* no se realizó ninguna recopilación de indicios biológicos que pudieran comprobar la violación sexual de la víctima. Ella fue violada el 16 de febrero de 2002 y no fue sino hasta el 19 de marzo cuando se le revisó ginecológicamente, pero durante ese mes sí existieron informes médicos sobre el estado de salud de la señora.

Ante la falta de indicios biológicos, la Corte nuevamente comprobó la violación mediante la prueba presuncional con base en los siguientes elementos —los mismos que utiliza en el caso *Fernández Ortega*—: 1) el testimonio de la víctima; 2) la presencia

<sup>106</sup> *Rosendo Cantú*, op. cit., párr. 102.

<sup>107</sup> *Fernández Ortega*, op. cit., párr. 100. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha indicado que “la imputación de la ofendida no debe tomarse como un simple indicio, sino debe atribuirse un valor preponderante, ya que los hechos que entraña la comisión de tales delitos, por su naturaleza, siempre se realizan en ausencia de testigos y además el agente activo siempre procura que no haya personas que pudieran percibirse de su realización”. Tesis aislada. Sexta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, volumen LX, Segunda parte, p. 24 (Registro IUS: 260228); Tesis aislada. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXI, p. 899 (Registro IUS 309737); Tesis aislada. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXI, p. 5117 (Registro IUS 309869). Tesis aislada. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LVI, p. 195 (Registro IUS 310394).

<sup>108</sup> Respecto de la pérdida de las muestras, la CoIDH indicó que era una situación extremadamente grave y que correspondía al Estado “la carga de la prueba de los hechos en que se funda su alegato. [La Corte destacó] que, a diferencia del Derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio”. Véase *Fernández Ortega*, op. cit., párr. 112.

<sup>109</sup> *Ibidem*, párr. 109.



militar el día de los hechos en la zona, y 3) elementos adicionales de convicción.

La CoIDH también consideró prueba fundamental el dicho de la víctima y comprobó que en siete distintas ocasiones ella narró que había sido abusada.<sup>110</sup> A pesar de algunas inconsistencias, no encontró que éstas fueran sustanciales, por lo que la credibilidad de la víctima no fue afectada.

En el asunto, también se comprobó la existencia de personal militar en el día y en la zona en la que ocurrieron los hechos al encontrar que “el 16 de febrero de 2002 un grupo de soldados salió a efectuar operaciones de destrucción de plantaciones de amapola en las cercanías [que conducen a la] comunidad de Caxitepec, regresando a su base entre las cuatro y cinco de la tarde, es decir, unas dos horas después de los hechos”.<sup>111</sup>

Respecto de los elementos adicionales de convicción, la CoIDH se basó en un dictamen médico psiquiátrico, que refirió que la víctima había sufrido estrés postraumático agudo y depresión como consecuencia de experiencias vitales traumáticas que pusieron en riesgo su integridad física. Otros elementos fueron: las declaraciones de personas que presenciaron los momentos posteriores a los acontecimientos; los diversos reportes médicos que dan fe de las lesiones que la señora sufrió y el certificado médico ginecológico realizado el 19 de marzo de 2002, un mes y tres días después de ocurrida la violación.

Por último, mencionaremos las reglas que aplican en la Corte Penal Internacional (CPI) respecto del tratamiento de mujeres víctimas de violencia sexual. No pretendemos confundir los tipos de responsabilidades que fincan tanto los tribunales internacionales de derechos humanos —como lo es la Corte Interamericana— y los tribunales que aplican Derecho penal internacional. Los primeros fincan responsabilidad estatal, es decir, condenan al Estado por incumplir sus obligaciones internacionales; mientras que los segundos determinan la responsabilidad penal de un individuo por la comisión de crímenes internacionales. Sin embargo, creemos pertinente mencionar dichas reglas, ya que consideramos que son un referente para México —ahora más que nunca— debido a la reforma constitucional en materia de derechos humanos aprobada en junio de 2011.

El Estatuto de Roma —documento constitutivo de la CPI— tiene otros dos documentos que ayudan a dilucidar su contenido: los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Las últimas contienen normas sustantivas que especifican el procedimiento ante la CPI.

En las Reglas de Procedimiento y Prueba encontramos diversos lineamientos de protección a las víctimas de violencia sexual. Así, en la regla 63 se indica que la CPI no requiere la corroboración de la prueba para demostrar la comisión de ninguno de los crímenes, en particular los de violencia sexual.

En la regla 70 se encuentran los principios de la prueba en casos de violencia sexual. El primer principio señala que en estos casos el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando cualquier circunstancia, como un entorno coercitivo, la amenaza o la fuerza, haya disminuido su capacidad para consentir de manera libre. El consentimiento tampoco podrá ser inferido cuando la víctima sea incapaz de darlo; o cuando la víctima se haya quedado en silencio o no se haya resistido a la violencia sexual ejercida en su contra. En segundo término, “la credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo”.

La regla 71 señala que la CPI “no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o un testigo”. Por otro lado, la regla 72 indica que cuando se pretenda presentar u obtener pruebas sobre el consentimiento de la víctima en el crimen de violencia sexual, se hará una reunión a puerta cerrada con el fiscal, la defensa, los testigos y la víctima. Si se admiten, se dejará constancia en el expediente y se aplicarán los principios de la regla 70.

Por su parte, la regla 88 contiene medidas especiales para facilitar el testimonio de una víctima de violencia sexual. Una de estas medidas puede ser que durante el testimonio de la víctima ella se encuentre acompañada de un abogado, su representante, un psicólogo o un familiar. El mismo precepto señala que durante los interrogatorios se evitará cualquier tipo de hostigamiento o intimidación, prestando especial atención a las víctimas de violencia sexual.

<sup>110</sup> Rosendo Cantú, *op. cit.*, párr. 90.

<sup>111</sup> *Ibidem*, párr. 98.

## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La regla 112, párrafo 4, considera la posibilidad de grabar el testimonio de una víctima de violencia sexual con el afán de reducir la posibilidad de trauma ulterior. Por último, como una excepción al carácter público de las audiencias, y con el fin de proteger a las víctimas, testigos o acusados, se podrá decretar que una parte del juicio se celebre a puerta cerrada o que sus testimonios se presenten por medios electrónicos u otros medios especiales. Estas medidas se aplicarán, sobre todo, en los casos en que exista una víctima de violencia sexual.

### VII. Intervención de la jurisdicción penal militar

Debido a que en los casos *Fernández Ortega y Rosen-dó Cantú* las violaciones sexuales fueron perpetradas por miembros del ejército, se dio la intervención de la jurisdicción militar, en clara violación a las garantías judiciales de las víctimas. En este apartado se hará un breve análisis al respecto.

Primeramente cabe mencionar que los derechos humanos relacionados con las garantías judiciales y la protección judicial efectiva se encuentran contenidos en los artículos 8 y 25 de la CADH, respectivamente. El artículo 8.1 de la Convención establece:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.<sup>112</sup>

Por su parte, el artículo 25 señala:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la

Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales".<sup>113</sup>

Al respecto, la CoIDH ha establecido que el artículo 25 guarda una relación directa con el 8.1, ya que "consagra el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías [...] para la determinación de sus derechos de cualquier naturaleza".<sup>114</sup>

Además, esta relación se refuerza con el artículo 1.1<sup>115</sup> de la CADH en virtud de que éste "obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido".<sup>116</sup>

Lo anterior encuentra una estrecha relación con la obligación derivada del artículo 2 de la CADH, debido a que éste señala que "[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".<sup>117</sup>

Por ello, si dentro del Derecho interno de los Estados no existen los mecanismos necesarios para proteger y llevar a la práctica los derechos establecidos en la CADH, cobra pertinencia la obligación general de adoptar medidas legislativas o de otro tipo, es decir, de modificar su derecho interno.

Ahora bien, al confrontar las disposiciones anteriores con la figura del fuero militar, la CoIDH ha concluido reiteradamente que la intervención de la jurisdicción penal militar, para conocer de violaciones de derechos humanos, redonda en la vulneración de los derechos relativos a la protección judicial efectiva.

<sup>112</sup> CADH, art. 8.

<sup>113</sup> CADH, art. 25.

<sup>114</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia sobre reparaciones, 27 de noviembre de 1998, parr. 169; *Velásquez Rodríguez*, sentencia de excepciones preliminares, 26 de junio de 1987, parr. 91; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, sentencia de excepciones preliminares, 26 de junio de 1987, parr. 90.

<sup>115</sup> Al respecto, el artículo 1.1 de la CADH señala que "[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

<sup>116</sup> *Idem*.

<sup>117</sup> CADH, art. 2.

Al respecto, la Corte ha señalado que a la luz de la Convención Americana y desde la perspectiva del Estado democrático de Derecho, la jurisdicción penal militar únicamente debe emplearse de manera restrictiva y excepcional. Lo anterior en virtud de que dicha jurisdicción debe encaminarse *exclusivamente* a la protección de bienes jurídicos que encuentren relación directa con las funciones que desempeñan las fuerzas militares de conformidad con las leyes que las regulan.<sup>118</sup>

Bajo esta línea, la Corte ha concluido que la jurisdicción militar debe emplearse solamente en contra de miembros de las fuerzas armadas y “por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”.<sup>119</sup>

En el mismo sentido que la Corte, la Comisión Interamericana ha establecido que en los casos de violaciones a derechos humanos, la obligación de investigar, juzgar y sancionar de conformidad con las leyes, debe realizarse mediante tribunales penales ordinarios.<sup>120</sup> Esto porque la naturaleza y estructura de la jurisdicción penal militar se contrapone a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, particularmente en relación con los estándares de independencia e imparcialidad.<sup>121</sup>

En consonancia con lo anterior, el caso *Rosendo Radilla Pacheco* es un referente innegable en el tema, al establecer que el fuero militar es incompatible con las disposiciones anteriormente señaladas, pero particularmente porque aborda la situación específica del Derecho interno que rige en México.

En este caso, la Corte reiteró los mismos criterios establecidos en decisiones anteriores al establecer que la jurisdicción penal militar tiene una naturaleza excepcional y restrictiva, aplicable sólo ante la afectación de bienes jurídicos militares.<sup>122</sup> Añadió que en el caso de que se justifique su existencia según estos parámetros, debe cumplirse con los principios y garantías que rigen al Derecho penal moderno.<sup>123</sup>

Además, se estableció que “la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos sino que el procesamiento de los responsables corresponde *siempre* a la justicia ordinaria”.<sup>124</sup> Por lo tanto, cuando la jurisdicción penal militar conoce de violaciones a derechos humanos, se afecta el derecho al juez natural, a las garantías para un debido proceso, al derecho al acceso a la justicia y al derecho a un juez competente, independiente e imparcial.<sup>125</sup>

En consecuencia, la CoIDH concluyó que el Estado mexicano incurrió en responsabilidad internacional al someter el caso de la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla a la jurisdicción penal militar y, por ende, vulneró el principio del juez natural y juez competente, en contravención a las disposiciones de la CADH.<sup>126</sup>

Sin embargo, como ya se estableció previamente, el contenido del artículo 2 de la CADH, consistente en la obligación de modificar el Derecho interno con el fin de salvaguardar los derechos contenidos en dicho instrumento, adquiere una importancia fundamental en este tema, ya que si el sistema jurídico de un Estado

<sup>118</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, párr. 131.

<sup>119</sup> *Almonacid Arellano*, *op. cit.*, párr. 131; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2005, párr. 124; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la “*Masacre de Mapiripán*” vs. *Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 202; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 5 de julio de 2004, párr. 165.

<sup>120</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú”, OEA/Ser.L/V/II.106, 2 de junio de 2000, párr. 214; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Demandante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Inés Fernández Ortega (Caso 12.580) contra los Estados Unidos Mexicanos”, 7 de mayo de 2009, párr. 142; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Demandante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Valentina Rosendo Cantú y otra (Caso 12.579) contra los Estados Unidos Mexicanos”, 2 de agosto de 2009, párr. 124.

<sup>121</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Ana, Beatriz y Celia González Pérez*, *op. cit.*, párr. 81; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Demandante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Inés Fernández Ortega...*, *op. cit.*, párr. 146.

<sup>122</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2009, párr. 272.

<sup>123</sup> *Radilla Pacheco*, *op. cit.*, párr. 272.

<sup>124</sup> *Ibidem*, párr. 273 (cursivas añadidas).

<sup>125</sup> *Idem*.

<sup>126</sup> *Ibidem*, párr. 282.

## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

permite la intervención de la jurisdicción penal militar en temas de exclusiva competencia del orden común —como es en el caso de las violaciones a derechos humanos—, el mismo Estado incurre en responsabilidad internacional de conformidad con dicha disposición.

En el caso del sistema jurídico de México, el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala:

Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.<sup>127</sup>

Por su parte, el artículo 57 (II) (a) del Código de Justicia Militar indica que:

Son delitos contra la disciplina militar:

II. Los del orden común o federal, cuando en su comisión haya ocurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:

a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;<sup>128</sup>

En virtud de lo anterior, la Corte consideró en el caso *Rosendo Radilla* que el artículo 57 del Código de Justicia Militar “opera como una regla y no como una excepción, característica indispensable de la jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte”.<sup>129</sup> Por lo tanto, determinó que el Estado mexicano incumplió sus obliga-

ciones de conformidad con el artículo 2 en conexión con los artículos 8 y 25 de la CADH “al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense”,<sup>130</sup> y al no demostrar que había “medidas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”,<sup>131</sup> como bien podría ser el caso de jurisprudencia del Poder Judicial mexicano que limitara el alcance del fuero militar en México.

Ahora bien, de conformidad con los hechos del caso *Fernández Ortega*, el 24 de marzo de 2002 el Ministerio Público del Fuero Común de Allende, México, dio inicio a la averiguación previa ALLE/SC/03/76/2002, por los delitos de violación sexual, allanamiento de morada, abuso de autoridad y demás delitos que resultaran de la investigación, como consecuencia de la denuncia presentada por la señora Fernández Ortega.<sup>132</sup> Sin embargo, la competencia del fuero común se declinó a favor del fuero militar el 17 de mayo de 2002, mediante un acuerdo de remisión por incompetencia, y sólo hasta el 28 de marzo de 2006 se recuperó.<sup>133</sup>

De manera similar, en el caso *Rosendo Cantú*, el 8 de marzo de 2002 el Ministerio Público del Fuero Común de Allende, México, dio inicio a la averiguación previa ALLE/SC/02/62/2002, por el delito de violación y por los demás delitos que resultaran de las investigaciones, como consecuencia de la denuncia interpuesta por la señora Rosendo Cantú. De igual manera, el 16 de mayo de 2002, el Ministerio Público que conocía de la causa se declaró incompetente en razón de la materia, por medio de un acuerdo de declinación de competencia. El caso fue entonces remitido al fuero militar.<sup>134</sup> Posteriormente, el fuero común recuperó su competencia, pero retomó la investigación del caso sólo respecto de la posible participación de personas civiles en vista de que en la investigación realizada en el fuero militar no se acreditó la participación de miembros del ejército.<sup>135</sup>

<sup>127</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 13.

<sup>128</sup> Código de Justicia Militar, artículo 57 (II) (a).

<sup>129</sup> *Radilla Pacheco*, *op. cit.*, párr. 287.

<sup>130</sup> *Ibidem*, párr. 289.

<sup>131</sup> CADH, artículo 2.

<sup>132</sup> *Fernández Ortega*, *op. cit.*, párr. 161.

<sup>133</sup> *Ibidem*, párr. 161; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Demandante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Inés Fernández Ortega...*, *op. cit.*, párr. 153.

<sup>134</sup> Caso *Rosendo Cantú*, *op. cit.*, párr. 143.

<sup>135</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Demandante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Valentina Rosendo Cantú...*, *op. cit.*, párr. 136.

Al analizar los hechos de ambos casos, la CoIDH siguió la misma argumentación y retomó lo establecido por el caso *Rosendo Radilla*, al precisar que “la violación sexual de una persona por parte de personal militar no guarda, en ningún caso, relación con la disciplina o la misión castrense”,<sup>136</sup> y en el caso de los actos cometidos por miembros de las fuerzas armadas de México en contra de las señoras Fernández Ortega y Rosendo Cantú, se afectaron “bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal interno y la Convención Americana como la integridad personal y la dignidad personal de la víctima”.<sup>137</sup>

En este orden de ideas, la Corte concluyó que en los casos *Rosendo Cantú y Fernández Ortega*, el Estado mexicano violentó los principios de excepcionalidad y restricción, mediante la intervención de la jurisdicción penal militar respecto de los actos llevados a cabo en contra de las víctimas por miembros de las fuerzas armadas.<sup>138</sup>

Además, la Corte consideró que aun cuando la intervención del fuero militar en las averiguaciones previas correspondientes tuvo lugar en la etapa de investigación, y no así en el acto de juzgar en sentido estricto, “la incompatibilidad de la Convención Americana con la intervención del fuero militar en este tipo de casos no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación. Dado que su actuación constituye el inicio y el presupuesto necesario para la posterior intervención de un tribunal incompetente”.<sup>139</sup>

Por lo tanto, en ambos casos la Corte declaró internacionalmente responsable al Estado mexicano por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial de conformidad con los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, y en relación con la obligación general establecida en el artículo 1.1 del mismo instrumento.<sup>140</sup>

Sin embargo, la Corte no sólo analizó la intervención de la jurisdicción militar en las investigaciones

de los casos de las señoras Rosendo Cantú y Fernández Ortega, sino que, de igual manera que en el caso *Rosendo Radilla*,<sup>141</sup> la Corte examinó las disposiciones del Derecho interno mexicano que permitieron la intervención del fuero militar en estos casos, en específico el contenido del artículo 57 (II) (a), descrito anteriormente.

En este sentido, la CoIDH, al seguir el mismo razonamiento que en caso *Rosendo Radilla*, declaró que el Estado mexicano incumplió su obligación de adecuar su Derecho interno a las disposiciones de la Convención para garantizar los derechos que dimanan de ella, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, y en conexión con los artículos 8 y 25 del mismo instrumento.<sup>142</sup>

La emisión de las sentencias de la CoIDH en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú* tuvo un impacto trascendental en el sistema jurídico mexicano, y particularmente en el tema de la intervención de la jurisdicción penal militar en casos de violaciones a derechos humanos.

Pese a lo dispuesto en dichas sentencias y en relación con las obligaciones impuestas por la Corte al Estado mexicano en materia de reparaciones,<sup>143</sup> es pertinente señalar que las disposiciones que permitieron y sustentaron la participación de la jurisdicción penal militar en los casos *Rosendo Cantú y Fernández Ortega*, e incluso en el caso *Rosendo Radilla*, persisten en la actualidad. Sin embargo, se han presentado avances claros desde la emisión de estas sentencias en el plano nacional.

En junio de 2011 se presentó la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México. Con ello se da apertura directa y clara, desde el plano constitucional, a las disposiciones de la CADH y a las interpretaciones que la CoIDH haga en relación con éstas. En este sentido, aun cuando el artículo 57 del Código de Justicia Militar permanezca intacto —pues aún no ha sido reformado—, la interpretación de éste

<sup>136</sup> Caso *Rosendo Cantú*, *op. cit.*, párr. 161; *Fernández Ortega*, *op. cit.*, párr. 177.

<sup>137</sup> *Idem*.

<sup>138</sup> *Idem*.

<sup>139</sup> *Idem*.

<sup>140</sup> *Idem*.

<sup>141</sup> *Radilla Pacheco*, *op. cit.*, párr. 289.

<sup>142</sup> *Rosendo Cantú*, *op. cit.*, párr. 163; *Fernández Ortega*, *op. cit.*, párr. 179.

<sup>143</sup> Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó al Estado mexicano, de conformidad con la parte dispositiva de ambas sentencias, “adoptar en un tiempo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Véase *Rosendo Cantú*, *op. cit.*, párr. 222; *Fernández Ortega*, *op. cit.*, párr. 239.

## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

debe ceñirse a los estándares que ya ha establecido la CoIDH, específicamente a lo establecido en los casos *Rosendo Cantú, Fernández Ortega y Rosendo Radilla*.

Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en este mismo sentido. Al analizar 13 casos relacionados con el alcance del fuero militar, finalmente estableció que cuando los miembros de las fuerzas armadas cometan delitos en contra de civiles, los tribunales competentes para conocer de dichos actos son los pertenecientes al fuero común,<sup>144</sup> aunque los militares no hayan estado directamente involucrados en la comisión de un delito contra un civil. Esta interpretación fue derivada, entre otros, del caso del soldado Carlos Fidel Flores Ábrego, quien, si bien no cometió el homicidio del civil Jorge Otilio Cantú, sí modificó la escena del crimen; por lo tanto, se declaró que el fuero común era el competente para conocer de la causa.<sup>145</sup>

Además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió que el fuero militar no era competente en los casos de la comisión de delitos del orden común, aun cuando se cometan entre militares.<sup>146</sup> El caso del sargento segundo Víctor Daniel Pérez es ejemplificativo en este tema, ya que aun cuando éste privó de la vida a dos militares, se declaró competente al fuero común, en virtud de la naturaleza del crimen que se cometió.<sup>147</sup>

Finalmente, como resultado de las interpretaciones realizadas por la Suprema Corte, de conformidad con los estándares de la CoIDH, se estableció la inconvenencialidad e inconstitucional del artículo 57 del Código de Justicia Militar.<sup>148</sup>

Como se estableció previamente, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, el Estado mexicano tiene el compromiso de adoptar medidas legislativas o “de otro tipo”, necesarias para garantizar y llevar a la práctica las disposiciones de este instrumento. Para tales efectos, los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación representan un gran avance en esta materia al resolver su inconstitucionalidad y, además, ofrecen una vía idónea para la solución de conflictos en esta materia, ya que limitan los alcances del fuero militar, de

conformidad con lo dispuesto en los casos *Rosendo Cantú y Fernández Ortega*. Por lo tanto, aun sin ser una respuesta legislativa, si es una medida de “otro tipo”, con lo cual se da un paso para cumplir con los estándares derivados del sistema interamericano en este tema, sin perjuicio de la obligación que permanece vigente para el Estado mexicano de reformar el artículo 57 del Código de Justicia Militar, de conformidad con lo señalado por la CoIDH.

### Conclusiones

En estas líneas hemos estudiado tres casos dictados en contra de México por la CoIDH. Los tres tienen un denominador común: la violencia contra las mujeres que lamentablemente sigue siendo un asunto pendiente para el Estado mexicano. Por lo tanto, la relevancia de las condenas contra México no es menor: éstas empujan a que genuinamente se dé una mejora de la situación que viven las mujeres en nuestro país.

Seis temas fueron estudiados —los que a nuestro parecer fueron los más importantes—. Los análisis presentados se realizaron con el afán de dilucidar el avance en cada uno de ellos. Fue así como encontramos que actualmente no cabe duda de que la CoIDH es competente para conocer de las violaciones al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. El estudio exhaustivo sobre esta materia que lleva a cabo la Corte es una novedad que aparece en el caso *Campo Algodonero* y es posible, debido a que el Estado mexicano —realizando una buena defensa— interpuso una excepción preliminar. Así, la Corte se ve obligada a aplicar el principio “competencia de la competencia” y a partir de la interpretación de la CADH, se decreta competente. La regla procesal queda fija y al Estado mexicano no le queda más remedio que aceptarla, pues a pesar de que en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú* había interpuesto la misma excepción preliminar, la retira al momento de la audiencia pública.

Respecto de la atribución de responsabilidad internacional de México por las víctimas del caso *Campo*

<sup>144</sup> Véase al respecto: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 134/2012, Amparo en revisión 133/2012, Amparo en revisión 252/2012, Amparo en revisión 217/2012.

<sup>145</sup> Hanako Taniguchi, “La Suprema Corte establece las limitaciones al fuero militar”, CNN México, México, 14 de septiembre de 2012.

<sup>146</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 217/2012.

<sup>147</sup> Hanako Taniguchi, *op. cit.*

<sup>148</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 134/2012, Amparo en revisión 133/2012, Amparo en revisión 63/2012, Amparo en revisión 252/2012, Amparo directo 15/2012, Amparo en revisión 217/2012, Amparo en revisión 61/2012.

*Algodonero*, la CoIDH hace razonamientos articulados que dilucidan la posibilidad de condenar a un gobierno por las conductas de sus particulares en caso de que éste no cumpla con su deber de garantizar el goce de los derechos humanos dentro de su jurisdicción.

En *Campo Algodonero* el tema de las reparaciones es de suma importancia. El tribunal hace una muy buena determinación del contexto en el que ocurren los asesinatos de las tres jóvenes: un contexto de violencia y discriminación estructural contra las mujeres que las minimiza y afecta en todos los ámbitos de su vida. Ante esto, el remedio —la reparación— tiene que ser profundo, expansivo y con el afán de cambiar dicha estructura discriminatoria y violenta. Éste es un gran avance en la propia jurisprudencia interamericana que podrá ser replicado para otros grupos en situación de vulnerabilidad. El impacto social que tendrá el cumplimiento de dichas reparaciones es lo verdaderamente importante: se busca solucionar de raíz el problema. Tenemos la confianza de que las reparaciones de *Campo Algodonero* se darán en ese sentido.

Tal como se observó, los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú* se analizaron en forma conjunta: se parecen mucho y daban pie a dicho ejercicio. El tema de la tortura se consideró uno de los más importantes, pues los dos asuntos reafirman los elementos constitutivos de la tortura proporcionados por el caso *Bueno Alves*. Este caso es paradigmático, ya que por primera vez se sistematizan los elementos del ilícito y encontramos que la regla sustantiva contenida en la CADH, y extraída jurisprudencialmente, no requiere la calidad del agente activo —agente estatal—. Sin lugar a dudas, esto enardece el debate alrededor de la tortura y de las diferentes definiciones que existen en el Derecho internacional.

Consideramos que esto es un avance, ya que al minimizar el elemento estatal, se refuerza la obligación de garantía que tienen los Estados, y se da un paso para reconocer que los particulares pueden cometer tortura, y que a pesar de esto los Estados pueden ser responsables ante la obligación de garantía. Al respecto, consideramos que la falta de calificación de los hechos como tortura en el caso *Campo Algodonero* hubiera sido un buen momento para dar la última palabra sobre el tema.

El tópico de la violación en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú* denota un gran esfuerzo por parte de la Corte para tener en cuenta todas las cir-

cunstancias que rodean los casos y poder establecer la violación a partir de indicios. Si se observa hacia atrás, al caso *Loayza Tamayo vs. Perú* dictado en 1997, el avance es enorme, ya que en este asunto, la CoIDH no tenía prueba directa respecto de la violación sexual de la víctima y a pesar de tener el indicio derivado de su testimonio, la Corte no le brindó valor fundamental y no aplicó la prueba presuncional; por lo tanto, no determinó la violación.

Pudiera ser que la forma en la que se comprueba la violación en los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú* sea un referente para las cortes domésticas, siempre y cuando se tenga en cuenta que los procedimientos domésticos y los internacionales son distintos y tienen diversos fines: las jurisdicciones de derechos humanos tienen por objetivo condenar a los Estados; las cortes domésticas sancionan a los individuos.

Por último, el tema del fuero militar ya ha sido bastante estudiado por la CoIDH. En los casos *Fernández Ortega y Rosendo Cantú* se reafirma lo que antes se había dicho en *Rosendo Radilla*: la jurisdicción penal militar es excepcional y exclusiva del ejército. México aún tiene pendiente la armonización del Código de Justicia Militar con la Constitución y con la CADH, pero ya existe un avance dado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tal como se mostró en este trabajo.

## Bibliografía

### A) Libros

- Abramovich, Víctor *et al.* (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2006 (Doctrina Jurídica Contemporánea, 14).
- Alston, Philip *et al.*, *International Human Rights in Context*, Oxford University Press, Nueva York, 2007.
- Banco Interamericano de Desarrollo, *Lineamientos para el diseño de proyectos de reducción de la violencia*, Washington D.C., IDB Publicaciones, 2011.
- Cámara de Diputados, *Marco Jurídico Internacional y Nacional de Protección de los Derechos Humanos de las Mujeres y de Erradicación de la Violencia contra las Mujeres. Violencia Feminicida en la República Mexicana*, Congreso de la Unión, LIX Legislatura, México, 2006.

## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Carbonell, Miguel y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, Porrúa/UNAM, México, 2012.
- Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-state Actors*, Oxford University Press, Gran Bretaña, 2006.
- Cisneros, Isidro H., *Derechos humanos de los pueblos indígenas en México*, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, México, 2004.
- Congreso de la Unión. Cámara de Diputados, LIX Legislatura. *Comisión Especial para Conocer y Dar Seguimiento a las Investigaciones Relacionadas con los Feminicidios en la República Mexicana y a la Procuración de Justicia Vinculada. Feminicidio, Justicia y Derecho*, H. Congreso de la Unión, México, 2008.
- Cook, Rebecca J. y Simone Cusak, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, trad. Andrea Parra, Profamilia, Bogotá, 1997.
- Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara (Doctrina Jurídica Contemporánea, núm. 46), México, 2009.
- Cruz Parcero, Juan A. y Rodolfo Vázquez (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, Fontamara (Género, Derecho y Justicia, 2), México, 2010.
- Lagarde y de los Ríos, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres: Madresposas, Monjas, Putas, Presas y Locas*, 4<sup>a</sup> ed., UNAM, México (Colección Posgrado, 8), 2005.
- \_\_\_\_\_ y Angélica de la Peña (comps.), *Memoria nacional de derechos humanos de las mujeres. Marco jurídico y política de Estado*, v. 3, México, 2010 (Serie por la Vida y la Libertad de las Mujeres, núm. 3).
- López Cano, José Luis, *Método e hipótesis científicas*, 2<sup>a</sup> ed., Trillas, México, 1978.
- Moeckli, Daniel et al. (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2010.
- Shaw, Malcolm N., *International Law*, 6<sup>a</sup> ed., Cambridge University Press, Reino Unido, 2008.

### B) Artículos

- Aeschlimann, Alain, "Protection of detainees: ICRC action behind bars", *International Review of the Red Cross*, vol. 87, núm. 857, marzo de 2005.

- Birgin, Haydée y Natalia Gherardi, "Violencia contra las mujeres y acceso a la justicia: la agenda pendiente"; en Haydée Birgin y Natalia Gherardi (coords.), *La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación (Colección Género, Derecho y Justicia núm.6), México, 2011, pp. 169 y 170.
- Bustamante Arango, Diana Marcela y Paola Andrea Vásquez Henao, "La Convención de Belém do Pará: un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a 16 años de su entrada en vigor", *Civilizar*, núm. II (20), Colombia, enero-junio de 2011.
- Castilla Juárez, Karlos, "Un nuevo panorama constitucional para el Derecho internacional de los derechos humanos en México", *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011.
- Espinosa Sánchez, Tania, "Aplicabilidad de la Convención de Belém do Pará: desarrollo jurisprudencial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Derechos Humanos. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 5, núm. 14, México, 2010.
- Facio, Alda, "Con los lentes del género se ve otra justicia", *El otro Derecho*, núm. 28, julio de 2002.
- García Ramírez, Sergio, "Reparaciones de fuente internacional por violación de derechos humanos (sentido e implicaciones del párrafo tercero del artículo 1º constitucional bajo la reforma de 2011)", en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, Porrúa/UNAM, México, 2012.
- Nash Rojas, Claudio, "Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XV, Montevideo, 2009.
- Pinto, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Martín Abregú (coord.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales Editorial del Puerto, Argentina, 1997.
- Rodríguez Bejarano, Carolina, "El estándar de la prueba indiciaria en los casos de violencia sexual ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Memorando de Derecho*, Universidad Libre Seccional, Pereira, Año 2, núm. 2, 2011.



Taniguchi, Hanako, "La Suprema Corte establece las limitaciones al fuero militar", *CNN México*, México, 14 de septiembre de 2012.

Vázquez Camacho, Santiago José, "El caso Campo Algodonero ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, UNAM, México, 2011.

## C) Instrumentos internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convenio I de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

Convenio II de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar.

Convenio III de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

Convenio IV de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".

Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional.

## D) Instrumentos nacionales

Código de Justicia Militar.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Igualdad entre Hombres y Mujeres.

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

NOM-046-SSA2-2005, Violencia Familiar, Sexual y contra las Mujeres. Criterios para su Prevención y Atención, *Diario Oficial de la Federación*, México, 16 de abril de 2009.

Procuraduría General de Justicia del Estado de México, "Protocolo de Actuación en la Investigación del Delito de Feminicidio", *Gaceta del Gobierno del Estado de México*, Acuerdo núm. 07/2012, Tomo CXCIII, núm. 119, 26 de junio de 2012.

\_\_\_\_\_, "Protocolo de Actuación para la Búsqueda, Investigación y Localización de Personas Desaparecidas o Extraviadas", *Gaceta del Gobierno del Estado de México*, Acuerdo núm. 07/2012, Tomo CXCIII, núm. 119, 26 de junio de 2012.

\_\_\_\_\_, "Protocolo y Principios Básicos en la Investigación y Atención de los Delitos contra la Libertad Sexual", *Gaceta del Gobierno del Estado de México*, Acuerdo núm. 07/2012, Tomo CXCIII, núm. 119, 26 de junio de 2012.

## E) Decisiones judiciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso 19 *Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 5 de julio de 2004.

## La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006.

\_\_\_\_\_, Caso *Bueno Alves vs. Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 11 de mayo de 2007.

\_\_\_\_\_, Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

\_\_\_\_\_, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006.

\_\_\_\_\_, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2006.

\_\_\_\_\_, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, 25 de noviembre de 2006.

\_\_\_\_\_, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia de interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, 2 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_, Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, sentencia de excepciones preliminares, 26 de junio de 1987.

\_\_\_\_\_, Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 30 de agosto de 2010.

\_\_\_\_\_, Caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, sentencia de reparaciones, 27 de agosto de 1998.

\_\_\_\_\_, Caso *González y otras ("Campo algodoneiro") vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16 de noviembre de 2009.

\_\_\_\_\_, Caso *González y otras ("Campo algodoneiro") vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Voto concurrente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, 16 de noviembre de 2009.

\_\_\_\_\_, Caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia sobre reparaciones, 27 de noviembre de 1998.

\_\_\_\_\_, Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2005.

\_\_\_\_\_, Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 23 de noviembre de 2009.

\_\_\_\_\_, Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2010.

\_\_\_\_\_, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de excepciones preliminares, 26 de junio de 1987.

Corte Internacional de Justicia, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Bélgica vs. Senegal), Decisión de fondo, 20 de julio de 2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo 15/2012.

\_\_\_\_\_, Amparo en revisión 61/2012.

\_\_\_\_\_, Amparo en revisión 133/2012.

\_\_\_\_\_, Amparo en revisión 134/2012.

\_\_\_\_\_, Amparo en revisión 217/2012.

\_\_\_\_\_, Amparo en revisión 252/2012.

\_\_\_\_\_, Prueba presuncional en la investigación de violaciones graves de garantías individuales establecida en el artículo 97, párrafo segundo, constitucional, Tesis núm. XXXVII/2008.

\_\_\_\_\_, Tesis aislada. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LVI (Registro IUS 310394).

\_\_\_\_\_, Tesis aislada. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXI (Registro IUS 309737).

\_\_\_\_\_, Tesis aislada. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXI (Registro IUS 309869).

\_\_\_\_\_, Tesis aislada. Sexta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Volumen LX, Segunda parte, p. 24 (Registro IUS: 260228).

Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *The Prosecutor vs. Jean Paul Akayesu*, Sala de Juicio, 2 de septiembre de 1998.

#### F) Documentos en Internet

Abramovich, Victor, "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewArticle/11491> (29 de noviembre de 2012).

Asociación para la Prevención de la Tortura, "Defusing the ticking bomb scenario: Why we must say no to torture always", *Asociación para la Prevención de la Tortura*, Suiza, 2007, disponible en: [http://www.acat.ch/\\_/frontend/handler/document.php?id=460&type](http://www.acat.ch/_/frontend/handler/document.php?id=460&type) (4 de octubre de 2012).

Comisión de Derechos Internacionales, “Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, artículo 4, disponible en: <http://www.aloj.us.es/eulalia/derecho%20internacional/materiales%20dpto/proyecto%20resp.htm> (27 de noviembre de 2012).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, Washington, D.C. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%20020507.pdf> (26 de noviembre de 2012).

\_\_\_\_\_, “Caso Ana, Beatriz y Celia González Pérez, núm. 11.565, Informe núm. 53/01”, 2001, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Mexico11.565.htm> (12 de diciembre de 2012).

\_\_\_\_\_, “Caso María Da Penha Maia Fernandes, núm. 12.051, Informe No. 54/01”, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/capituloiii/fondo/brasil12.051.htm> (12 de diciembre de 2012).

\_\_\_\_\_, “Caso Raquel Martín de Mejía vs. Perú, núm. 10.970, Informe No. 5/96, 1996”, disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/1996/Speru5-96.htm> (12 de diciembre de 2012).

Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, “La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk”, 20 de enero de 2006, disponible en: [http://www.observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/decisiones\\_no\\_jurisdiccionales/internacionales/norma\\_diligencia\\_mujer.pdf](http://www.observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/decisiones_no_jurisdiccionales/internacionales/norma_diligencia_mujer.pdf) (29 de noviembre de 2012).

De León, Gisela, Viviana Krsticevic y Luis Obando, “Debida diligencia en la investigación de graves violaciones a derechos humanos”, CEJIL, Buenos Aires, 2012, disponible en: [www.corteidh.or.cr/tabcas/r25129.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tabcas/r25129.pdf) (27 de noviembre de 2012).

Juárez, Mario Santiago, “Derecho a la igualdad y a la no discriminación. Obligaciones específicas de acceso a la justicia y debido proceso”, *Diplomado: Argumentación Jurídica y Aplicación de los Estándares Internacionales de los Derechos Humanos y la Perspectiva de Género*, México, abril 2011-enero de 2012, disponible en: [http://www.equidad.sejn.gob.mx/IMG/pdf/Guia\\_03\\_Introduccion\\_a\\_la\\_igualdad\\_y\\_no\\_discriminacion.pdf](http://www.equidad.sejn.gob.mx/IMG/pdf/Guia_03_Introduccion_a_la_igualdad_y_no_discriminacion.pdf) (26 de noviembre de 2012).

Ramírez Huaroto, Beatriz y Jeannette Llaja Villena, “Los lentes de género en la justicia internacional. Tendencias de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos relacionada a los derechos de las mujeres”, CLADEM, Lima, 2011, disponible en: [http://www.cladem.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=773%3Alos-lentes-de-genero-en-la-justicia-internacional-&catid=38%3Apublicaciones-regionales](http://www.cladem.org/index.php?option=com_content&view=article&id=773%3Alos-lentes-de-genero-en-la-justicia-internacional-&catid=38%3Apublicaciones-regionales) (20 de agosto de 2012).

## G) Otros

Comisión de Derecho Internacional, “Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”, adoptado en su 52º sesión, UN Doc A/56/10.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Demandante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Inés Fernández Ortega (Caso 12.580) contra los Estados Unidos Mexicanos”, 7 de mayo de 2009.

\_\_\_\_\_, “Demandante ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Valentina Rosendo Cantú y Otra (Caso 12.579) contra los Estados Unidos Mexicanos”, 2 de agosto de 2009.

\_\_\_\_\_, “Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú”, OEA/Ser.L/V/II.106, 2 de junio de 2000.

Comité contra la Tortura, “Observación general núm. 2 sobre la aplicación del artículo 2 por los Estados Partes”, 24 de enero de 2008.

Organización de las Naciones Unidas, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (A/RES/60/147, 21 de marzo de 2006).

Rubio Marín, Ruth, “Reparaciones con perspectiva de género”, ponencia presentada en el marco del Seminario *La protección judicial de los derechos humanos de las mujeres: reflexiones sobre la actividad jurisdiccional*, celebrado en la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 8 de noviembre de 2011.

**La jurisprudencia sobre la protección de las mujeres emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, disponible en: <http://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf> (26 de septiembre de 2012).

XX Cumbre Judicial Iberoamericana *et al.*, “Programa Iberoamericano de acceso a la justicia”, Argentina, 2010, disponible en: <http://segib.org/programas/files/2010/12/PROGRAMAIBEROAMERICANO-DE-ACCESO-A-LA-JUSTICIA.pdf> (26 de septiembre de 2012).

# Bibliografía

núm. 5, septiembre de 2013-febrero de 2014



## Comentarios bibliográficos



1. Naucke, Wolfgang, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstrafat. Eine Annäherung* (El concepto de delito económico. Una aproximación), LIT (Serie: Rechtsgeschichte und Rechtsgeschen Kleine Schriften, tomo 33), Berlín, 2012, 101 pp.

El ya jubilado profesor de Derecho penal de la Universidad de Fráncfort del Meno es uno de los más calificados representantes de la llamada Escuela de Fráncfort, en la que también se cuentan los profesores Winfried Hassemer y Klaus Lüderssen y algunos de sus discípulos. Esta Escuela se caracteriza por venir ejerciendo desde los años ochenta una aguda crítica a la expansión del Derecho penal en ámbitos tradicionalmente alejados del mismo, como son el medio ambiente, el mercado financiero o el empleo de nuevas tecnologías. Sus críticas se pueden resumir del siguiente modo: La indeterminación o vaguedad del bien jurídico protegido, el recurso a normas de carácter extrapenal de rango jerárquico inferior a las penales, la utilización masiva del delito de peligro, incluso en su versión de delitos de peligro abstracto desnaturalizan el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal y lo convierten en una especie de *soft law*, que viene a tapar los déficits de funcionamiento de otras ramas del Derecho, como son el Derecho administrativo o el Derecho de daños, que deberían ser los que *prima facie*, junto con la aplicación de medidas tecnológicas de carácter preventivo, debería solucionar los problemas que surgen en estos ámbitos.

El profesor Naucke va incluso más lejos, y en un planteamiento puramente kantiano considera que el Derecho penal no sólo debe limitarse a los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, sino que debe entenderse ante todo como un Derecho

penal garantista, limitador del poder punitivo del Estado. Sin embargo, en esta breve, pero interesante monografía el profesor Naucke se revela como partidario de una ampliación del poder punitivo de la comunidad internacional a los delitos de carácter económico que trascienden del ámbito puramente nacional y que perjudican por su gran magnitud a la economía mundial en su conjunto.

Naucke parte del hito fundamental que supuso en el surgimiento del Derecho penal internacional la actuación de los tribunales internacionales de Núremberg, que tras la Segunda Guerra Mundial juzgó a algunos de los principales responsables de los crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos durante el régimen nacionalsocialista. En aquellos procesos se pretendió acabar con la impunidad de la que hasta ese momento habían gozado los jefes de Estado y altos cargos políticos por los crímenes cometidos durante su mandato en los regímenes dictatoriales. Frente al clásico “sólo responsables ante Dios y la Historia”, en Núremberg se demostró —o al menos se quiso demostrar— que nadie está por encima del Derecho, ni puede impunemente ejercer su poder político para cometer todo tipo de tropelías y violaciones de derechos humanos contra los ciudadanos de su Estado o de otros Estados. De este modo, los detentadores del poder político, que todavía por la permanencia de viejas concepciones de las monarquías absolutas se habían sustraído hasta entonces a la exigencia de responsabilidades penales, a partir de entonces podían ser perseguidos penalmente, acabando así con su impunidad. Esta “lucha contra la impunidad” de los dirigentes políticos a nivel internacional ha sido también la motivación fundamental que ha inspirado el Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal

## Comentarios bibliográficos

Internacional, como se ve desde el primer momento en su preámbulo y a lo largo de todo el articulado de su regulación.

La impunidad es un término vago. En la terminología empleada más recientemente en el Derecho penal internacional significa la imposibilidad, *de jure* o *de facto*, de exigir responsabilidad a los que han violado los derechos humanos. También puede entenderse como la ausencia o inadecuada sanción o compensación por las graves violaciones masivas de los derechos humanos de individuos o de grupos de individuos.

Normalmente, estas definiciones están relacionadas con los delitos que corresponde juzgar a la Corte Penal Internacional, creada por el Estatuto de Roma. Estos delitos son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, si bien respecto a este último con las limitaciones establecidas en el apartado 2 del artículo 5. En el preámbulo del Estatuto de Roma se dice específicamente que se crea la Corte Penal Internacional para terminar con la impunidad de los autores de los crímenes más graves que afectan a toda la comunidad internacional. Precisamente para acabar con esa impunidad el Estatuto no reconoce la inmunidad de los jefes de Estado, ni tampoco la posibilidad de que los delitos antes señalados puedan prescribir.

En todo caso, la brecha que en esta materia abrieron los Procesos de Núremberg tras la Segunda Guerra Mundial, sometiendo a juicio penal y aplicando severas penas a los máximos dirigentes del régimen alemán nacionalsocialista, ha culminado, al menos en teoría, con el Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional. A partir de la ratificación del Estatuto por una buena parte de los Estados integrantes de la comunidad internacional, se puede decir, por tanto, que en el ámbito de los crímenes que pueden ser juzgados por esta Corte, la inmunidad de que gozaban o aún gozan los jefes de Estado no significa ya impunidad, sino que se ha convertido en una responsabilidad directa que permite atribuirle la responsabilidad como autores principales de los crímenes que hayan cometido los miembros de su régimen político en los diversos niveles en que esté estructurado. A ello han contribuido también construcciones jurídicas como la de Roxin, que considera autores mediatos de estos crímenes a los miembros en la cúpula de la jerarquía del aparato de poder del régimen en el que se han cometido, y algunas sentencias de tribunales na-

cionales e internacionales que ya han aplicado esta teoría, como el colofón lógico de la exclusión de la impunidad de los jefes de Estado que establece el Estatuto de Roma.

Con ello se rompe la tradición secular característica de las monarquías absolutas que veía en el poder real una emanación o prolongación del poder divino, donde el rey lo era “por la gracia de Dios”, y los poderes dictatoriales más recientes en los que el dictador sólo se consideraba “responsable ante Dios y ante la historia”. En el fondo, la lucha por la democratización del poder y la exigencia de responsabilidades no sólo políticas, sino también penales, a los que ostentan ese poder tiene una larga historia, no siempre continua, en la que más que una exigencia de responsabilidades ha habido revoluciones, derrocamientos de los reyes, e incluso ejecuciones sumarias, sin mayor preocupación por la juridicidad de estos hechos. Fue en el Tratado de Versalles, en 1919, tras la Primera Guerra Mundial, donde por primera vez se estableció la responsabilidad del jefe de Estado y concretamente del emperador Guillermo II de Alemania, que nunca llegó a exigirse realmente.

El Estatuto de Roma pretende que hoy nadie, jefes de Estado o miembros de su gobierno, quede exento de responsabilidad criminal, al menos cuando se le imputen algunos de los delitos que son competencia de la Corte Penal Internacional; sin embargo, no sucede lo mismo respecto a otros delitos, que son también graves, pero cuyo enjuiciamiento queda al arbitrio de los tribunales penales del país respectivo donde se hayan cometido, o de otros países que puedan ser competentes por aplicación de otros principios distintos al de territorialidad, como el de personalidad, el real o el de la justicia universal. Esto sucede con los delitos de carácter económico de gran trascendencia más allá incluso del ámbito nacional, vinculados con determinadas estructuras de poder económico y financiero que a su vez están incluso por encima del poder político. En estos casos la impunidad está garantizada, cuando, por las razones que sean, estos delitos no son juzgados o condenados por un tribunal nacional, y tampoco pueden serlo por un tribunal internacional.

Parece pues que, en este terreno, el control del poder político y la exigencia de responsabilidades a los que lo detentan, que caracterizó buena parte de la Filosofía política de la Ilustración y que constituye la base de la democracia, en la que nadie puede estar por encima de las leyes ni escapar a la exigencia de responsabilidades

políticas y penales por muy alta que sea su posición en la estructura del poder, no alcanzan a los que, incluso sin tener un puesto destacado en la estructura política de un país, dominan el sistema económico del país incluso por encima del poder político. En este sentido se puede decir que la soberanía popular, base de una concepción democrática del poder, queda sometida a la soberanía financiera de los mercados, que son en definitiva los que mandan y dirigen la economía de un país y, merced a la globalización, del mundo entero, sin más límite ni control que los que ellos mismos quieran imponerse.

La idea de que la economía de mercado no está sometida a otras reglas que las del propio mercado basado en la obtención del máximo beneficio económico, ha generado un ámbito de impunidad, en el que se escudan los que han provocado la catástrofe económica y financiera que actualmente vivimos, especialmente en España. De la inmunidad de los antiguos jefes de Estado y de los máximos responsables políticos hemos pasado a la impunidad fáctica de quienes con sus decisiones económicas, bien desde fuera del poder político, bien en connivencia con el mismo o condicionándolo desde fuera, han provocado o están provocando la ruina de miles de familias, el desempleo de millones de trabajadores, el recorte del gasto en derechos sociales fundamentales como el derecho a la salud o a la enseñanza. Y si en este confuso mundo de decisiones tomadas no se sabe exactamente por quién, a alguien se le ocurre hablar de responsabilidades penales, siempre habrá quien responda que las reglas y el comportamiento de los agentes financieros se sujetan a los criterios establecidos en el Derecho penal para la exigencia de responsabilidades individuales, porque, en definitiva, se trata de un sistema en el que predomina lo que el conocido filósofo y sociólogo alemán U. Beck califica como “la irresponsabilidad organizada”; es decir, un sistema en el que nadie puede ser considerado responsable a título individual del daño global producido, que no sólo puede ser económico, sino también medioambiental, o derivado de la producción y venta de productos defectuosos, del manejo de la energía nuclear, etcétera.

Ante esta situación ¿qué puede hacer el Derecho penal para, aunque sea en última instancia, evitar la impunidad por lo menos en los casos más graves, ejerciendo al mismo tiempo una eficaz prevención general de otros similares en el futuro?

En esta monografía, Naucke expone un interesante y novedoso punto de vista en el que propone el concep-

to de “delito económico político” como un instrumento adecuado para enfrentarse con este problema desde el Derecho penal. Así, comienza su exposición con el proceso contra el dirigente de la antigua República Democrática Alemana, Erich Honecker, quien tras la caída del Muro de Berlín fue juzgado por Alta Traición, un tipo delictivo del Código penal alemán que ciertamente no parece aplicable a los casos en los que el dirigente en cuestión provoca la ruina económica de su país. De todos modos, este proceso fue finalmente sobreseído por incapacidad procesal del acusado, pero no deja de ser relevante, como indica Naucke, que junto a las violaciones de los derechos humanos —principalmente limitaciones a la libertad de desplazamiento y residencia, pero también la orden de disparar a muerte contra los que intentaban pasar clandestinamente a la República Federal Alemana—, que eran el objeto principal de la acusación, podía habersele juzgado por malversación y dilapidación de la economía del país, con políticas económicas ruinosas, que provocaron el empobrecimiento de millones de ciudadanos.

También se ocupa Naucke del proceso seguido en Islandia contra el que fue primer ministro, acusado de haber causado la crisis bancaria financiera que asoló aquel país durante su mandato, que recientemente ha terminado con la práctica absolución, pero en el que no obstante se ha puesto de relieve el grado de responsabilidad que tuvo el gobierno islandés, presidido por su primer ministro, que condujeron a la catástrofe financiera y a la ruina económica de aquel país.

En el ámbito alemán menciona Naucke algunos casos de gran trascendencia en la economía de ese país y que, sin embargo, no han dado lugar a sanciones penales o éstas han sido de escasa relevancia en relación con la gravedad de los hechos juzgados. Algunos de esos casos se refieren a la financiación ilegal de los partidos políticos, que motivaron sólo pocas condenas a penas pecuniarias de algunos de sus dirigentes. Otras veces ha sido la propia intervención del Estado de un banco lo que ha evitado que los directivos que provocaron su quiebra no hayan podido ser juzgados por el delito de quiebra fraudulenta que habían realizado, al faltar la condición objetiva de procedibilidad de una previa declaración y calificación de la quiebra en vía civil, que también en el Derecho penal alemán se exige para proceder penalmente por este delito. En otros casos, como el conocido como caso Mannesmann, la compleja configuración que tiene en el Derecho penal alemán el delito de “infidelidad

patrimonial” (*Untreue*) ha impedido que administradores de sociedades que cobraron cuantiosas indemnizaciones y primas por haber gestionado la venta de esas sociedades en condiciones ventajosas pudieran ser sancionados, al entenderse que las actividades que habían llevado a cabo no supusieron pérdidas para la sociedad o sus socios, y que, en todo caso, habían sido realizadas con la aprobación del Consejo de administración de las mismas.

A la vista de estos resultados, la propuesta de Naucke es desarrollar el concepto de “delito económico político” como una categoría específica del moderno Derecho penal económico, en la que se tiene en cuenta no sólo el interés económico global, sino también la libertad de los ciudadanos para poder disponer y disfrutar dignamente de un nivel económico digno. Este delito económico-político tiene además, en opinión de Naucke, a través de la globalización de la economía, una repercusión mundial que lo hace merecedor de su enjuiciamiento por un tribunal internacional, cuando por las razones que sean la justicia nacional no está en condiciones de juzgarlos adecuadamente. A este respecto recuerda los procesos de Núremberg habidos tras la Segunda Guerra Mundial no ya sólo contra los principales responsables políticos del régimen nazi, sino también contra los que apoyaron financieramente su guerra de agresión o se provecharon de la mano de obra barata de los trabajadores forzados, por ejemplo, en los procesos contra empresarios como Flick o Krupp. Esta idea es atractiva y asumible, aunque difícil de llevar a la práctica en los actuales momentos. Las estrechas competencias que da el Estatuto de Roma a la Corte Penal Internacional no permiten desde luego su intervención para sancionar penalmente los graves fraudes que se han dado en los últimos años en los centros e instituciones financieras, cuyas consecuencias han repercutido a nivel mundial y que han producido una de las más graves crisis económicas que se conocen; pero si alguna vez se recurre a esta vía, o a los tribunales nacionales, no cabe duda de que la propuesta de Naucke de desarrollar el concepto de “delito económico político” como una modalidad delictiva entre el delito económico y el delito político —entendido como abuso del poder político con consecuencias perjudiciales para la economía en su conjunto—, con referencias también al Derecho internacional penal, es sugerente y de gran actualidad.

Francisco Muñoz Conde

## 2. *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2012, cuadernos 2 y 3, editorial Walter de Gruyter.

Puntualmente, conforme a su carácter periódico, han aparecido los números 2 y 3 del año 2012 de este *Journal*, que junto con su hermano mayor el *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, se ha convertido en la mejor y más prestigiosa publicación periódica en historia contemporánea del Derecho, y no sólo del Derecho penal de Alemania. Esta publicación contiene breves pero notables artículos sobre diversas materias jurídicas, principalmente referidos a la historia reciente de Alemania, aunque también a la de otros países, así como interesantes comentarios bibliográficos sobre obras relevantes, notas de actualidad, información sobre la actividad del Tribunal Federal Constitucional Alemán, etcétera.

En el cuaderno 2 de 2012 hay un interesante artículo de Boris Burghardt, joven asistente en la cátedra del profesor Gerhard Werle en la Universidad Humboldt de Berlín y colaborador suyo en su magnífico *Tratado de Derecho penal internacional*, sobre la figura de Fritz Bauer, el famoso fiscal general del estado de Hesse que a mediados de los años sesenta del pasado siglo acometió la ingente tarea de poner marcha procesos penales para juzgar a los criminales nazis que, por una u otra causa, habían quedado impunes, sustrayéndose a la acción de la justicia, tanto de los tribunales internacionales como de los propios tribunales nacionales alemanes. Procesos famosos como los relacionados con el campo de exterminio de Auschwitz surgieron a raíz de esta actividad perseverante de Fritz Bauer en la persecución de los principales responsables de los crímenes contra la humanidad que tuvieron lugar en dicho campo. Pero la actividad de Bauer es menos conocida en relación con otro proceso que tuvo lugar en Braunschweig a principios de los años cincuenta contra Otto Ernst Remer, un sujeto que quiso resucitar tras la Segunda Guerra Mundial y el restablecimiento de la democracia en la República Federal Alemana, el Partido Socialista del Reich (PSR), claramente similar al Partido Nacionalsocialista de Adolfo Hitler. Dicho partido fue finalmente prohibido, pero en el proceso de Braunschweig contra Remer la querella de Bauer se basaba en un delito de injuria y calumnia contra los que habían planeado un atentado contra Hitler que fracasó; Operación Walkiria, 20 de julio de 1944. Remer los calificaba de “traidores y

## Bibliografía

vendidos a las potencias aliadas". Bauer intentó que este proceso se convirtiera en proceso de rehabilitación de los militares y políticos que intentaron derrocar a Hitler al final de una guerra que ya se veía claramente perdida y evitar la destrucción total de Alemania. Con ello pretendía defender no sólo la memoria y el honor de los conjurados en esta conspiración, sino también el derecho a la resistencia frente a un régimen dictatorial. Sin embargo, el tribunal sólo admitió como injuria la afirmación que hizo Remer de que los conspiradores habían sido pagados por las potencias aliadas, condenándolo a tres meses de prisión, que no llegó a cumplir, porque se exilió, sin cuestionar la legitimidad del régimen nacionalsocialista ni pronunciarse sobre el derecho a la resistencia contra el mismo. Desde este punto de vista, dice Burghardt, el intento de Bauer de convertir el proceso contra Remer en un proceso de condena del régimen nacionalsocialista y de rehabilitación de la memoria de los resistentes al mismo, se puede considerar como un fracaso, pero como un fracaso que en opinión de Burghardt era lógico y merecido, porque no se puede pretender que un proceso penal dirigido a enjuiciar un hecho concreto —las expresiones injuriosas de Remer— se convierta en un proceso político.

Además de la serie sobre el Tribunal Constitucional Federal en la que Frank Bräutigan comenta algunas sentencias particularmente interesantes, y anuncia una que tendrá que plantearse dicho tribunal cuando llegue a su ámbito un recurso del Land de Baden-Württemberg contra una sentencia de un tribunal de Karlsruhe que concede una indemnización de 500 euros mensuales a los condenados a "custodia de seguridad", aplicándole dicha medida con efecto retroactivo en el momento en que iban ser liberados, siguiendo así la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que consideró, en contra del Tribunal Federal Constitucional Alemán, que la aplicación con efectos retroactivos de dicha medida infringía la prohibición de retroactividad.

En la serie Forum se contiene un interesante informe de Jakob Schirmer sobre el debate surgido en torno a las vinculaciones con régimen nacionalsocialista del famoso civilista Karl Larenz, quien como tantos otros grandes juristas, Mezger, Maunz, etc., no tuvo empacho en darle legitimidad jurídica a las decisiones más controvertidas del régimen nazi en relación con la privación de capacidad jurídica y de derechos civiles a

los judíos, darle primacía a la "voluntad del Führer" como fuente del Derecho, etc. Un pasado que como una sombra persigue la memoria de quienes se situaron o continuaron en la Posguerra ocupando puestos relevantes en la enseñanza del Derecho o en la Administración de justicia sin abjurar expresamente de su pasado nazi, pero también sin mencionarlo siquiera en sus escritos, y que poco a poco, tras más de setenta años, va apareciendo no sin resistencia de quienes se niegan a reconocerlo, quizás por vergüenza o afinidad con sus ideas. Para quien tenga todavía alguna duda sobre ese pasado oprobioso, la lectura de este breve comentario es absolutamente recomendable.

El cuaderno 2 termina con una serie de interesantes y en algunos casos exhaustivos comentarios bibliográficos de diversas monografías y libros de carácter histórico jurídico referidos principalmente al periodo nacionalsocialista.

El cuaderno 3 de 2012 contiene un artículo de Volker Rosbach sobre "El papel de la Fiscalía en la fase final de la República de Weimar", ya a comienzos de los años treinta, en los que se veía que el ascenso de Hitler al poder y del Partido Nacionalsocialista era imparable. La pregunta que se hace Rosbach es: ¿Hubo alguna posibilidad jurídica de frenar ese ascenso? ¿Hizo algo la Fiscalía en aquel momento para impedir que un partido cuyo programa era claramente contrario a los valores de la Constitución de Weimar pudiera ser ilegalizado, o al menos evitar que una vez que llegó al poder con el apoyo de los partidos conservadores y la pasividad del ya anciano presidente Hindenburg pudiera conseguir plenos poderes con la "Ermächtigungsgesetz" en marzo de 1933, disolver el Parlamento, llevar a cabo sus planes de depuración de la función pública, etc.? No cabe duda de que éste fue uno de esos momentos en los que no sólo la historia de Alemania, sino la de todo el mundo y en particular la europea, pudo haber cambiado, si los nazis no hubieran llegado a conseguir el poder absoluto que consiguieron y que les permitió llevar a cabo su política de rearme, de limpieza étnica, de desencadenamiento de una política belicista de anexión de otros países o de partes de los mismos vecinos (Austria, los Sudetes en Checoslovaquia) y finalmente la invasión de Polonia, que desencadenó la Segunda Guerra Mundial, con todas las consecuencias negativas que ésta tuvo para Alemania y para toda la humanidad.

Plantear hipótesis de lo que hubiera podido ocurrir, si las autoridades de la República de Weimar, en

## Comentarios bibliográficos

particular la Fiscalía, hubieran empleado los medios jurídicos a su alcance para impedir lo que Bertolt Brecht denominó en una de sus piezas teatrales la “extraña ascensión de Arthur Hui” (Adolfo Hitler), es como escribir una obra de ciencia ficción en la que todas las versiones imaginables son posibles. Lo que otro gran escritor austriaco, Stephan Zweig, judío y que, por tanto, tuvo que exiliarse después de la anexión de Austria por la Alemania hitleriana, describió como “momentos estelares de la Humanidad”, no son más que la historia de lo que pudo haber sido y no fue. Estas mismas hipótesis se han planteado a veces igualmente en relación con lo que hubiera pasado si los atentados que hubo contra Hitler, principalmente el habido en la Hofbräuhaus de Múnich en 1938, o el de la Operación Walkiria el 20 de julio de 1944, hubieran tenido éxito. Pero la historia no se puede escribir en base a hechos que, por las razones que fueran, no llegaron a producirse. En este artículo, excelente y bastante documentado sobre la base del Derecho constitucional vigente en aquel momento en Alemania, Hoffman describe algo que posteriormente se ha sabido y que explica, en parte, por qué un partido, al principio minoritario y con programas claramente antidemocráticos y anticonstitucionales, fue adquiriendo cada vez mayor protagonismo en la vida política cada vez más deteriorada de la República de Weimar. A ello contribuyó también el papel de los Tribunales de Justicia y de la Fiscalía dejando prácticamente en la impunidad, desde las suaves penas que se impusieron a Hitler tras el golpe de Estado fracasado que intentó en Múnich a principios de los años veinte, soportando sin reaccionar evidentes violaciones de la Constitución, dejando sin castigar o castigando con penas ridículas atentados a destacados líderes sindicales o de partidos de izquierda; y también el papel de muchos intelectuales y juristas —destacando entre ellos Carl Schmitt— que, con argumentos más o menos brillantes, justificaban el desmantelamiento del Estado de Derecho, invocando la figura de un “salvador de la patria”, al que hipócritamente llamaban “protector de la Constitución”.

Hoffman demuestra claramente que la Fiscalía no hizo nada para frenar el “irresistible” ascenso del nacionalsocialismo en los últimos años de la República de Weimar, aunque también admite que los obstáculos jurídicos que hubiera podido emplear no habrían tenido ningún éxito dada la voluntad decidida de los

políticos conservadores de la época y de una gran parte de la población alemana de apoyar a Adolfo Hitler. En todo caso, él se propuso, inmediatamente después de haber tomado el poder, la tarea de eliminar cualquier obstáculo jurídico que pudiera oponerse a su designio político.

En la crónica sobre el Tribunal Constitucional Federal, Bräutigam comenta la sentencia sobre la posibilidad de que Alemania pueda ayudar financieramente a los países europeos más afectados por la crisis económica, y otras sobre derecho electoral y derecho de asilo.

En el Forum Swensson se informa sobre el congreso habido en julio del 2012 en la Universidad de Fráncfort sobre “la elaboración jurídica del pasado” o “Transitional Justice” en Brasil y Alemania. También se incluye un comentario de Hansen y Raidt sobre otro congreso realizado en Berlín en abril sobre las actividades del Ministerio de Justicia de la República Federal de Alemania para enfrentarse con el pasado nacionalsocialista tras la Segunda Guerra Mundial, unas actividades que muchas veces fueron boicoteadas, cuando no relegadas a un plano secundario; asimismo contiene el comentario de Von Miquel sobre la jurisdicción laboral en el Nordrhein Westfalen durante el periodo nacionalsocialista; además, Blazek comenta sobre la ejecución de Gurit en 1839, que fue la última ejecución llevada a cabo públicamente en Berlín, no así en otras ciudades alemanas.

El cuaderno 3 termina con los comentarios bibliográficos y un Echo de Johann Braun sobre el bautismo que muchos ciudadanos alemanes judíos asumían en el siglo XIX para integrarse mejor en la sociedad alemana, como fueron los casos, entre otros, de Eduard Gans, un historiador del Derecho contemporáneo de Savigny y del poeta Heine. En este breve artículo el autor polemiza con Hannes Ludyga sobre si ese bautismo fue más un acto de oportunismo que una verdadera conversión al cristianismo, algo que obviamente, a la vista de la documentación aportada, queda siempre abierto a la discusión, pero que en todo caso demuestra las dificultades que tuvo la población judía a través de sus más destacados intelectuales y artistas para integrarse en la sociedad alemana de su tiempo, lo que, como se vio en la evolución posterior y el Holocausto, evidentemente no consiguieron.

Francisco Muñoz Conde

**3. VARIOS, *Loss of Control and Diminished Responsibility. Domestic, Comparative and International Perspectives* (Pérdida de control y responsabilidad disminuida. Perspectivas domésticas, comparativas e internacionales), editado por Alan Reed y Michael Bohlander, Ashgate, 2011, 396 pp.**

El “crimen pasional” ha sido siempre uno de los temas que más literatura no sólo penal o criminológica, ha generado en la historia del Derecho penal; una literatura casi siempre impregnada de connotaciones machistas, con las que se exculpaba, total o parcialmente, al hombre que mataba o hería gravemente a su esposa sorprendida en o meramente sospechosa de adulterio. Para la mujer que mataba al marido en similares circunstancias no existía ninguna provisión expresa, sino la tipicidad más grave del parricidio en su forma de conyugicidio, generalmente con la circunstancia agravante de alevosía o veneno, dado que normalmente la mujer, dada su menor fuerza física, mata al hombre en circunstancias que objetivamente se pueden considerar como alevosas o al menos aprovechando una situación de inadvertencia por parte de la víctima. El llamado “uxoricidio por adulterio”, es decir, la muerte de la mujer adúltera llevada a cabo por el marido, en cambio, era incluso objeto de una regulación específica, como la contenida en el art. 428 de anterior Código Penal español hasta que fue suprimida en una reforma de 1963, a lo más castigaba con la pena de destierro al hombre que matara o causara lesiones graves a su mujer (o al acompañante) sorprendida en flagrante adulterio, dejándolo exento de pena en los demás casos. Todavía después de la abolición de este precepto, la jurisprudencia española aplicó la eximente incompleta de trastorno mental transitorio o la atenuante de arrebato u obcecación al marido que mataba a la mujer adúltera. Preceptos y decisiones jurisprudenciales similares han existido hasta bien entrado el siglo XX en muchos países occidentales y existen todavía en países inspirados en la “sharía” de la religión musulmana que permite incluso la muerte por lapidación de la mujer adúltera, e incluso de la hija que tiene relaciones con alguien que no sea su marido o en contra de la voluntad de sus padres (“crímenes de honor”).

La situación no sólo legal, sino jurisprudencial y doctrinal ha cambiado radicalmente en los últimos años, merced sobre todo al empuje de los movimien-

tos feministas y su lucha por la igualdad. La lucha contra la llamada “violencia de género”, tanto tiempo asumida como algo social o incluso moralmente tolerable, se ha convertido en uno de los objetivos más importantes de la política criminal de nuestro tiempo, motivando la creación de dispositivos jurídicos específicos para reducirla o incluso erradicarla por completo del ámbito de los países en los que la mujer ha conseguido la plena igualdad de derechos con respecto al hombre y exige el respeto de su condición femenina.

Pero los problemas profundamente enraizados en una cultura tradicionalmente machista no se resuelven sólo con medidas legislativas, si no van acompañadas de otro tipo de medidas de carácter social, económico, cultural, educativo, etc. Por otra parte, la convivencia en pareja, heterosexual u homosexual, o en el ámbito estrictamente familiar —también, por tanto, entre padres e hijos— genera conflictos que a veces desembocan en actitudes violentas, que por lo general inciden en los más débiles físicamente, la mujer o los niños (“violencia doméstica”). Es esa misma conflictividad la que genera actitudes pasionales, reacciones afectivas de amor y odio, que inciden en la normalidad mental del sujeto que se deja llevar por ellas y realiza acciones violentas que pueden llevar al homicidio.

Este es precisamente el tema central de las diversas contribuciones contenidas en este libro editado por los profesores Alan Reed, de la Universidad de Sunderland, y Michael Bohlander, de la Universidad de Durhan, en el Reino Unido. La “pérdida de control” (*loss of control*) y la “responsabilidad disminuida” (*diminished responsibility*) son los conceptos claves en torno a los que gira una regulación expresa de este problema en el Derecho penal inglés desde la Coroners and Justice Act 2009. Con ellos se podía rebajar la calificación de lo que objetivamente podía considerarse como asesinato (*murder*), a la de homicidio simple (*manslaughter*). La Coroners and Justice Act 2009 ha modificadado sustancialmente la anterior regulación que se contenía en la Homicide Act 1957, dándole una nueva redacción que en parte amplía el contenido de la anterior redacción, pero al mismo tiempo la delimita con mayor precisión. La modificación afecta de modo fundamental, pues mientras la Homicide Act 1957 se refería sólo a una “anormalidad mental” derivada de un retraso mental o causas inherentes al mismo o inducido por enfermedad o lesión, ahora la Coroners and Justice Act 2009 especifica

## Comentarios bibliográficos

que el sujeto debe sufrir una anormalidad del funcionamiento mental (*abnormality of mental functioning*) que se derive: *a)* de una condición médica reconocida; *b)* que obstaculice la capacidad de una persona para entender la naturaleza de su conducta, formar un juicio racional, y *c)* ejercer su autocontrol, de tal modo que sea un factor significativo que contribuya a causar su comportamiento (traducción libre realizada por el autor de esta recensión del texto de la sección 52 de la Coroners and Justice Act 2009). La consecuencia de ello es igualmente transformar la calificación de asesinato en homicidio y, por tanto, una reducción esencial de la pena en la que puede jugar como factor atenuante.

Las razones que han motivado esta reforma son explicadas por Ronney Mckay. Su interpretación de que la nueva regulación restringe el ámbito de aplicación de la excusa, es confirmada también por Rudi Fortson, que apela en última instancia al uso que de la nueva regulación hagan los Tribunales de Justicia a la hora de enfrentarse con este problema en los casos concretos que se presenten. Más crítico con la fórmula de la “pérdida de autocontrol” es Barry Mitchel, quien la considera de difícil interpretación y aún más difícil aplicación, requiriendo su aplicación jurisprudencial un correcto análisis de este tipo de situaciones por parte de los expertos, principalmente psiquiatras y psicólogos.

Richard Taylor analiza la nueva regulación desde el punto de vista del modelo referencia del hombre medio, su capacidad de tolerancia y de autocontrol, medida con un criterio o *test* objetivo que inmediatamente evoca el concepto tan peculiar del Derecho anglosajón de la “racionalidad”. Y es esta racionalidad, diferente según las circunstancias, objetivas y subjetivas en las que se encuentra el sujeto, la que sirve de criterio diferenciador para analizar en otras contribuciones la violencia ejercida por la mujer maltratada contra el maltratador, cuando es una respuesta provocada por la violencia y malos tratos ejercidos por éste durante mucho tiempo, quizás durante años. Desde este punto de vista, una parte importante de las contribuciones contenidas en este libro se enfrenta con un problema que ha puesto de relieve la llamada “jurisprudencia feminista” cuando se ha enfrentado con casos en los que la mujer reacciona frente a los reiterados malos tratos del hombre, incluso matándolo.

Evidentemente, lo que desde el punto de vista de la “racionalidad masculina” no serían actos de provo-

cación suficientes para al menos excusar la muerte de otro hombre, en la mujer se convierte en una excusa que al menos pueda atenuar su responsabilidad. De este tema se ocupan las contribuciones de Jonathan Herring, Susan S.M. Edwards y Neil Cobb y Anna Gausden, quienes, en general, destacan el peso de las actitudes sexistas en la interpretación de este tipo de situaciones de violencia doméstica, en las que se modifican los roles tradicionales de la mujer víctima y el hombre agresor, para transformarse en lo contrario, no sin advertir que en muchas ocasiones esa transformación es consecuencia de los malos tratos anteriores y provocaciones que ha sufrido la mujer.

Así, por ejemplo, se menciona el caso de Judy Normann, víctima de malos tratos reiterados por parte de su marido, a quien mató mientras dormía. En una de las muchas confrontaciones entre Judy Normann y su compañero, éste le encargó a la mujer que le preparara un sándwich, que tiró al suelo cuando se lo trajo y así lo hizo otra vez, diciéndole que tenía las manos sucias y que se lavara; y cuando ésta le preparó por tercera vez otro sándwich utilizando unos guantes de plástico, el marido le refregó el sándwich por la cara, obligándole además a comer la comida de los perros. Desde cualquier punto de vista, no cabe duda de que estas provocaciones son casi de mayor gravedad que los golpes y otros malos tratos físicos, y por lo tanto se pueden considerar como una agresión injusta suficiente para invocar la legítima defensa en una situación de confrontación. Sin embargo, dado que la reacción de la mujer no fue una reacción instantánea de respuesta violenta a la agresión del marido, sino esperar a que éste se durmiera para dispararle un tiro en la cabeza, los autores de las diferentes contribuciones a este libro que mencionan este caso y otros similares, a diferencia de lo que hizo respecto a este caso la “jurisprudencia feminista” norteamericana, no se plantean si la reacción de la mujer que mata al marido disparándole mientras dormía fue legítima defensa; a la vista de la nueva regulación inglesa, cabría entenderla como un caso de pérdida de control y, por consiguiente, de responsabilidad disminuida, lo que parece una respuesta jurídica más comedida y más respetuosa con los elementos definitorios de la legítima defensa.

Otro motivo de crimen pasional que parecía haber perdido su importancia es la “infidelidad sexual” de uno de los miembros de la pareja. Lo que generalmente fue un privilegio del hombre, se extiende también a reacciones violentas de la mujer cuando el hombre se

va con otra persona o es sorprendido por su compañera en una relación sexual con otra persona. Sobre la valoración actual de este tipo de conducta en el mundo anglosajón y sobre los estándares comparativos se ocupan Alan Reed y Nicola Wake en un interesante artículo, que revive uno de los tópicos clásicos del crimen pasional, que parecía haber perdido importancia, al menos en el mundo occidental europeo, pero que sigue siendo uno de los motivos más importantes del crimen pasional.

Otra de las causas de responsabilidad disminuida aplicable a casos de este tipo es el homicidio como respuesta a “circunstancias de un carácter extremadamente grave”, recogida en la sección 54 del Acta del 2009, que especifica como causa de pérdida de control que alguien con un grado normal de tolerancia y autocontrol, de acuerdo con su edad y sexo, hubiera actuado igual que actuó la persona en cuestión. De este tema se ocupa Jesse Elvin, quien plantea el problema de a qué tipo de circunstancias se refiere la reforma, ya que también algunas como el miedo a perder dinero, pueden ser para muchas personas tan relevantes o más que una infidelidad sexual. En lo que parecen estar de acuerdo estos autores, es que por lo menos el motivo desencadenante de la pérdida de control debe ser un hecho injusto (*wrong*) por parte de la víctima del acto violento, lo que de algún modo introduce parámetros normativos en la interpretación de una excusa que, en principio, se basa en un trastorno mental.

El volumen se completa con otras muchas contribuciones de autores pertenecientes a otros ámbitos jurídicos o culturales, en los que rigen criterios parecidos a la nueva regulación inglesa o al menos vinculados a la tradición del *Common Law*, como Irlanda (John E. Stannard), Escocia (James Chalmers), territorios de la Commonwealth (Alan Reed, Nicolas Wake y Claire de Than), Nueva Zelanda (Warner Brookbanks), Estados Unidos (Paul Robinson); o más diferenciados como es el caso de Francia (Catherine Elliot y Caroline Forunet), Alemania (Michael Bohlander), Holanda (Hein Wolswijik), España (Manuel Cancio Meliá) e Irán (Mohamad Hedayati-Kahki); más una contribución de John Cubbon desde el punto de vista del Derecho internacional penal.

Desgraciadamente el limitado espacio de esta reseña no permite un comentario más pormenorizado de estas excelentes contribuciones sobre un tema que sigue siendo uno de los clásicos temas del Derecho

penal a nivel universal, que no sólo no ha perdido importancia sino que se presenta con nuevas perspectivas sobre todo en el ámbito de la violencia doméstica en la actual situación de interculturalidad que se vive en buena parte del mundo occidental. Como destaca en su día en el *endorsement* que me solicitó la editorial Ashgate para la contraportada de este libro, “se trata de una notable contribución al debate sobre las causas de disminución de la responsabilidad por pérdida de control en casos de asesinato, constituyendo al mismo tiempo una excelente exposición de este tipo de causas en el Derecho comparado en casos de abuso doméstico, legítima defensa de la mujer maltratada, homicidios por infidelidad sexual, etc., ofreciendo una perspectiva equilibrada de diferentes puntos de vista jurídicos y diferentes culturas”.

Francisco Muñoz Conde

#### 4. *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantías procesales*, Tirant lo Blanch, 2011, 250 pp.

En fechas recientes la editorial Tirant lo Blanch ha publicado una interesante monografía en la que, de forma exhaustiva y desde un prisma multidisciplinar, se aborda la tensión que existe, en general y en la Unión Europea en concreto, entre los valores justicia-seguridad, resultando evidente en la actualidad la clara inclinación de la balanza en beneficio de la segunda. Es decir, es una manifestación la orden de detención europea, un instrumento procesal de naturaleza penal de incuestionable utilidad en este contexto.

Atendiendo a una perspectiva sistemática el trabajo se articula en varios apartados que analizamos a continuación.

La primera parte de la obra es elaborada por la profesora Esther Gómez Campelo. En ella analiza dos institutos previstos para la lucha contra la criminalidad organizada dentro de la UE: la extradición y la orden de detención europea. Para su adecuado estudio examina el tránsito de la primera a la segunda, profundizando en la naturaleza jurídica y en las diferencias existentes entre ambas figuras destacando el carácter judicial y la rapidez en la tramitación de la euroorden, frente al cariz gubernativo y más ralentizado propio de la extradición.

A modo de balance final, la autora critica la disparidad de tratamiento que reciben los derechos básicos de la persona reclamada en las distintas legislaciones

**Comentarios bibliográficos**

nacionales y concluye destacando que, pese a las bondades que se derivan del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, la seguridad global exige la elaboración de un Derecho penal supranacional.

En la segunda parte de la monografía, la profesora Belén Sánchez Domingo aborda la problemática penal de la orden de detención y entrega europea.

En este contexto critica la falta de unificación del Derecho penal, poniendo de manifiesto que el principal problema que existe para la aludida armonización es la vigencia del principio de legalidad penal que se entiende lesionado cuando la autoridad de un Estado aplica la norma penal de otro Estado distinto. Junto al principio de legalidad resulta afectado el de seguridad jurídica, ya que éste se cumple con la certeza que deriva del estricto acatamiento del la ley tipificadora de los ilícitos y determinadora de las sanciones.

Afirma que la autoridad judicial de ejecución ha de actuar, en todo caso, conforme al conjunto de derechos y libertades recogidas en el CEDH en la forma interpretada por el TEDH, si bien tal estándar ha de entenderse como mínimo ineludible, siendo posible y deseable su ampliación.

A continuación alude a la parcial supresión del principio de doble incriminación en la Decisión Marco reguladora de la orden europea de detención y entrega, y ello como consecuencia de la implantación del principio del reconocimiento mutuo respecto de determinadas categorías delictivas (art. 9.1, LOEDE), facultándose al órgano jurisdiccional español de ejecución para exigir o no la doble incriminación respecto de otros delitos no incluidos en el referido listado (art. 9.2 en relación con el art. 12.2 a), LOEDE).

En consonancia con otros apartados de la obra, se muestra particularmente crítica con la defectuosa técnica legislativa empleada en la trasposición de la DM, sobre todo en lo relativo a la falta de concreción de los tipos delictivos para los que se excluye la doble incriminación. En particular, dedica especial atención a la aplicación de la euroorden respecto del delito informático y a la problemática que se deriva de la ausencia de un concepto de este ilícito en nuestro ordenamiento jurídico.

A modo de reflexión final afirma que la orden de detención y entrega no cumple con las expectativas generadas ya que, si bien es eficaz en la lucha contra la criminalidad grave, se revela claramente insuficiente, imponiéndose la necesidad de armonización normativa.

En la tercera parte del trabajo la profesora Mar Jimeno Bulnes analiza las cuestiones relativas al devenir y experiencia práctica de la euroorden, destacando como un producto de su aplicación efectiva la reforma por la que se limita el reconocimiento de órdenes de detención emitidas con fundamento en sentencias dictadas en ausencia del imputado, así como aquellas que pretenden un reforzamiento de los derechos procesales del detenido o entregado.

El tratamiento de la materia resulta enriquecido con un interesante recorrido por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de los Estados Miembros y del TJUE cuando tales órganos han debido pronunciarse sobre diversos aspectos relativos a la orden de detención europea. En concreto, presta especial atención a las dos cuestiones que han suscitado mayores dificultades en los Juzgados Centrales de Instrucción y Sala de lo Penal de la AN, órganos de ejecución de las órdenes dictadas por autoridades judiciales de otros Estados miembros: la excepción de cosa juzgada en su dimensión negativa o preclusiva (*non bis in idem*) y la problemática derivada del dictado de órdenes europeas en ejecución de sentencias de condena recaídas en juicios en *absentia*. Se muestra especialmente crítica con la disparidad normativa que existe en ambos supuestos, poniendo de manifiesto la problemática práctica que se suscita en estos supuestos y apuntando posibles soluciones al respecto.

A modo de conclusión estima que, en la tradicional disyuntiva entre seguridad y justicia, la política de cooperación judicial se revela más proclive a la defensa del objetivo seguridad perseguido con la promulgación de instrumentos procesales —como es la orden europea de detención y entrega— en los que se aplica el principio de reconocimiento mutuo. De ahí la necesidad de reforzar la dimensión de justicia a partir de la adopción de medidas garantistas, entre las que destaca la fracasada DM en materia de derechos procesales.

Precisamente la última parte del trabajo, elaborada por Félix Valbuena González, presta atención a las garantías procesales en la orden de detención y entrega, criticando en consonancia con los otros autores la falta de armonización a nivel europeo de los derechos básicos de acusado en el proceso penal.

Pone de relieve que las garantías de la detención practicada en la ejecución por España de una euroorden son, en general, las reguladas en el LECrim, a tenor de la remisión hecha por la Ley que implementó la DM a nuestro ordenamiento jurídico.

## Bibliografía

---

El autor critica especialmente la heterogeneidad de los derechos del detenido en la ejecución de la orden de detención y entrega ya que, aún siendo todos los Estados miembros signatarios de la Convención Europea de Derechos Humanos, la aplicación efectiva de las garantías en él contenidas dista de un Estado a otro; de ahí la conveniencia de armonizar en este contexto apuntándose, en este sentido las expectativas que al respecto ha generado el Tratado de Lisboa.

Analizado el contenido del texto, hemos de destacar su incuestionable interés para los estudiosos y operadores jurídicos que hayan de enfrentarse con aspectos propios de la cooperación judicial en el ámbito de la Unión Europea. En esta obra encontrarán, sin duda, abundada y solvente respuesta a los problemas que habitualmente se suscitan en este ámbito.

*Maria Luisa Escalada López*  
Profesora de Derecho Procesal, UVA  
[mlescala@der.uva.es](mailto:mlescala@der.uva.es)

# Cómo suscribirse

# Revista



- Envíe un correo a [libreria@inacipe.gob.mx](mailto:libreria@inacipe.gob.mx) con los siguientes datos:

- ◆ Nombre completo
- ◆ Domicilio de envío (calle, número, colonia, delegación, C.P.)
- ◆ Teléfono
- ◆ Datos del depósito bancario o transferencia incluyendo: folio, fecha y hora, o bien adjunte la ficha digitalizada



- Ingrese a la página [www.inacipe.gob.mx](http://www.inacipe.gob.mx):

- ◆ Pestaña de publicaciones
- ◆ Sección de venta dentro de la subsección suscripciones y siga las instrucciones en pantalla



- Acuda personalmente al edificio de publicaciones en el Inacipe con su comprobante de depósito:

Magisterio Nacional núm. 113, Col. y Del. Tlalpan,  
C.P. 14000, México, D.F.

5573-7633 y 5487-1500 ext. 1698

Revista  
Inicia  
Pena  
Méjico

Datos para el depósito:

Banco HSBC: cuenta 404373-6438

Clabe interbancaria 0211-80040-4373-6438-8, a nombre de Autogenerados INACIPE09

- Un año (2 ejemplares) \$440.00
- Dos años (4 ejemplares) \$880.00
- Envíos gratis

Los datos personales recabados serán protegidos con fundamento en los artículos 18 fracción I y II y 20 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental el cual fue registrado en el listado de sistemas de datos personales ante el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública ([www.ifai.org.mx](http://www.ifai.org.mx)) y podrán ser transmitidos de acuerdo a lo previsto en la ley. La Unidad Administrativa responsable del Sistema de Datos Personales del Instituto Nacional de Ciencias Penales, ubicada en Magisterio Nacional 113, Col. Tlalpan, C.P. 14000, México, D.F., en donde el interesado podrá ejercer los derechos de acceso y corrección de datos. Lo anterior se informa en cumplimiento del artículo decimoséptimo de los Lineamientos de Protección de Datos Personales, publicados en el Diario Oficial de la Federación el 30 de septiembre de 2005.

1. *Revista Penal México* publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las Ciencias Penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o, en su defecto, en formato \*.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com.
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre dos y cinco palabras).
4. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal