

Revista

ISSN 2007-4700

Temal

MÉXICO

Número 7 • Febrero 2015



Revista

Penal

MÉXICO

Número 7 • septiembre
de 2014-febrero de 2015

México

ISSN 2007 4700



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizábal



Universidad
de Huelva



INACIPE



José Guadalupe Posada.

Desconocido [Eleuterio Mirafuentes] [El crimen de Eleuterio Mirafuentes],
s.f.

Zincografía/ Butil

36946

Acervo MUNAE, INBA Conaculta

Reproducción autorizada por el Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura,
2014.



Instituto
Nacional de
Bellas Artes

CONACULTA

Revista indizada en la base de datos de CLASE y directorio Latindex, clase.unam.mx y www.latindex.org

REVISTA PENAL MÉXICO, año 4, núm. 7, 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, e-mail: 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. Impreso y encuadernado por Impresos Chávez de la Cruz, S.A. de C.V., Valdivia 31, Colonia María del Carmen, Delegación Benito Juárez, C.P. 03540, 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 de Ciencias Penales.

Revista

Penal MÉXICO

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*

ALICIA BEATRIZ AZZOLINI BINCAZ
Encargada de la Secretaría General Académica

JORGE MARTÍNEZ IGLESIAS
Encargado de la Secretaría General de Extensión

ALFONSO JESÚS MOSTALAC CECILIA
Encargado de la Dirección de Publicaciones

Número 7 • septiembre
de 2014-febrero de 2015
México
ISSN 2007 4700

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

DAVID CIENFUEGOS SALGADO
*Secretaría General de Gobierno
del Estado de Guerrero*

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

MIGUEL GONZÁLEZ COMPEÁN
Asesor del C. Procurador General de la República

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

LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ
Comisión Nacional de los Derechos Humanos

CLAUS ROXIN
Universidad de Múnich

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

MANUEL VIDAURRI 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
Centro para el Desarrollo de la Justicia Internacional, A.C.

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

DOCTRINA

Paulo César Busato	
<i>El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales como grupo de casos de la teoría de la imputación objetiva</i>	9
Miguel Bustos Rubio	
<i>La cláusula “sin riesgo propio o ajeno”: su función limitadora del deber en los delitos omisivos</i>	29
Juana del Carpio Delgado	
<i>Análisis crítico sobre la regulación de los delitos de robo en el Proyecto de 2013 de reforma del Código penal.</i>	43
Amalia Patricia Cobos Campos	
<i>El arraigo penal en México frente a la presunción de inocencia</i>	63
Juan Carlos Ferré Olivé	
<i>El bien jurídico protegido en los delitos tributarios</i>	77
Miguel Ontiveros Alonso	
<i>Responsabilidad empresarial y compliance frente a la trata de personas</i>	95
Luis Ernesto Orozco Torres	
<i>Problemas actuales de armonización del ordenamiento jurídico mexicano con el Derecho internacional: el caso de la piratería internacional</i>	109
José Manuel Paredes Castañón	
<i>Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal.</i>	117
Rafael Rebollo	
<i>La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España. Análisis crítico de la ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo</i>	149
Nicolás Rodríguez García	
<i>Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español.</i>	177
María del Mar Rodríguez Medina	
<i>Problemática de las leyes penales en blanco en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente</i>	195
Pablo Andrés Rojas Pichler	
<i>El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convencios internacionales sobre corrupción</i>	217



El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales como grupo de casos de la teoría de la imputación objetiva*



Paulo César Busato

Universidade Federal do Paraná, Brasil

RESUMEN: Tomando como punto de partida la teoría de la acción significativa, se analiza la problemática de las acciones neutrales en el marco de la imputación objetiva. El debate que se ha reabierto en Alemania se considera nocivo, pues lo relevante de la responsabilidad del partícipe no depende de la asunción de un riesgo en el marco de la imputación objetiva, sino del sentido subjetivo de la adhesión del partícipe al delito del autor.

PALABRAS CLAVE: Teoría de la acción significativa, acciones neutrales, complicidad, imputación objetiva.

ABSTRACT: Starting from the Significant Action Theory, this paper analyzes the neutral actions predicament within the framework of the objective allocation. The discussion reopened in Germany is a harmful one because the relevance of the participator responsibility is not depending on the risk assumption within the framework of the objective allocation, but the subjective sense of the participator adherence at the crime of the perpetrator.

KEY WORDS: Significant Action Theory, neutral actions, complicity, objective allocation.

SUMARIO: Introducción. 1. El origen de la discusión sobre las llamadas acciones neutrales. 2. La reanudación de la discusión sobre las acciones neutrales en el seno de la teoría de la imputación objetiva. 3. El adversario de la teoría de las acciones neutrales no es la causalidad. 4. Las distintas visiones sobre los límites de la responsabilidad del cómplice. 5. Toma de posición. El sentido de la adhesión a la realización del autor. 6. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

* Revisión al castellano por Dña. Jara Bocanegra Márquez, Universidad de Sevilla.

Introducción

El presente artículo discute los criterios de establecimiento de la responsabilidad del cómplice en las conductas del autor, en especial en el sentido crítico de la recuperación dogmática de la idea de prohibición de regreso hacia acciones neutrales como criterio de imputación objetiva. Para ello, se aborda la discusión existente desde sus orígenes hasta la actualidad y se tratan algunas construcciones cercanas a la propuesta que al final se suscribe.

Por último, se propone un punto de vista de distribución de la carga de la responsabilidad anclado en la dimensión de sentido comunicativo, asociado a un concepto de *dolo significativo* ubicado en una pretensión subjetiva de ilicitud.

El tema tiene relevancia porque, a pesar de no estar admitido completamente por la doctrina brasileña, los matices insertados en la teoría unitaria sobre el concurso de personas con la reforma del Código penal de 1984 llevan a la necesidad de establecer una fundamentación lógica específica para la responsabilidad penal del partícipe, toda vez que no se le puede imputar silogísticamente la realización del tipo de la parte especial. La construcción del concurso de personas es uno de los puntos más cuestionados de la reforma del Código penal que se encuentra en curso en Brasil en estos momentos.

1. El origen de la discusión sobre las llamadas acciones neutrales

Hay dos puntos de referencia iniciales para la discusión del tema de la teoría de las acciones neutrales: una sentencia del Tribunal Supremo del Reich Alemán y una tesis doctrinal desarrollada por Reinhard Frank. El supuesto de hecho citado es el caso RGSt, T. 64, p. 370, muy bien descrito por Naucke:¹ “Un sujeto había envenenado dolosamente a su esposa. El veneno lo ha-

bía recibido de su amante. En el proceso no se pudo probar que la amante hubiese determinado al marido a llevar a cabo el homicidio ni que le hubiese prestado ayuda dolosamente en la realización del mismo”.

La cuestión que se discute entonces es si es posible responsabilizar a la amante en calidad de autora de un delito de homicidio aunque fuera por imprudencia, imputación ésta que le fue finalmente impuesta por la Corte.² La aportación de Frank³ tenía como objetivo ofrecer una nueva solución a los supuestos de contribución imprudente a conductas delictivas dolosas. Para ello, ofrecía el ejemplo del cazador que deja su escopeta colgada en el perchero de una fonda y posteriormente, durante una pelea, es utilizada por otro para matar a un tercero. Con el fin de no generar responsabilidad al cazador, Frank plantea que su conducta ha sido neutral.

Cabe destacar aquí que Frank no rechaza la teoría de la equivalencia de las condiciones, simplemente presenta la tesis de prohibición de regreso a las acciones neutrales como excepción a la mencionada teoría.⁴

Hasta entonces, el problema de establecimiento de los límites de la responsabilidad se discutía en el plano de la causalidad. Se sostenía que la realización dolosa rompía el proceso causal determinado por la previa aportación imprudente. Con ello se justificaba la ausencia de incriminación del partícipe imprudente respecto al delito doloso.

Pero la creciente relevancia dada por la doctrina a la teoría de la equivalencia de los antecedentes causales ha llevado a admitir una responsabilidad por el hecho de los partícipes imprudentes. Con la intención de acotar dicha imputación, Frank desarrolló su teoría de las acciones neutrales.

La discusión que se generó alrededor de los años 20 del siglo pasado desembocó en la victoria de los defensores de la teoría de la equivalencia de los antecedentes, la cual llegó a ser dominante hasta por lo menos la década de 1960.⁵

¹ Wolfgang Naucke, “Sobre la prohibición de regreso en Derecho penal”, en Wolfgang Naucke, Harro Otto, Günther Jakobs y Claus Roxin, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 17.

² La información es de Naucke en *ibidem*, p. 18.

³ La tesis, en realidad, está completamente desarrollada en Reinhard Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., Tübinga, Mohr, 1931, pp. 14 y ss., aunque ya en la 15ª ed. del libro se estaba dibujando el tema, aunque sin referir específicamente el término *prohibición de regreso*. También Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, Heidelberg, Winter, 1915, p. 153.

⁴ Conviene subrayar este aspecto porque, en el mismo momento, se ofrecían distintas fórmulas de solución del problema a raíz de la sustitución de la teoría de equivalencia de los antecedentes causales por una de la causalidad adecuada, especialmente defendida por Von Bar. Cf. Ludwig von Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht: Fragen des Geltenden Deutschen Strafrechts und Seiner Reform*, vol. 2, Berlin, J. Guttentag, 1907, p. 209.

⁵ Al menos el artículo de Naucke (*Über der Regreßverbot im Strafrecht*) sobre el tema, escrito en 1964, lo apunta expresamente. Cf. Wolfgang Naucke, *op. cit.*, p. 21.

Resulta importante, en este sentido, señalar algunos aspectos principales relacionados con el origen de la discusión sobre la teoría de las acciones neutrales. En primer lugar, el hecho de que la discusión surgiera como reacción frente a las teorías de la causalidad, es decir, se tratara de una discusión de tipo objetivo. No obstante, a pesar de tratar del tipo objetivo, la teoría se refería a un grupo de supuestos muy específico, esto es, a las aportaciones imprudentes a conductas delictivas dolosas, cuya identificación dependía de un análisis subjetivo de la distribución de responsabilidades.

Hay que destacar también el contexto en que la discusión se planteaba, toda vez que era dominante en la doctrina de aquel entonces la idea de que el dolo y la imprudencia eran temas de culpabilidad y no tenían nada que ver con el injusto. Así, es perfectamente posible identificar una mezcla de elementos objetivos y subjetivos necesaria para la identificación de los casos con los cuales debería enfrentarse la teoría de las acciones neutrales, lo que, ciertamente, supuso una dificultad añadida para que ésta lograra imponerse.

Otra cuestión que merece destacarse es lo que respecta al origen de la teoría de las acciones neutrales es que se trata de una teoría que, como suele ser habitual en el escenario jurídico alemán, tiene como objetivo principal la solución de un caso práctico, precisamente un caso tratado por el RGSt. En este sentido, cabe señalar que la aceptación de la tesis en el ámbito académico depende, en buena medida, de su aceptación por la *praxis* judicial.

2. La reanudación de la discusión sobre las acciones neutrales en el seno de la teoría de la imputación objetiva

Después de un periodo de cierto olvido de las acciones neutrales,⁶ el tema ha recuperado su protagonis-

mo⁷ a partir de los trabajos de Jakobs sobre la imputación objetiva.⁸

Las razones para la reanudación de la discusión radican, por un lado, en el reconocimiento absoluto de la insuficiencia de la teoría de la causalidad para sostener la responsabilidad penal en el plano objetivo, que ponía en evidencia la necesidad de discutir acerca de los criterios de imputación; y, por otro, en la pretensión doctrinal de ampliar el ámbito de aplicación de la teoría de las acciones neutrales dirigiéndola a otros grupos de supuestos no abarcados por ella en sus inicios.

Es más que evidente que la superación de la causalidad como fuente absoluta de la determinación del injusto en el plano objetivo, derivada de la tendencia a la normativización de la teoría del delito,⁹ produjo un escepticismo acerca de la eficacia de la teoría de la equivalencia de los antecedentes causales. Ello tuvo efectos directos en la teoría de las acciones neutrales, toda vez que aquélla ha sido responsable de la superación de ésta.

Por otra parte, se ha planteado también una ampliación del ámbito de los supuestos abarcados por la teoría de las acciones neutrales con el objeto de incluir en ellos casos de aportaciones dolosas a delitos dolosos,¹⁰ además de muchas otras figuras que ni siquiera podrían estar asociadas a tales supuestos como “la autoría accesoria imprudente, el hacer posible autolesiones dolosas, el hacer posible un hecho cometido por un autor inimputable, la imbricación de actuar dolosa e imprudentemente y la actuación conjunta dolosa no acordada entre varias personas”.¹¹

Con ello, pasaría a ser indiferente la cuestión subjetiva para la determinación del ámbito de aplicación de la teoría, que se convierte así en un verdadero criterio de imputación objetiva.

El problema pasa, como es obvio, por superar dos etapas: la primera consistiría en establecer criterios

⁶ En ese sentido el comentario reciente de Luis Roca de Agapito en *Las acciones cotidianas como problemática de la participación criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 166. También, Knut Amelung, “Die ‘Neutralisierung’ geschäftsmaßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands”, en Erich Samson (ed.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum Siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 48.

⁷ Hasta el punto de ser calificado como “tema de moda”, por ejemplo, por Knut Amelung, *ibidem*, p. 9.

⁸ También, Roca de Agapito, en *op. cit.*, pp. 165 y 166, atribuye a Jakobs el mérito de dar un nuevo impulso a la discusión sobre la teoría de las acciones neutrales.

⁹ El mismo Naucke ha apuntado la vinculación de la prevalencia de la teoría de equivalencia de las condiciones para hablar de la aportación imprudente del cómplice para el delito doloso como producto de una vinculación a los conceptos ontológicos de acción que han servido de base a sucesivos sistemas de imputación. Cf. Wolfgang Naucke, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

¹⁰ Así, por ejemplo, Günther Jakobs en *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed. corregida, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 842.

¹¹ La información es de Wolfgang Naucke, *op. cit.*, p. 19, nota 7.

El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

capaces de identificar, con un razonable grado de certidumbre, qué contribuciones al delito son merecedoras de llevar el título de *neutrales*;¹² la segunda, en demostrar que el criterio de identificación de las *acciones neutrales* tiene lugar en el proceso de imputación objetiva, es decir, se puede solucionar en el plano objetivo de la imputación.

No parece, a mi juicio, que ni una idea ni otra estén claras, sino que muy al contrario, no solo hay una enorme dificultad para definir positivamente con precisión qué se entiende por acciones neutrales, sino también para establecer un criterio eficaz y seguro para definir la relevancia de los distintos supuestos de complicidad. De hecho, sobrepasa el campo del tipo de acción y alcanza la pretensión subjetiva de ilicitud.

3. El adversario de la teoría de las acciones neutrales no es la causalidad

La pretensión de recuperar un espacio para la teoría de las acciones neutrales en el seno de la imputación del tipo objetivo ya no puede lograrse mediante el recurso de contraponerla a la teoría de la equivalencia de los antecedentes. Si bien es cierto que en los tiempos de Frank la oposición a la teoría de las acciones neutrales vino de la mano de la afirmación de la teoría de la equivalencia de los antecedentes causales, ello se debió a que en ese entonces los principales sistemas de imputación se vinculaban a una base teórica ontológica.

Hoy día, si hay un consenso doctrinal, éste reside precisamente en la superación de las bases ontológicas de la teoría del delito. Ello tiene especial trascendencia en lo concerniente al tipo objetivo, una vez que se impuso la teoría de la imputación objetiva, hasta el punto de que ya se ha abandonado la idea tradicional de que la teoría de la causalidad es suficiente para imputar objetivamente un resultado típico, exigiéndose junto a ella criterios normativos de imputación, que-

dando por discutir simplemente la relevancia a estos efectos de la causalidad.¹³

La cuestión, por lo tanto, no reside ya en la superación de la idea de causalidad, sino en saber si efectivamente es posible el traslado de la idea de acciones neutrales al campo de la imputación objetiva, con la ampliación de los supuestos de su aplicación, esto es, si el criterio ofrece alguna ventaja con relación a los demás criterios de imputación objetiva en lo que se refiere a la atribución de responsabilidad al cómplice.

A este respecto, la doctrina mayoritaria opina que la complicidad tiene que ser causal para el resultado.¹⁴ La causalidad, sin embargo, no se puede confundir con la esencialidad, es decir, lo que exige la causalidad no es que la complicidad sea *conditio sine qua non* para la producción o no producción del resultado, sino la demostración de que sin tal contribución, el resultado no hubiera ocurrido *de la forma en que ocurrió*,¹⁵ lo que es bastante distinto. Por ejemplo: quien entrega el veneno al asesino no queda exento de responsabilidad por el resultado si el ejecutor, después de darle el veneno a la víctima y ver cómo ésta queda inconsciente pero antes de que termine el veneno de producir su efecto decide, para asegurarse el resultado, cortarle el cuello a la víctima.

Pero es también evidente que no basta con la causalidad respecto del resultado, sino que es necesario que haya una contribución normativa en la participación. El análisis de lo que puede ser esta contribución normativa es lo que definirá si existe un espacio para el resurgir de la teoría de las acciones neutrales como criterio de imputación objetiva referido a la complicidad.

4. Las distintas visiones sobre los límites de la responsabilidad del cómplice

Hay una enorme variedad de posicionamientos en la doctrina sobre cuáles han de ser los límites de la responsabilidad del cómplice. No hay uniformidad ni respecto a cuál deba ser el criterio de imputación

¹² Como efectivamente ya se ha percatado Luis Greco en *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 105.

¹³ Véase María del Mar Díaz Pita, "¿Qué queda de la causalidad?", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 4, Madrid, UNED, julio de 1999, p. 523.

¹⁴ Claus Roxin, "¿Qué es la complicidad?", *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, Grijley, 2007, p. 537. En el mismo sentido, Paul Bockelmann y Claus Volk, *Direito penal. Parte General*, trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 239; Reinhard Maurach, Hans Zipf y Karl Heinz Gössel, *Derecho penal. Parte General*, 2, trad. de Jorge Bofill Gensch, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 456; Hans Welzel, *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 143.

¹⁵ En ese sentido, la aclaración de Roxin en *op. cit.*, p. 538.

objetiva que delimite tal responsabilidad, ni respecto a si es posible tal delimitación en el plano del tipo objetivo.¹⁶

No tenemos aquí espacio para hacer un completo repaso de todas las posiciones respecto del tema, no obstante, procuraremos, seguidamente, describir con brevedad las contribuciones que en nuestra opinión representan los puntos clave de la moderna discusión del tema.

4.1. Las acciones neutrales como criterio de imputación objetiva para la determinación de los límites de la responsabilidad por complicidad. La tesis de Jakobs

Jakobs¹⁷ desarrolló un estudio de los supuestos básicos de la teoría de las acciones neutrales —las aportaciones imprudentes causalmente vinculadas a la realización de un delito doloso— con el objetivo de establecer una regla general de imputación. Él defiende la idea de sustituir la causalidad como condición ontológica por los criterios axiológicos de imputación sin que quepa hablar de equivalencia de condiciones.¹⁸ Y son justamente este aislamiento de la causalidad y el uso de cursos causales hipotéticos lo que permite a Jakobs sostener que "el comerciante de alimentos que vende productos en buen estado no responde por complicidad en un homicidio en el caso de que sepa que el comprador piensa manipular el género alimenticio para cometer un homicidio con empleo de veneno", así como que "el taxista no responde por el delito que cometa el cliente una vez llegado a su destino, aunque haya anunciado sus intenciones en el camino", porque tales aportaciones "se pueden obtener en cualquier parte",¹⁹ es decir, el autor las hubiera podido conseguir aunque no estuviera presente

el supuesto cómplice, con lo cual, son contribuciones esencialmente neutrales.

Su idea es excluir de la responsabilidad por el resultado ya en el plano del tipo objetivo al participe cuya contribución al hecho haya consistido en una *acción cotidiana* o *neutral*. Al utilizar la idea de prohibición de regreso para establecer criterios de imputación objetiva, afirma la necesidad de excluir la responsabilidad de las personas que, actuando según el papel que les correspondía en la relación social, puedan, eventualmente, haber contribuido a la realización de un delito.²⁰ El autor entiende que en muchos supuestos de acciones cotidianas, la participación es solamente aparente, porque, en realidad, la aportación del cómplice no promueve *el quebrantamiento de un rol*, que es en donde radica la desaprobación jurídica.

Evidentemente, la fuente del estudio es la posición de garante propia del delito omisivo, pero que Jakobs exige tanto para los supuestos de omisión como para los de acción. El comportamiento en el plano objetivo del cómplice debe ser interpretado dentro del límite de su papel o rol social. Por ejemplo, si el sujeto autor del delito compra pan y lo utiliza para adicionar veneno y matar a alguien, el panadero que se lo ofrece jamás podrá ser imputado como cómplice por la sencilla razón de que ha actuado como panadero, dentro de su papel que consiste precisamente en vender pan, y la imputación no puede regresar hasta el punto de alcanzarlo.²¹

La responsabilidad, por cualquier contribución al delito, estaría automáticamente descartada cuando "su comportamiento, para el momento de su ejecución, no dependa en absoluto de que el ejecutor continúe la acción".²² Ello tendría lugar en dos supuestos: cuando no existe identidad común entre las conduc-

¹⁶ Por ejemplo, Thomas Wiegand habla en eficacia cuantitativa de la facilitación del delito en "Grenzen strafbarer Beihilfe", Albin Eser (ed.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 197 y ss.; Oliver Löwe-Krahl, *Die Verantwortung von Bakangestellten bei Illegalen Kundengeschäften*, Stuttgart, Richard Boorberg, 1990 y de modo similar Luis Greco, *op. cit.*, explotan el principio de proporcionalidad. Harro Otto, por su parte, emplea la tesis del incremento del riesgo a partir de la posibilidad o capacidad de manejar una condición que está a disposición del autor en el supuesto en concreto para evitar el resultado. Cf. "Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht", *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1972, pp. 91 y ss.

¹⁷ Su primera aportación fue *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt...*, *op. cit.*, pp. 1 y ss. Véase específicamente sobre el tema, el capítulo sobre la imputación objetiva en la participación. *accesoriedad y prohibición de regreso*, em Günther Jakobs, *A imputação objetiva em direito penal*, trad. de André Luís Callegari, São Paulo, Revista dos Tribunais 1999, pp. 54 y ss.

¹⁸ En ese sentido, Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte General...*, *op. cit.*, p. 229.

¹⁹ Günther Jakobs, *A imputação objetiva em direito penal...*, *op. cit.*, p. 62. En detalle, con variados ejemplos, también en *Derecho penal. Parte General...*, *op. cit.*, pp. 844-846.

²⁰ Günther Jakobs, *A imputação objetiva em direito penal...*, *op. cit.*, p. 20.

²¹ *Ibidem*, p. 63.

²² Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte General...*, *op. cit.*, p. 843.

El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

tas, sino que la realización del delito posterior deviene de modo completamente arbitrario,²³ y cuando la misma aportación, común o necesaria al hecho, puede ser obtenida de otra forma.²⁴

En ninguno de estos supuestos, aunque el cómplice supiera que está contribuyendo a una realización delictiva—entiende Jakobs—podría sufrir un castigo ya que no ha quebrantado su rol social. En resumen, para Jakobs el núcleo de la relevancia de la aportación del cómplice está en la defraudación de expectativas respecto de su rol social.

Aunque el planteamiento de Jakobs sea perfectamente congruente con su tesis general sobre el sistema de imputación, que pone en el centro de todo a la preservación de la estabilidad normativa con base en las expectativas respecto de los roles sociales que se atribuyen a cada uno, la evidente artificialidad de dicha construcción, así como la indiferencia que mantiene respecto de las consecuencias políticas criminales de la aplicación práctica del sistema,²⁵ vuelven difícil su aceptación.

Es importante observar que esta línea de razonamiento excluye la posibilidad de imputación ya en el campo objetivo, es decir, vuelve absolutamente irrelevante el análisis de la orientación subjetiva del cómplice. Para él, definitivamente, no es un problema de dolo, sino simplemente de imputación objetiva.²⁶

4.2. La solidaridad con el injusto ajeno. La tesis de Schumann

Schumann²⁷ sostiene que el eje de la responsabilidad del cómplice se ubica en una solidaridad para con el injusto ajeno. El criterio utilizado por el autor para la atribución de responsabilidad al partícipe en este su-

puesto específico es también considerado por él como un criterio general de imputación objetiva.

El autor empieza por establecer la premisa de que debe existir alguna aportación del cómplice al delito del autor para que se establezca su responsabilidad, pues, en caso contrario, se responsabilizaría por un hecho ajeno.²⁸

La actuación del cómplice debe contener un desvalor de acto²⁹ que sea reconocido por la comunidad como un ejemplo de que el cómplice se puso al lado del autor en la realización del injusto, prestándole *solidaridad*.³⁰ Schumann identifica algunos criterios para identificar cuándo se produce la mencionada solidaridad.

El primer criterio es la cercanía al hecho³¹ como un factor temporal de identificación, es decir, la intermediación entre la aportación del partícipe y la realización del autor.³² En segundo lugar, la aportación del partícipe debería favorecer aspectos *nucleares* del injusto típico.³³ En tercer lugar—y aquí coincidiendo directamente con Jakobs—se excluye la responsabilidad del cómplice que sólo realizó un acto de su rutina profesional cotidiana.³⁴

Las consecuencias no son aceptables. Si se adopta como criterio identificador de la solidaridad del cómplice respecto de la conducta del autor la distancia temporal entre el hecho delictivo y la aportación de aquél, se hace depender la responsabilidad del partícipe de una aleatoria decisión del autor respecto de cuándo utilizar el instrumento que le aportó el cómplice, lo que no resulta lógico.

En segundo lugar, no está claro lo que se quiere decir con “aspectos *nucleares* del injusto”. Si estamos hablando del núcleo del tipo, es decir, de la conducta, quien presta el arma no sería cómplice del homicidio (solución que tampoco parece lógica). Si la interpre-

²³ *Ibidem*, p. 844.

²⁴ *Idem*.

²⁵ Véase, por todos, la contundente crítica de Roxin a Jakobs en *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, trad. de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 65-70.

²⁶ Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte General...*, *op. cit.*, pp. 259 y 260.

²⁷ Así en Heribert Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tubinga, Mohr-Siebeck, 1986.

²⁸ *Ibidem*, pp. 44 y ss.

²⁹ El término utilizado es *Aktunwert*.

³⁰ Cf. Heribert Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht...*, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

³¹ *Ibidem*, p. 57.

³² De modo similar, en especial referencia a la cuestión de la cercanía entre las aportaciones, desarrolla un criterio similar Feijoo Sánchez en *Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en derecho penal?*, Granada, Comares, 1999, pp. 59 y ss.

³³ Heribert Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht...*, *op. cit.*, p. 54.

³⁴ *Ibidem*, p. 62.



tación sobre lo que es *nuclear* no significa eso, entonces habría que aclarar lo que quiere decir.

Finalmente, la aceptación de la actividad profesional cotidiana no puede simplemente ser reconocida de antemano como no generadora de responsabilidad, porque existe una gran cantidad de actividades profesionales que conllevan un elevado nivel de riesgo.

4.3. El incremento causal del riesgo. Tesis de Roxin y variación de Schaffstein

Roxin³⁵ define la aportación del cómplice como un ataque accesorio al bien jurídico que promueve un *incremento causal del riesgo*, es decir, no todas las participaciones que estén en una línea de causalidad con el resultado son igualmente merecedoras de reproche penal, sino sólo las que incrementen causalmente el riesgo de producción del resultado. Se parte de la premisa de que la imputación objetiva se compone de criterios axiológicos que hay que añadir a la causalidad con arreglo a la afirmación del tipo objetivo.

En ese sentido, Roxin³⁶ establece que “el principio del incremento del riesgo sólo se ve correctamente empleado cuando, al igual que sucede con la imputación objetiva, es adicionado a la causalidad”. Acercándose a Roxin, Schaffstein³⁷ afirma que el incremento del riesgo se debe medir mediante la comparación con cursos causales hipotéticos.

Así, según el planteamiento de Schaffstein,³⁸ se excluiría la responsabilidad del cómplice cuando el autor pudiera realizar solo, sin su ayuda, la contribución recibida de aquél. Pongamos como ejemplo el caso del ladrón que podría haber arrastrado él mismo la escalera que le facilitó el cómplice, y, con ello, acceder a la ventana de la casa o transportar el coche que condujo el cómplice hasta el lugar del delito. En estos casos, entiende Schaffstein³⁹ que no hay incremento del riesgo porque la realización del hecho

por el autor no ha sido facilitada por la conducta del cómplice.

Roxin⁴⁰ no está de acuerdo porque ve en estas contribuciones una relación de causalidad para con el resultado que sólo se puede “romper” mediante la suposición de cursos causales hipotéticos, lo que en términos de imputación no está permitido. Además, sostiene que ello implicaría dejar fuera del ámbito de la imputación una circunstancia causal que, bajo un juicio objetivo *ex-ante*, eleva las posibilidades del resultado si después de que el delito se consuma resulta ser superflua. Con ello, por ejemplo, estaría fuera del ámbito de imputación quien vigila para que el autor cometa el hurto en el caso de que no hubiera acercamiento de terceros.⁴¹

En la visión de Roxin,⁴² “un hurto asegurado mediante la vigilancia emplea una modalidad de ejecución diversa a la de un hurto *no protegido*. La primera modalidad de ejecución incrementa las posibilidades de alcanzar con éxito el resultado porque reduce el riesgo de ser descubierto y fracasar. La cuestión de lo que hubiera hecho el autor si no contara con la colaboración de un vigilante desemboca nuevamente en la consideración de cursos causales hipotéticos y por ello está vedada desde el principio”. Lo importante es que el criterio de imputación objetiva tenga en cuenta la importancia causal y el incremento del riesgo en el momento de realización de la conducta por el autor y no en el momento de realización del resultado, y, exclusivamente, con base en lo que pasa y no en lo que pudo haber pasado. Por ello, dice Roxin que “si a mitad del camino el ladrón de casas hace regresar al cómplice que está llevando la escalera, porque ha decidido otra forma de entrar en la casa, solamente existe una tentativa impune de complicidad. Si el ladrón se cae de la escalera al tratar de subir y escoge otro camino para entrar en la casa, entonces estaremos solamente ante una complicidad a una tentativa de hurto”.⁴³

³⁵ Claus Roxin, “¿Qué es la complicidad? ...”, *op. cit.*, p. 551.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Friedrich Schaffstein, “Die Risikohöherhöhung als Objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, Insbesondere bei der Beihilfe”, *Festschrift für Richard M. Honig*, Gotinga, Otto Schwartz, 1970, pp. 169 y ss. Existe una traducción para el español de Marcelo A. Sancinetti, publicada como “El incremento del riesgo como principio de imputación objetiva en el Derecho penal, especialmente en la complicidad”, *Causalidad, riesgo e imputación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 177 y ss.

³⁸ Friedrich Schaffstein, “El incremento del riesgo como principio...”, *op. cit.*, p. 196.

³⁹ *Ibidem*, p. 200.

⁴⁰ Claus Roxin, “¿Qué es la complicidad? ...”, *op. cit.*, p. 552.

⁴¹ El ejemplo está en *ibidem*, pp. 552 y 553.

⁴² *Ibidem*, p. 553.

⁴³ *Idem*.

El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

Efectivamente, la idea de negar la posibilidad de imputación en el plano del tipo objetivo sin arreglo a la idea de causalidad bajo el argumento de que verificados cursos causales hipotéticos no es posible afirmar un incremento del riesgo derivado de la contribución parece, como mínimo, temeraria. Y es que la conclusión no se deriva de criterios de delimitación definidos. Es decir, tratar de identificar las dificultades según si su hipotética supresión resultaría o no en dificultades para el autor de cometer el delito remite falsamente a otra decisión normativa que no aclara nada, pues ¿cuándo se puede afirmar efectivamente que sería dificultada una acción criminal que no pasó? O, aún más, ¿a partir de qué nivel de dificultad se puede hablar de una acción no neutral?

Aunque fuera posible imaginar con algún margen de seguridad el curso causal hipotético, hay que considerar que existe siempre la posibilidad de un rechazo del cómplice. De este modo, queda de manifiesto la complejidad que supone la verificación normativa del ámbito de lo punible en la contribución del cómplice.

Por ello, no parece que por la vía de la exclusión hipotética de la contribución en el plano objetivo se consiga algún logro de cara a la delimitación del ámbito de relevancia de la contribución o de cara a la identificación de una conducta como neutral. Si las propuestas teóricas que se valen de cursos causales hipotéticos y se alejan de la causalidad no son suficientes para identificar las contribuciones que pueden generar responsabilidad por complicidad y, por exclusión, las acciones neutrales, se pueden sacar las siguientes conclusiones provisionales: la presencia de la causalidad es un elemento fundamental en la determinación de la responsabilidad del cómplice, las contribuciones relevantes han de ser causales para la realización del autor y la causalidad no es suficiente.

Por ello, habría que seguir buscando los elementos normativos complementarios al juicio de causalidad para determinar los límites de la aplicación de la complicidad.

Roxin califica el *incremento del riesgo* como una fórmula general de la imputación objetiva que efectivamente,

aplicada como complemento de la causalidad a los casos de complicidad, puede conducir a una solución congruente y, al mismo tiempo, satisfactoria en términos político criminales para la identificación de las contribuciones relevantes y las meras acciones neutrales.⁴⁴ Lo señala precisamente Roxin con dos ejemplos:

el prestar un encendedor es seguramente una acción cotidiana neutral de por sí, pero cuando ocurre con la finalidad declarada de incendiar un granero, difícilmente tenderá uno a rechazar una complicidad. Cuando un taxista lleva al autor al lugar de los hechos, estando al tanto de lo que éste planea o ha ejecutado (BGH GA 1981, 133 y s.), o lo recoge de allí con el botín (BGHST 4, 107), entonces el transporte con el taxi bajo una retribución económica normal es ciertamente un negocio cotidiano, pese a todo, el BGH ha afirmado la punibilidad de la conducta del cómplice en ambos casos.⁴⁵

Definitivamente no es lo mismo comprar pan en una panadería al cual se añadirá veneno antes de ofrecerlo a la víctima, simplemente pidiéndole pan al panadero que pedirle al panadero pan de hierbas, que sabe que es intenso, capaz de disfrazar el sabor del veneno que se pretende adicionar al mismo con fines homicidas.

En este caso, como bien subraya Roxin,⁴⁶ el conocimiento del cómplice lo pone en condiciones idénticas a un eventual cómplice que le haya aportado al autor el veneno. ¿Como sería posible castigar a uno y dejar impune a otro? Efectivamente, en el plano objetivo, en ambos casos se ha contribuido a que el hecho se haya realizado de la forma en que se ha realizado y se ha incrementado el riesgo del resultado. Parece entonces que no se puede diferenciar entre una y otra aportación a niveles de determinación de la impunidad o castigo.

Ésta es exactamente la conclusión a la que llega Roxin cuando se refiere a que “se tendrá que admitir una complicidad punible cuando la contribución tenga una *relación delictiva de sentido*”,⁴⁷ y añade: “esto ocurre cuando la contribución tiene valor para el au-

⁴⁴ *Ibidem*, p. 551.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 555 y 556.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 558.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 556. La expresión usada es *Deliktischer Sinnbezug*, que también se podría traducir por *referencia de sentido delictivo* y también se utiliza en la obra del mismo autor, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Múnich, C.H. Beck, 2003, p. 208.



tor solamente bajo el presupuesto del delito planeado, y el ‘aportador’ lo sabe”.⁴⁸

Es verdad que en su primer análisis del tema,⁴⁹ Roxin intentaba delimitar la cuestión de qué es el *sentido* acudiendo a la diferenciación entre el dolo eventual y el dolo directo en la conducta del cómplice, dando a entender, con ello, aparentemente, que el tema, al menos en parte, merece de una discusión en el plano subjetivo.⁵⁰ Pero, después, ha abandonado tal referencia específica⁵¹ en favor del discurso acerca de la relevancia de las acciones que tienen naturaleza delictiva (literalmente, *Deliktischer Natur*) o acciones que, aunque en sí mismas sean consideradas legales, agotan su utilidad para el autor, en una práctica delictiva conocida por el cómplice, mientras que serían neutrales aquéllas en las que quien actúa lo hace en estado de duda, mismo que disminuiría la relevancia con base en el principio de confianza.⁵² Esta vacilante posición de Roxin da lugar a críticas a sus planteamientos por su imprecisión.⁵³

En efecto, tiene razón Roxin cuando describe la dimensión de sentido como clave para la solución del problema, pero luego no consigue establecer conexión con sus mismas tesis respecto del dolo ni llega a ofrecer bases estables en relación con la imputación objetiva, acabando finalmente por acudir al principio de confianza que él mismo sostiene que está plagado de excepciones.⁵⁴

Al final, es justamente el intento de objetivización y la no asunción de una perspectiva netamente subjetiva lo que termina por conducir la tesis de Roxin a ser desechada.

4.4. El sentido delictivo en Frisch

Resulta interesante el hecho de que en la misma búsqueda por fijar criterios axiológicos de identificación y delimitación de las acciones neutrales en la complicidad, haya llegado Frisch a una idea cercana a la de Roxin respecto a que la delimitación debe provenir del *sentido delictivo* de la contribución.

Del mismo modo que Roxin, Frisch busca la solución a la delimitación de las contribuciones neutrales en sus planteamientos generales respecto de la imputación. Su idea es que la tipicidad de la conducta depende de que “pueda estar legitimada la restricción de libertad a ella conectada”⁵⁵ y para ello la conducta tiene que ser adecuada, necesaria e idónea para la protección de bienes jurídicos y proporcional a las consecuencias que genera.⁵⁶

Por otra parte, los comportamientos típicos pueden adecuarse a tres perfiles distintos: 1) los que ponen en peligro por sí solos al bien jurídico;⁵⁷ 2) los que generan peligro al bien jurídico si se combinan con la conducta de la víctima,⁵⁸ y 3) los que crean un peligro para el bien jurídico al conjugarse con la conducta de un tercero.⁵⁹ Es justamente en este tercer grupo de comportamientos en el que se tratarán las hipótesis de complicidad tanto material como psíquica.⁶⁰ Y es que en ese punto es donde Frisch⁶¹ sostiene que la prohibición de la conducta depende de su *sentido inequívocamente delictivo*.

Como se aprecia, Frisch ubica la cuestión de la identificación de lo que tiene o no sentido delictivo a

⁴⁸ Claus Roxin, “¿Qué es la complicidad? ...”, *op. cit.*, p. 556.

⁴⁹ Véase *idem*; esta traducción se ha publicado originalmente como “Was ist Beihilfe?”, en Hans Heiner Kühne (comp.), *Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegbereiter des Japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Baden-Baden, Nomos, 1995, pp. 501-517.

⁵⁰ Ésta es, también, la evaluación que hace de la posición de Roxin Luis Roca de Agapito en *Las acciones cotidianas...*, *op. cit.*, pp. 310-312.

⁵¹ Por ejemplo, Roxin en el segundo tomo de su tratado, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II...*, *op. cit.*, pp. 207 y ss.

⁵² *Ibidem*, p. 208.

⁵³ Véase, por ejemplo, Luís Greco, *Cumplicidade através de ações neutras...*, *op. cit.*, p. 86.

⁵⁴ Claus Roxin, *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 1005.

⁵⁵ Wolfgang Frisch, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 84.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 85.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 105.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 165.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 249.

⁶⁰ El autor establece que el conjunto de supuestos “abarca desde la entrega de distintos objetos (desde un arma en sentido técnico o un veneno hasta un cubierto o una tijera) con los que terceros perpetran delitos, o dejar al alcance de otros tales objetos, pasando por el dar información o dejar solas a personas que a continuación matan a los sujetos a la protección de ambos, hasta el motivar (muchas veces sin pensarlo) resoluciones delictivas ajenas, o el comportamiento imprudente ajeno y el favorecimiento de deficiencias personales que, a su vez, operan favoreciendo delitos”. *Idem*.

⁶¹ *Ibidem*, p. 300.

El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

efectos de contribución a la realización del delito en una dimensión normativa. Pero luego incurre en un error parecido al de Roxin cuando sitúa, a toda costa, las acciones neutrales en el plano objetivo de la tipicidad. Frisch intenta precisar cuál es el *sentido delictivo* de la contribución a través de ideas ya superadas como la *cercanía al hecho*, discutiendo el ámbito de relevancia de las contribuciones “fuera de la auténtica fase comitiva”,⁶² el *ajuste de la conducta a las necesidades del autor*, de tal modo que “de ella, en su totalidad o en alguna parte, no se deduce otro sentido que el de posibilitar o facilitar el comportamiento delictivo ajeno”⁶³ o, aun, cuando “por su materialización satisfacen las resoluciones delictivas de otros”.⁶⁴ Concluye con el equivocado recurso a los cursos causales hipotéticos al decir que la prohibición de conductas que carecen de sentido delictivo no es un medio idóneo para la protección de bienes jurídicos, ya que el autor podría obtenerlas en otro lugar, con alguien que ignorase sus planes.⁶⁵ Es evidente que esta fórmula de dimensión de sentido no es nada más que un análisis normativo del dolo según correctos criterios comunicacionales. Roxin lo intuye en un primer momento, pero luego huye del dolo cuando percibe que, por un lado, un dolo natural no puede limitar nada normativamente y, por otro, que su concepción del dolo normativo no se restringe al plano de la tipicidad⁶⁶ en donde insiste en ubicar el problema.

Lo mismo pasa con Frisch, quien al fin de cuentas mantiene la idea de que la referencia de *sentido delictivo* no es más que un dato objetivo que no cambia nada en relación con una eventual pretensión del sujeto de facilitar el obrar delictivo ajeno.⁶⁷

La contribución del cómplice da sentido al plan del autor al consistir en una ayuda relevante para la realización del mismo y tal relevancia es reconocida por el mismo cómplice. El problema que seguramente ni Roxin ni Frisch han identificado es que no se puede presumir en el plano objetivo ni el cuándo ni si las

acciones cotidianas de complicidad están dotadas de *sentido*, ya que el *sentido* de la contribución reside precisamente en el dolo, pero no en el dolo natural, sino en el normativo. Mas tampoco en cualquier clase de dolo normativo, sino en el dolo comunicativo *significativo*, es decir, en el dolo como expresión del sentido del compromiso para con la producción del resultado.

4.5. La complicidad como sentido conjunto objetivo. La tesis de Robles Planas

Partiendo de las conclusiones de Schumann sobre la idea de la autorresponsabilidad e intentando conjugarla con la accesoriedad, Robles Planas defiende que la responsabilidad del partícipe reside en una *relación de sentido conjunto*, lo que quiere decir que el hecho puede ser reconocido como propio tanto del autor como del cómplice.⁶⁸ Considero que el trabajo de este autor ha supuesto una aportación de suma importancia para la correcta apreciación de los supuestos de complicidad por acciones neutrales. Sin embargo, padece también de una inexplicable incompreensión respecto del terreno dogmático en donde se ubica su discusión. Trataré en este apartado de poner de relieve los numerosos méritos que tiene su concepción, así como lo que considero son sus debilidades argumentativas.

Para Robles Planas hay algunos puntos básicos que hay que considerar con anterioridad a la discusión acerca de los límites de la participación imprudente. En primer lugar, el criterio de determinación de la responsabilidad del partícipe debe corresponderse con el criterio determinante de la responsabilidad en general.⁶⁹ En segundo lugar, debe existir una razón determinante específica para la responsabilización del partícipe, es decir, la responsabilidad debe derivarse de una autodeterminación y no de la determinación delictiva ajena.⁷⁰ Por

⁶² *Ibidem*, p. 310.

⁶³ *Ibidem*, p. 311.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 312.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 314 y 315.

⁶⁶ Claus Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlín, De Gruyter, 1973, p. 42.

⁶⁷ Cf. Wolfgang Frisch, *Comportamiento típico e imputación del resultado...*, *op. cit.*, p. 305.

⁶⁸ Ricardo Robles Planas desarrolla su tesis en dos trabajos esenciales: “Participación en el delito e imprudencia”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, núm. 6, 2000, pp. 223-251, y “Las ‘conductas neutrales’ en Derecho penal. La discusión sobre los límites de la complicidad punible”, *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, núm. 70, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 190-210.

⁶⁹ Ricardo Robles Planas, “Las ‘conductas neutrales’ en Derecho penal...”, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 241 y 242.



último, el tema debe ser discutido en el campo del tipo objetivo.⁷¹

El autor explica este eje de responsabilidad correctamente en el hecho de que la aportación del cómplice debe ser identificada como poseedora de un *sentido conjunto* a la realización del autor.⁷² Es decir, el cómplice debe co-configurar el hecho típico, aportando algo que sobrepase el límite del riesgo permitido y traduzca el significado inequívoco de formar parte del hecho delictivo. Con ello, la aportación del cómplice debe revelarse como “un inequívoco primer paso hacia el hecho”⁷³ que se revela bien por la violación de deberes especiales derivados del mismo sistema de prohibiciones o por una “conducta inequívoca de *adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido*”.⁷⁴

Aquí termina nuestra coincidencia. Y es que Robles Planas opta, en aras a justificar lo que entiende por el *sentido conjunto* a la realización del autor, por apoyarse en las tesis de Jakobs y Frisch,⁷⁵ sosteniendo expresamente que “la relación de sentido antes apuntada es independiente de la subjetividad del interviniente”⁷⁶ y que “la subjetividad del partícipe no aporta ningún dato relevante a la imputación del hecho”.⁷⁷ De ello deduce la completa irrelevancia de la distinción entre dolo e imprudencia en la aportación del cómplice, con lo cual sólo cuando esté formada una unidad de sentido relevante para con la conducta del autor se pasaría al análisis de los datos subjetivos.⁷⁸

La opción de ubicar el tema en el plano objetivo es defendida por el autor no a través de la presentación de las supuestas ventajas de su planteamiento, sino por medio de un ataque brutal a las concepciones subjetivas, pretendiendo exponer sus debilidades. En realidad, como se apreciará seguidamente, es justamente en este punto donde se revela la debilidad de su propuesta frente a un punto de vista que pudiera ser similar, ubicado en el plano subjetivo.

El primer aspecto destacado por Robles a favor de la discusión objetiva es de orden lógico. Sostiene que

la aportación del cómplice en el momento en que se realiza justamente por razones de accesoriedad es un “nada jurídico-penal”, con lo cual no podría ya adquirir el carácter de un “nada doloso” o de un “nada imprudente” hasta que la actividad del autor alcance, como mínimo, el grado de tentativa.

La afirmación es completamente vacía. Y es que la aportación del cómplice es un “nada jurídico-penal” tanto visto desde un plano subjetivo como objetivo. No sólo no es dolosa ni imprudente, sino que tampoco supone la realización de un riesgo no permitido, pues no se castiga mientras no entre en acción el autor.

Queda así en evidencia que el autor sigue interpretando el dolo y la imprudencia sobre datos naturales vinculados a la mente del actuante, cuando en realidad es dominante la perspectiva atributiva incluso del dolo. Ello se pone de manifiesto en sus críticas a las teorías subjetivas cuando afirma que “incurren en el error metodológico de invertir el análisis y ubicar el problema en sede de tipicidad subjetiva sin que haya fundamentado antes la peligrosidad objetiva”, o que ellas consistirían en el castigo del “mero saber”.⁷⁹ En realidad, ello sólo ocurre si se parte de la falsa idea de que el dolo pueda ser una “entidad en el mundo del ser”, lo que no es sostenible.

Así pensados el dolo y la imprudencia en el plano normativo, es obligado reconocer que se trata, como el riesgo no permitido, de una atribución realizada *a posteriori* con relación a la realización del hecho que se atribuye el carácter delictivo. Es decir, tanto la parte objetiva como la subjetiva del injusto se atribuyen con posterioridad. Nada viene antes. No se puede confundir el *dolo*, una categoría de construcción teórico-atributiva, con la intención, una categoría ontológica.

Consecuentemente, está completamente desprovista de sentido la afirmación de que “una conducta no pierde su significado delictivo porque al sujeto le falte intención de favorecer el delito ajeno; tampoco lo recibe por el mero hecho de que quiera favorecerlo”.⁸⁰

⁷¹ Ricardo Robles Planas, “Participación en el delito e imprudencia...”, *op. cit.*, p. 241, y “Las ‘conductas neutrales’ en Derecho penal...”, *op. cit.*, p. 76.

⁷² *Ibidem*, p. 243.

⁷³ *Ibidem*, p. 80.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 80.

⁷⁵ Ricardo Robles Planas, “Participación en el delito e imprudencia...”, *op. cit.*, p. 243.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 244.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 245.

⁷⁹ Ricardo Robles Planas, “Las ‘conductas neutrales’ en Derecho penal...”, *op. cit.*, p. 77.

⁸⁰ *Idem*.

El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

Queda, pues, revelada la confusión entre intención y dolo. Justamente por ello, Robles termina por atribuir el dolo al sujeto y no al hecho del sujeto, convirtiendo el modelo de imputación del hecho en un modelo de imputación del autor.

Finalmente, en el sentido práctico, la ubicación de la dimensión de sentido en el plano objetivo puede producir graves problemas de imputación, excluyendo la responsabilidad en el plano objetivo cuando la evidencia de que hay sentido en la aportación se identifica tan sólo a partir de lo que *sabe* o *no sabe* el cómplice. Con un ejemplo: la venta de un pan de hierbas por el panadero a un sujeto que lo utiliza para envenenar a su mujer no tiene, según criterios objetivos, el sentido de una aportación al delito del autor. Sin embargo, si el autor pregunta al panadero si el pan tiene un sabor capaz de disfrazar el veneno que él pretende utilizar, la contribución adquiere inmediatamente *sentido* que proviene de lo que conoce el cómplice, nada más.

5. Toma de posición. El sentido de la adhesión a la realización del autor

Según mi punto de vista, la reanudación de la discusión sobre la teoría de las acciones neutrales para el establecimiento de los límites de responsabilidad del cómplice ha sido considerablemente nociva. Ello se debe a que la discusión, en franco combate en la teoría de la equivalencia de las condiciones, trasladó la cuestión al ámbito de la imputación objetiva, en el que no se puede llegar a conclusiones seguras. De hecho, aceptada o no la teoría de las acciones neutrales, no es posible establecer la responsabilidad del partícipe simplemente acudiendo a criterios de imputación objetiva. Ello no sólo porque no existan acciones en sí mismas consideradas neutrales, sino también porque el juicio normativo de evaluación no se limita meramente a las cuestiones de asunción del riesgo.

El marco de determinación del desvalor de la complicidad se ubica en una adhesión a la reali-

zación delictiva del autor que expresa no sólo una vinculación objetiva a ésta, sino también una conexión subjetiva. De hecho, no basta con que cualquier aportación sea causal para la producción del resultado, pero ello no significa que algunas de las aportaciones, según criterios de riesgo o de organización personal, puedan ser clasificadas como neutrales. Significa, eso sí, que la mayor parte de tales contribuciones no tienen el *sentido* de una adhesión al delito del autor.

5.1. El aspecto subjetivo de la conexión de sentido

La identificación de lo que tiene el *sentido* de tal adhesión resulta de una valoración normativa de la pretensión subjetiva de ilicitud, es decir, de si existe o no un compromiso para con la producción del resultado. Efectivamente, tiene razón la doctrina mayoritaria cuando busca criterios normativos para la identificación de las aportaciones del cómplice que pueden o no ser relevantes para la producción de su responsabilidad.

Por es un error pensar que de ser estos criterios normativos, ello se deba traducir inmediatamente en una discusión de tipo objetivo.⁸¹ Esta conclusión podría ser válida si se partiera de un concepto de dolo e imprudencia naturales vinculados a situaciones psicológicas. Parece ser ya dominante en la discusión doctrinal la idea de que la imprudencia es un juicio sobre el desvalor del deber de cuidado, y que nada tiene de psicológico, hasta el punto de que parte de la doctrina sostiene que el tipo imprudente no tiene elemento subjetivo.⁸² Por otro lado, también parece ser dominante la idea de la superación del dolo natural por un concepto normativo.⁸³

En este sentido, estaba mejor ubicada la teoría original de las acciones neutrales al discutir sobre los límites de aportación imprudente a delitos dolosos de lo que está el actual planteamiento que pretende imponer la discusión sin arreglo a la cuestión de dolo e

⁸¹ No se desconoce ser dominante la posición de que la relevancia penal de las aportaciones del cómplice es predominantemente tratada por la doctrina como una cuestión de imputación objetiva. Para una orientación en el panorama doctrinal, véase la recopilación bibliográfica reciente, especialmente de Alemania y España aportada por Luis Roca de Agapito, *Las acciones cotidianas...*, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

⁸² Claus Roxin, "Sobre la culpa en Derecho penal", *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1992, p. 93. En el mismo sentido, del mismo autor, *Derecho penal. Parte General. Tomo I...*, *op. cit.*, p. 999.

⁸³ Véase, por todos, Winfried Hassemer, *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*, trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 2005, p. 298, y George Fletcher, *Basics Concepts of Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1998, pp. 82-85.

imprudencia. Así, aunque la discusión sea normativa,⁸⁴ su ubicación se encuentra en el plano del dolo y de la imprudencia y no en el de los criterios axiológicos que se suman a la causalidad para definir el tipo de acción u omisión.⁸⁵

5.2. Las posibilidades de conexión de sentido subjetivo en la complicidad. Una cuestión de espacio-tiempo

La desvaloración de la aportación del cómplice tiene que conectarse con la realización del autor hasta el punto de que se le pueda considerar una adhesión a la misma. Esta adhesión se mide a través de un proceso de comunicación de *sentido* de la aportación, capaz de revelar, según criterios de espacio y tiempo, una conexión de carácter subjetivo.

Sería posible decir, de entrada, que como el delito imprudente no tiene elemento subjetivo, tal *sentido* jamás estaría presente, y concluir así que no es posible una complicidad imprudente en ningún tipo de realización, ya sea dolosa o imprudente. Ello, sin embargo, no significa que los aportes imprudentes deban quedarse siempre impunes, ya que pueden constituir en sí mismos otro delito. Lo que sí no es posible es la conexión subjetiva en el marco de un mismo delito. De todos modos, hay un argumento que refuerza la cuestión referente a la esencia del delito imprudente, y es que el delito imprudente no es en sí mismo la pretensión de una realización ni el compromiso para con la producción del resultado, sino la violación de un deber de cuidado objetivo. Sin embargo, no basta con que esta violación sea causal para la producción del resultado, sino que es necesario que tal causación se revista también del carácter de intermediación. El hecho de que haya avisado a mi hijo que se dejó la ventana de su habitación abierta mientras llovía, y de que mi hijo, para volver a casa y cerrar la ventana, sobrepasó la velocidad permitida con su coche, teniendo un accidente, no me genera responsabilidad por ello.

Y es que los delitos imprudentes demandan una intermediación de los criterios de espacio y tiempo para la identificación de la relevancia del deber de cuidado omitido capaz de generar responsabilidad. Por lo tanto, es lógico que no sea posible responsabilizar imprudentemente por complicidad, sino solamente por coautoría,⁸⁶ con independencia de que el delito realizado sea imprudente o doloso.

Por el contrario, las aportaciones dolosas no necesitan de una vinculación de intermediación en el plano espacio-tiempo, basta con que traduzcan el *sentido* de una adhesión a la realización del autor para generar responsabilidad. Ese *sentido* se comunica a través de la identificación de un compromiso para con la producción del resultado.

Ello se traduce exactamente en lo que se puede calificar de *dolo significativo*, tema del que me he ocupado en otro lugar⁸⁷ y que intentaré, aquí, explicar resumidamente.

El problema central es: ¿cuándo se podrá decir que el individuo que actuó lo hizo intencionadamente y conociendo la posible o probable producción del resultado? En la praxis forense, lo que se puede identificar es que muchos juicios y condenas tienen lugar a partir de la constatación de que el sujeto ha actuado dolosamente; sin embargo, la discusión sobre los fundamentos en que se sostienen dichas condenas no ha merecido una especial atención por parte de los jueces. Habría que explicar cómo es posible afirmar este dolo en el fallo de la condena, con base en qué consideraciones se puede decir que alguien ha actuado con conocimiento y voluntad vinculados a la realización del hecho delictivo.

Tradicionalmente se han ubicado las respuestas a estas interrogantes en las teorías ontológicas del dolo vinculadas al finalismo. Más recientemente, ha aparecido también una tendencia a admitir como válida —justamente a partir de las críticas a la imposibilidad de demostración del fenómeno volitivo en el ámbito psíquico del sujeto— la condición de simple

⁸⁴ Se reconoce de manera general en la doctrina que el debate es normativo. Cf. Luis Roca de Agapito, *Las acciones cotidianas...*, *op. cit.*, pp. 34 y 35.

⁸⁵ En realidad, ya ha sido objeto de crítica doctrinal el hecho de que los partidarios de la teoría de la imputación objetiva alguna vez hayan entremezclado indebidamente aspectos de la imputación objetiva y subjetiva. Así, por ejemplo, opina Bernardo Feijoo Sánchez en *Limites de la participación criminal...*, *op. cit.*, p. 39.

⁸⁶ Aunque irrelevante para el tema aquí tratado, es evidentemente imposible la inducción o instigación imprudentes, de tal modo que la aportación imprudente al delito que sea, o bien constituye coautoría, o resulta penalmente irrelevante.

⁸⁷ Véase Paulo César Busato, María del Mar Díaz Pita y Carlos Martínez-Buján Pérez, *Modernas tendências sobre o dolo em Direito penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 93 y ss.; y Paulo César Busato, “capítulo 8”, *Direito penal. Parte Geral*, São Paulo, Atlas, 2013.

El sentido de la complicitad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

atribución del dolo, en una perspectiva netamente normativa.⁸⁸

Las tesis ontológicas son directamente insostenibles si se reconoce la imposibilidad del juez para acceder al pensamiento del autor en el momento del hecho de manera retroactiva y saber lo que se le pasaba entonces por la cabeza.

Entre las tesis normativas merece una atención especial la teoría de Hassemer, quien entiende que el dolo es una “decisión a favor del injusto”.⁸⁹ Pero sostiene también que el dolo es una instancia interna no observable, con lo cual, su atribución se reduce a la investigación de elementos externos que puedan servir de indicadores y justificar su atribución. Por ello, estos indicadores sólo se pueden buscar en la misma *ratio* del dolo, que se explica en tres sucesivos niveles: la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión a favor de la acción peligrosa.⁹⁰

De la construcción de Hassemer parece derivarse algo muy importante que, sin embargo, él no trata de explorar, esto es la idea de transmisión de un significado. Hassemer, al compaginar los indicadores externos con los criterios (valorativos) de delimitación del dolo, determina la identificación de éste con la posibilidad de su atribución. Sin embargo, no trata de explicar el proceso justificante de dicha identificación.

Cuando se propone una teoría del delito que distribuye las pretensiones normativas entre el tipo de acción, expresado en una pretensión conceptual de relevancia y una pretensión de ofensa, la antijuridicidad formal, expresada en una pretensión de ilicitud que incluye instancias de imputación de la antinormatividad, una culpabilidad como pretensión de reproche y una punibilidad como pretensión de necesidad de

pena, como hace Vives Antón,⁹¹ queda mejor evidenciado que el dolo no es más que una atribución.

Vives⁹² exige para el reconocimiento del “tipo de acción” una pretensión de relevancia en el sentido de la determinación de que una concreta acción humana interesa al Derecho penal. Pero esta pretensión de relevancia es verificable mediante el cumplimiento de dos elementos: una *pretensión conceptual de relevancia*, que expresaría la idea de tipicidad, y una *pretensión de ofensa*, que sería la idea de antijuridicidad material.⁹³ Y luego cierra el injusto con la antijuridicidad formal, que se corresponde con una pretensión de ilicitud traducida en la verificación de la falta de ajuste del comportamiento significativo con el ordenamiento jurídico.⁹⁴ Es en este punto donde Vives⁹⁵ ubica el dolo y la imprudencia, siendo el primero identificado según un compromiso de actuar por parte del autor. El dolo, para Vives, deviene en un dolo neutro,⁹⁶ es decir, la intención de realizar el hecho antijurídico.

Cuando se separan, por una parte, el dolo y la imprudencia en la pretensión de ilicitud, y, por otra, los elementos del tipo y la misma acción en la pretensión de relevancia, queda clara la mezcla que las concepciones finalistas hacen entre los planos conceptual y sustantivo de análisis. Como establece Vives, “la atribución de intenciones al sujeto, o la calificación de su conducta como no intencional, no desempeñan necesariamente un papel en la delimitación conceptual de la acción”.⁹⁷

La acción —ya sea comisión u omisión— tiene su aspecto conceptual o definitorio analizado en el tipo de acción, que es donde adquiere criterios de sentido. El dolo y la imprudencia, por otra parte, son instancias de imputación de la antinormatividad vinculadas

⁸⁸ A este aspecto se refiere José Luis Díez Ripollés al afirmar: “el dilema básico, al margen de matizaciones que ahora no proceden, es si nos atenemos, o hay que atenerse, a una configuración realista, naturalista, de tales elementos, o bien hay que darles, o se les da, un contenido fundamentalmente normativo”. *Los elementos subjetivos del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 21. En el mismo sentido, Ramón Ragués I Vallés, *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona, J.M. Bosch, 1999, especialmente, p. 190.

⁸⁹ Winfried Hassemer, “Los elementos característicos del dolo”, ADCP, trad. de María del Mar Díaz Pita, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990, p. 931.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 931.

⁹¹ Véase un resumen sobre la distribución de las categorías del delito según los planteamientos de Vives Antón en Carlos Martínez-Buján Pérez, “La ‘concepción significativa de la acción’ de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, en Adán Nieto Martín (coord.), *Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

⁹² Tomás Salvador Vives Antón, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 484.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 485.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ Con idéntica opinión, Emiliano Borja Jiménez, “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función del Derecho penal”, en Adán Nieto Martín (coord.), *Libro Homenaje...*, op. cit., p. 885.

⁹⁷ Tomás Salvador Vives Antón, *Fundamentos...*, op. cit., p. 24.

al plano sustantivo y no conceptual de la atribución de conducta al sujeto.

Así, para la concepción significativa de la acción que aquí se suscribe,⁹⁸ la “intención subjetiva” corresponde a la atribución concreta de intenciones al sujeto y no define por sí misma la acción, sino la imputación. Es decir, la identificación de la intención subjetiva cumple la tarea de posibilitar la atribución al agente de un compromiso con la acción ofensiva realizada, pero no hace parte de la misma acción, en lo que atañe a su definición.

En conclusión, la definición de la existencia de una acción conceptualmente relevante para el Derecho penal precede al análisis de si esa acción relevante infringe la norma. En ese sentido, Vives no deja lugar a dudas al afirmar que “la determinación de la intención entra a menudo en juego *después* de que la acción se halle definida y sirva al interés *sustantivo* de enjuiciarla”.⁹⁹

Pero, ¿cuál es el fundamento según el cual se justifica la atribución del dolo?, ¿bajo qué criterios es aceptable reconocer la atribución de una actuación dolosa a alguien? Vives entiende que la nota común para las figuras dolosas es una “decisión en contra del bien jurídico”,¹⁰⁰ expresada en un *compromiso* con la lesión —o peligro— de dicho bien. La verificación del dolo para Vives depende de si la acción realizada pone o no de manifiesto un compromiso de actuar del autor. Para ello,¹⁰¹ entiende que se deben poner en relación las reglas sociales que definen la acción como una de las que interesan al Derecho penal con las *competencias* del autor, es decir, las técnicas que el autor domina. Así, en un procedimiento puramente axiológico y no a través del intento de buscar inasequibles datos psicológicos, “podremos determinar lo que el autor *sabía*”.¹⁰² En resumen, “sólo podemos analizar manifestaciones externas y, a través de ellas, averiguar el bagaje de conocimiento del autor (las técnicas que dominaba, lo que podía y lo que no podía prever o calcular) y entender, así, al menos parcialmente, sus intenciones expresadas en la acción”.¹⁰³

Al final, se abandona completamente la errónea idea de pretender describir *cuándo hay dolo* y se la

sustituye por el intento de *comprensión del nivel de gravedad* reflejado en la contradicción entre la acción realizada y la norma, que es, sin lugar a dudas, la tarea adscriptiva del dolo.

En lo que aquí interesa, es posible advertir la relevancia de una aportación dolosa tanto en la realización de supuestos delictivos imprudentes como dolosos. Pero la conexión de sentido de un compromiso para con la producción del resultado que el realizador imprudente no posee conduce a una situación especial de instrumentalización. El que dolosamente aporta una condición o un elemento determinante causal para la producción del resultado, teniendo un compromiso para con tal producción, aunque dependa de una realización descuidada de otro, no hace más que instrumentalizarle.

Si se parte de la idea general de la accesoriedad de la complicidad, ésta evidentemente no es compatible con la instrumentalización ajena, con lo cual la situación probablemente no será de complicidad, sino de autoría mediata. Queda, por tanto, como única posibilidad la complicidad dolosa a la realización delictiva igualmente dolosa. Ésta se traduce en la aportación del *sentido* de una adhesión a la realización ajena que debe ser verificada mediante un proceso de comprensión.

6. Conclusiones

El uso de un dolo *significativo* en el sentido en que aquí queda expuesto corresponderá en cierta medida a las dimensiones de sentido que tanto Roxin como Frisch han intentado explicar para traducir los límites de relevancia de la contribución del cómplice, pero se hace como una discusión en el ámbito de la pretensión subjetiva de relevancia.

El reconocimiento del encaje perfecto del dolo significativo con la dimensión de *sentido* que permite identificar las acciones neutrales conduce a la imposibilidad de mantener la pretensión de exclusión de responsabilidad del cómplice por acciones neutrales a través de un análisis de tipo meramente objetivo y a que haga falta recurrir a la pretensión subjetiva de

⁹⁸ Para más detalles, véase Paulo César Busato, *Derecho penal y acción Significativa*, 2ª ed., Buenos Aires, Didot, 2013.

⁹⁹ Tomás Salvador Vives Antón, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 233.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 234.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 237.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ *Idem*.

El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

ilicitud. Consecuentemente, no parece que los criterios de imputación objetiva sean suficientes para ofrecer una base sólida para la delimitación precisa de la complicidad ni tengan alguna capacidad por sí solos para identificar acciones efectivamente neutrales, sin acudir a aspectos subjetivos.

Las acciones cotidianas no pueden ser consideradas neutrales con base únicamente en criterios objetivos. No existen acciones objetivamente *neutrales*. Serán o no *neutrales* dependiendo de un análisis de comprensión del *sentido* normativo del compromiso para con la producción del resultado.

En el proceso de identificación de las acciones que se pretenden neutrales, es necesario atender al conocimiento del cómplice, lo que remite necesariamente al análisis del dolo.¹⁰⁴

La relevancia de la acción neutral, por tanto, se identifica con la apreciación del dolo y de los límites, es decir, la participación por complicidad que sólo se admite en el plan doloso.

Si la responsabilidad del cómplice por acciones neutrales requiere de un análisis de la consciencia que éste tiene respecto de su contribución a un delito, la exclusión de la misma en el plano del tipo objetivo será una anticipación indebida del análisis normativo del dolo que compete hacer *a posteriori*.

Igualmente, si la identificación de la acción efectivamente neutral depende de un recorte de exclusión de las hipótesis de contribución dolosa, no será posible su realización anticipada en el plano del tipo objetivo.

Pero no sólo concurren razones de tipo lógico formal para adoptar esta conclusión sino que, además, la misma regulación del concurso de personas en el Código penal brasileño conduce a esta solución.¹⁰⁵

Es por todos conocido que la reforma de la parte general del Código en 1984 supuso concesiones a lo que, hasta entonces, significaba la adopción de una teoría unitaria respecto del concurso de personas. El Código, aunque mantuviera la teoría de la equivalencia de los antecedentes y, con ello, en principio, un concepto unitario de autor, hizo una gran cantidad de concesiones vinculadas a un modelo de diferenciación entre autores y partícipes.

Los términos exactos de la regulación fueron los siguientes:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Art. 31 - O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

Como se aprecia, el art. 29 establece una responsabilidad por el mismo tipo, pero distingue a los participantes *según la medida de su culpabilidad*. Es más, en el § 1º del mismo artículo, se determina la reducción de la pena de aquél que realiza una aportación de menor relevancia. Asume, además, la accesoriedad, en el art. 31, una vez que elimina la responsabilidad del partícipe (en todas sus modalidades) cuando el autor no llega, al menos, al intento delictivo.

Pero, concretamente en lo que nos interesa, en el art. 30 no se reconoce la comunicabilidad de las circunstancias personales salvo cuando “elementares” del crimen. Ello revela que si se impondrán las penas del delito a un grupo de personas, todas deberán concurrir para el mismo delito. Es decir, no es posible — excepto en el desvío subjetivo de intenciones, por tanto, de dolo, previsto en el art. 29 § 2º — que se realicen delitos subjetivamente desconectados.

La conexión de voluntad como expresión de sentido es determinante de la relación de responsabilidad del cómplice, que simplemente no puede responder por algo desconectado de la pretensión delictiva del autor. Así, el propietario de una ferretería que vende un hacha a un individuo realiza, sin lugar a dudas, una

¹⁰⁴ Afirma Claus Roxin que “el carácter de una acción se determina por la finalidad para la que sirve [...] la mayoría de las acciones de complicidad *por sí mismas* (es decir, prescindiendo de la finalidad) son neutrales”. “¿Qué es la complicidad? ...”, *op. cit.*, p. 559.

¹⁰⁵ Llegando a la misma conclusión a partir del análisis del Código penal español, véase Diego Manuel Luzón Peña, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, Madrid, Universitas, 1996, p. 507; y Luis Roca de Agapito, *Las acciones cotidianas...*, *op. cit.*, pp. 77 y 78.

acción cotidiana, pero su supuesta neutralidad sólo se puede definir a partir de un análisis del conocimiento que tiene sobre el vendedor en el momento de la venta, esto es, de lo que el autor pretende hacer con el objeto que compra. Es decir, si el comprador no dice nada al vendedor y más tarde utiliza el hacha para matar a su mujer, es evidente que la complicidad no queda establecida. Ello no ocurre, sin embargo, porque la venta sea una acción cotidiana neutral, un negocio, sino porque al desconocer el destino que el autor dará al objeto vendido no es posible atribuirle dolo al cómplice. Aunque mucho se le pueda reconocer la imprudencia, ésta es irrelevante para la complicidad en el hecho doloso.

Si, por el contrario, el comprador le dijera al propietario de la ferretería que le indique un hacha suficientemente afilada y pesada para separar, de un sólo golpe, la cabeza de su mujer del tronco, no parece razonable pensar que la venta sea simplemente una acción neutral con base en la idea de que una eventual negativa hubiera hecho con que el autor buscara otro instrumento eficaz para el asesinato.

Otro caso bastante ilustrativo es el que aparece en la película *Colateral*, donde el protagonista (Jamie Foxx) es un taxista que recoge a un pasajero (Tom Cruise) en el aeropuerto y que, después de llevarle a su destino, se queda esperando, por petición del pasajero, para llevarlo después a otro lugar. Mientras el taxista espera abajo, en la calle, se cae por la ventana del edificio en donde entró el pasajero, sobre el taxi, un cadáver con señales de disparos de arma de fuego y el pasajero sale del edificio con una pistola humeante en la mano.

Tras estos hechos, el pasajero le dice al taxista que tiene otros trabajos que terminar y que necesita que él siga llevándole a sus destinos. Evidentemente, la contribución que el taxista prestará a partir de este momento ya no puede considerarse una mera acción cotidiana neutral y sólo podría excluirse su responsabilidad por la comprobación de una eventual amenaza del asesino, aun así, en el campo de las llamadas permisiones débiles o causas de inexigibilidad de conducta conforme al derecho.

Evidentemente, sería necesario discutir, como se hizo alguna vez,¹⁰⁶ sobre los límites de la responsabilidad del cómplice a partir de la verificación de si

una contribución relevante puede darse únicamente a través del dolo directo o si cabe igual responsabilidad a la aportación del cómplice que actúa con dolo eventual. Y es cierto, como ya alguna vez se ha referido, que la dimensión determinante de la relevancia de la conducta del cómplice se delimita por una relación de cantidad y no de calidad,¹⁰⁷ pero al contrario de lo que se ha afirmado, esta cantidad va referida al nivel de reprobación de la conducta con arreglo a la desvaloración normativa del dolo.

Sin embargo, lo que importa en este trabajo no es la delimitación de las clases de dolo a las que se puede delimitar el ámbito de responsabilidad del cómplice. Mas bien, la cuestión que se quiere aclarar viene antes y ya resulta previamente contestada con la simple admisión de la necesidad de discutir acerca de las clases de dolo determinantes de la complicidad. Lo que se quiere afirmar aquí es que no es posible identificar antes del análisis del dolo cualquier clase de acción cotidiana que se pueda calificar de *neutral* con base en criterios exclusivamente objetivos, ni, con base en ello, se puede lograr alejar la responsabilidad por tal complicidad.

Consecuentemente, cualquier criterio de imputación objetiva que se base en la existencia de supuestas acciones neutras, conduce, por fuerza, a la exclusión anticipada e indebida de la responsabilidad penal que puede estar o no presente en un análisis posterior del dolo.

Referencias bibliográficas

- Amelung, Knut, “Die ‘Neutralisierung’ Geschäftsmaßiger Beiträge Zu Fremden Strftaten Im Rahmen Des Beihilfetatbestands”, en Erich Samson (ed.), *Festschrift Für Gerald Grünwald Zum Siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1999.
- Bar, Ludwig von, *Gesetz Und Schuld Im Strafrecht: Fragen Des Geltenden Deutschen Strafrechts Und Seiner Reform*, vol. 2, Berlín, J. Guttentag, 1907.
- Bockelmann, Paul E., Volk, Claus, *Direito Penal. Parte Geral*, trad. de Gercélia Batista de Oliveira Mendes, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.
- Borja Jiménez, Emiliano, “Algunas Reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función del Derecho penal”, en Adán Nieto Martín (coord.), *Libro Ho-*

¹⁰⁶ En Claus Roxin, “¿Qué es la complicidad?...”, *op. cit.*, p. 544.

¹⁰⁷ Thomas Weigand, “Grenzen strafbarer Beihilfe”..., *op. cit.*, pp. 197 y ss.

El sentido de la complicidad. Una visión crítica de las llamadas acciones neutrales

- menaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.
- Busato, Paulo César, María del Mar Díaz Pita y Carlos Martínez-Buján Pérez, *Modernas tendências sobre o Dolo em Direito Penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- , *Derecho penal y Acción significativa*, 2ª ed., Buenos Aires, Didot, 2013.
- , *Direito penal. Parte Geral*, Sao Paulo, Atlas, 2013.
- Díaz Pita, María del Mar, “¿Qué queda de la causalidad?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, núm. 4, julio de 1999, Madrid, UNED, 1999.
- Diez Ripollés, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.
- Feijoo Sánchez, Bernardo, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?*, Granada, Comares, 1999.
- Fletcher, George, *Basics Concepts of Criminal Law*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1998.
- Frank, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., Tubinga, Mohr, 1931.
- Frisch, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Greco, Luís, *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.
- Hassemer, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, En ADCP, trad. María del Mar Díaz Pita, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.
- Hassemer, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*, trad. de Pablo Rodrigo Alflen Da Silva, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2005.
- Jakobs, Günther, “Regreßverbot Beim Erfolgsdelikt. Zugleich Eine Untersuchung Zum Grund Der Strafrechtlichen Haftung Für Begehung”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 89, Berlín, Walter de Gruyter, 1977.
- , *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. corregida, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- , *A Imputação Objetiva Em Direito Penal*, trad. de André Luís Callegari, Sao Paulo, Revista Dos Tribunais, 1999.
- Löwe-Krahl, Oliver, *Die Verantwortung Von Beteiligten Bei Illegalen Kundengeschäften*, Stuttgart, Richard Boorberg, 1990.
- Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, Madrid, Universitas, 1996.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos, “La ‘concepción significativa de la acción’ de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, en Martín Adán Nieto (coord.), *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.
- Maurach, Reinhard, Hans Zipf y Karl Heinz Gössel, *Derecho Penal. Parte General. 2*, trad. de Jorge Bofill Gensch, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- Mayer, Max Ernst, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, Heidelberg, Winter, 1915.
- Naucke, Wolfgang, “Sobre la prohibición de regreso en Derecho penal”, en Wolfgang Naucke, Harro Otto, Günther Jakobs y Claus Roxin, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Otto, Harro, “Kausaldiagnose Und Erfolgszurechnung Im Strafrecht”, *Festschrift Für Reinhard Maurach Zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1972.
- Ragués I Vallés, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, J.M.Bosch, 1999.
- Robles Planas, Ricardo, “Participación en el delito e imprudencia”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 6, 2ª época, 2000.
- Robles Planas, Ricardo, “Las ‘conductas neutrales’ en Derecho Penal. La discusión sobre los límites de la complicidad punible”, *Revista Brasileira De Ciências Criminales*, núm. 70, Sao Paulo, Revista Dos Tribunais, 2008.
- Roca de Agapito, Luis, *Las acciones cotidianas como problemática de la participación criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Roxin, Claus, “¿Qué es la complicidad?”, *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, Grijley, 2007.
- , *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, trad. Carmen Gómez

- Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- , *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- , “Was ist Beihilfe?”, en Hans Heiner Kühne (comp.), *Festschrift Für Koichi Miyazawa: Dem Wegbereiter Des Japanisch-Deutschen Strafrechtsdiskurses*, Baden-Baden, Nomos, 1995.
- , “Sobre la culpa en Derecho penal”, *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la Política criminal*, trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, PPU, 1992.
- , *Kriminalpolitik Und Strafrechtssystem*, Berlín, De Gruyter, 1973.
- , *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band Ii. Besondere Erscheinungsformen Der Straftat*. Múnich, C.H.Beck, 2003.
- Schaffstein, Friedrich, “El incremento del riesgo como principio de imputación objetiva en el Derecho penal, especialmente en la complicidad”, en Marcelo A. Sancinetti (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- Schumann, Heribert, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das prinzip der selbstverantwortung der anderen*, Tubinga, Mohr-Siebeck, 1986.
- Vives Antón, Tomás Salvador, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- Weigand, Thomas, “Grenzen Strafbarer Beihilfe”, en Albin Eser (ed.), *Festschrift Für Haruo Nishihara Zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1998.
- Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yáñez Pérez, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

La cláusula “sin riesgo propio o ajeno”: su función limitadora del deber en los delitos omisivos

Miguel Bustos Rubio

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En este trabajo se estudia una de las instituciones más recurrentes en Derecho penal a la hora de limitar el mandato de actuación en los delitos de omisión propia: la cláusula “sin riesgo propio o ajeno”. Partiendo de los ejemplos que encontramos tanto en el Código penal mexicano como en el Código penal español, se estudian cuestiones relativas a esta cláusula tales como su naturaleza jurídica y encuadre sistemático en la escala del delito, su fundamento y razón de ser, y algunas cuestiones interpretativas sobre los elementos que la conforman. Igualmente, se hace mención especial al riesgo de detención como posible riesgo propio teniendo en cuenta el principio de autoencubrimiento en Derecho penal y la naturaleza de esta cláusula, cuestión ampliamente discutida en la doctrina.

PALABRAS CLAVE: Riesgo, delitos de omisión, omisión propia, omisión del deber de socorro, omisión del deber de impedir delitos, encubrimiento.

ABSTRACT: This paper studies one of the most recurrent institutions in penal law when it is time to limit the remit for action in offences by own omission: the clause “without own risk or risk for the others”. Considering the examples about this clause in Mexican and Spanish criminal law, this article analyzes its juridical nature and systematic framework in the crime scene, its conceptual basis and some interpretative items about its elements included. Likewise, a special statement is made about the risk of detention as a possible own risk considering the self-concealment in Criminal Law and the nature of this clause, topic widely discuss in doctrine.

KEY WORDS: Risk, offences by omission, own omission, duty to help's omission, duty of stop crime's omission, concealment.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La operatividad de la cláusula en el ámbito de los delitos de omisión propia. 3. Ejemplos de Derecho positivo: el Código Penal Federal de México y el Código Penal español. 4. Naturaleza jurídica y fundamento de la cláusula. 5. El riesgo. 6. Especial referencia al riesgo de detención como riesgo propio.

La cláusula “sin riesgo propio o ajeno”: su función limitadora del deber en los delitos omisivos

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de una de las instituciones más recurrentes en Derecho penal a la hora de limitar el mandato de actuación en los delitos de omisión propia: la cláusula “sin riesgo propio o ajeno”. En torno a la misma pueden plantearse diferentes cuestiones interpretativas sobre las que pretendemos arrojar algo de luz; y lo hacemos, en este artículo, dirigiendo la mirada a los ejemplos de Derecho positivo existentes en el Derecho penal mexicano y español, ordenamientos que emplean este mecanismo limitador a la hora de configurar determinados deberes de actuación positiva por medio de los delitos omisivos, como tendremos inmediata ocasión de comprobar.

2. La operatividad de la cláusula en el ámbito de los delitos de omisión propia

El comportamiento humano no se limita al ejercicio activo, sino que también posee un aspecto pasivo

constituido por la omisión.¹ El Derecho no contiene solamente normas prohibitivas sino también, aunque en menor medida, normas imperativas que ordenan acciones posibles a los ciudadanos, y que, en caso de omitirse, provocan efectos nocivos desde un punto de vista social.²

El Derecho penal no se agota, por tanto, en el aseguramiento de esferas de libertad ajenas de forma negativa (esto es, mediante la tipificación de acciones positivas que lesionan o ponen en peligro un determinado interés) sino que en ocasiones, si bien excepcionalmente, también establece relaciones positivas de ayuda para determinados bienes necesitados de protección penal.³ De estos últimos deberes nacen los denominados *delitos de omisión* (propia).⁴

El Derecho penal de los Estados se ha construido, mayoritariamente, en torno a la institución negativa del *neminem laedere*, institución que consiste, en puridad, en la prohibición de dañar a terceros.⁵ De esta forma, se dice, todos tienen el derecho de hacer lo que no lesione a los demás.⁶ Puede afirmarse, por tanto, que sobre la institución *neminem laedere* se ha

¹ F. Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 43. Ampliamente, *vid.* M.A. Núñez Paz, “Notas sobre la acción, la omisión y la comisión por omisión”, en F. Pérez Álvarez (ed.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2007, pp. 583 y ss. *Cfr.* también M.A. Núñez Paz, “Notes on action, omission (offenses of failing to act) and commission by omission in Spanish Law”, en V.V. A.A., *Prawo w XXI wieku*, Varsovia, Polonia, Scholar, 2006, pp. 630 y ss.

² Muñoz Conde, *Teoría general...*, *op. cit.*, p. 43. La misma idea en: F. Muñoz Conde y M. García Arán, *Derecho penal, parte general*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 237. Clasificando las normas penales en “prohibiciones” o “mandatos”, J. Cuello Contreras, *El Derecho penal español, parte general*, vol. II, Teoría del delito (2), Madrid, Dykinson, 2009, p. 476.

³ J. Sánchez-Vera Gómez Trelles, “Reflexiones acerca del delito de omisión de socorro debido”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 78, 2002, p. 593.

⁴ En el presente trabajo el estudio queda constreñido a los delitos omisivos propios (o delitos de omisión pura), dejando extramuros del mismo los llamados delitos de comisión por omisión (u omisión impropia) que requieren, a diferencia de los primeros, una posición de garante para poder imputar un determinado resultado (resultado que no se exige en los delitos de omisión propia, en los que la mera omisión del deber jurídicamente exigido por la norma ya da lugar al injusto). Sobre los delitos de omisión impropia, *vid.* ampliamente: M.A. Núñez Paz, “Omisión impropia y Derecho penal (acerca del artículo 11 del Código penal español)”, *Revista Penal*, núm. 20, 2007, pp. 141 y ss. Como bien ha señalado Gómez Pavón, en los delitos de omisión propia se sanciona la simple omisión del deber jurídicamente exigido, sin requerirse la existencia de un determinado resultado. Lo que se imputa al autor, por tanto, es la propia omisión, mas no los posibles resultados que de ella se deriven. El peligro, en los delitos omisivos propios, es presupuesto para exigir la conducta activa, no la consecuencia de ella. *Vid.* P. Gómez Pavón, en J. López Barja de Quiroga y L. Rodríguez Ramos (coords.), *Código penal comentado*, Madrid, Akal, 1990, p. 930.

⁵ M. Bustos Rubio, “Limitación de mandato en los delitos de omisión propia: una reivindicación desde las ideas de derecho penal mínimo e inexigibilidad”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 112, 2014, pp. 95 y ss.

⁶ Como expuse en Bustos Rubio, *Limitación de mandato en los delitos de omisión...*, *op. cit.*, pp. 99 y ss., la institución *neminem laedere* constituye un postulado que ha sobrevivido hasta nuestros días, si bien con diferentes matices según los casos. En Derecho penal anglosajón encontramos esta institución como telón de fondo en el denominado *harm principle* o *principio del daño*, inicialmente defendido por Mill, quien en su obra *On Liberty* expresó lo siguiente: “que la única finalidad por la que el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. [...] La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás” (cita tomada del artículo de A. von Hirsch, “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’”, en R. Hefendehl, [ed.], *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 39). De la tesis de Mill se desprende que el daño o la ofensa lesiva frente a otros (*offence to others*) se presenta como condición necesaria de la sanción penal: sólo esta razón, la causación de un daño, justifica la intromisión pública en la libertad de los sujetos por parte del Derecho penal. J.L. Colomer, “Libertad individual y límites del derecho. El liberalismo y sus críticos”, en E. Díaz, E. y J.L. Colomer [eds.], *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza, 2002, p. 183). Más actualmente, von Hirsch ha desarrollado este pensamiento considerando que el principio del daño puede aportar mucho al estudio de la categoría del bien jurídico en el derecho continental (*El concepto...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss.). Precisamente, también en esta última institución, la del *bien jurídico*, encontramos el postulado *neminem laedere*: el principio de ofensividad o lesividad, o de exclusiva protección de bienes



construido todo un sistema del delito. Pero la sociedad no se conforma, ni puede hacerlo, con el aseguramiento de la libertad ciudadana mediante el establecimiento de prohibiciones frente a determinadas acciones, y por vía de una protección exclusivamente negativa. Hay otras instituciones que no son negativas, sino positivas, que también merecen la atención del Derecho penal, por más que dicha protección pueda resultar ciertamente marginal.⁷

El elenco de deberes exigidos a las personas no se agota, ni puede agotarse, en aquéllos de carácter meramente negativo, sino que se extiende también al establecimiento de determinados mandatos de índole positiva (por ejemplo: obligación de socorrer al necesitado de auxilio u obligación de impedir un determinado delito). Estos últimos, como ya adelantamos, dan lugar a los *delitos de omisión*.

Queremos matizar que cuando hablamos de una concepción *negativa* en el establecimiento de delitos de acción (o positiva en los de omisión) no estamos queriendo decir que la norma penal quede reducida a una norma jurídica imperativa (o *meramente imperativa*).⁸ La discusión sobre el carácter de la norma jurídico-penal como norma de valoración o de determinación de conductas ha sido y es amplia y prolija en la doctrina.⁹ Son cuestiones que, sin embargo, escapan del objeto pretendido en este trabajo y pueden alejarnos del estudio que proponemos. A los efectos de nuestra discusión, baste señalar que las normas pueden ser analizadas desde la perspectiva de *prohibiciones de hacer algo* (v.gr. matar) y de *no hacer algo* (v.gr. no socorrer), o bien desde la óptica de *obligaciones de no hacer algo* (v.gr. no matar) y de *hacer algo* (v.gr. socorrer al necesitado de auxilio).¹⁰

Los delitos omisivos no pueden dejar de resultar excepcionales en comparación con los delitos de ac-

ción precisamente porque con ellos el Derecho ya no se limita a *prohibir* una determinada acción, sino que *ordena* el cumplimiento de un mandato específico, en atención a lograr la intangibilidad de determinados bienes necesitados de protección penal. Con razón se ha alertado por algunos sectores que cuando se trata de instaurar deberes positivos puede llegarse a una “moralización ilícita” del Derecho penal. Un Derecho penal que se denomine liberal podría prohibir conductas dañosas (*neminem laedere*), pero no podría obligar a los sujetos a llevar a cabo determinadas conductas de carácter positivo, pues ello, se dice, conduciría a un Derecho penal autoritario.¹¹

Es cierto que con un mandato de realización positiva de un deber se limita la capacidad de acción de las personas de un modo considerable, máxime en comparación con los delitos activos en los que el Derecho se ciñe simplemente a prohibir determinadas acciones que dañan a otros. El que cumple con el postulado *neminem laedere* tiene todavía infinitas posibilidades de actuación en su vida en libertad, mientras que mediante el establecimiento de un deber positivo se cierran múltiples posibilidades de comportamiento. De este modo, la exigencia de actuación positiva por establecimiento de delitos omisivos representa un mayor menoscabo de la libertad de actuación del ciudadano, destinatario de la norma penal, que la mera prohibición de no dañar a terceros.¹²

Sin embargo, para evitar que el establecimiento de este tipo de delitos conduzca siempre y en todo caso a configurar un Derecho penal autoritario, es necesario restringir el ámbito de aplicación de estos tipos penales omisivos. De este modo, si el mandato en los delitos de omisión se encuentra acotado y delimitado de forma correcta, dirigiéndose a lograr la intangibilidad de los bienes jurídicos más importantes frente a los

jurídicos, asentado en el Derecho penal alemán y prácticamente extendido en los sistemas continentales, incluido el español, se apoya en la idea de que sólo puede ser delito la acción que lesione o ponga en peligro un determinado interés necesitado de protección penal, lo que no deja de suponer una prohibición de dañar a los demás (a los *bienes* de los demás). Sobre la importancia de delimitar el bien jurídico como antesala al estudio de los elementos típicos en un delito omisivo, vid. M. Bustos Rubio, “Bien jurídico y sanción penal en el delito de omisión del deber de socorro”, *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales (nueva época)*, vol. XV, núm. 2, pp. 157 y ss.

⁷ Sánchez-Vera Gómez Trelles, *Reflexiones acerca del delito...*, op. cit., p. 591.

⁸ Bustos Rubio, *Limitación de mandato en los delitos de omisión...*, op. cit., p. 101.

⁹ Así por ejemplo, la prohibición de matar establecida mediante el delito de homicidio no tiene por qué ser entendida (al menos solamente) como una norma determinativa, pues perfectamente puede concebirse a aquélla como una obligación de respeto por un determinado bien jurídico (la vida), de forma valorativa.

¹⁰ Sobre ello, vid. ampliamente E. Octavio de Toledo y Ubieto, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, pp. 86 y 87. Debemos dejar claro, por tanto, que en este artículo mantenemos una concreta terminología sin que ello implique subrepticamente una concreta toma de postura sobre otras cuestiones como las que planteamos.

¹¹ Vid. por todos Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Reflexiones acerca del delito...*, op. cit., p. 595.

¹² *Ibidem*, p. 599.

La cláusula “sin riesgo propio o ajeno”: su función limitadora del deber en los delitos omisivos

ataques más insoportables, no vemos motivo alguno para afirmar que el instrumento penal devenga autoritario. Pero para ello se hace necesario que el delito de omisión limite el deber o mandato exigido con la máxima precisión. Ello, insistimos, no puede ser en modo alguno obviado, dado el diferente carácter que presentan estos concretos tipos de delitos, en los que el Derecho pasa a requerir del sujeto una determinada actuación positiva.

Siendo lo anterior el punto de partida sobre el que se podría incidir mucho más, razones de economía de espacio aconsejan en este momento trabajar con una finalidad modesta: por más que la limitación de mandato de la que hablamos pueda ser estudiada desde diversas perspectivas,¹³ en el presente artículo se presta especial atención a una concreta técnica legislativa utilizada tanto en el Código Penal Federal de México como en el Código Penal español, que pasa por restringir el deber de actuación en los delitos propios omisivos por medio de la instauración de la cláusula *sin riesgo propio o ajeno* (si bien en ocasiones se habla de *riesgo personal o de otros*, o de *riesgo propio o de terceros*). Cláusula que, sin duda alguna, está llamada a coadyuvar a la limitación de unos tipos delictivos, los omisivos, que resultan ciertamente excepcionales en nuestro Derecho penal.

3. Ejemplos de Derecho positivo: el Código Penal Federal de México y el Código Penal español

Para este trabajo queremos partir de la exposición de algunos ejemplos de Derecho positivo en los que aparece reflejada esta cláusula de forma expresa. Aprovechando la ocasión que se me brinda, he querido traer a colación los ejemplos que subyacen en el Código Penal Federal de México y en el Código Penal español, que como en seguida comprobaremos, distan mucho de resultar extraños entre sí.

En lo que se refiere al primero de estos textos legales, encontramos hasta tres delitos omisivos en los que el legislador ha empleado la cláusula *sin riesgo propio o ajeno* para limitar el deber exigido por la norma. Así, el artículo 209 del Código Penal Federal mexicano señala lo siguiente: “el que pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y *sin riesgo propio o ajeno*, no impidiere la comisión de uno de los delitos contemplados en el Título VIII, Libro Segundo,

de este Código o en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas se le impondrá la pena de seis meses a tres años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa”.

Encontramos esta cláusula también en el artículo 340 del mismo texto legal, el delito de omisión del deber de socorro (figura hermana del artículo 195 del Código Penal español, como tendremos pronta ocasión de comprobar), en el que puede leerse lo siguiente: “al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le impondrán de diez a sesenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiera prestarles el auxilio necesario cuando pudiese hacerlo *sin riesgo personal*”.

En semejante sentido, por último, puede leerse el artículo 400, V: “se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que: [...] V. No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y *sin riesgo para su persona*, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables”, en lo que constituye un injusto homólogo al previsto en el art. 450 del Código Penal español (omisión del deber de impedir determinados delitos).

Como puede fácilmente colegirse, en los dos últimos tipos penales el riesgo se limita a aquél de carácter *personal*, no de terceros, lo que no obsta para tenerlos en cuenta a efectos de esta investigación.

Semejante regulación existe en el Código Penal español, en que son dos tipos penales los que constituyen ejemplo paradigmático de delitos de omisión pura o propia, y en los que encontramos la cláusula limitativa *sin riesgo propio o ajeno*.

Así, el delito de omisión del deber de socorro recogido en el artículo 195 del Código Penal español señala, en su primer inciso, lo siguiente: “el que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo *sin riesgo propio ni de terceros*, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses”. También, el artículo 450, 1 del mismo texto, que recoge el denominado delito de omisión del deber de impedir la co-

¹³ Ampliamente, Bustos Rubio, *Limitación de mandato en los delitos de omisión...*, op. cit., pp. 95 y ss.



misión de determinados delitos, reza lo siguiente: “el que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y *sin riesgo propio o ajeno*, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél”.

Tras echar un vistazo a ambos textos punitivos, puede concluirse con facilidad que el recurso al empleo de la cláusula *sin riesgo propio o ajeno* resulta harto frecuente a la hora de limitar el deber exigido por la ley en los delitos propiamente omisivos.

En adelante analizaremos diferentes aspectos que subyacen en esta cláusula limitadora, comenzando por una de las cuestiones que más dudas ha generado en la doctrina: su ubicación sistemática en el seno de la teoría jurídica del delito, para lo que habremos de referirnos a la naturaleza de la disposición y al fundamento o razón de ser de la misma.

4. Naturaleza jurídica y fundamento de la cláusula

Como aventuramos en apartados anteriores, una primera aproximación a la cláusula *sin riesgo propio o ajeno* permite afirmar que la misma tiene por función limitar el deber exigido: no será exigible la actuación (por ejemplo, socorrer, o impedir un determinado delito) cuando con la misma el sujeto activo pueda sufrir un riesgo propio, o cuando con ella se propicie un peligro para terceros. Estamos, sin duda, ante una

institución que tiene por función primordial limitar el mandato en los delitos de omisión propia.¹⁴

Gimbernat Ordeig ha explicado esta limitación al hilo del análisis del delito de omisión del deber de socorro en el seno del Código Penal español. Como subraya este autor, los sujetos jurídico-penalmente obligados a prestar socorro “en muy raras ocasiones podrían sufrir menoscabos en sus bienes jurídicos, pues en el momento en que la acción de salvamento encierra algún riesgo para su persona [...] el Código Penal les exime de cualquier obligación de intervenir, ya que éste *sólo exige esa ayuda* cuando puede llevarse a cabo sin riesgo propio ni de terceros”.¹⁵ La cláusula que estamos estudiando introduce la idea de que no todo sujeto obligado inicialmente a prestar una determinada acción de salvaguarda ajena está realmente obligado a prestarla. Tal mandato queda limitado a que la acción resulte realmente *exigible*.¹⁶ Se trata, en puridad, de una limitación dimanante del principio general de *inexigibilidad*. Por ello tiene razón Henkel cuando advierte que “la idea de exigibilidad tiene un ámbito de aplicación especialmente importante en los delitos de omisión”.¹⁷

Como de inmediato tendremos ocasión de comprobar, la exclusión del deber de actuación en los delitos omisivos propios, identificada en la cláusula *sin riesgo propio o ajeno*, se ha fundamentado por la doctrina con apoyo en la tipicidad, en la justificación del hecho, o en la *inexigibilidad* del comportamiento (en sede de culpabilidad).¹⁸

A pesar de que la doctrina no discute hoy que este requisito provenga del principio general de *inexigibilidad* de otra conducta,¹⁹ pues el Derecho no puede exigir actos heroicos a sus destinatarios, la discusión se constata a la hora de determinar en qué nivel con-

¹⁴ Bustos Rubio, *Limitación de mandato en los delitos de omisión...*, op. cit., pp. 128 y ss.

¹⁵ E. Gimbernat Ordeig, “Imputación objetiva y conducta de la víctima”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 58, 3, 2005, p. 740.

¹⁶ F. Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 206.

¹⁷ H. Henkel, *Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo*, trad. de J. L. Guzmán Dalbora, Buenos Aires, Euros Editores, 2005, p. 86.

¹⁸ Incluso algunos autores han situado esta limitación del mandato de acción en la categoría de la responsabilidad por el hecho, inicialmente patrocinada por Bacigalupo, y compartida por discípulos como López Barja de Quiroga, de quien en este sentido puede leerse lo siguiente: “en la medida en que se mantenga que la exclusión de la pena en el estado de necesidad exculpante no se relaciona con la imposibilidad de una motivación normativa suficiente sino con la reducción de la ilicitud del hecho, la solución se relacionaría con la exclusión de la culpabilidad por el hecho como posible categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad”. *Vid. Tratado de Derecho penal, parte general, op. cit.*, p. 785. Sobre la categoría de la responsabilidad por el hecho, *vid.* E. Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal, parte general*, 5ª ed., Madrid, Akal, 1998, p. 278. Ampliamente sobre el problema dogmático existente en torno a esta figura, *vid.* el mismo, pp. 279 y ss.

¹⁹ Sobre el principio de exigibilidad penal puede consultarse la obra de P. M. de la Cuesta Aguado, *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*, Madrid, Dykinson, 2003. La autora, compartiendo lo expuesto por algún autor alemán, opina que el concepto de exigibilidad, en su sentido original, “no es un concepto normativo sino un principio regulador” (p. 220).

La cláusula “sin riesgo propio o ajeno”: su función limitadora del deber en los delitos omisivos

creto del delito debe clasificarse dicha cláusula.²⁰ Constituye esta cuestión, sin duda, la *vexata quaestio* por excelencia cuando nos aproximamos al estudio de este extremo normativo.

El principio de inexigibilidad de una determinada conducta no es una idea privativa de la culpabilidad, sino un principio regulador informador de todo el ordenamiento jurídico. De ahí el debate que se suscita en la doctrina sobre el concreto encuadramiento de la cláusula en los distintos niveles del delito. En este sentido, podemos encontrar hasta tres posturas enfrentadas.

Una primera corriente doctrinal se inclina por entender que esta cláusula es una concreta *causa de justificación* que debe encuadrarse al nivel de la anti-juridicidad.²¹ Esta doctrina considera que el precepto no desempeña papel alguno a la hora de describir y delimitar el tipo, sino que, una vez que éste ha sido acreditado, la existencia o no de *riesgo propio o ajeno* decide sobre la adecuación o la contrariedad a Derecho de la omisión.²² Estos autores parten de la idea de que la norma proviene del principio leccion de inexigibilidad, lo que a su juicio no obsta para encuadrar sistemáticamente a la misma al nivel de la anti-juridicidad. Como explica Rodríguez Mourullo, al ser la

inexigibilidad un postulado de carácter general, puede acomodarse en otros lugares, por ejemplo, quien viéndose injustamente agredido se defiende lesionando al atacante, puede estar obrando en legítima defensa, porque el Derecho no le puede exigir una conducta distinta.²³ Esta línea de pensamiento considera que la cláusula tiene su natural acomodo en el juicio de antijuridicidad, respondiendo a la idea propia de los conflictos de intereses.²⁴ En este sentido puede leerse a Quintano Ripollés cuando, interpretando el deber de socorro del art. 195 del Código Penal español, considera que el requisito del riesgo propio o ajeno “constituye una circunstancia de hecho y proporcionalidad entre los dos riesgos, el de la persona que se trata de salvar [...] y el hipotético que habrá de correr el salvador”.²⁵ Se trataría así de establecer un juicio de proporcionalidad entre el deber exigido y la situación típica.

Por otro lado, autores distintos consideran que el precepto debe encuadrarse, como concreta causa de inexigibilidad, en el nivel de la *culpabilidad*, por ser éste consecuencia del principio de inexigibilidad en el Derecho penal.²⁶ En este grupo puede encuadrarse la opinión de Carbonell Mateu y González Cussac, quienes entienden que ésta es la interpretación más correcta

²⁰ Muñoz Conde, *Teoría general...*, op. cit., pp. 166 y 167. La misma idea en Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal, parte general...*, op. cit., pp. 387 y 388.

²¹ En este sentido, entre otros, G. Rodríguez Mourullo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, Tecnos, 1966, pp. 211-217; F. Molina Fernández, en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de derecho penal (parte especial)*, vol. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, pp. 154 y 155; M. Bajo Fernández, J. Díaz-Maroto Villarejo, *Manual de derecho penal, parte especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, p. 77; C. García Valdés, E. Mestre Delgado y C. Figueroa Navarro, *Lecciones de Derecho Penal, parte especial (adaptadas a la docencia del plan Bolinia)*, Madrid, Edisofer, 2011, p. 66; C. Vázquez Iruzubieta, *Nuevo Código Penal comentado*, Madrid, Edersa, 1996, p. 292; F.M. Oliver Egea, en E. López López y E. Perdigüero Bautista, *Enciclopedia penal*, Madrid, La Ley, 2011, p. 999; F. Alamillo Canillas, *La solidaridad humana en la ley penal*, Madrid, Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1962, pp. 116-119; y A. Cuerda Riezu, “Hechos omisivos y causas de justificación. En particular la colisión de deberes”, en E. Gimbernat Ordeig, B. Schünemann y J. Wolter, J. (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho penal en Homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1994, p. 59.

²² Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, op. cit., p. 213.

²³ *Ibidem*, pp. 113 y 114.

²⁴ Molina Fernández, en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de Derecho penal...*, op. cit., pp. 154 y 155.

²⁵ Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial...*, op. cit., pp. 416 y 417. En el mismo sentido Bajo Fernández y Díaz-Maroto Villarejo, *Manual de derecho penal...*, op. cit., p. 77, señalando que “en la medida en que exista peligro para los bienes del omitente se produce la situación de necesidad expresamente recogida en el precepto”, y apuntando que debe existir una “adecuada proporción” respecto de la situación de peligro en que se encuentra la víctima.

²⁶ En este sentido, y entre otros, Muñoz Conde, *Derecho penal, parte especial...*, op. cit., p. 342; R. Hernández Hernández en C. Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal comentado*, 2ª ed., tomo I, Barcelona, Bosch, 2004, p. 609; J. López Barja de Quiroga, en C. Conde-Pumpido Torón (dir.), *Comentarios al Código penal*, tomo 2 (arts. 109 a 204), Barcelona, Bosch, 2007, p. 1521; J.C. Carbonell Mateu y J.L. González Cussac en T.S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 982; Rodríguez Ramos, *Compendio de derecho penal (parte especial)*, op. cit., p. 170; J.A. Choclán Montalvo, en A. Calderón Cerezo y J.A. Choclán Montalvo, *Manual de Derecho Penal II, parte especial. Adaptado al programa de las pruebas selectivas de ingreso en las carreras judicial y fiscal*, Barcelona, Deusto, 2004, pp. 124 y 125; R. Rebollo Vargas, en J. Córdoba Roda J. y M. García Arán (dirs.), *Comentarios al Código Penal, parte especial*, tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 433; B. del Rosal Blasco, “De la omisión del deber de socorro”, en L. Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho penal español, parte especial*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 288; J.M. Navarrete Urieta, “La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código Penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, núm. 6, 1959, p. 428, y A. Sáinz Cantero, “El delito de omisión del deber de socorro”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 209, p. 447.



toda vez que, a su juicio, la tipicidad haría referencia a la “acción esperada” mas no todavía a la “acción debida” o exigible desde el punto de vista jurídico (lo que se reserva al juicio de culpabilidad).²⁷ Como expone Choclán Montalvo, “en los delitos de omisión la no exigibilidad de otra conducta se reconoce en un ámbito más amplio que en los delitos de comisión”.²⁸ Esta segunda tesis se ha conformado con asumir que el principio de inexigibilidad se encuentra en todo caso en el nivel de la culpabilidad, lo que ya de por sí es cuestionable.

De una opinión intermedia es López Barja de Quiroga, para quien la cláusula podrá operar como justificación o exculpación, dependiendo de los casos. En opinión del autor, si el individuo posee las capacidades adecuadas para el cumplimiento del mandato asignado por la norma pero no cumple con el mismo porque debe cumplir con otro deber de semejante o diferente naturaleza, podrá hablarse de justificación (tomando como ejemplo el art. 195 del Código Penal español, en caso de que el sujeto omita el socorro por tener que prestar un auxilio más necesario ante un peligro más grave). Por otra parte, si el sujeto incumple el deber por miedo ante la situación típica (por ejemplo, en el delito de omisión de socorro, cuando aquél se encuentra atemorizado ante una necesidad falsa escenificada por un grupo de asaltantes y no acude a prestar el socorro debido), hablaremos de un comportamiento exculpado.²⁹

Sin embargo, no compartimos la visión de este autor. En el primero de los casos, porque si el sujeto no tiene capacidad para cumplir con el deber ni siquiera

podrá hablarse de omisión, resultando directamente atípico aquél “incumplimiento”. No puede obviarse que la *capacidad*, primero para advertir la situación típica y después para prestar físicamente el mandato o deber exigido por la norma, constituye un requisito para afirmar la propia tipicidad de la omisión.³⁰ Como ya puse de manifiesto en otro lugar,³¹ si el sujeto es incapaz de llevar a cabo una actuación de salvaguarda ajena para un conjunto de sujetos pasivos, no parece correcto admitir tantos delitos de omisión como personas necesitadas de salvaguarda existan, pues de este modo se estaría exigiendo al sujeto un mandato que excedería sus propias capacidades. En estos casos, la omisión resultará directamente atípica por falta de uno de los elementos de la tipicidad en los delitos propios omisivos: la capacidad para cumplir con el deber exigido por la norma. Y ello por más que esa incapacidad traiga la causa de la existencia de otro deber que deba cumplirse. Por lo que respecta al segundo de los supuestos, entendemos que antes de la existencia de una situación de miedo o temor habrá que analizarse si realmente la situación generadora del deber era *típica* y, verbigracia, en el caso de los asaltantes, no existe situación típica de desamparo y peligro para la víctima, por lo que ni siquiera nacería el deber de actuación.

Un último grupo de autores ha entendido que la cláusula *sin riesgo propio o ajeno* es una concreta *causa de atipicidad*, esto es, forma parte del tipo objetivo y por ello la concurrencia de ese riesgo desplazaría la apreciación de la propia tipicidad.³² Esta

²⁷ Mateu Carbonell Mateu y González Cussac, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., p. 982.

²⁸ Choclán Montalvo, en Calderón Cerezo y Choclán Montalvo, *Manual de Derecho Penal II, parte especial...*, op. cit., pp. 124 y 125.

²⁹ López Barja de Quiroga, *Tratado de Derecho penal, parte general*, op. cit., p. 786.

³⁰ Sobre ello, vid. ampliamente M. Bustos Rubio, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión del deber de socorro personal*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2013, pp. 77 y ss.

³¹ Bustos Rubio, “La pluralidad de sujetos en el delito de omisión del deber de socorro: algunas cuestiones dogmáticas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 25, p. 68.

³² Así, v.gr., J. Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal*; S. Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, pp. 208-210; E. Octavio de Toledo y Ubieta y S. Huerta Tocildo, *Derecho penal, parte general. Teoría jurídica del delito*, 2a ed. corregida y aumentada, Madrid, Rafael Castellanos, 1986, pp. 656 y ss.; E. Sola Reche, en J.L. Díez Ripollés y C.M. Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal, parte especial, II*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 631 y 632; R. García Albero, en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 9ª ed., Navarra, Aranzadi, 2011, p. 433; M. Aráuz Ulloa, *El delito de omisión del deber de socorro. Aspectos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 371; J.M. Luzón Cuesta, *Compendio de Derecho penal, parte general. Adaptado al programa de la oposición a ingreso en las carreras judicial y fiscal*, 20ª ed., 13ª conforme al Código Penal de 1995, Madrid, Dykinson, 2010, p. 109; G. Portilla Contreras, en G. Quintero Olivares y F. Morales Prats, *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Aranzadi, 2001, p. 1672; D.M. Luzón Peña, en A. Montoya Melgar, *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo III, Madrid, Civitas, 1995, pp. 3552 y ss.; H. Jescheck, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, trad. de la 3ª edición y adiciones de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, p. 870; F.J. Escrihuela Chumilla, *Todo penal*, Madrid, La Ley, 2011, p. 739; H. Jescheck y T. Weigend, *Tratado de Derecho penal, parte general*, trad. de M. Olmedo Cardenete, 5a ed., corregida y ampliada, Granada, Comares, 2002, p. 683; C. Blanco Lozano, *La omisión del deber de socorro en el Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 2009, p. 178; J.M. Silva Sánchez, *El delito de omisión: concepto y sistema*, 2ª reimp. de la 2ª ed. actualizada, Buenos Aires, B de F, 2010, p. 385; J.M. Sánchez Tomás, *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*, Barcelona, Bosh, 2005, p. 79; y Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa...*, op. cit., pp. 206 y ss.

La cláusula “sin riesgo propio o ajeno”: su función limitadora del deber en los delitos omisivos

doctrina entiende que el precepto inspirado en el principio de exigibilidad condiciona la propia tipicidad de la conducta en el delito omisivo, pues de ella depende la existencia o inexistencia del propio deber.³³ Huerta Tocildo, situándose al lado de la doctrina alemana mayoritaria, apunta que si cuando se constata la existencia de este riesgo la consecuencia es la desaparición del deber de actuar, entonces no habrá omisión típica, “porque esta desaparición se basa en la inexistencia de los presupuestos legalmente requeridos para que dicho deber surja”.³⁴

Efectivamente, este sector doctrinal está totalmente asistido de razón.³⁵ El tipo penal, como elemento que define lo que puede ser ordenado o lo que está prohibido, puede integrar estas consideraciones limitativas dado que no sólo tiene por objeto la descripción de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos imprescindibles, dejando la solución social de conflictos a las causas de justificación, sino que él mismo es ya el resultado del conflicto entre los puntos de vista favorables a la conminación penal de determinados comportamientos, lo que en el caso de los delitos omisivos, que —recordemos— resultan excepcionales en nuestro Derecho penal, cobra todavía una mayor significación.³⁶ La presencia de determinados factores de exigibilidad dentro del tipo penal nace de la necesidad misma de limitar el mandato, restringiendo con ello al máximo el deber de actuación reclamado por la norma, siendo un elemento que pretende proteger al individuo de actuaciones excesivas que el Derecho no puede en modo alguno imponer, marcando con ello la frontera entre la obligación social y la libertad individual, lo que tiene pleno sentido en los delitos propiamente omisivos.³⁷

En el ámbito de deberes de salvaguarda de un tercero, como el caso de los delitos omisivos, es necesario que se introduzcan determinadas restricciones

materiales que, apoyadas en el principio de exigibilidad, operen sobre el universo máximo e ilimitado de acciones posibles de salvaguarda ajena que pueden ser impuestas por el sistema penal.³⁸ La limitación del deber de acción por medio de la inexigibilidad está aquí directamente fijada por el tipo; la *inexigibilidad* en los delitos de omisión propia hace ya decaer el deber de acción y con ello el propio tipo penal.³⁹

El tipo es el instrumento legal para determinar las acciones penalmente relevantes, delimitándose en el mismo las que resultan intrascendentes a los fines regulativos del Ordenamiento penal.⁴⁰ Por su parte, el fundamento de la antijuridicidad se identifica con la contradicción a Derecho de una determinada acción típica.⁴¹ Cuando ya no se trata de prohibiciones (delitos de acción), sino de imposición de determinados deberes o mandatos de actuación positiva (delitos de omisión propia), la discusión no consiste en determinar si está prohibida o no dicha actuación, sino directamente en establecer cuándo existe la obligación o el mandato de prestarla bajo pena de responsabilidad omisiva.⁴² Por ello, pensamos que la cláusula *sin riesgo propio o ajeno* encuentra mayor acomodo al nivel de la tipicidad dentro del cuerpo del delito.

Un Derecho penal consistente no puede obligar a un sujeto a llevar a cabo acciones positivas que ni siquiera consideraría permitidas.⁴³ En palabras de Baldó Lavilla, “toda acción de amparo ajeno que no salvaguarde intereses del sujeto necesitado relevantemente superiores a los riesgos propios necesariamente requeridos para prestarla positivamente, no podrá constituir en ningún caso una acción indicada conforme al deber”.⁴⁴

Al tratarse de un tipo de omisión, no de acción, que impone un mandato o deber de actuar, la actuación típica debe incorporar mayores límites que una prohibición, por el hecho mismo de que se está exi-

³³ García Albero en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial...*, op. cit., p. 433.

³⁴ Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales...* cit., p. 210 (analizando la cláusula en el seno del delito de omisión del deber de impedir determinados delitos, art. 450 CPE).

³⁵ Bustos Rubio, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión...*, op. cit., pp. 167 y ss.

³⁶ En estos términos, Silva Sánchez, *El delito de omisión...*, op. cit., p. 385.

³⁷ Silva Sánchez, *El delito de omisión...*, op. cit., pp. 382 y 383. En idéntico sentido, Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, op. cit., p. 85.

³⁸ Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa...*, op. cit., p. 214.

³⁹ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho penal, parte general...*, op. cit., p. 683.

⁴⁰ Así, M. Polaino Navarrete, *Derecho penal, parte general. Teoría jurídica del delito*, t. II, vol. I, Barcelona, Bosch, 2000, p. 397.

⁴¹ *Ibidem*, p. 502.

⁴² Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa...*, op. cit., p. 211.

⁴³ *Ibidem*, p. 213.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 215.



giendo una acción positiva. Así, la concreción del principio general de inexigibilidad en el precepto *sin riesgo propio o ajeno* responde a la necesidad de limitar el mandato impuesto por la norma. La extensión del deber en los tipos penales omisivos puros sólo puede determinarse con una delimitación elástica que se adapte a las circunstancias de cada caso concreto,⁴⁵ y precisamente tal delimitación debe ser parte del tipo delictivo. Por ello consideramos que la cláusula cumple una función de contención del tipo, justificando su consideración como causa de atipicidad.⁴⁶

Por lo demás, no pensamos que sea posible encuadrar la cláusula *sin riesgo propio o ajeno* en el nivel de la culpabilidad. Como dijimos, el hecho de que la misma traiga causa del principio general de inexigibilidad no implica que aquélla quede inserta, sin más, en el nivel de la culpabilidad. En la cláusula que analizamos no existe un problema de motivación que afecte el comportamiento del sujeto, sino una consideración objetiva de la existencia de un riesgo que, como hemos afirmado, afecta a la propia tipicidad de la omisión.⁴⁷

5. El riesgo

Una vez asentada la naturaleza jurídica que a nuestro juicio ostenta la cláusula objeto de estudio, es momento de analizar el contenido de la misma. En concreto, se hace necesario dotar de significado al *riesgo* al que se refiere el precepto (pues más allá de este término, el hecho de que el mismo haya de referirse a uno mismo, *riesgo propio*, o a terceros sujetos, *riesgo ajeno*, no ocasiona mayores problemas interpretativos).

La doctrina discute si el concepto de “riesgo” empleado debe ser entendido de manera distinta al concepto de “peligro”, o si se trata de términos intercambiables.⁴⁸

Por un lado, algunos autores han considerado que no estamos ante conceptos semejantes, siendo mucho más remota la posibilidad de que acontezca un resultado dañoso en el riesgo que en el peligro; el riesgo sería, así entendido, el “peligro del peligro”.⁴⁹ Desde otro lado, se ha entendido que los términos “riesgo” y “peligro” deben resultar intercambiables en el contexto de la norma, entendiendo que la interpretación contraria contradice el sentido y finalidad de la figura, pues si el riesgo se entendiese como “peligro de peligro”, entonces el deber de actuación desaparecería excesivamente pronto.⁵⁰ En este último sentido, se aduce que la expresión “riesgo” no debe entenderse en sentido literal, pues con ello se estaría vaciando de contenido el deber de auxilio.⁵¹

Según entendemos, de las definiciones de estos términos por el *Diccionario de la lengua Española* se extrae con facilidad que ambos conceptos difieren en algunos extremos. Así, mientras que el riesgo se define como la “contingencia o proximidad de un daño”, y el peligro es el “riesgo o la contingencia inminente de que suceda algún mal”.⁵² No obstante, consideramos necesaria una interpretación distinta a la netamente literal, pues con ella, como apunta un sector de la doctrina, se vaciaría de contenido el deber de actuación requerido por la norma, acortándolo desmesuradamente.⁵³ Si se admite que el riesgo es el “peligro del peligro”,⁵⁴ entonces no es difícil imaginar supuestos en los que el deber de actuación (por ejemplo, socorrer o impedir un determinado delito) quedaría desierto, pues bastaría la mera posibilidad futura, aunque fuese remota, de sufrir un mal, propio o ajeno, para hacer decaer el deber.⁵⁵

En última instancia se hace necesaria una ponderación, por parte del juzgador en cada caso concreto, que lleve a cabo una interpretación casuística, y no generalizada, a la hora de apreciar la existencia o no de

⁴⁵ Henkel, *Exigibilidad e inexigibilidad...*, cit. p. 86.

⁴⁶ Sánchez Tomás, *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*, cit., p. 79.

⁴⁷ Vid. Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, cit., p. 85.

⁴⁸ Ampliamente, Bustos Rubio, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión...*, op. cit., pp. 176 y ss.

⁴⁹ Navarrete Urieta, *La omisión del deber de socorro...*, op. cit., p. 428.

⁵⁰ Rodríguez Mourullo, *La omisión...* cit., pp. 218-219.

⁵¹ García Albero, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial...*, cit., p. 433.

⁵² *Cursivas mías.*

⁵³ De esta opinión son Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, op. cit., p. 218, y García Albero en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial...*, op. cit., p. 433.

⁵⁴ Sobre esta expresión, en concreto en el ámbito de los delitos acumulativos, y en relación con los delitos de peligro abstracto, vid. A. Ochoa Figueroa, “Ilícito penal e ilícito administrativo en el ámbito del medioambiente. Especial consideración de la tutela del agua”, tesis inédita, Universidad Complutense de Madrid, 2013, p. 70.

⁵⁵ Bustos Rubio, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión...*, op. cit., p. 177.

La cláusula “sin riesgo propio o ajeno”: su función limitadora del deber en los delitos omisivos

este riesgo. El *riesgo* constituye un concepto de referencia, pues siempre ha de tratarse de un peligro *para* algo o, como es el caso, *para* alguien (sea para el propio omitente o un tercero).⁵⁶ Teniendo esto en cuenta, tras omitirse el deber exigido por parte de un sujeto que basa su inactividad en un pretendido *riesgo*, la verificación o no de dicha situación de peligro por parte del juez dependerá siempre de un juicio de valoración *ex ante*. Este proceder tiene un componente objetivo: consistente en un juicio cognitivo sobre la base de un conocimiento experimental de las leyes del suceder, y un elemento subjetivo en tanto que requiere de la elaboración de un cálculo sobre la probabilidad de materialización de dicho riesgo en un resultado lesivo.⁵⁷ Como señala Rodríguez Mourullo, este juicio de probabilidad presupone, por un lado, un conocimiento nomológico, esto es, de las leyes naturales que nos permiten conocer lo que acontece en el plano ordinario, y, por otro, un conocimiento ontológico, esto es, la cognoscibilidad de la situación concreta.⁵⁸

Por regla general, el precepto analizado nada dice acerca de la entidad que debe tener el riesgo para ex-

cluir el deber de actuación. Sin embargo, la doctrina española advierte que de admitirse cualquier riesgo la norma penal y el deber quedarían, de nuevo, vacíos de contenido.⁵⁹ Por ello, la mayoría entiende hoy que la medición de ese riesgo debe llevarse a cabo bajo la idea de *proporcionalidad*. Así, el riesgo de sufrir un daño ínfimo, nimio o insignificante, esto es, la mera molestia, no desplazaría el deber de actuación (socorrer, impedir un delito).⁶⁰ Este argumento ha sido acogido también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en España.⁶¹

La dificultad derivada de lo anterior consiste en valorar cuándo en ese riesgo era efectivamente susceptible excluir el deber de actuación, dada su entidad, y cuándo no. Asumiendo las tesis de Rodríguez Mourullo⁶² y Silva Sánchez,⁶³ compartimos que la valoración de la entidad de dicho riesgo debe producirse de la siguiente manera: por un lado, desde el punto de vista *cuantitativo*, el riesgo requiere de una posibilidad real y relevante de la producción de un daño. Ello es así en palabras del primer autor citado “cuando el número de condiciones favorables a la producción del

⁵⁶ Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, *op. cit.*, p. 165.

⁵⁷ Navarrete Urieta, *La omisión del deber de socorro...*, *op. cit.*, p. 426.

⁵⁸ Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, *op. cit.*, p. 165.

⁵⁹ Así, Sola Reche en Díez Ripollés y Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 632, y García Albero, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial...*, *op. cit.*, p. 433.

⁶⁰ En este sentido se pronuncian Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, *op. cit.*, pp. 229 y 230; Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 210-213; Molina Fernández en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de derecho penal...*, *op. cit.*, p. 155; Muñoz Conde, *Derecho penal, parte especial...*, *op. cit.*, p. 342; J.A. Mora Alarcón, *Suma de Derecho penal, parte general y especial*, Edisofer, 1996, p. 373; Hernández Hernández, en Conde-Pumpido Ferreiro, *Código penal comentado...*, *op. cit.*, p. 609; Choclán Montalvo, en Calderón Cerezo y Choclán Montalvo, *Manual de Derecho Penal II, parte especial...*, *op. cit.*, p. 125; Sola Reche, en Díez Ripollés y Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, pp. 632 y 633; García Albero, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial...*, *op. cit.*, p. 433; Bajo Fernández y Díaz-Maroto Villarejo, *Manual de derecho penal...*, *op. cit.*, p. 77; V. Gómez Martín, en M. Corcoy Bidasolo *et al.* (dirs.), *Derecho penal, parte especial*, t. 1, *Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 348; J.M. Rodríguez Devesa y A. Serrano Gómez, *Derecho penal español*, Madrid, Dykinson, 1995, p. 123; Quintano Ripollés, *Tratado de la parte especial...*, *op. cit.*, pp. 416 y 417; Serrano Gómez y Serrano Maíllo, *Derecho penal, parte especial...*, *op. cit.*, p. 267; Navarrete Urieta, *La omisión del deber de socorro...*, *op. cit.*, p. 428; Sáinz Cantero, *El delito de omisión...*, *op. cit.*, pp. 447 y 448; T. del Caso Jiménez, “De la omisión del deber de socorro”, en J. Sánchez Melgar (coord.), *Código Penal, comentarios y jurisprudencia*, 2ª ed., Madrid, Sepin, 2006, p. 1138; Portilla Contreras, en Quintero Olivares y Morales Prats, *El nuevo derecho penal español...*, *op. cit.*, pp. 1672 y 1673; J. Saavedra Ruiz (dir.) y J. López Barja de Quiroga (coord.), A.B. Alonso González y M.A. Encinar del Pozo, *Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancia*, Madrid, El Derecho, 2010, p. 717, y Blanco Lozano, *La omisión del deber de socorro...*, *op. cit.*, p. 179. En contra, sin embargo, se pronuncia Alamillo Canillas, *La solidaridad...*, *op. cit.*, p. 117, postulando que, como el legislador no ha distinguido sobre la entidad de ese riesgo, “cualquier clase de riesgo que pueda afectar al omitente o a un tercero excluirá el deber jurídico de obrar”. También en contra J. López Moreno y E. Fernández García, “La omisión del deber de impedir delitos y de promover su evitación”, *Revista de Actualidad Penal*, núm. 36, año 1988, p. 723.

⁶¹ Así por ejemplo, la STS de 16 de mayo de 2002, Sala 2ª, FJ 2º (Iustel, § 330303), y la STS de 20 de mayo de 1994, Sala 2ª, FJ 2º (Westlaw Aranzadi, RJ 1994/4480) entienden que para que esta cláusula desplace el deber de socorro (art. 195 del Código Penal español), debe existir un “riesgo desproporcionado”. Por su parte, la STS de 23 de julio de 2002, Sala 2ª (Westlaw Aranzadi, RJ 2002/8260), expone en su FJ 2º que uno de los requisitos del tipo penal de omisión de socorro es “que no existan riesgos propios o de un tercero, como pueda ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita” (cursivas mías). En estos últimos términos también se expresaron la STS de 26 de septiembre de 1990, Sala 2ª, FJ 1º (Westlaw Aranzadi, RJ 1990/7246), la STS 13 de mayo de 1997, Sala 2ª, FJ 3º (Westlaw Aranzadi, RJ 1997/4504), la STS de 23 de febrero de 1981, Sala 2ª (Westlaw Aranzadi, RJ 1981/770) y la STS de 16 de mayo de 1991, Sala 2ª, FJ 3º (Westlaw Aranzadi, RJ 1991/3677).

⁶² Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, *op. cit.*, pp. 166 y 167.

⁶³ Silva Sánchez, *El delito de omisión...*, *op. cit.*, p. 354.

resultado dañoso es netamente muy superior al de las condiciones que obstaculizan o dificultan su verificación”.⁶⁴

Por otro lado, desde el punto de vista *cualitativo*, la existencia o no de dicha situación de riesgo dependerá de los elementos objetivos que rodean a la situación de hecho (elementos concomitantes), esto es, que “permitan anunciar la probable verificación de la lesión” en los bienes jurídicos objeto de peligro. En consecuencia, que atendiendo a las circunstancias concretas del caso se revele como probable la producción de un resultado lesivo.

Esta posición, que ha sido recogida por la doctrina mayoritaria, viene a señalar la necesidad de combinar diversos factores para ponderar y elaborar un juicio de *probabilidad efectiva de lesión*. Se hace referencia al valor de los bienes jurídicos amenazados, a la índole del mal o calidad del riesgo que se cierne sobre el sujeto o sobre un tercero, al grado de la inminencia del resultado dañoso o a la proximidad temporal del peligro, entre otros elementos.⁶⁵

Como advierte Rodríguez Mourullo en relación con el artículo 195 del Código Penal español, para

que desaparezca el deber de ayuda no se exige que el riesgo sea mayor ni que sea igual al peligro sufrido por la persona necesitada de auxilio, pudiendo ser menor, siempre que sea un riesgo “relevante”.⁶⁶ Esta opinión es compartida y matizada también por Huerta Tocildo, quien apunta que el riesgo puede ser menor sin que sea necesariamente insignificante, cuestión que debe medirse atendiendo al caso concreto y a los bienes jurídicos en peligro.⁶⁷

Precisamente conectando con esta última cuestión, debemos responder ahora a la pregunta de a qué bienes jurídicos viene referido el riesgo apuntado en estos tipos penales omisivos. Pensamos que exigencias de interpretación teleológica aconsejan restringir el círculo de bienes jurídicos a los estrictamente personales, esto es, la vida, integridad, libertad, libertad sexual y honor,⁶⁸ solución que resulta coherente con la exigencia de elaboración de un juicio de ponderación, como antes se señaló. Esta postura restrictiva ha sido adoptada por la mayoría de la doctrina en España,⁶⁹ si bien se tiende a excluir el honor de este catálogo.⁷⁰ Lógicamente, al tratarse de bienes personales, no integrarán el *riesgo* aquellos peligros para el patrimonio

⁶⁴ Sobre la teoría cuantitativa en la valoración del daño, *vid.* Ochoa Figueroa, *Ilícito penal e ilícito administrativo en el ámbito del medioambiente...*, *op. cit.*, pp. 402 y ss.

⁶⁵ Así Gomez Pavón, en López Barja y Rodríguez Ramos (coords.), *Código penal comentado*, *op. cit.*, p. 930; Molina Fernández, en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 120-149; Muñoz Conde, *Derecho penal, parte especial*, *op. cit.*, p. 340; Bajo Fernández y Díaz-Maroto Villarejo, *Manual de derecho penal...*, *op. cit.*, p. 76; Sola Reche, en Díez Ripollés y Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 620; Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, *op. cit.*, p. 84; Luzón Cuesta, *Compendio de derecho penal, parte especial...*, *op. cit.*, p. 109; López Barja de Quiroga, en Conde-Pumpido Tourón (dir.), *Comentarios al código penal...*, *op. cit.*, p. 1517; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 122; Del Rosal Blasco, en Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 312; Gómez Martín, en Corcoy Bidasolo (dir.), *Derecho penal, parte especial...*, *op. cit.*, p. 347; y Sánchez Tomás, *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*, *op. cit.*, p. 69, entre otros. Estos criterios han sido también mantenidos por la jurisprudencia española; así, la STS de 25 de octubre de 1993, Sala 2ª, FJ 3º (Westlaw Aranzadi, RJ 1993/7956).

⁶⁶ Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, *op. cit.*, p. 229. En el mismo sentido, admitiendo que el riesgo pueda ser menor que el peligro del sujeto pasivo en el delito de omisión del deber de socorro, Molina Fernández, en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de derecho penal...*, *op. cit.*, p. 155; Choclán Montalvo, en Calderón Cerezo y Choclán Montalvo, *Manual de Derecho Penal II, parte especial...*, *op. cit.*, p. 125; y Sola Reche, en Díez Ripollés y Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 633. Para los autores, este matiz que admite que el riesgo pueda ser menor serviría, a su vez, para diferenciar esta cláusula con el estado de necesidad (que es causa de justificación en sede de antijuridicidad). Exigiendo que se trate de un “riesgo relevante”, Sáinz Cantero, *El delito de omisión...*, *op. cit.*, p. 448.

⁶⁷ Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 211 y 212. La autora, analizando la expresión en el seno del antiguo art. 368 del Código Penal español, considera que el juicio de ponderación en estos casos debe atender a una doble gradación: cuantitativa (en caso de bienes jurídicos homogéneos) y cualitativa (según sea el bien jurídico en peligro).

⁶⁸ Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, *op. cit.*, pp. 223-225. Debe matizarse que el autor se refiere al antiguo bien jurídico “honestidad” en lo que hoy se concibe como “libertad sexual” en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. *Vid.* Rodríguez Mourullo, en Rodríguez Mourullo (dir.) y Jorge Barreiro (coord.) *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, p. 555.

⁶⁹ Así Molina Fernández en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de derecho penal...*, *op. cit.*, p. 155; Muñoz Conde, *Derecho penal, parte especial*, *op. cit.*, p. 342; Hernández Hernández, en Conde-Pumpido Ferreiro, *Código penal comentado*, *op. cit.*, p. 609; Del Rosal Blasco, en Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 312; Sola Reche, en Díez Ripollés y Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal...*, *op. cit.*, p. 632; Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal. Parte especial*, *op. cit.*, p. 85, o Blanco Lozano, *La omisión del deber de socorro...*, *op. cit.*, p. 179, entre otros. Más restrictivamente, pronunciándose solo a favor de los bienes jurídicos vida e integridad física o salud, Gómez Pavón, en López Barja y Rodríguez Ramos (coords.), *Código penal comentado*, *op. cit.*, p. 931; Serrano Gómez y Serrano Maíllo, *Derecho penal, parte especial*, *op. cit.*, p. 267, y Portilla Contreras, en Quintero Olivares y Morales Prats, *El nuevo derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 1672.

⁷⁰ Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales...*, *op. cit.*, p. 213.

La cláusula “sin riesgo propio o ajeno”: su función limitadora del deber en los delitos omisivos

de la persona.⁷¹ En síntesis, pensamos que el riesgo ha de referirse a bienes jurídicos personales del omitente (riesgo propio) o de un tercero (riesgo ajeno).

6. Especial referencia al riesgo de detención como riesgo propio

Cuestión importante a los efectos de este trabajo, que además ha tenido numerosos pronunciamientos en la doctrina penal española, consiste en determinar si el riesgo de ser detenido o procesado puede hacer desaparecer el deber de actuación (de socorro, de impedir delitos). Se plantea aquí el caso, verbigracia, de aquel sujeto que ha robado en una joyería y posteriormente huye en coche y encontrándose un accidentado en el camino no se detiene a socorrerlo dado el riesgo de detención que le generaría cumplir con tal deber. O el ejemplo del inmigrante que, por miedo a ser detenido y deportado a su país de origen, no se detiene a prestar socorro ante una situación que así lo requería, dándose a la fuga.⁷²

La mayoría de la doctrina entiende que tal circunstancia no puede entenderse como “riesgo” a los efectos del tipo penal omisivo, y por ello, dicha omisión seguiría calificándose como típica.⁷³ Se alega por este sector que el riesgo debe restringirse exclusivamente a riesgos *materiales* pero no a riesgos *jurídicos*.⁷⁴

Esta es la línea seguida también por la jurisprudencia española, que ha entendido que “el impedimento u obstáculo del cual deriva el peligro propio o de tercero ha de ser de naturaleza material, no de naturaleza jurídica, es decir, dicho impedimento u obstáculo

ha de ser tal que razones de orden físico, tangibles, perceptibles por los sentidos, no fuera posible prestar el auxilio”.⁷⁵ Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 26 de septiembre de 1990,⁷⁶ ante un supuesto en el que el acusado alegó que omitió el auxilio porque no poseía carné de conducir, lo que le supondría el riesgo de detención, señala en su FJ 1º que

las consecuencias que pudieran derivarse para el conductor al carecer de permiso de conducción, indudablemente no representan “el riesgo propio” a que se refiere el precepto, equivalente a *peligro personal* o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que suponga la prestación de socorro. La actitud del inculpa-do no pudo ser más displicente y desconsiderada con la víctima, ausentándose del lugar sin tomarse la más ligera molestia tendente a conocer las consecuencias del siniestro o el género de ayuda que pudiera precisar.⁷⁷

En esta línea de pensamiento mayoritaria se sitúa Rodríguez Mourullo, quien resalta que la existencia de un *principio de autoencubrimiento* en nuestro sistema penal, por el cual el Derecho no obliga a que un sujeto descubra su propio delito, no permite sin embargo que dicho sujeto, en el ejercicio de ese interés propio de evitar que se le capture y sancione, “recurra a medios que constituyen por sí mismos nuevos delitos [como, por ejemplo, la omisión de socorro]”.⁷⁸

No obstante, otro sector doctrinal matiza lo anterior y admite que en determinados casos tal circuns-

⁷¹ Así, v.gr., Gómez Pavón, en López Barja y Rodríguez Ramos (coords.), *Código penal comentado*, op. cit., p. 931; Sáinz Cantero, *El delito de omisión...*, op. cit., p. 448, o Portilla Contreras, en Quintero Olivares y Morales Prats, *El nuevo derecho penal español...*, op. cit., p. 1672. En contra, sin embargo, Vázquez Iruzubieta, *Nuevo Código Penal comentado*, op. cit., p. 292; a juicio del autor “el riesgo [...] puede ser sobre la persona o bienes del obligado” (cursivas mías).

⁷² Vid. J. Cardona Torres, *Derecho Penal, parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Barcelona, Bosch, 2010, p. 175.

⁷³ Así Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, op. cit., pp. 226-229; Muñoz Conde, *Derecho penal, parte especial*, op. cit., p. 342; Hernández Hernández, en Conde-Pumpido Ferreiro, *Código penal comentado*, op. cit., p. 609; Del Rosal Blasco, en Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español...*, op. cit., p. 312; Sola Reche, en Díez Ripollés y Romeo Casabona, *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., pp. 633 y 634; Aráuz Ulloa, *El delito de omisión del deber de socorro...*, op. cit., pp. 375-377; y García Albero, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la parte especial...*, op. cit., p. 434.

⁷⁴ Así se expresan, v.gr., Cardona Torres, *Derecho Penal, parte especial...*, op. cit., p. 175; Del Rosal Blasco, en Lorenzo Morillas Cueva (coord.), *De la omisión del deber de socorro*, op. cit. p. 288, o Choclán Montalvo, en Calderón Cerezo y Choclán Montalvo, *Manual de Derecho Penal II, parte especial...*, op. cit., p. 125.

⁷⁵ Vid. STS de 25 de octubre de 1993, Sala 2ª (Westlaw Aranzadi, RJ 1993/7956), FJ 3º.

⁷⁶ STS de 26 de septiembre de 1990, Sala 2ª (Westlaw Aranzadi, RJ 1990/7246), FJ 1º.

⁷⁷ Tampoco la STS de 27 de abril de 1987, Sala 2ª (Westlaw Aranzadi, RJ 1987/2623) admitió que el riesgo de detención fuese suficiente para desplazar el deber de socorro por concurrir la circunstancia de “sin riesgo propio ni de terceros”, prevista en el tipo penal del artículo 195 del Código Penal español.

⁷⁸ Rodríguez Mourullo, *La omisión...*, op. cit., pp. 226 y 227.



tancia sí puede desplazar el deber de acción establecido por una norma penal.⁷⁹ Según Silva Sánchez, la solución a estos casos debe atender a las circunstancias concretas y ante tales circunstancias específicas, será posible “afirmar en algunos casos la inexigibilidad de la prestación de socorro cuando el socorrer implicaría para el sujeto la detención y consiguientes enjuiciamiento y condena, [afirmaciones que el autor realiza en el caso del delito de omisión del deber de auxiliar]”.⁸⁰

En este sentido, también Huerta Tocildo, partiendo de una consideración de la cláusula como causa de atipicidad (opinión compartida por nosotros, como dijimos), apunta a que el sujeto que corre el peligro de sufrir una pena privativa de libertad padece un riesgo propio que convierte su omisión en atípica y, por tanto, en no delictiva, con lo que seguiría operando el *principio de autoencubrimiento* toda vez que el sujeto no comete delito alguno en su huída (pues esa omisión no entra en el tipo penal).⁸¹

En nuestra opinión, el riesgo de ser detenido y consecuentemente sancionado con una pena sí es susceptible de suponer un riesgo propio para el sujeto cuando con ello pueda quedar afectada la *libertad* del mismo y, más concretamente, su libertad ambulatoria (si bien deberá atenderse a cada caso concreto y sus circunstancias para concluir que el riesgo era lo suficientemente relevante para excluir el deber).⁸² Creemos que las opiniones en contra pueden contrarrestarse por dos motivos diferenciados: en primer lugar, porque aquella concepción jurisprudencial y doctrinal la cual alega que el riesgo al que se refiere el precepto solo hace referencia a “riesgos materiales” (no jurídicos) parte de una interpretación restrictiva

del mismo que, creemos, admite otras opiniones. Así, donde la ley no hace distinción, tampoco nosotros debemos distinguir (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). Dado que la ley no difiere en el tipo de riesgo a que se quiere referir el precepto, consideramos que pueden quedar incluidos tanto los riesgos materiales como los jurídicos, siempre que estos últimos puedan afectar a alguno de los bienes jurídicos a los que se refiere el riesgo (entre los que se encuentra, a nuestro juicio, la libertad, que queda en entredicho en los supuestos apuntados). No obstante, al margen de lo anterior, creemos que el riesgo de ser detenido y posteriormente sancionado con pena privativa de libertad supone, en último término, un auténtico riesgo material: el sujeto que omite el deber requerido por la norma en las situaciones indicadas no lo hace por temor a la detención y la pena en abstracto consideradas, sino por temor a la privación de su libertad que ello conllevaría, constituyendo éste un auténtico riesgo material.

En segundo lugar, y una vez entendido que estamos ante un verdadero riesgo, no compartimos los argumentos que afirman que se excede del *principio de autoencubrimiento* en estos casos, por estarse cometiendo un nuevo delito al intentar eludir la detención y posterior sanción. Y ello porque consideramos que en estas situaciones no se está cometiendo ningún delito, toda vez que el riesgo constatado excluye la tipicidad (en coherencia con lo mantenido por nosotros al analizar la naturaleza de esta cláusula), por lo que sigue en plena vigencia el *principio de autoencubrimiento* al no servirse el sujeto de la comisión de nuevos hechos delictivos para preservar su interés en evitar la detención y posterior sanción.

⁷⁹ Así, por ejemplo, Alamillo Canillas, *La solidaridad...*, *op. cit.*, pp. 118 y 119; Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales...*, *op. cit.*, p. 213 (nota al pie 49); Molina Fernández, en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de derecho penal...*, *op. cit.*, p. 163; J.M. Zugaldía Espinar, “Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3º del artículo 489 bis del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 24, año 1984, pp. 581 y ss.; o J.M. Silva Sánchez, “Problemas del tipo de omisión del deber de socorro”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLI, fascículo I, enero-abril, 1988, pp. 561-566. En el mismo sentido que éste último, Portilla Contreras, en Quintero Olivares y Morales Prats, *El nuevo derecho penal español...*, *op. cit.*, p. 1673.

⁸⁰ Silva Sánchez, *Problemas del tipo de omisión...*, *op. cit.*, p. 565. A juicio del autor, debe distinguirse entre si la situación de la víctima hubiera sido provocada por el que ahora omite (supuestos “de injerencia”) o, por el contrario, sean situaciones totalmente independientes. Además, deben tenerse en cuenta las distintas variables que entran en juego en cada caso concreto: gravedad del peligro que amenaza a la víctima, posibilidades del sujeto para reducir el peligro, intensidad mayor o menor del riesgo de ser detenido, gravedad de la pena que se impondría, etcétera.

⁸¹ Afirmación de Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales...*, *op. cit.*, p. 213 (nota al pie 49), cuando analiza estos supuestos conflictivos en el seno del delito de omisión del deber de impedir determinados delitos. Debe matizarse que la autora restringe el entendimiento de estas situaciones de “riesgo” tan solo a aquellos casos en que la posible sanción penal pueda afectar a la libertad del sujeto, mas no cuando se trate de penas no privativas de libertad.

⁸² Bustos Rubio, *La tipicidad objetiva en el delito de omisión...*, *op. cit.*, pp. 184 y 185.



Análisis crítico sobre la regulación de los delitos de robo en el Proyecto de 2013 de reforma del Código penal*



Juana del Carpio Delgado

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

RESUMEN: *En la línea de exacerbación punitiva que caracteriza las reformas penales de los últimos tiempos, el Proyecto prevé ampliar sustancialmente el ámbito de aplicación tanto de los tipos básicos como de los tipos cualificados de los delitos de robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación en las personas. La propuesta de reforma supone un trascendental cambio en la configuración y régimen punitivo de estos delitos sin que se hayan ofrecido argumentos convincentes para justificar la reforma y, tal como sucede con otros aspectos del Proyecto, vulnera claramente los principios de seguridad jurídica y de proporcionalidad.*

PALABRAS CLAVE: *Delincuencia patrimonial, robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación, productos agrarios y ganaderos, porte de armas, profesionalidad.*

ABSTRACT: *In punitive Exacerbation's line that characterize penal reforms of recent times, the Project provides substantially expand the scope of applicability of basic and skilled types of crime of burglary in things and robbery with violence or intimidation against persons. The proposed reform is a major change in the configuration and punitive regime of these crimes has not offered convincing arguments for reform and, as with other aspects of the project, clearly violates the principles of legal certainty and proportionality.*

KEY WORDS: *Heritage crime, burglary in things, robbery with violence or intimidation, agricultural and livestock products, carrying of weapons, professionalism.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Robo con fuerza en las cosas. III. Robo con violencia o intimidación en las personas. IV. Bibliografía.*

* El presente 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 y en el Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminología, SEJ 047 de la Junta de Andalucía, ambos dirigidos por el profesor Francisco Muñoz Conde.

Abreviaturas

CF: *Consejo Fiscal;*

CGPJ: *Consejo General del Poder Judicial;*

CP: *Código penal;*

FGE: *Fiscalía General del Estado;*

PE: *Parte Especial;*

PrCp: *Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, presentado en septiembre de 2013;*

SAP: *Sentencia de Audiencia Provincial;*

STS: *Sentencia del Tribunal Supremo.*

I. Introducción

En la Exposición de Motivos del Proyecto de reforma presentado en septiembre de 2013, se argumenta que la “revisión de los delitos patrimoniales tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave”. La referencia a estas dos cuestiones puntuales, que por cierto no quedan solucionadas satisfactoriamente en el Proyecto, le sirve de excusa al prelegislador para ampliar el ámbito de aplicación del delito de robo con fuerza en las cosas en el que se pretende incluir los supuestos de *fuerza subséquens* e incorporar “nuevos” tipos cualificados. Como era de esperar, el Proyecto también aumenta los marcos penales de forma que la pretendida progresión punitiva entre los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación en las personas termina diluyéndose al haber la posibilidad, por ejemplo, de que determinados tipos cualificados del robo con fuerza en las cosas sean castigados con la misma pena de algunos tipos cualificados del robo con violencia o intimidación.

Con relación al robo con fuerza en las cosas, los aspectos más importantes de la propuesta de reforma son los siguientes: en primer lugar, se amplía el concepto de fuerza, por lo que, como veremos a continuación,

se considera también como fuerza la que se realiza para abandonar o salir del lugar en el que se encuentran las cosas. En segundo lugar, se incorporan nuevos tipos cualificados en el art. 235 PrCp. En tercer lugar, se pretende introducir un nuevo artículo 235 bis PrCp, en el que se contienen dos circunstancias agravantes aplicables a los delitos de hurto (art. 235 bis PrCp), robo con fuerza en las cosas (art. 240.2 PrCp) y al robo con violencia o intimidación (art. 242.3 PrCp). Por un lado, cuando el autor o cualquiera de los intervinientes en el hecho porte un arma u otro instrumento peligroso y, por otro, cuando se trate de un miembro de una organización o grupo criminal constituido para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito. En cuarto lugar, se prevé agravar el robo con fuerza cometido en edificio o local abierto al público fuera de las horas de apertura. En quinto lugar, se prevé una hiperagravación cuando el robo cometido en casa habitada o en edificio o local abierto al público o en cualquiera de sus dependencias revista especial gravedad, atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados y, en cualquier caso, cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en los arts. 235 o 235 bis PrCp.

También se proponen importantes modificaciones para el robo con violencia o intimidación en las personas. Así, en primer lugar, se aclara el concepto de robo con violencia o intimidación. En segundo lugar, se prevé la agravación específica del robo cometido en edificio o local abierto al público o en sus respectivas dependencias. En tercer lugar, se dispone que las circunstancias contenidas en el nuevo art. 235 bis PrCp también sean aplicables al robo con violencia o intimidación.

Finalmente, se prevé incluir un nuevo artículo 242 bis PrCp que afecta todo el Capítulo II del Título XIII del Libro II del Código penal, en el que se establece que a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en este Capítulo se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.¹

¹ En el Proyecto también se propone la reforma de la medida de libertad vigilada. Según el art. 104 PrCp, los requisitos que deben concurrir para imponer la libertad vigilada postpenitenciaria son: (i) que esté prevista expresamente para el delito cometido; (ii) que se haya impuesto al sujeto una pena de más de un año de prisión. Obsérvese que se dispone que el sujeto debe haber sido condenado a una pena de más de un año de prisión, no que el delito cometido tenga prevista esa pena; (iii) pronóstico de peligrosidad futura, lo que supone que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos, y (iv) que sea necesaria. Es decir, que la imposición de la libertad vigilada resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto. A diferencia de la regulación vigente, el catálogo de prohibiciones y obligaciones que vendrán a concretar el contenido de la libertad vigilada es abierto. Si bien el art. 104 bis PrCp contiene un extenso número de obligaciones

II. Robo con fuerza en las cosas

1. La ampliación del concepto de robo con fuerza en las cosas

El Proyecto pretende la modificación del art. 237 CP en la que se contiene el concepto de robo con fuerza en las cosas en los siguientes términos: “Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran”. De esta forma, como veremos a continuación, los supuestos de *fuerza subséquens* pasarán a ser típicos a efectos del robo.

En líneas generales, en el texto refundido del Código penal de 1973, el robo con fuerza en las cosas se definía en los arts. 500 y 504. En el primero de ellos se establecía que “son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucrarse, se apoderan de las cosas muebles ajenas [...] empleando fuerza en las cosas”. Mientras que en el segundo se mencionaban las modalidades de fuerza empleada en la ejecución del hecho. Como en estos artículos no se establecía el momento en el que la fuerza debía estar presente, doctrina y jurisprudencia discrepaban sobre el alcance del momento en el que el sujeto debía aplicar la fuerza. Así, alguna sentencia aislada consideró como robo con fuerza en las cosas aquel en el que el sujeto utilizara el escalamiento para salir del lugar donde había realizado el apoderamiento por entender que, como esta clase de delitos de robo no se consuma

hasta que hay una disponibilidad pacífica de la cosa sustraída, y como tal disponibilidad no existe hasta que se abandona sin persecución el lugar del robo, la salida con escalamiento quedaba dentro de la acción de robar.² Sin embargo, jurisprudencia y doctrina mayoritaria se manifestaban de acuerdo con que para no ampliar desmesuradamente el ámbito del robo con fuerza en las cosas, los supuestos de fuerza a los que se hacía referencia en el art. 504 CP debían concurrir en el momento de la ejecución del hecho. Así, la *fuerza subséquens*, es decir, la que se aplica con posterioridad a la ejecución, no podría configurar la fuerza exigida en el robo.³ En consecuencia, una fractura posterior a la sustracción de la cosa o el escalamiento, no para acceder al lugar en el que se encuentra la cosa sino para huir del lugar de los hechos, constituían actos posteriores, en principio, impunes.

Tras la promulgación del Código penal de 1995, este problema interpretativo quedó solucionado. El art. 237 CP contiene el concepto de robo y, además, describe sus dos modalidades típicas; pero, para determinar en qué consisten éstas, debemos remitirnos a los siguientes artículos en los que se detallan los demás elementos típicos que deben concurrir para que un hecho pueda ser calificado como robo. En el art. 237 CP se establece que son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de cosas muebles ajenas “empleando fuerza en las cosas ‘para acceder’ al lugar donde éstas se encuentran”.

A diferencia de la configuración del robo con violencia o intimidación en la que el legislador no esta-

y prohibiciones que el sujeto debe cumplir durante todo el tiempo de duración de la libertad vigilada o durante un periodo determinado, el juez puede imponer el cumplimiento de otras obligaciones y “condiciones”, especialmente aquellas que se refieran a la formación, ocio o desarrollo de su actividad habitual. También se prevé la posibilidad de imponer el cumplimiento de otros “deberes” que se estimen convenientes para la rehabilitación social del condenado, previa conformidad de éste. A pesar de no disponerse expresamente, la imposición de algunas de las medidas contenidas en el catálogo deberán contar con el consentimiento del sujeto condenado al suponer una grave injerencia en la libre determinación del sometido a la misma, como, por ejemplo, el deber de someterse al control del consumo de alcohol, drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o el someterse a tratamiento ambulatorio. En cualquier caso, la imposición de las obligaciones y prohibiciones está condicionada, en primer lugar, por que no atenten contra la dignidad del sometido a las mismas y, en segundo lugar, por que no resulten excesivas o desproporcionadas con las circunstancias del caso. Un análisis de la regulación vigente puede verse en 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 y ss.; “La medida de libertad vigilada para adultos”, *Revista de Derecho penal*, núm. 36, 2012, pp. 21 y ss.; Sierra López, *La medida de libertad vigilada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 99 y ss.

² Así, en la STS, 1ª, 23.05.1987 (Id Cendoj: 28079120011987101044; MP Luis Vivas Marzal) se declara expresamente: “si bien es preciso reconocer que, siendo prevalente la doctrina de la ‘illatio’, conforme a la cual no se consuma la infracción sino cuando el infractor o infractores tienen la disponibilidad de lo sustraído siquiera sea durante breve espacio de tiempo, es lo cierto que, el delito de robo, no se consuma sino cuando se produce esa disponibilidad, lo cual implica que, la salida del lugar de autos por vía insólita, pueda implicar que, para la perfección delictiva, haya sido indispensable ese denominado escalamiento de salida, el cual quedaría totalmente inmerso dentro de la dinámica comisiva”.

³ De esta opinión, entre otros, Bajo Fernández, Pérez Manzano y Suárez González, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, p. 166; Mata y Martín, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 252 y 259; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, 16ª ed., Madrid, Dykinson, 1993, p. 452.

blece la relación entre estas dos modalidades típicas y el apoderamiento, en el robo con fuerza en las cosas se prevé expresamente el momento y la conexión entre la fuerza y el apoderamiento. La fuerza debe ser previa al apoderamiento y con la finalidad de acceder al lugar donde se encuentra la cosa. Consecuentemente, al igual que la interpretación dada a la regulación contenida en el Código penal de 1973, la fuerza en las cosas realizada con posterioridad al apoderamiento no es fuerza típica para configurar el robo, dando lugar, si cabe, a un hurto.⁴ Por ejemplo, no es típico a efectos del robo el escalamiento ni la rotura de la puerta o ventana para salir del lugar donde se produjo el apoderamiento.⁵

Esta opción legislativa, admitida de forma pacífica por la doctrina y jurisprudencia, pretende ahora ser modificada por el Proyecto en cuya Exposición de motivos se argumenta que “se modifica la definición de robo con fuerza, que pasa a incluir los supuestos en los que la fuerza se utiliza para abandonar el lugar con el botín (el problema habitual se planteaba en los supuestos de desactivación de los sistemas de alarma desde el interior del lugar)”.

Pues bien, atendiendo a la justificación que se da en la Exposición de motivos, parece que la finalidad principal es dar respuesta a los supuestos de desactivación de los sistemas de alarma desde el interior del lugar, es decir, cuando el sujeto inutilice los sistemas específicos de alarma o guarda a los que se refiere el artículo 235.5º CP para salir del lugar en el que se encuentran los objetos sustraídos. Sin embargo, la reforma que se pretende no sólo abarca a la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda sino al concepto mismo de robo y consecuentemente a todas las modalidades de fuerza en las cosas. Así, por ejemplo, abarcará supuestos en los que el sujeto, sin emplear fuerza en las cosas, accede a un determinado

lugar en el que permanece hasta el cierre, tras lo cual se apodera de objetos y mediante el empleo de fuerza sale de éste. Es decir, supuestos de *fuerza subséquens* que en la actualidad no constituyen fuerza a efectos del robo.

La propuesta de reforma supone ampliar desmesuradamente el ámbito de aplicación del robo con fuerza en las cosas en detrimento del hurto, porque si es indiferente el momento en que la fuerza se aplica, estos supuestos que en la actualidad constituyen delito o falta de hurto pasarán a calificarse como robo con fuerza en las cosas. Si la fuerza puede ser también para “abandonar” el lugar donde el objeto material se encuentra, entonces ésta puede estar presente en cualquier momento de la fase ejecutiva del delito, trasladándose así lo que hasta ahora se interpreta en el robo con violencia o intimidación. Siguiendo con el ejemplo anterior, el escalamiento que se emplee para salir del lugar del apoderamiento entrará en el concepto de fuerza y por lo tanto el hecho será constitutivo de robo con fuerza en las cosas.

Además, al hacer depender la calificación de una conducta posterior a la sustracción misma, para determinar la índole del delito cometido habría que estar a lo que resultase de la conducta posterior del sujeto. Por ejemplo, si el sujeto, tras esconderse en los servicios de un bar para que, una vez cerrado éste, sustraiga un determinado objeto, es sorprendido instantes antes de prepararse para salir por la ventana, estaremos ante una tentativa de hurto, mientras que si es sorprendido cuando se dispone a saltar por la misma vía, estaremos ante un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa.

Mención especial requiere la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda. Con relación a esta modalidad de fuerza, tanto la doctrina⁶ como el Tribunal Supremo⁷ y la Fiscalía General del Esta-

⁴ Véanse por todos, De Vicente Martínez, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 55; Fernández García, “El robo con fuerza en las cosas”, en Tasende Calvo (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 93 y s.

⁵ Véanse entre otras, STS, 1ª, 18.10.1999 (Id Cendoj: 28079120011999101918; MP: Joaquín Delgado García); STS, 1ª, 07.02.2001 (Id Cendoj: 28079120012001104262; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón); STS, 1ª, 23.05.2001 (Id Cendoj: 2807912001200110432; MP: José Antonio Maraño Chávarri); STS, 1ª, 05.11.2001 (Id. Cendoj: 28079120012001105502; MP: José Antonio Maraño Chávarri).

⁶ Al respecto, véanse De Vicente Martínez, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, p. 72; Fernández García, “El robo con fuerza en las cosas”, pp. 147 y ss.; García Arán, “De los robos”, en Córdoba Roda y García Arán (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. I, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 668.

⁷ STS, 1ª, 25.06.1998 (Id. Cendoj: 28079120011998102470; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón). Un comentario sobre esta sentencia puede verse en Iñigo Corroza, “Desactivación de sistemas específicos de alarma: ¿hurto o robo con fuerza en las cosas? Comentario a STS de 25 de junio de 1999”, en Silva Sánchez (dir.), *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 67 y ss. Véanse también, SAP Jaén, Sec. 3ª, 29.11.2010 (Id. Cendoj 23050370032010100581; MP: Jesús María Passolas Morales); SAP Pamplona, Sec. 3ª, 04.11.2011 (Id. Cendoj: 31201370032011100364; MP: Ildelfonso Prieto García-Nieto).



do⁸ han concluido que la desactivación, con fines de apoderamiento, de los sistemas de alarma sujetos a objetos expuestos para su venta en los establecimientos abiertos al público no constituyen robo con fuerza en las cosas. De este modo, desprender el mecanismo de alarma incorporado en una botella de whisky con la finalidad de evitar la activación de las alarmas dispuestas en la puerta de una licorería no es fuerza a los efectos del robo. Ello en coherencia con el propio concepto de robo con fuerza en las cosas contenido en el art. 237 CP, ya que se trata de una fuerza ejercida sobre la propia cosa y no de una fuerza para el acceso a la misma ni para salir del lugar donde se encuentra, tal como se prevé en el Proyecto.

Sin embargo, la ampliación de la fuerza a momentos posteriores al apoderamiento, y su escueta justificación contenida en la Exposición de motivos del Proyecto, puede llevar a interpretar, tal como se hace en el informe del CGPJ, que el concepto de robo que se propone permite abarcar supuestos como el de desactivar los sistemas de alarma instalados en los objetos para evitar que la sustracción llevada a cabo sea detectada al salir del lugar del establecimiento.⁹ Esta interpretación es incompatible con la propia definición de robo con fuerza en las cosas. Además, supone que las sustracciones que en la actualidad pueden ser constitutivas, en la mayoría de supuestos de faltas de hurto, por el escaso valor de lo sustraído, se transformen automáticamente en delitos de robo con fuerza en las cosas, pero no del tipo básico sino del tipo cualificado por haberse cometido en local abierto al público a castigarse con la pena de prisión de dos a cinco años, lo que, desde todo punto de vista, es una reacción punitiva desproporcionada.

2. Tipos cualificados por la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235 PrCp

El art. 235 CP contiene una serie de cualificaciones comunes al hurto y al robo con fuerza en las cosas. En este último caso, según dispone el art. 241.1 del mismo

código, “se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235”. Al respecto, la primera modificación que se debe resaltar es que en el Proyecto de reforma, esta disposición pasa a estar contenida en el art. 240.2 PrCp. La segunda modificación y más importante es la introducción en el art. 235 PrCp de nuevas cualificaciones que pueden ser clasificadas en atención al *objeto material* (conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico o de servicios de telecomunicaciones y productos agrarios o ganaderos o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención), a la *víctima o sujeto pasivo* (aprovechando de su situación de desamparo, o la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad), al *sujeto activo* (actuar con profesionalidad), o por *utilizar* para la comisión del delito a un *menor de 16 años*.

Un aspecto de la propuesta de reforma de menor importancia es la separación en numerales distintos de las cualificaciones previstas en el art. 235.2º CP. Así, el robo con fuerza de cosas de primera necesidad pasa a estar regulado de forma autónoma en el numeral segundo; mientras que el robo de cosas destinadas a un servicio público se regula en el numeral tercero. Además, donde en el texto vigente se hace referencia a que la sustracción de estas cosas “ocasionare” una situación de desabastecimiento, el nuevo texto pasa a decir “se *cause*”.

2.1. Conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico o de servicios de telecomunicaciones, destinados a la prestación de servicios de interés general

En la Exposición de Motivos del Proyecto se declara que “debido al grave problema generado por la sustracción de cable de cobre de las redes de servicio público e interés general, también se ha considerado conveniente incorporar una agravación cuando los delitos de hurto o robo afecten a conducciones de suministro eléctrico o de telecomunicaciones”.¹⁰ Esta

⁸ FGE, Consulta 13/1997, Acerca del alcance atribuible al número 5º del art. 238 del Código Penal, en relación con el renovado concepto del delito de robo con fuerza en las cosas, 14 de noviembre.

⁹ A tal fin, el CGPJ propone la siguiente redacción “Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderan de las cosas muebles ajenas empleando fuerza para acceder al lugar donde se encuentran o para evitar que la sustracción cometida sea detectada al abandonar dicho lugar”. “Informe al Anteproyecto de octubre de 2012”, p. 191.

¹⁰ Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 20 de septiembre de 2013, p. 18. En los Anteproyectos de reforma anteriores, julio y octubre de 2012 y abril de 2013, sólo se contemplan expresamente las “conducciones de suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones”. En el Proyecto de septiembre de 2013, se menciona además al “cableado, equipos o componentes de infraestructuras”.

Análisis crítico sobre la regulación de los delitos de robo en el Proyecto de 2013 de reforma del Código penal

afirmación supone desconocer que sin necesidad de la mención expresa de tales objetos en el Código penal, su apoderamiento puede ser constitutivo de hurto, robo con fuerza en las cosas o robo con violencia o intimidación; por lo que, desde nuestro punto de vista, la mención expresa en el Proyecto de estos objetos materiales es superflua.¹¹

En un trabajo sobre la propuesta de regulación de los delitos de hurto en el Anteproyecto presentado en octubre de 2012 de reforma del Código penal, hemos demostrado ampliamente que la sustracción de las conducciones o cableado del suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones no es un fenómeno exclusivo de nuestros tiempos, por lo que, a través de distintas figuras delictivas, el legislador le ha prestado especial atención.¹² Por un lado, tanto la jurisprudencia anterior al Código penal de 1995 como la posterior a éste viene calificando la sustracción de estos objetos materiales como hurto, robo con fuerza en las cosas o robo con violencia o intimidación según las circunstancias concurrentes en los hechos.¹³ Por otro lado, si estos objetos son considerados “cosas destinadas a un servicio público” vienen aplicando el tipo cualificado, sea el hecho constitutivo de hurto o de robo con fuerza en las cosas, previsto en el art. 235.2º CP, siempre que su sustracción cause un grave quebranto al servicio público.¹⁴

Sobre este último aspecto, cabe resaltar que a pesar de que en el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de octubre de 2012 se propone eliminar el requisito del grave quebranto para que el precepto tenga un mayor efecto disuasorio y para evitar que esta agravación dependiera de los factores asociados al funcionamiento, al servicio o suministro,¹⁵ el Proyecto mantiene este requisito. Esta decisión ha de ser valorada positivamente, porque el fundamento de esta cualificación debe seguir siendo el destino general del objeto a la prestación del servicio público y su relación necesaria y directa con el desempeño de la función; y el interés que los ciudadanos no vean perturbada o impedida la posibilidad de utilizar la energía eléctrica, las conexiones a Internet, telefonía, etcétera.¹⁶

Sin embargo, se produce un pequeño cambio en la terminología utilizada para describir el destino de las cosas. Donde en la actualidad se dice cosas “destinadas a un servicio público”, ahora se dice cosas “destinadas a la prestación de servicios de interés general”. Este cambio terminológico no debe suponer un cambio en la interpretación sobre el alcance del tipo. Debe seguir tratándose de objetos destinados a los servicios esenciales y básicos de la colectividad,¹⁷ prestados tanto por las administraciones públicas como por las empresas privadas concesionarias del servicio en régimen de contratación pública.¹⁸

¹¹ Por el contrario, el CF considera que la introducción de esta circunstancia es un acierto “al agravar la penalidad de estos comportamientos delictivos que generan grandes perjuicios económicos a las compañías eléctricas y telefónicas, e incluso a las ferroviarias, afectando a servicios públicos y creando en ocasiones problemas de suministro”, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal*, enero 2013, p. 207.

¹² Del Carpio Delgado, “Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del Anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal”, *Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Derecho penal*, núm. 1, junio de 2013, pp. 15 y ss.

¹³ SAP Burgos, Penal Sec. 1ª, 10.09.2012 (Id Cendoj: 09059370012012100398); MP: Francisco Manuel Marín Ibáñez. Véanse también, entre otras, SAP Huelva, Penal Sec. 3ª, 09.06.2011 (Id Cendoj: 21041370032011100286); MP: Luis Guillermo García-Valdecasas y García-Valdecasas); SAP Madrid, Penal Sec. 4ª, 01.01.2012 (Id Cendoj: 28079370042012100108); MP: Eduardo Jiménez-Clavería Iglesias); SAP Valencia, Penal Sec. 3ª, 10.01.2012 (Id Cendoj: 46250370032012100004); MP: Lucía Sanz Díaz); SAP Madrid, Penal Sec. 3ª, 28.07.2012 (Id Cendoj: 28079370302012100353); MP: Ignacio José Fernández Soto).

¹⁴ STS, 1ª, 08.11.1988 (Id Cendoj: 28079120011988100811); MP: José Hermenegildo Moyna Menguez); STS, 1ª, 18.01.1989 (Id Cendoj: 28079120011989105869); MP: Eduardo Moner Muñoz); STS, 1ª, 21.02.1989 (Id Cendoj: 28079120011989104971); MP: Luis Vivas Marzal); STS, Sec. 2ª, 17.03.1989 (Id Cendoj: 28079120021989100604); MP: Fernando Díaz Palos); STS, 1ª, 22.03.1990 (Id Cendoj: 28079120011990105177); MP: José Hermenegildo Moyna Menguez); STS, 1ª, 31.01.1991 (Id Cendoj: 28079120011991107010); MP: Francisco Soto Nieto); STS, 1ª, 19.01.1993 (Id Cendoj: 28079120011993109015); MP: Joaquín Delgado García); SAP Barcelona, Penal Sec. 5ª, 14.02.2011 (Id Cendoj: 08019370052011100083); MP: María Magdalena Jiménez Jiménez); SAP Jaén, Penal Sec. 2ª, 12.12.2011 (Id Cendoj: 23050370022011100461); MP: Rafael Morales Ortega); SAP Zaragoza, Penal Sec. 6ª, 29.05.2012 (Id Cendoj: 50297370062012100276); MP: Carlos Lasala Albasini).

¹⁵ CGPJ, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, enero de 2013, pp. 186 y s.

¹⁶ Del Carpio Delgado, *Libertas...*, op. cit., p. 21.

¹⁷ Así, entre otros, De Vicente Martínez, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, 1999, p. 111; García Arán, *El delito de hurto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 156; Quintero Olivares, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II (Artículos 234 a DF 7ª), 6ª ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2011, p. 40; Tasende Calvo, “Los hurto cualificados”, en Tasende Calvo (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 29.

¹⁸ Véanse, al respecto, García Arán, “El delito de hurto...”, op. cit., p. 156; Pérez Alonso, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, Edersa, 1995, pp. 392 y s.

Visto lo anterior, para aplicar este tipo cualificado será necesario, en primer lugar, que el objeto material sean conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico o de servicios de telecomunicaciones u otros objetos análogos; en segundo lugar, debe estar destinado a la “prestación de servicios de interés general”; y, en tercer lugar, el robo debe provocar un grave quebranto a estos servicios.

Como decíamos, la mención expresa de estos objetos en el Proyecto de septiembre de 2013 es superflua entre otros motivos porque el legislador, en su constante preocupación porque el casuismo utilizado en la descripción de los elementos del tipo no termine por estrechar el ámbito de lo punible o crear lagunas de punibilidad, mantiene la cláusula abierta de “otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general”, dentro de la cual entran sin ningún género de dudas los cables, tendidos eléctricos, telefónicos o cualquier otro objeto de similar naturaleza.

2.2. Productos agrarios o ganaderos, o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención, siempre que el delito se cometa en explotaciones agrícolas o ganaderas

Esta circunstancia que se propone introducir no tiene precedentes en los textos de reforma presentados por el Ejecutivo del Partido Popular. Tampoco en los Anteproyectos presentados en 2012 ni en 2013 se puede encontrar referencia alguna a esta circunstancia. Según se declara en la Exposición de motivos del Proyecto, se pretende ofrecer respuesta al

grave problema que plantean actualmente los delitos patrimoniales cometidos en explotaciones agrarias o ganaderas con causación de perjuicios relevantes a sus titulares: se trata de infracciones cometidas en explotaciones en las que difícilmente es posible adoptar medidas eficaces de protección, circunstancia que es aprovechada para la comisión de estos delitos; y que conllevan la causación a sus propietarios de un perjuicio extraordinariamente elevado, muy superior al que corresponde a la mera valoración de los productos sustraídos, y con causa de una grave sensación de desprotección e inseguridad para quienes los sufren.

En primer lugar, el objeto material de esta circunstancia está limitado, por un lado, a los productos agrarios o ganaderos dentro de los que se encuentran

los productos agrícolas como los alimentarios (frutas, hortalizas, etc.) y los industriales (algodón, esparto, etc.), así como los productos ganaderos (ganado bovino, caprino, porcino, etc.); por otro lado, también constituyen objeto material los instrumentos o medios que se utilizan para la obtención de estos productos, dígase las herramientas agrícolas o los aperos de labranza, entre otros.

En segundo lugar, el apoderamiento de estos objetos debe realizarse en un ámbito espacial determinado. Sólo podrá aplicarse esta cualificación si el delito se “comete en explotaciones agrícolas o ganaderas”. Consecuentemente, si la sustracción de estos objetos se realiza de los almacenes de una cadena de supermercados, de una alhóndiga, corrida o de cualquier otro lugar en el que se encuentren estos productos para su venta, comercialización o cualquier otra finalidad, no podrá aplicarse esta cualificación.

Por último, la exigencia de que el robo con fuerza cause un “perjuicio grave a la misma”, es decir, a la explotación agrícola o ganadera, supone que la valoración del resultado debe realizarse teniendo en cuenta otros efectos de la sustracción de los objetos distintos de su propia naturaleza o destino. El concepto de “perjuicio grave” es indeterminado y, como muchos de los que se contemplan en las demás cualificaciones, debe ser valorado por el órgano sentenciador en atención a las circunstancias del caso. Este perjuicio grave a la explotación agrícola o ganadera debe equivaler a una disminución patrimonial elevada, que supere el valor intrínseco de los productos sustraídos, de carácter objetivo y económico, y que permita diferenciarla del ámbito de la responsabilidad civil. Si esto es así, entonces, este efecto de la sustracción en poco o nada se distinguirá de la cualificación basada en la producción de perjuicios de especial consideración prevista en el numeral 3º del art. 235 CP (numeral 4º del art. 235 PrCp).

Ahora bien, teniendo en cuenta que el tipo cualificado debe contener todos los elementos del tipo básico, para aplicar esta cualificación, la sustracción de los productos agrarios o ganaderos debe realizarse utilizando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran. De esta forma, si un sujeto sustrae melocotones sin que sea necesario utilizar la fuerza para llegar a ellos porque, por ejemplo, la finca no cuenta con un sistema de cerramiento, los hechos serán constitutivos de hurto, mas no de robo con fuerza en las cosas.

Análisis crítico sobre la regulación de los delitos de robo en el Proyecto de 2013 de reforma del Código penal

En nuestra opinión, la introducción de esta cualificación, al igual que la anteriormente analizada, es innecesaria por dos motivos: los objetos que se mencionan expresamente son objetos materiales idóneos para configurar un delito de hurto,¹⁹ robo con fuerza en las cosas²⁰ o robo con violencia o intimidación. En la práctica, la sustracción de estos objetos viene siendo castigada por cualquiera de las modalidades delictivas anteriormente mencionadas. Además, existiendo una cualificación basada en la causación o producción de perjuicios de especial consideración, la introducción de esta cualificación no se debe a un vacío legal que deja impune este tipo de comportamientos, sino, por el contrario, el único fin es tranquilizar a las víctimas de estos hechos que, según la Exposición de motivos, tienen “una grave sensación de desprotección e inseguridad”.

2.3. Abuso de situación de desamparo de la víctima, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito

El numeral 6º mantiene la cualificación por poner a la víctima o a su familia en grave situación económica o que el hecho se haya realizado abusando de las circunstancias personales de ésta. Además de estas circunstancias personales de la víctima se introducen otras que suponen una mayor facilidad para la comisión del robo. Estas circunstancias relacionadas con la situación en la que se encuentra la víctima consisten en una situación de desamparo, un accidente o un riesgo o peligro general para la comunidad como pueden ser las inundaciones, incendios o terremotos. Para apreciar esta cualificación se requiere, además, de la concurrencia objetiva de estas circunstancias, que esta situación haya debilitado la defensa del suje-

to pasivo o facilitado la comisión impune del delito, y que ésta sea aprovechada de forma consciente por el sujeto activo.²¹

2.4. Profesionalidad

El numeral séptimo del art. 235 PrCp prevé cualificar el hurto o robo con fuerza en las cosas “cuando el autor actúe con profesionalidad”. Esta profesionalidad existe, según el precepto, cuando el autor de los hechos “actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional”.

En la Exposición de motivos del Proyecto, se alega que se introduce un supuesto agravado aplicable a la delincuencia profesional, con el “objetivo esencial” de ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia. Se incluyen en la “profesionalidad” todos aquellos supuestos en los que el autor actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional. Está claro que el prelegislador pretende castigar con una pena más grave los supuestos en los que el autor comete este tipo de sustracciones para sustentarse económicamente del producto o beneficio que éstas le reporten. Sin embargo, ni de la Exposición de motivos ni menos del texto contenido del precepto puede deducirse, sin temor a equivocarse, qué requisitos deben concurrir para apreciar tal profesionalidad.

En principio, de la referencia a la fuente de ingresos “no meramente ocasional” puede interpretarse que, al igual que en la regulación vigente del delito habitual y de la falta reiterada de hurto,²² el fundamento del rigor punitivo está en la repetición o la reiteración de las sustracciones, por lo que será necesaria la constatación de una pluralidad de actos constitutivos de robo con fuerza en las cosas. Pero, ¿cuántas sustracciones serán necesarias para hablar de esa pluralidad de actos? Tal como hemos analizado en otro trabajo,²³

¹⁹ Véanse, entre otras, STS, 1ª, 21.01.1982 (Id. Cendoj: 28079120011982101045; MP: Mariano Gómez de Liaño Cobaleda); STS, 1ª, 21.06.1985 (Id. Cendoj 28079120011985100807; MP: Benjamín Gil Sáez); SAP Murcia, Penal Sec. 3ª, 07.05.2012 (Id. Cendoj: 30030370032012100227; MP: Juan del Olmo Gálvez); SAP Barcelona, Penal Sec. 10ª, 18.10.2012 (Id. Cendoj: 08019370102012100723; MP: Santiago Vidal Marsal).

²⁰ Así, por ejemplo, las siguientes sentencias en las que se condena por robo con fuerza en las cosas la sustracción de productos agrícolas o ganaderos: STS, 1ª, 07.10.1993 (Id Cendoj: 28079120011993105789; MP: Francisco Soto Nieto); STS, 1ª, 16.10.2000 (Id Cendoj: 28079120012000103122; MP: José Antonio Martín Pallín).

²¹ En el Informe del CGPJ al Anteproyecto de octubre de 2012, se plantea que “dado que ‘impune’ es lo que queda sin castigo, se sugiere suprimir ese vocablo, en tanto que introduce un elemento equívoco en el tipo. Además, la referencia a la mayor facilidad para cometer el delito posibilita que el sentido del precepto sea perfectamente inteligible, sin necesidad de emplear el vocablo antes indicado”, p. 187.

²² Véase al respecto, García Arán, “La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2011, p. 1002.

²³ Del Carpio Delgado, *Libertas...*, op. cit., pp. 30 y ss.

a falta de un criterio objetivo sobre la pluralidad de actos, podría tomarse como referencia lo dispuesto para el delito habitual de hurto antes de la reforma de 2010 del Código penal, es decir, la comisión de cuatro o más delitos de robo,²⁴ que de haber sido enjuiciados pudieron constituir autónomamente un delito de robo con fuerza en las cosas. De esta forma, para no incurrir en *bis in idem*, las sustracciones constitutivas de robo con fuerza sobre las que hubiera recaído sentencia condenatoria o las que hubieran prescrito no deben ser tenidas en cuenta para establecer la existencia de esta pluralidad de delitos.

Además de la conexión temporal que debe existir entre los actos constitutivos de robo con fuerza en las cosas, otro de los requisitos necesarios para apreciar la profesionalidad es el ánimo del sujeto de proveerse de una fuente de ingresos no meramente ocasional. Este elemento subjetivo que sí aparece en el texto del Proyecto es diferente del ánimo de lucro y debe estar presente en cada uno de los apoderamientos para que pueda apreciarse la profesionalidad. Además, al exigirse que la fuente de ingresos no sea meramente ocasional, se entiende que el sujeto vive frecuente o habitualmente del producto, ganancias o beneficios que le reporta la comisión de los robos. Ahora bien, no tiene por qué ser necesario que se trate de su única fuente de ingresos, por lo que puede ser compatible con el ejercicio contemporáneo de otra actividad lícita remunerada.

La técnica utilizada, si es que la hay, para describir esta cualificación es deficiente y supone una grave vulneración al principio de seguridad jurídica.²⁵ Y aunque pueda considerarse que algunos supuestos, de concurrir todos los requisitos, del delito habitual y de la falta reiterada de hurto pueden ser incluidos en esta cualificación, su introducción en el Código pe-

nal es superfluo y distorsionador. Es superfluo porque bastaría con aplicar el régimen previsto para el delito continuado, en el que, a pesar de la exigencia de la comisión de una pluralidad de actos, no se pone el acento en el “ánimo del sujeto de proveerse de una fuente de ingresos no meramente ocasional”. Y es distorsionador porque esta pluralidad de robos con fuerza puede constituir, de reunir todos los requisitos, un delito continuado de robo,²⁶ por lo que la delimitación de esta cualificación por “profesionalidad” delictiva del delito continuado se presenta muy problemática.²⁷

2.5. Utilización de menores de dieciséis años

Esta circunstancia, que se introdujo en el numeral 5º del art. 235 CP tras la reforma del 2010, pasa ahora a estar contenida en el numeral 8º. La única modificación que no debería alterar su ámbito de aplicación es elevar la edad del menor “utilizado” para la comisión del robo de catorce a dieciséis años.²⁸ En nuestra opinión, tanto en la regulación vigente como en la propuesta en el Proyecto, el verbo utilizar debe ser interpretado en un sentido estricto, de modo que sólo se incluyan supuestos en los que el mayor de edad, como autor mediato, realiza el hecho utilizando al menor como instrumento.²⁹ De esta forma, si la intervención del menor en el robo con fuerza puede ser calificada como autoría o participación, no debería aplicarse esta cualificación.³⁰

3. Tipos cualificados por la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 235 bis PrCp

Si bien en la Exposición de motivos del Proyecto se afirma que la modificación del catálogo de agravantes

²⁴ Asumiendo que se podría proponer un número mayor de sustracciones o incluso menor, por lo que, de prosperar esta propuesta de reforma, habrá que esperar a lo que la jurisprudencia establezca.

²⁵ Así, el CF advierte que la redacción de esta circunstancia agravante puede provocar problemas de prueba y dificultades en su aplicación práctica, en FGE, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995*, enero de 2013, p. 209.

²⁶ Aunque, como han puesto de manifiesto importantes sectores de la doctrina, la figura del delito continuado presenta, especialmente en los delitos patrimoniales, numerosas complicaciones aplicativas. Véase ampliamente al respecto Sanz Morán, “El delito patrimonial continuado y su sinuosa interpretación jurisprudencial”, *La Ley Penal*, núm. 67, 2010, pp. 10 y ss.

²⁷ Un análisis más detallado puede verse en Del Carpio Delgado, *Libertas...*, op. cit., pp. 32 y ss.

²⁸ Sobre la reforma de 2010, véanse, entre otros, Faraldo Cabana, “Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010”, *La Ley Penal*, núm. 81, 2011, p. 3; García Arán, *RJC*, 2011, p. 1008; Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte Especial*, 18ª ed. revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 391.

²⁹ En el ámbito del tráfico de drogas, el Acuerdo adoptado en el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2009, sobre el alcance del art. 370.1 del CP, establece que resulta de aplicación la cualificación por utilización de menores cuando el autor se sirve de un menor de edad (o de un disminuido psíquico) de modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciendo de su situación de ascendencia o de cualquier forma de autoría mediata.

³⁰ Véase más ampliamente, al respecto, Del Carpio Delgado, *Libertas...*, op. cit., pp. 33 y ss.

de los delitos patrimoniales supone que éstas pasan a ser aplicables a los delitos de hurto y a “todas las modalidades de robo”,³¹ lo cierto es que sólo las circunstancias previstas en el art. 235 bis PrCp son comunes tanto al hurto como al robo con fuerza en las cosas y al robo con violencia o intimidación. Como hemos visto anteriormente, las circunstancias previstas en el art. 235 PrCp son aplicables al hurto en virtud de lo dispuesto en los arts. 234.2 y 235 PrCp, y al robo con fuerza en las cosas según disponen los arts. 240.2 y 241.4 PrCp. Mientras que las calificaciones del art. 235 bis PrCp son aplicables al hurto (arts. 234.2 y 235 bis PrCp), al robo con fuerza en las cosas (arts. 240.2 y 241.4 PrCp) y al robo con violencia o intimidación (art. 242.3 CPC).

Pues bien, cuando se trate de robo con fuerza en las cosas, el art. 240.2 PrCp prevé una pena de dos a cinco años de prisión cuando en su ejecución concurre cualquiera de las dos circunstancias que pasamos a analizar.

3.1. Porte de armas u otros instrumentos peligrosos

Aunque esta calificación es común a los delitos de robo con fuerza en las cosas y al robo con violencia o intimidación, el ámbito de aplicación en cada una de estas modalidades delictivas es distinto, por lo que en este epígrafe sólo nos referiremos al robo con fuerza en las cosas.

El porte de armas como circunstancia agravante ya estaba previsto en el texto refundido del Código penal de 1973. El numeral primero del art. 506 disponía la agravación de la pena del robo cuando “el delincuente llevare armas u otros medios peligrosos”. Sin embargo, a pesar de estar contenida en los Proyectos de Código penal de 1980 y 1992, no fue incluida en el texto final del Código penal de 1995.

En la Exposición de motivos del Proyecto se justifica la introducción de esta calificación en consideración de “la peligrosidad potencial de quien da inicio a la ejecución de un delito patrimonial llevando consigo un arma que podría llegar a utilizar en cualquier momento”. Esto supone que el fundamento de esta circunstancia estaría en el riesgo o peligro para

la vida o integridad física de las personas que supone el llevar armas u otros instrumentos peligrosos en el momento de la comisión del robo con fuerza en las cosas, por cualquiera de los intervinientes en el delito.³² En este contexto, si tal riesgo no existe o el peligro no es real no podrá aplicarse la calificación, así, por ejemplo, cuando no exista ninguna proximidad espacial entre el autor y el sujeto pasivo o víctima del robo o cuando el instrumento no sea peligroso como, por ejemplo, un cuchillo de plástico.

Además, hay que tener en cuenta que algunas modalidades de fuerza en las cosas requieren necesariamente el uso de un instrumento mecánico sobre el elemento donde están contenidas las cosas, y éste puede tener la consideración de instrumento peligroso. Así, por ejemplo, portar un instrumento peligroso, ya sean unas tijeras o un destornillador, para utilizarlo únicamente como un instrumento mecánico para acceder o forzar el lugar donde se encuentra la cosa que se pretende sustraer, es decir como un medio de fuerza. Este porte del instrumento con la única finalidad de utilizarlo como medio funcional para forzar muebles o cerraduras no tiene por qué suponer necesariamente que el sujeto tenga la intención o finalidad de utilizarlos contra las personas que puedan impedir o dificultar la sustracción. Por tanto, para aplicar este tipo calificado, el sujeto deberá conocer el potencial lesivo o peligroso del instrumento, pero además, debe portarlo no sólo con la intención de utilizarlo como medio de fuerza, sino también con la finalidad de utilizarlo, si fuera el caso, contra las personas que impidan o dificulten el apoderamiento.

Aun así, desde nuestro punto de vista, el marco penal previsto (prisión de dos a cinco años) es desproporcional aunque sea el mismo que se tiene en cuenta cuando en el robo concurre cualquiera de las circunstancias contenidas en el art. 235 PrCp. El simple porte del arma o instrumento (que no uso), esa mera posibilidad de la existencia del riesgo o peligro para la vida o integridad física de las personas se equipara a efectos penológicos con el tipo básico del robo con violencia o intimidación. Cabiendo la posibilidad, si tenemos en cuenta los límites máximos de los marcos penales propuestos, de castigar con la misma pena (6

³¹ Así también el CF al considerar que este catálogo de agravantes no solo son aplicables al hurto sino también “a todas las modalidades de robo”, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, enero de 2013*, p. 207.

³² Para más detalles, Mata y Martín, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, 1995, pp. 139 y ss.; Soriano Soriano, *Las agravantes específicas comunes al robo y el hurto (Legislación vigente y Proyecto de 1992)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 97 y ss.

años de prisión) los supuestos de robo con fuerza en las cosas en casa habitada o local o edificio abiertos al público o sus dependencias cuando el sujeto “porta el arma o instrumento peligroso”, y los supuestos de robo con violencia o intimidación en los mismos lugares cuando el sujeto hace “uso” de ellos.

3.2. Por ser miembro de una organización o grupo criminal constituido para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito

La segunda cualificación está prevista para los supuestos de robo con fuerza en las cosas, violencia o intimidación en las personas cometido por “un miembro de una organización o grupo criminal constituido para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito”.

Según reza la Exposición de motivos, la revisión de la regulación de los delitos patrimoniales tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la criminalidad grave, y con esta finalidad se introduce un supuesto agravado aplicable a la delincuencia organizada. En este sentido, el Proyecto configura un tipo cualificado fundamentado en la pertenencia del autor a una organización o grupo criminal,³³ tal como se hace con relación a otras modalidades delictivas, como el tráfico de drogas, de seres humanos, el blanqueo de capitales, etcétera.

Teniendo en cuenta que la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, tipifica autónomamente la pertenencia a “organizaciones y grupos criminales”, para dotar de contenido a esta nueva circunstancia habrá que remitirse a lo que se establece en los arts. 570 bis y ss. del Código penal. Así, será necesaria la existencia de una organización, es decir, debe tratarse de una agrupación formada por más de dos personas. Como la organización debe constituirse para la comisión “continuada” de delitos contra la propiedad, debe tener carácter estable, con cierta perdurabilidad en el tiempo, de forma que no puede tenerse en cuenta una organización constituida de forma casual o esporádica. También deben excluirse las organizaciones transitorias, fundamentalmente porque no se contemplan en el tipo, y porque si esa fuese la intención del pre-

gislador, lo hubiese previsto expresamente, tal como se hace en los tipos cualificados de los delitos relativos a la manipulación genética, a la trata de seres humanos y a la corrupción y prostitución de menores, entre otros. Además, debe darse un reparto de tareas y funciones de manera concertada o coordinada con la finalidad de “cometer delitos contra la propiedad”, lo que no excluye la posibilidad de incluir aquí supuestos de pertenencia a organizaciones criminales cuya finalidad sea cometer, además de delitos contra la propiedad, otros como, por ejemplo, el blanqueo de capitales.

Esta cualificación también es aplicable cuando los intervinientes en el delito son miembros de un grupo criminal que, según el art. 750 ter Cp, es la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal prevista en el art. 570 bis PrCp, tenga por finalidad u objeto la perpetración concertada de delitos. Si bien la pertenencia a un grupo criminal se configura como un tipo residual al de organización criminal, no hay que perder de vista que la exigencia de que el grupo criminal se constituya para la comisión continuada de delitos contra la propiedad supone que dicho grupo debe tener cierto carácter estable, una perdurabilidad en el tiempo y no ser de carácter transitorio. En ambos casos, esta circunstancia sólo se aplica cuando en la comisión del robo con fuerza en las cosas o robo con violencia o intimidación intervengan al menos dos miembros de la organización o grupo. De forma que si en el hecho interviene sólo una persona y ésta es miembro de una organización o grupo dedicado a los robos con fuerza en las cosas, por ejemplo, no podrá aplicarse esta cualificación, pero sí podría aplicarse, si cabe, el delito de pertenencia a una organización criminal previsto en el art. 570 bis CP, o el de pertenencia a un grupo criminal del art. 570 ter del Código penal.

En otro orden de cuestiones, si bien la relación entre este tipo cualificado y los arts. 570 bis y 570 ter CP es de concurso de leyes por resolver, tal como se prevé en el art. 570 quáter CP, aplicando el principio de alternatividad a favor del precepto que tenga prevista mayor pena, los problemas de solapamiento se resolverían suprimiendo del Proyecto esta cualificación, de forma que los supuestos de pertenencia a

³³ En los Anteproyectos de 2012, tanto de julio como de octubre, sólo se hacía referencia a la “organización” criminal; es en el de abril de 2013 que se introduce el “grupo” criminal.

una organización o grupo criminal deberían ser sancionados de conformidad con los artículos Mencionados.³⁴

4. Tipos cualificados del art. 241 PrCp

El artículo 241 CP, en el que actualmente se regulan las cualificaciones específicas para el robo con fuerza en las cosas, sufre las siguientes modificaciones: (i) como consecuencia de la modificación de su art. 240 para dar cabida a la cualificación por la concurrencia de algunas de las circunstancias previstas en los arts. 235 o 235 bis PrCp, el numeral 1 del art. 241 PrCp pasa a contener solamente la cualificación por casa habitada, edificio o local abiertos al público o cualquiera de sus dependencias; (ii) se añade una cualificación por cometerse el hecho en establecimiento abierto al público fuera de las horas de apertura, y (iii) se introduce una hiperagravación cuando el robo cometido en casa habitada, edificio o local abiertos al público revista especial gravedad y, en todo caso, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en los artículos 235 o 235 bis del Proyecto de Ley Orgánica.

4.1. Establecimiento abierto al público, o en cualquiera de sus dependencias, fuera de las horas de apertura

Tras la reforma de 1983, el texto refundido del Código penal de 1973 contenía dos cualificaciones cuyo fundamento de agravación se encontraba en las especiales circunstancias que concurrían en el lugar donde se desarrollaba el robo con fuerza en las cosas. Por un lado, la contenida en el art. 506.4 agravaba el robo cometido contra una oficina bancaria recaudatoria, mercantil o en otra en que se conserven caudales; por otro lado, la prevista en el art. 506.5, cuando el robo se verificaba en edificio público o alguna de sus dependencias. En el Código penal de 1995 desapareció la mención expresa de la agravación del robo cometido en oficina bancaria y sustituyó la expresión “edificio público” por la de “edificio o local abiertos

al público”. Este cambio supone, tal como se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1997, “una descripción amplísima que acoge desde los edificios públicos en sentido estricto hasta cualquier lugar que está a disposición de toda persona que en él quiera entrar”.³⁵

En la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene distinguiendo entre edificio público y local abiertos al público. Así, entre otras, en la sentencia de 25 de mayo de 1998 se establece que

[el] concepto de edificio público puede integrarse por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que reputa como tales, los que estuvieren destinados a cualquier servicio oficial, militar o civil del Estado, de la Provincia o del Municipio, ampliándose también, como es lógico, a los que estén destinados el servicio de las Comunidades Autónomas. Al lado de ellos, existen los lugares públicos entre los que podemos incluir a los establecimientos de reunión o recreo, cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyan el domicilio de un particular y los buques del Estado (artículo 547 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En los edificios públicos se quiere proteger el significado representativo del lugar y el riesgo de que pueda resultar un daño suplementario para los intereses o la causa pública derivada del posible apoderamiento de caudales o efectos públicos, pero dada la dicción literal del artículo sólo podría ser aplicada la agravante a los edificios que estuvieran destinados a servicios abiertos al público, excluyéndose los edificios oficiales que, por las características del servicio que albergan, no estuvieren accesibles al público al no permitir su entrada. En el caso de los locales abiertos al público, nos encontramos ante una clase de dependencia en la que se desarrolla una actividad empresarial, mercantil, financiera o de cualquier orden actuando de cara al público. La apertura del establecimiento o local supone que sus titulares conceden una amplia habilitación a todos los interesados a penetrar o acceder libremente al local para realizar toda clase de gestiones y actividades relacionadas con la dedicación del establecimiento.³⁶

³⁴ En consideración del CF, la introducción de esta circunstancia agravante resulta innecesario y perturbador, “pues la condición de miembro de una organización ya está sancionada en el art. 570 bis con una pena que debería sumarse al delito cometido, lo que permitiría incluso una sanción mayor que la regulada en este nuevo precepto, en FGE, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995*, enero de 2013, p. 210. De esta opinión también el CGPJ en el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995*, enero de 2013, p. 190.

³⁵ STS, 1ª, 16.06.1997 (Id Cendoj: 28079120011997102280; MP: Gregorio García Ancos).

³⁶ STS, 1ª, 11.05.1998 (Id Cendoj: 28079120011998103189; MP: José Antonio Martín Pallín).

Así, estarían comprendidos tanto los edificios públicos como las oficinas de un ayuntamiento o de la administración autonómica o central, así como los de titularidad privada, establecimientos comerciales, sucursales bancarias, restaurantes, hoteles, entre otros, siempre que estén abiertos al público, es decir, de acceso libre para las personas distintas a las que allí trabajan o permanecen habitualmente en ellos.³⁷

Sin embargo, la amplitud de estos conceptos obliga a concretar aún más la expresión “abiertos al público”, es decir, determinar si la cualificación es aplicable sólo cuando el robo se comete en horas de apertura o también cuando el edificio o local estén fuera de horas de apertura, es decir, tenga lugar en horas de cierre al público.

Al respecto, la doctrina, en atención a la fundamentación que otorgan a esta circunstancia, se divide entre quienes optan por el criterio de la apertura administrativa o por el de la apertura física. Quienes consideran que la cualificación se fundamenta en el respeto a la intimidad optan por el criterio de la apertura administrativa. Partiendo de la base de que el precepto no distingue entre horas de apertura y horas de cierre, admiten la posibilidad de apreciar esta circunstancia tanto cuando el establecimiento esté abierto al público como cuando esté fuera de apertura o durante el cierre del mismo.³⁸ Por el contrario, quienes sostienen que el fundamento de la cualificación es el potencial riesgo para las personas que pueden encontrarse en el lugar del robo defienden el criterio de la apertura física. Así, sostienen que la cualificación sólo puede aplicarse cuando el robo se cometa durante las horas de apertura física del local, no pudiendo apreciarse cuando esté cerrado al público.³⁹

Este último criterio es el adoptado por el Tribunal Supremo, que en el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª, de 22 de mayo de 1997, restringe la aplicación de esta cualificación cuando el edificio o local abiertos al público se encuentren real y físicamente abiertos, es decir, el robo se cometa en horas de apertura. Ello porque, cuando el robo se comete en las horas en las que el edificio o local está físicamente abierto al público, se vulnera la confianza en el correcto comportamiento de los visitantes durante el tiempo en que se les ofrece la oportunidad de entrar libremente en sus dependencias y existe un peligro adicional para los clientes y empleados. Basándose en esta posibilidad de riesgo o peligro para las personas, de acuerdo con la Fiscalía General del Estado, la cualificación también deberá apreciarse cuando, pese a cometerse el robo fuera de horas de apertura, el sujeto activo tuviera conocimiento de la existencia de personas en el interior del lugar.⁴⁰

Descrita la situación actual, sin modificar el contenido del párrafo primero del art. 241.1 CP que establece que el robo cometido en casa habitada, edificio o local abiertos al público, o en cualquiera de sus dependencias se castigará con una pena de prisión de dos a cinco años, el Proyecto introduce un segundo párrafo en el que se dispone que si los hechos se hubieran cometido en un “establecimiento abierto al público, o en cualquiera de sus dependencias, fuera de las horas de apertura”, se impondrá una pena de prisión de uno a cinco años.⁴¹

Según consta en la Memoria del análisis normativo del Proyecto de reforma que venimos analizando, se introduce esta circunstancia para asegurar la “agravación de la pena en todos los casos de comisión del delito en un establecimiento abierto al público, si bien

³⁷ STS, 1ª, 21.01.1997 (Id Cendoj: 28079120011997103030; MP: Francisco Soto Nieto). Véanse ampliamente, al respecto, De Vicente Martínez, *El delito de robo con fuerza en las cosas...*, op. cit., p. 120; Fernández García, “El robo con fuerza en las cosas”..., op. cit., pp. 168 y ss.

³⁸ Así, por ejemplo, Lanzarote Martínez es de la opinión de que la agravación debería operar siempre con independencia de que el local esté abierto o no al público, y con independencia de que en horas de apertura haya o no personas en su interior. “El delito de robo con fuerza en las cosas cometido en edificio o local abiertos al público”, *La Ley*, núm. 6, 1999, pp. 1834 y ss.; Vives Antón y González Cussac, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 1116.

³⁹ En este sentido, Fernández García, “El robo con fuerza en las cosas”..., op. cit., p. 175; González Rus, “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (III). Los robos”, en Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español: parte especial*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 479.

⁴⁰ FGE, Consulta 11/1997, de 29 de octubre, sobre robo con fuerza en las cosas cometido en edificio o local abiertos al público.

⁴¹ Esta modalidad agravada del robo con fuerza no se encontraba en los textos de los anteriores Anteproyectos presentados en julio y octubre de 2012, pero sí en el texto del Anteproyecto de abril de 2013. Véase Ragues y Valles, quien, en relación con la regulación actual, propone aplicar este tipo cualificado sólo en los casos en los que el robo con fuerza se cometa en edificios o locales abiertos al público fuera de horas de apertura, o a cualquier hora del día en sus dependencias cerradas al público (“La comisión del robo con fuerza en las cosas en Edificio o local abiertos al Público”, en Silva Sánchez [dir.], *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 28 y s.).

diferenciando según se cometa el delito durante las horas de apertura al público o fuera de las mismas”.⁴²

De lo anterior puede desprenderse que la intención del prelegislador es que el marco penal previsto en el párrafo primero (prisión de dos a cinco años) se imponga a los supuestos en los que el robo con fuerza se realice cuando el edificio o local esté abierto al público, es decir, en horas de apertura. Mientras que la pena prevista en el nuevo párrafo segundo, si bien inferior en su límite mínimo que la anterior (prisión de uno a cinco años), se imponga a los supuestos de robos cometidos fuera de las horas de apertura del edificio o local. Pero si ésta fuera la intención del prelegislador, no se entiende por qué se introduce un nuevo término, desde nuestro punto de vista, distorsionador: “establecimiento abierto al público”. Si bien en este término se pueden englobar todos los locales abiertos al público como bares, restaurantes, hoteles, comercios, etc., no creo que pueda decirse lo mismo respecto de los edificios de titularidad pública abiertos al público. Así, por ejemplo, las oficinas de un ayuntamiento difícilmente pueden tener la consideración de “establecimiento”. Por lo que si el prelegislador decide ampliar el ámbito de aplicación de esta cualificación, bien se haría que en trámite parlamentario se mejorara la redacción utilizada con el fin de evitar posibles confusiones, de forma que se sustituya la expresión “establecimientos abiertos al público” por la de “edificio o local abiertos al público”.⁴³

Aun así, tal como ya se pronunciaron importantes sectores de la doctrina y la jurisprudencia, cualificar el robo con fuerza en las cosas cuando los lugares mencionados no estén abiertos al público o fuera de horas de apertura supondrá en la práctica una extensión desmesurada y omnicomprendiva de la agravante, dejando prácticamente sin posibilidades de aplicación al tipo básico del robo con fuerza en las cosas.

El prelegislador pretende incrementar el rigor punitivo desde todo punto de vista innecesario, en atención al lugar de ejecución del delito, es decir,

configura una circunstancia locativa, brindándose un plus de protección a determinados lugares que abran al público. La agravación del robo con fuerza, por la simple localización del hecho en un edificio o local abiertos al público, dentro o fuera del horario de apertura, supone consecuencias jurídicas distintas a hechos que pueden ser materialmente iguales. Desde nuestro punto de vista, no existe diferencia alguna entre la sustracción de un ordenador de los almacenes de un banco de alimentos que no están abiertos al público, utilizando una llave falsa, y la sustracción de un objeto de la misma naturaleza de un club de alterne fuera de horas de apertura, utilizando también llave falsa. ¿Cuál es la razón por la que el robo con fuerza cometido en este último lugar debe recibir una mayor respuesta punitiva (prisión de uno a cinco años) que el robo con fuerza cometido en el banco de alimentos, prisión de uno a tres años?

4.2. Especial gravedad

En el Proyecto, dentro de las cualificaciones comunes al hurto y al robo con fuerza en las cosas previstas en el art. 235, la especial gravedad se determina en atención a cuatro criterios: 1) el perjuicio grave a las explotaciones agrícolas o ganaderas (art. 235.4° PrCp); 2) el valor de los efectos sustraídos (art. 235.5° PrCp); 3) la entidad del perjuicio que no tiene que coincidir con el valor de la cosa sino con el inmediato quebranto sufrido a causa de la sustracción (art. 235.5° PrCp), y 4) la grave situación económica en la que se deja a la víctima o a su familia (art. 235.6° CPC).

Además de estas cualificaciones que giran en torno a la especial gravedad, el Proyecto prevé castigar con una pena de dos a seis años cuando el robo con fuerza en las cosas en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias, dentro de las horas de apertura o fuera de ellas, revista especial gravedad atendiendo a la forma de comisión del delito en el que según la Exposición de motivos

⁴² El cambio introducido en el Proyecto puede ser consecuencia de la observación realizada en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de octubre de 2012, en el que con relación a la cualificación por la especial gravedad proponía especificar la aplicabilidad de este subtipo agravado tanto cuando los locales se encuentren abiertos al público como cuando los hechos se ejecutaren fuera de las horas de apertura (pp. 213 y s.).

⁴³ También se deja sin resolver el problema de la equiparación de la casa habitada con los edificios o locales abiertos al público a efectos de imponer una pena más grave. Tal como lo pone de manifiesto, si bien la mayor antijuricidad del robo en casa habitada es clara, no siempre sucede lo mismo con el robo en establecimiento. Por ello, consideran oportuno introducir modulaciones que permitan al órgano sentenciador “valorar las circunstancias concurrentes para aplicar a los supuestos de robo en establecimiento bien la pena básica del robo o la agravada equiparada al robo en casa habitada”. FGE, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995*, enero de 2013, p. 214.

se incluirían los supuestos de butrones y alunizajes. Esta especial gravedad también puede fundamentarse en los perjuicios ocasionados o cuando en el robo cometido en los lugares antes mencionados concurra alguna de las circunstancias expresadas en los arts. 235 o 235 PrCp bis analizadas *supra*.

En el Informe del Consejo Fiscal se proponía que si se pretende sancionar determinadas modalidades de robo como los alunizajes, debería especificarse la aplicabilidad de este subtipo cualificado tanto cuando el establecimiento o local se encuentren abiertos al público como cuando los hechos se ejecutasen fuera de las horas de apertura, ya que es en este momento cuando se producen tales comportamientos delictivos.⁴⁴ Como hemos visto en el epígrafe anterior, en el Proyecto se incorporan estas observaciones al prever un tipo cualificado cuando el robo se cometa en “establecimientos” abiertos al público o cualquiera de sus dependencias fuera de las horas de apertura, si bien con penas distintas, aunque sólo sea en sus límites mínimos. Pero tal distinción penológica desaparece cuando se trata de los robos con fuerza que revistan “especial gravedad” por la forma de comisión, lo que supone que los robos cometidos mediante los sistemas de butrones o alunizajes serán castigados con la misma pena (prisión de dos a seis años), tanto cuando los hechos se cometan en edificio o local abiertos al público en horas de apertura como cuando se comentan fuera de las horas de apertura de éstos.

III. Robo con violencia o intimidación en las personas

Con relación al delito de robo con violencia o intimidación, el Proyecto contempla las siguientes modificaciones: (i) se prevé la definición del delito de robo con violencia o intimidación en un solo artículo (art. 237 PrCp); (ii) se incorpora la cualificación por edificio o local abiertos al público (art. 242.2 PrCp); (iii) se eleva el límite máximo de la pena de prisión de cinco a seis años cuando los hechos se cometan en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en sus dependencias (art. 242.2 PrCp), y (iv) se dispone la

aplicación de las penas en su mitad superior siempre que concurra alguna de las circunstancias contenidas en el art. 235 bis del Proyecto de Ley Orgánica.

1. El concepto de robo con violencia o intimidación

Como afirmábamos anteriormente, en el art. 237 CP se contiene el concepto de robo y, además, se describen sus dos modalidades típicas. Así, se establece que son reos del delito de robo quienes, con ánimo de lucro, se apoderasen de las cosas muebles ajenas empleando “violencia o intimidación en las personas”.

Al no mencionarse expresamente la relación que debe existir entre la violencia o intimidación y el apoderamiento, la doctrina mayoritaria viene interpretando que, a diferencia de la configuración actual del robo con fuerza en las cosas, en el que la fuerza debe ser previa al apoderamiento, estos elementos que constituyen el medio para conseguir o asegurar el apoderamiento pueden darse en cualquier momento de la fase ejecutiva previa a la consumación del apoderamiento.⁴⁵ En el mismo sentido, según el Acuerdo del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2000, la mayoría de los magistrados son de la opinión de que “la violencia física producida o ejercida antes de la consumación delictiva, y como medio de conseguir el apoderamiento, integra el delito de robo. Constituye, pues, robo con violencia cuando la violencia se ejerce durante el proceso de apoderamiento de los bienes sustraídos”. Lo que supone que si de acuerdo con la teoría de la disponibilidad, el delito ya está consumado, la violencia o intimidación ejercida después de este momento habrá que castigarse como si se tratase de un concurso real entre el delito de hurto o de robo con fuerza en las cosas y el correspondiente delito al que dé lugar el ejercicio de la violencia o intimidación.

En sentido contrario, otro sector de la doctrina entiende que dada la actual redacción del tipo, en un robo constitutivo del tipo básico del art. 241.1 CP, la violencia o intimidación utilizada deben estar planeadas desde un principio para apoderarse de la cosa mueble, es decir, debe constituir el medio para el apo-

⁴⁴ FGE, Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, enero de 2013, pp. 213 y s.

⁴⁵ De esta opinión, entre otros, García Arán, “De los robos”, en Córdoba Roda y García Arán (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. I, pp. 661 y s.; Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte Especial*, 19ª ed. revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 384 y s.; Quintero Olivares, en Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II (Artículos 234 a DF 7ª), 6ª ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2011, p. 633.

deramiento. Mientras que en el tipo agravado del art. 242.3 CP, estos medios pueden darse en cualquiera de las fases comisivas antes de su consumación, ya sea para conservar la cosa sustraída o para proteger la huida.⁴⁶

La propuesta de reforma viene a solucionar esta polémica doctrinal y jurisprudencial estableciendo expresamente la relación entre la violencia o intimidación con el apoderamiento. La modificación consiste en trasladar el contenido del actual artículo 242.3 CP al del 237 PrCp, en el que se da la definición del robo con violencia o intimidación. Este último artículo dispone que son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando violencia o intimidación en las personas, “sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren”. Consecuentemente, supuestos en los que tras la sustracción el sujeto utiliza la violencia o intimidación para asegurar lo sustraído o sobre quienes prestan auxilio a la víctima, deberán constituir, sin duda alguna, el tipo básico del delito de robo con violencia o intimidación.

2. Incorporación de un tipo cualificado de robo con violencia o intimidación en edificio o local abiertos al público

La agravación específica de perpetración del robo en casa habitada prevista en el artículo 506.2º del texto refundido del Código penal de 1973, que era aplicable en determinados supuestos al robo con violencia o intimidación, desapareció tras la promulgación del Código penal de 1995. De esta forma, el robo con violencia o intimidación cometido en casa habitada se castigaba como un supuesto de concurso medial entre el robo y el delito de allanamiento de morada, con la pena del delito más grave, la del robo en su mitad

superior, es decir, prisión de tres años y seis meses a cinco años.

La reforma de 2010 del Código penal volvió a introducir esta cualificación para el robo con violencia o intimidación. Así, el artículo 242.2 CP prevé una pena de prisión de tres años y seis meses a cinco años “cuando el robo se cometa en casa habitada o en cualquiera de sus dependencias”; como se ve, se trata de la misma pena que resultaría de aplicar el concurso medial anteriormente expuesto.⁴⁷ Sin embargo, a diferencia de lo previsto para el robo con fuerza en las cosas, sólo se dispone la cualificación en casa habitada, pero no en edificio o local abiertos al público.

Al respecto, el Tribunal Supremo viene considerando que el ánimo de lucro excluye el ánimo de atentar contra la intimidad domiciliaria, declarando la incompatibilidad entre el delito de robo con violencia o intimidación y el de allanamiento de domicilio y establecimiento abiertos al público, previsto en el artículo 203 CP, al entenderse que este último delito debe quedar absorbido en el robo, y que el ánimo de lucro inherente al robo debe prevalecer sobre el propósito de invasión de la privacidad anejo al tipo de allanamiento.⁴⁸ Sin embargo, deja abierta la posibilidad de contemplar un concurso medial de delitos cuando la violencia o intimidación utilizada para el robo no sea tenida en cuenta para configurar a la vez el allanamiento del artículo 203 CP o cuando se acredite el empleo de otra forma de violencia o intimidación distinta de la utilizada en el robo.⁴⁹ En este sentido, la Consulta de la Fiscalía General del Estado nº 10/1997, de 29 de octubre, establece que el robo con violencia o intimidación cometidos en el domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público dará lugar a un concurso de delitos entre el robo y el allanamiento previsto en el art. 203 del Código penal.⁵⁰

Como bien ha resaltado Pomares Cinta,⁵¹ el fundamento de la cualificación de casa habitada en el

⁴⁶ Tal como lo exponen Muñoz Clares (*El robo con violencia o intimidación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 218 y ss.) y De Vicente Martínez (*El delito de robo con violencia o intimidación en las persona*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 51). A favor de esta opción se pueden alegar razones de carácter sistemático y de uniformidad interpretativa entre los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas y robo con fuerza en las cosas. Además, esta interpretación es más restrictiva y por lo tanto favorable al reo.

⁴⁷ Así, García Arán, *RJC*, op. cit., 2011, pp. 1009 y s.

⁴⁸ Así, entre otras, STS, 1ª, 14.05.1999 (Id Cendoj: 28079120011999103384; MP: José Jiménez Villarejo); STS, 1ª, 11.03.2000 (Id Cendoj: 28079120012000103629; MP: Joaquín Martín Canivel).

⁴⁹ En este sentido, STS, 1ª, 28.01.2000 (Id Cendoj: 28079120012000104088; MP: Carlos Granados Pérez); STS, 1ª, 04.02.2000 (Id Cendoj: 28079120012000103528; MP: Gregorio García Ancos).

⁵⁰ Véase ampliamente al respecto Sanz Morán, “El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público”, Documento TOL971.928.

⁵¹ Pomares Cintas, “La agravación específica del delito de robo con violencia o intimidación cometido en casa habitada o sus dependencias, art. 242 CP”, en Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Pamplona, s.e., 2010, p. 209.

robo con violencia o intimidación en las personas no es el mismo cuando opera en el ámbito del robo con fuerza en las cosas.⁵² La misma consideración debe realizarse con relación a los edificios o locales abiertos al público. Aunque con ciertas reservas puede asumirse que en el robo con fuerza en las cosas, uno de los fundamentos de esta agravación se encuentra en el peligro adicional para los clientes y empleados de los mismos. Como este peligro para las personas ya forma parte de los elementos de la violencia o intimidación, habrá que colegir que en el robo con violencia o intimidación, el fundamento de esta cualificación se encuentra en la afectación de ciertas formas de intimidad profesional o mercantil, o en la vulneración a la confianza en el correcto comportamiento de los visitantes durante el tiempo en que se les ofrece la oportunidad de entrar libremente en sus dependencias.

Aceptando esta fundamentación, lo que no cabe asumir es que la pena aplicable en ambos supuestos sea la misma. Tanto cuando el robo con violencia se cometa en casa habitada como cuando se cometa en edificio o local abiertos al público, la pena por imponer es la misma (prisión de tres años y seis meses a seis años). No se entiende bien la misma intensidad punitiva siendo la privacidad o intimidad de las personas jurídicas de menor rango que la intimidad personal y familiar.

3. *El porte de armas en el robo con violencia o intimidación*

Como vimos *supra*, el porte de armas estaba previsto en el artículo 506 del Código penal de 1973. En este precepto se contenía una serie de cualificaciones que la doctrina de forma mayoritaria entendió que, dependiendo de la naturaleza de cada circunstancia, podían aplicarse tanto al robo con fuerza en las cosas como al robo con violencia o intimidación en las

personas.⁵³ En consecuencia con este planteamiento, se consideraba que algunas circunstancias como el cometerse el robo en casa habitada o contra persona que custodia o transporte caudales o el abuso de superioridad sólo eran aplicables al robo con violencia o intimidación en las personas.⁵⁴ Mientras que la agravante por llevar armas u otros objetos peligrosos sólo era aplicable a los supuestos de robo con fuerza en las cosas, ya que su aplicación al robo con violencia o intimidación suponía dejar sin trascendencia práctica a la cualificación por el uso de armas u otros instrumentos peligrosos previsto en el último párrafo del artículo 501.⁵⁵

Tras desaparecer del Código penal de 1995, el prelegislador pretende volver a introducir la agravante de porte de armas para los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación. De conformidad con el artículo 242.3 PrCp, las penas previstas para el tipo básico del robo con violencia o intimidación (prisión de 2 a 5 años), así como la prevista para el tipo cualificado por casa habitada o edificio o local abiertos al público (prisión de 3 años y 6 meses a 6 años), deben imponerse en su mitad superior cuando concorra alguna de las circunstancias expresadas en el artículo 235 bis, entre las que se encuentra el *porte de armas*.

Existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia sobre la necesidad de distinguir el porte y uso de armas o instrumentos peligrosos. Y ello porque se puede portar o llevar un arma u otro instrumento y no usarla o emplearla. Mientras que el uso de estos objetos puede suponer el medio para la ejecución del tipo básico del robo con intimidación o el tipo cualificado por uso de armas u otros instrumentos peligrosos en la comisión del delito.

Según la regulación actual del robo con violencia o intimidación, el *porte de armas o instrumentos peligrosos que no se exhiben ni se usan* no tiene relevancia penal en tanto que no pueden dar lugar a la

⁵² Así también García Arán, *RJC*, *op. cit.*, 2011, p. 1010.

⁵³ Véanse, entre otros, Bajo Fernández, Pérez Manzano y Suárez González, *PE*, 2ª ed., 1993, p. 164; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *PE*, 16ª ed., 1993, p. 458.

⁵⁴ De esta opinión Bajo Fernández, Pérez Manzano y Suárez González, *PE*, 2ª ed., 1993, pp. 168, 169 y 172; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *PE*, 16ª ed., 1993, pp. 460, 461 y 464; Ruiz Antón, “Los robos con fuerza en las cosas”, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la legislación penal, La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 2 (Libros II y III del Código penal), 1985, pp. 1115 y 1116.

⁵⁵ Así, entre otros, Bajo Fernández, Pérez Manzano y Suárez González, *PE*, 2ª ed., 1993, p. 164; Mata y Martín, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, *op. cit.*, p. 320.; Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *PE*, 16ª ed., 1993, p. 458. En contra de esta opinión, Ruiz Antón, quien considera que “no aplicar aquí la circunstancia primera del art. 506 implicaría desconocer la remisión que hace el número 5.º del artículo 501 a este precepto”, “Los robos con fuerza en las cosas”, en Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la legislación penal, op. cit.*, 1985, p. 1113.

intimidación del tipo básico ni menos configurar la cualificación del artículo 242.2 CP.⁵⁶ De acuerdo con la doctrina mayoritaria, la exhibición de estos objetos debe quedar absorbida en la intimidación del tipo básico de robo, de forma que sólo su efectiva utilización puede dar lugar a la cualificación por uso de armas del art. 242 CP.⁵⁷ A una solución distinta llega otro sector de la doctrina⁵⁸ y el Tribunal Supremo al considerar que dentro de la agravante por uso caben tanto su exhibición como la efectiva utilización del arma o instrumento peligroso.⁵⁹

De prosperar la propuesta del Proyecto, un robo con intimidación en local abierto al público causado por el elevado número de intervinientes, portando uno de ellos una navaja que en ningún momento llegó a utilizar ni menos fue perceptible para ninguna de las personas que se encontraban en el lugar de los hechos, se pretende castigar con pena de prisión de hasta 6 años. Es el mismo límite máximo por imponer si el sujeto utiliza esa navaja como arma intimidatoria si tenemos en cuenta la línea jurisprudencial anteriormente mencionada o si efectivamente la utiliza para producir una herida o un pinchazo.

Si tal como vimos con relación al robo con fuerza en las cosas, la razón de la cualificación por porte de armas está en la *posibilidad* de peligro para la vida o integridad de las persona, no se entienden las razones que han llevado al prelegislador a prever la misma pena para quienes, haciendo uso del arma o instrumento peligroso, concretan ese peligro. La desproporción es tal que si finalmente se decide mantener esta cualificación, deberían modificarse los marcos penales atendiendo al menor o mayor desvalor de ambas conductas.

IV. Bibliografía

Bajo Fernández, Pérez Manzano y Suárez González, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.

Consejo General del Poder Judicial, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, enero de 2013.

Cobo del Rosal (coord.), *Derecho penal español: parte especial*, Madrid, Dykinson, 2005.

— (dir.), *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 2 (Libros II y III del Código penal), Madrid, Edersa, 1985.

Córdoba Roda y García Arán (coords.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. I, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004.

De Vicente Martínez, *El delito de robo con violencia o intimidación en las persona*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

—, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Del Carpio Delgado, “Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal”, *Libertas, Revista de la Fundación Internacional de Derecho penal*, núm. 1, junio de 2013.

—, “La medida de libertad vigilada para adultos”, *Revista de Derecho penal*, núm. 36, 2012.

—, “La medida de seguridad de libertad vigilada para delincuentes imputables”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 27, 2012.

Faraldo Cabana, “Los delitos contra el patrimonio tras la reforma de 2010”, *La Ley Penal*, núm. 81, 2011 [laleypenal.laley.es/], última visita: 25 de noviembre de 2013.

Fiscalía General del Estado, *Consulta 13/1997, Acerca del alcance atribuible al número 5º del art. 238 del Código Penal, en relación con el renovado concepto del delito de robo con fuerza en las cosas*, 14 de noviembre.

—, *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal*, enero de 2013.

⁵⁶ Véase, al respecto, González Rus, *PE, op. cit.*, 2005, p. 485.

⁵⁷ De esta opinión, De Vicente Martínez, *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas, op. cit.*, p. 93; González Rus, *PE, op. cit.*, 2005, p. 485; Muñoz Clares, *El robo con violencia o intimidación, op. cit.*, p. 332; Muñoz Conde, *PE, op. cit.*, 18ª ed., 2010, p. 410; Vives Antón y González Cussac, *Comentarios...*, *op. cit.*, 1996, p. 1180.

⁵⁸ Así, Queralt Jiménez, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1996, p. 361.

⁵⁹ STS, 1ª, 24.02.1999 (Id Cendoj: 28079120011999102934; MP: José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); STS, 1ª, 01.09.2003 (Id Cendoj: 28079120012003103839; MP: José Antonio Marañón Chavarrí); STS, 1ª, 07.02.2006 (Id Cendoj: 28079120012006100123; MP: Juan Saavedra Ruiz).

- García Arán, “La delincuencia patrimonial clásica en la reforma penal de 2010: hurto, robo y estafa”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2011.
- , *El delito de hurto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- Lanzarote Martínez, “El delito de robo con fuerza en las cosas cometido en edificio o local abiertos al público”, *La Ley*, núm. 6, 1999.
- Mata y Martín, *El delito de robo con fuerza en las cosas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- Muñoz Clares, *El robo con violencia o intimidación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, 18ª ed. revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, 19ª ed. revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Pérez Alonso, *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, Edersa, 1995.
- Quintero Olivares (dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, Pamplona, Aranzadi, 2010.
- Queralt Jiménez, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 3ª ed., Barcelona, J.M. Bosch, 1996.
- Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II (Artículos 234 a DF 7ª), 6ª ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2011.
- Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte especial*, 16ª ed., Madrid, Dykinson, 1993.
- Sanz Morán, “El delito patrimonial continuado y su sinuosa interpretación jurisprudencial”, *La Ley Penal*, núm. 67, 2010.
- , *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006.
- Sierra López, *La medida de libertad vigilada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- Silva Sánchez (dir.), *Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- Soriano Soriano, *Las agravantes específicas comunes al robo y hurto (Legislación vigente y Proyecto de 1992)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- Tasende Calvo (dir.), *Delitos contra el patrimonio. Delitos de apoderamiento*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.



El arraigo penal en México frente a la presunción de inocencia



Amalia Patricia Cobos Campos

Universidad Autónoma de Chihuahua, México

RESUMEN: *La presunción de inocencia constituye el punto de partida del nuevo sistema de justicia penal, es por ello que resulta imposible su coexistencia con figuras que la hacen nugatoria, como es el caso del arraigo constitucionalmente previsto, el cual es derivado de su ley reglamentaria. Pareciera que el legislador ha optado por considerar grave casi toda conducta ilícita para poder justificar el arraigo, y el mismo parece ser la regla general y no la excepción; lo cual es completamente contrario al principio de presunción de inocencia y la concepción de un Estado democrático.*

PALABRAS CLAVE: *Arraigo, Principio de presunción de inocencia, Vulneración.*

ABSTRACT: *The presumption of innocence is the starting point of the new system of criminal justice, so that their coexistence that is impossible with figures that make it inexistent, as it is the case of the rooting constitutionally provided; derived from its regulatory act it seems that the legislator has chosen to consider felony almost all conduct to be able to justify the rooting, and the same seems to be the rule and not the exception; which is completely contrary to the principle of presumption of innocence and the conception of a democratic State.*

KEY WORDS: *Attachment, Principle of presumption of innocence, Infringement.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Contenido y alcances de su regulación. III. Conclusiones. IV. Fuentes de consulta.*

I. Introducción

Cuando hablamos del enfrentamiento de dos figuras jurídicas como la presunción de inocencia como derecho humano y el arraigo constitucionalmente previsto, los derechos en posible colisión revisten gran importancia y han sido materia de amplios debates en la doctrina jurídica y en los tribunales nacionales y transnacionales.

Si algún precepto en nuestra Carta Magna ha recibido cuestionamientos a nivel internacional es sin duda el contenido en el artículo 16, octavo párrafo, que es del siguiente tenor literal:

Artículo 16. [...]

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.¹

La pregunta obligada, entonces, es ¿cómo sostener la presunción de inocencia frente a un apartado constitucional de tal envergadura? Es decir, ¿cómo compaginamos dicho precepto con el contenido del artículo 20 constitucional, especialmente cuando éste dice en el inciso B, relativo de los derechos de la persona imputada (fracción primera), que ésta tiene derecho a que *se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa?*

II. Contenido y alcances de su regulación

Debemos reconocer que no hay respuestas fáciles para las preguntas antes planteadas, por lo que, en principio, debemos analizar los supuestos en que la Constitución permite el arraigo. Así, el artículo 16 de

nuestra Carta Magna establece como sujetos legitimados activamente para solicitarlo única y exclusivamente el Ministerio Público y para otorgarlo solamente la autoridad judicial.

Asimismo, determina como condicionante que se trate de delitos de delincuencia organizada, y es aquí donde nos topamos con el primer problema, ya que la delimitación de este tipo penal ha sido criticada duramente por la doctrina, en principio, porque en lugar de quedar tipificado en los respectivos códigos penales, se crea un cuerpo normativo *ex professo*, como la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, de reciente acuñación, que sin embargo ha sufrido una gran cantidad de reformas, que consta de 45 artículos y que de todas formas remite al Código Penal y otros ordenamientos para complementar las modalidades en ella insertas dentro del tipo penal contemplado en el artículo segundo, el cual determina lo que se entiende por delincuencia organizada y es del siguiente tenor literal:

Artículo 2º. Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter, financiamiento al terrorismo previsto en los artículos 139 Quáter y 139 Quinquies y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; el previsto en la fracción IV del artículo 368 Quáter en materia de hidrocarburos; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;²

II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;

III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración;

IV. Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud;

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (en adelante, *DOF*) el 5 de febrero de 1917.

² Fracción reformada, *DOF*, 11 de mayo de 2004, 28 de junio de 2007, 24 de octubre de 2011 y 14 de marzo de 2014.

V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tiene capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y Robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal;

VI. Delitos en materia de trata de personas, previstos y sancionados en el Título Segundo de la Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, excepto en el caso de los artículos 32, 33 y 34 y sus respectivas tentativas punibles.

VII. Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.³

Para realizar un análisis de esta figura, debemos en principio aludir al primer párrafo del artículo en comentario, que habla de varios elementos *sine qua non* para su encuadramiento: debe tratarse de tres o más personas, las cuales deberán organizarse de hecho, lo que, como sabemos, implica *establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados*;⁴ pero esa organización deberá

ser permanente o reiterada, lo que implica una duración prolongada de la misma en principio cuando se habla de permanente, pero no ocurre igual con el término “reiterada”, que puede ir desde más de una vez a un número indeterminado, ya que su sentido gramatical implica *que se hace o sucede repetidamente*.⁵

Asimismo, esa organización deberá reflejarse en conductas cuya finalidad se encamine a la comisión de algunos de los delitos enumerados por el precepto, cuya tipicidad no contiene el cuerpo normativo, sino el Código Penal Federal y otros ordenamientos como la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, Ley de Migración y hasta la Ley General de Salud e involucra incluso las legislaciones penales estatales. Dichos tipos penales, en términos generales son los siguientes:

Terrorismo. Contenido en los artículos 139 al 139 Ter⁶ que determinan:

Artículo 139. Se impondrá pena de prisión de quince a cuarenta años y cuatrocientos a mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por otros delitos que resulten:

A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo, material nuclear, combustible nuclear, mineral radiactivo, fuente de radiación o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos, o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, intencionalmente realice actos en contra de bienes o servicios, ya sea públicos o privados, o bien, en contra de la integridad física, emocional, o la vida de personas, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad o a un particular, u obligar a éste para que tome una determinación.

II. Al que acuerde o prepare un acto terrorista que se pretenda cometer, se esté cometiendo o se haya cometido en territorio nacional.

Las sanciones a que se refiere el primer párrafo de este artículo se aumentarán en una mitad, cuando además:

I. El delito sea cometido en contra de un bien inmueble de acceso público;

³ Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, publicada en el *DOF* el 7 de noviembre de 1996.

⁴ *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª ed., voz ‘organizar’ [<http://lema.rae.es/drae/?val=organizar>], consultado el 11 de mayo de 2014.

⁵ *Idem*, voz ‘reiterada’.

⁶ Código Penal Federal publicado en el *DOF* el 14 de agosto de 1931.

El arraigo penal en México frente a la presunción de inocencia

II. Se genere un daño o perjuicio a la economía nacional, o

III. En la comisión del delito se detenga en calidad de rehén a una persona.

Artículo 139 Bis. Se aplicará pena de uno a nueve años en prisión y de cien a trescientos días multa, a quien encubra a un terrorista, teniendo conocimiento de sus actividades o de su identidad.

Artículo 139 Ter. Se aplicará pena de cinco a quince años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa al que amenace con cometer el delito de terrorismo a que se refiere el párrafo primero del artículo 139.

Financiamiento al terrorismo. Contenido en los artículos 139 Quáter y 139⁷ Quinquies que determinan:

Artículo 139 Quáter. Se impondrá la misma pena señalada en el artículo 139 de este Código, sin perjuicio de las penas que corresponden por los demás delitos que resulten, al que por cualquier medio que fuere ya sea directa o indirectamente, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de

que serán destinados para financiar o apoyar actividades de individuos u organizaciones terroristas, o para ser utilizados, o pretendan ser utilizados, directa o indirectamente, total o parcialmente, para la comisión, en territorio nacional o en el extranjero, de cualquiera de los delitos previstos en los ordenamientos legales siguientes: I. Del Código Penal Federal, los siguientes:

1) Terrorismo, previstos en los artículos 139, 139 Bis y 139 Ter;⁸

2) Sabotaje, previsto en el artículo 140;⁹

3) Terrorismo Internacional, previsto en los artículos 148 Bis, 148 Ter y 148 Quáter;¹⁰

4) Ataques a las vías de comunicación, previstos en los artículos 167 fracción IX,¹¹ y 170 párrafos primero, segundo y tercero,¹² y

5) Robo, previsto en el artículo 368 Quinquies.¹³

II. De la Ley que Declara Reservas Mineras los Yacimientos de Uranio, Torio y las demás Substancias de las cuales se obtengan Isótopos Hendibles que puedan producir Energía Nuclear, los previstos en los artículos 10¹⁴ y 13.

Artículo 139 Quinquies. Se aplicará de uno a nueve años de prisión y de cien a trescientos días multa, a

⁷ *Idem.*

⁸ Que ya fueron insertados a la letra en párrafos anteriores.

⁹ Artículo 140. Se impondrá pena de dos a veinte años de prisión y multa de mil a cincuenta mil pesos, al que dañe, destruya o ilícitamente entorpezca vías de comunicación, servicios públicos, funciones de las dependencias del Estado, organismos públicos descentralizados, empresas de participación estatal o sus instalaciones; plantas siderúrgicas, eléctricas o de las industrias básicas; centros de producción o distribución de artículos de consumo necesarios de armas, municiones o implementos bélicos, con el fin de trastornar la vida económica del país o afectar su capacidad de defensa.

Se aplicará pena de seis meses a cinco años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos, al que teniendo conocimiento de las actividades de un saboteador y de su identidad, no lo haga saber a las autoridades.

¹⁰ Que serán reproducidos en los párrafos subsecuentes.

¹¹ Artículo 167. Se impondrán de uno a cinco años de prisión y de cien a diez mil días multa:

[...]

IX. Al que difunda o transmita información falsa que en cualquier forma perjudique o pueda perjudicar la seguridad de una aeronave, de un buque o de otro tipo de vehículo de servicio público federal.

¹² Artículo 170. Al que empleando explosivos o materias incendiarias, o por cualquier otro medio destruya total o parcialmente instalaciones o servicios de navegación aérea o marítima o de aeropuertos que presten servicios a la aviación civil, alguna plataforma fija, o una nave, aeronave, u otro vehículo de servicio público federal o local, o que proporcione servicios al público, si se encontraran ocupados por una o más personas, se le aplicarán de veinte a treinta años de prisión.

Si en el vehículo, instalación o plataforma de que se trate no se hallare persona alguna se aplicará prisión de cinco a veinte años.

Asimismo se impondrán de tres a veinte años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, sin perjuicio de la pena que corresponda por otros delitos que cometa, al que mediante violencia, amenazas o engaño, se apodere o ejerza el control de una plataforma fija, instalaciones o servicios de navegación aérea o marítima o de aeropuertos que presten servicios a la aviación civil; así como de una nave, aeronave, máquina o tren ferroviarios, autobuses o cualquier otro medio de transporte público colectivo, interestatal o internacional, o los haga desviar de su ruta o destino.

¹³ Artículo 368 Quinquies. Al que cometa el delito de robo de material radiactivo, material nuclear, combustible nuclear, mineral radiactivo o fuente de radiación, se le impondrán de doce a veinte años de prisión y de doce mil a veinte mil días multa.

¹⁴ Artículo 10. Se impondrá prisión de uno a diez años y multa de cien a diez mil pesos:

I.- Al que explote, en reservas mineras nacionales, yacimientos de uranio, torio y otras substancias de las cuales puedan separarse, producirse u obtenerse isótopos hendibles o substancias radioactivas que puedan producir energía nuclear, y

II.- Al que comercie, posea, extraiga, refine, compre, enajene, ministre gratuitamente, transporte, y, en general, efectúe cualquier acto de adquisición, extracción, refinamiento, suministro o tráfico de uranio, torio, plutonio Pu-239 y demás substancias de las cuales puedan separarse, producirse u obtenerse isótopos hendibles o substancias radioactivas que puedan producir energía nuclear, sin sujetarse a las disposiciones de esta Ley.

quien encubra a una persona que haya participado en los delitos previstos en el artículo 139 Quáter de este Código.

Terrorismo internacional. Previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter,¹⁵ que determinan:

Artículo 148 Bis. Se impondrá pena de prisión de quince a cuarenta años y de cuatrocientos a mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por otros delitos que resulten:

I. A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo, material nuclear, combustible nuclear, mineral radiactivo, fuente de radiación o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice en territorio mexicano, actos en contra de bienes, personas o servicios, de un Estado extranjero, o de cualquier organismo u organización internacionales, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para presionar a la autoridad de ese Estado extranjero, u obligar a éste o a un organismo u organización internacionales para que tomen una determinación;

II. Al que cometa el delito de homicidio o algún acto contra la libertad de una persona internacionalmente protegida;

III. Al que realice, en territorio mexicano, cualquier acto violento en contra de locales oficiales, residencias particulares o medios de transporte de una persona internacionalmente protegida, que atente en contra de su vida o su libertad, o

IV. Al que acuerde o prepare en territorio mexicano un acto terrorista que se pretenda cometer, se esté cometiendo o se haya cometido en el extranjero.

Para efectos de este artículo se entenderá como persona internacionalmente protegida a un jefe de Estado incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la Constitución respectiva, cumpla las funciones de jefe de Estado, un jefe de gobierno o un ministro de relaciones exteriores, así como los miembros de su familia que lo acompañen y, además, a cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado o cualquier funcionario, personalidad oficial u otro agente de una organización intergubernamental que, en el momento y en el lugar

en que se cometa un delito contra él, los miembros de su familia que habiten con él, sus locales oficiales, su residencia particular o sus medios de transporte, tenga derecho a una protección especial conforme al derecho internacional.

Artículo 148 Ter. Se impondrá pena de cinco a diez años de prisión y de cien a trescientos días multa, a quien encubra a un terrorista, teniendo conocimiento de su identidad o de que realiza alguna de las actividades previstas en el presente capítulo.

Artículo 148 Quáter. Se aplicará pena de seis a doce años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa al que amenace con cometer el delito de terrorismo a que se refieren las fracciones I a III del artículo 148 Bis.

Contra la salud. Previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero,¹⁶ que determinan:

Artículo 194. Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:

I.- Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud;

Para los efectos de esta fracción, por producir se entiende: manufacturar, fabricar, elaborar, preparar o acondicionar algún narcótico, y por comerciar: vender, comprar, adquirir o enajenar algún narcótico.

Por suministro se entiende la transmisión material de forma directa o indirecta, por cualquier concepto, de la tenencia de narcóticos.

El comercio y suministro de narcóticos podrán ser investigados, perseguidos y, en su caso, sancionados por las autoridades del fuero común en los términos de la Ley General de Salud, cuando se colmen los supuestos del artículo 474 de dicho ordenamiento.

II.- Introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos comprendidos en el artículo anterior, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito.

Si la introducción o extracción a que se refiere esta fracción no llegare a consumarse, pero de los actos realizados se desprenda claramente que esa era la finalidad del agente, la pena aplicable será de hasta las dos terceras partes de la prevista en el presente artículo.

III.- Aporte recursos económicos o de cualquier especie, o colabore de cualquier manera al financiamiento,

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

El arraigo penal en México frente a la presunción de inocencia

supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de alguno de los delitos a que se refiere este capítulo; y

IV.- Realice actos de publicidad o propaganda, para que se consuma cualesquiera de las sustancias comprendidas en el artículo anterior.

Las mismas penas previstas en este artículo y, además, privación del cargo o comisión e inhabilitación para ocupar otro hasta por cinco años, se impondrán al servidor público que, en ejercicio de sus funciones o aprovechando su cargo, permita, autorice o tolere cualesquiera de las conductas señaladas en este artículo.

Artículo 195. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa, al que posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, siempre y cuando esa posesión sea con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194, ambos de este código.

Falsificación o alteración de moneda. Previstos en los artículos 234, 236 y 237 del Código Penal Federal, que determinan:

Artículo 234.- Al que cometa el delito de falsificación de moneda, se le impondrá de cinco a doce años de prisión y hasta quinientos días multa.

Se entiende por moneda para los efectos de este Capítulo, los billetes y las piezas metálicas, nacionales o extranjeros, que tengan curso legal en el país emisor.

Comete el delito de falsificación de moneda el que produzca, almacene, distribuya o introduzca al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos para engañar al público, por ser confundibles con monedas emitidas legalmente. A quien cometa este delito en grado de tentativa, se le impondrá de cuatro a ocho años de prisión y hasta trescientos días multa.

La pena señalada en el primer párrafo de este artículo, también se impondrá al que a sabiendas hiciera uso de moneda falsificada.

Artículo 236. Se impondrá prisión de cinco a doce años y hasta quinientos días multa, al que altere moneda. Igual sanción se impondrá al que a sabiendas circule moneda alterada.

Para los efectos de este artículo se entiende que altera un billete, aquel que forme piezas mediante la unión de dos o más fracciones procedentes de diferentes billetes,

y que altera una moneda metálica, aquel que disminuye el contenido de oro, plata, platino o paladio que compongan las piezas monetarias de curso legal, mediante limaduras, recortes, disolución en ácidos o empleando cualquier otro medio.

Artículo 237. Se castigará con prisión de cinco a doce años y hasta quinientos días multa, a quien preste sus servicios o desempeñe un cargo o comisión en la casa de moneda o en cualquier empresa que fabrique cospeles, y que por cualquier medio, haga que las monedas de oro, plata, platino o paladio, contengan metal diverso al señalado por la ley, o tengan menor peso que el legal o una ley de aleación inferior.

El previsto en la fracción IV del artículo 368 Quáter del Código Penal Federal en materia de *hidrocarburos*, que determina:

Artículo 368 Quáter. Se sancionará a quien:

[...]

IV. Sustraiga o aproveche petróleo crudo o hidrocarburos refinados, procesados o sus derivados de ductos, equipos o instalaciones de Petróleos Mexicanos, sus organismos subsidiarios o empresas filiales con pena de prisión de ocho a doce años y de mil a doce mil días multa.

Las sanciones que correspondan en este artículo se aumentarán hasta en una mitad cuando el responsable sea o haya sido trabajador o servidor público de la industria petrolera.

Las penas que correspondan por los delitos previstos en este artículo, se aumentarán en una mitad más para el trabajador o servidor público que, con motivo de su trabajo, suministre información de las instalaciones, del equipo o de la operación de la industria que resulte útil o pueda auxiliar a la comisión de los delitos de referencia.

Operaciones con recursos de procedencia ilícita. Previsto en los artículos 400 Bis y 424 Bis del Código Penal Federal, que determinan:

Artículo 400 Bis. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que, por sí o por interpósita persona, realice cualquiera de las siguientes conductas:

I. Adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba por cualquier motivo, invierta, traspase, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero

o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, o

II. Oculte, encubra o pretenda ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita.

Para efectos de este Capítulo, se entenderá que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia.

En caso de conductas previstas en este Capítulo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de alguno de los delitos referidos en este Capítulo, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y denunciar los hechos que probablemente puedan constituir dichos ilícitos.

Artículo 424 bis. Se impondrá prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa:

I. A quien produzca, reproduzca, introduzca al país, almacene, transporte, distribuya, venda o arriende copias de obras, fonogramas, videogramas o libros, protegidos por la Ley Federal del Derecho de Autor, en forma dolosa, con fin de especulación comercial y sin la autorización que en los términos de la citada Ley deba otorgar el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos.

Igual pena se impondrá a quienes, a sabiendas, aporten o provean de cualquier forma, materias primas o insumos destinados a la producción o reproducción de obras, fonogramas, videogramas o libros a que se refiere el párrafo anterior, o

II. A quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación.

Acopio y tráfico de armas. Previstos en los artículos 83 Bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos,¹⁷ que determinan:

Artículo 83 Bis. Al que sin el permiso correspondiente hiciera acopio de armas, se le sancionará:

I.- Con prisión de dos a nueve años y de diez a trescientos días multa, si las armas están comprendidas en los incisos *a)* o *b)* del artículo 11, de esta Ley. En el caso del inciso *i)* del mismo artículo, se impondrá de uno a tres años de prisión y de cinco a quince días multa; y

II.- Con prisión de cinco a treinta años y de cien a quinientos días multa, si se trata de cualquiera otra de las armas comprendidas en el artículo 11 de esta Ley.

Por acopio debe entenderse la posesión de más de cinco armas de las de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea.

Para la aplicación de la sanción por delitos de portación o acopio de armas, el Juez deberá tomar en cuenta la actividad a que se dedica el autor, sus antecedentes y las circunstancias en que fue detenido.

Artículo 84. Se impondrá de cinco a treinta años de prisión y de veinte a quinientos días multa:

I. Al que participe en la introducción al territorio nacional, en forma clandestina, de armas, municiones, cartuchos, explosivos y materiales de uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea o sujetos a control, de acuerdo con esta Ley;

II. Al servidor público, que estando obligado por sus funciones a impedir esta introducción, no lo haga.

Además, se le impondrá la destitución del empleo o cargo e inhabilitación para desempeñar cualquier cargo o comisión públicos, y

III. A quien adquiera los objetos a que se refiere la fracción I para fines mercantiles.

Tráfico de indocumentados. Previsto en el artículo 159 de la Ley de Migración,¹⁸ que determina:

Artículo 159. Se impondrá pena de ocho a dieciséis años de prisión y multa de cinco mil a quince mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, a quien:

I. Con propósito de tráfico lleve a una o más personas a internarse en otro país sin la documentación correspondiente, con objeto de obtener directa o indirectamente un lucro;

¹⁷ Publicada en el *DOF* el 11 de enero de 1972.

¹⁸ Publicada en el *DOF* el 25 de mayo de 2011.

El arraigo penal en México frente a la presunción de inocencia

II. Introduzca, sin la documentación correspondiente, a uno o varios extranjeros a territorio mexicano, con objeto de obtener directa o indirectamente un lucro, o

III. Albergue o transporte por el territorio nacional, con el objeto de obtener directa o indirectamente un lucro, a uno o varios extranjeros con el fin de evadir la revisión migratoria.

Para efectos de la actualización del delito previsto en este artículo, será necesario que quede demostrada la intención del sujeto activo de obtener un beneficio económico en dinero o en especie, cierto, actual o inminente.

No se impondrá pena a las personas de reconocida solvencia moral, que por razones estrictamente humanitarias y sin buscar beneficio alguno, presten ayuda a la persona que se ha internado en el país de manera irregular, aun cuando reciban donativos o recursos para la continuación de su labor humanitaria.

Tráfico de órganos. Previsto en los artículos 461, 462 y 462 Bis de la Ley General de Salud,¹⁹ que determinan:

Artículo 461. Al que traslade o realice actos tendientes a trasladar fuera del territorio nacional, órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos vivos o de cadáveres, sin permiso de la Secretaría de Salud, se le impondrá prisión de cuatro a quince años y multa por el equivalente de trescientos a setecientos días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Igual sanción se aplicará al que traslade o realice actos tendientes a trasladar fuera del territorio nacional tejidos de seres humanos que puedan ser fuente de material genético (ácido desoxirribonucleico) para estudios genómicos poblacionales en contravención de los artículos 317 Bis y 317 Bis 1 de esta Ley.

Si el responsable es un profesional, técnico o auxiliar de las disciplinas para la salud, a la pena anterior se añadirá suspensión en el ejercicio de su profesión u oficio hasta por siete años.

Artículo 462. Se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

I. Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos;

II. Al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos, incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos;

III. Al que trasplante un órgano o tejido, sin atender las preferencias y el orden establecido en las bases de datos hospitalarias, institucionales, estatales y nacionales a que se refiere el artículo 336 de esta Ley;

IV. Al que promuevan, favorezcan, faciliten o publiquen la obtención o la procuración ilegal de órganos, tejidos y células o el trasplante de los mismos;

V. Al receptor del órgano que consienta la realización del trasplante conociendo su origen ilícito, y

VI. Al que trasplante un órgano o tejido cuando el receptor y/o donador sean extranjeros, sin seguir el procedimiento establecido para tal efecto.

En el caso de las fracciones III, IV, V y VI se aplicarán al responsable, además de otras penas, de cinco a diez años de prisión. Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además, suspensión de cinco a ocho años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta seis años más, en caso de reincidencia.

Artículo 462 Bis. Al responsable o empleado de un establecimiento donde ocurra un deceso o de locales destinados al depósito de cadáveres, que permita alguno de los actos a que se refieren las fracciones I, II, III, IV y V del artículo anterior o no procure impedirlos por los medios lícitos que tenga a su alcance, se le impondrá de cuatro a nueve años de prisión y multa por el equivalente de diez mil a quince mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además, suspensión de dos a cuatro años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta cinco años más en caso de reincidencia.

Se impondrá la sanción a que se refiere el presente artículo, al responsable del establecimiento de la salud que no inscriba en el Registro Nacional de Trasplantes al receptor y/o donador extranjero al que se refiere la parte final del artículo 333 de esta Ley.

Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad, de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo prevista

¹⁹ Publicada en el *DOF* el 7 de febrero de 1984.



en el artículo 201; *Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho, o de personas que no tienen capacidad para resistirlo*, prevista en el artículo 202; *Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad, de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tiene capacidad para resistirlo*, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; *Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad, de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo*, previsto en el artículo 204; *Asalto*, previsto en los artículos 286 y 287; *Tráfico de menores o personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho*, previsto en el artículo 366 Ter, y *Robo de vehículos*, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales o del Distrito Federal.

Delitos en materia de trata de personas. Previstos y sancionados en el Título Segundo de la Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos,²⁰ excepto en el caso de los artículos 32, 33 y 34 y sus respectivas tentativas punibles.

Las conductas previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro,²¹ Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo anterior nos arroja un catálogo de delitos tal que resulta difícil no encuadrar en ellos, ante una enumeración que dada su amplitud permite una discrecionalidad impresionante a la autoridad ministerial para solicitar el arraigo y, definitivamente, no todas las conductas incluidas en este vasto catálogo pueden ser estimadas como delitos graves, aun cuando el legislador haya establecido lo contrario. Debemos resaltar que hay conductas cuya tipificación como delincuencia organizada pudiera resultar excesiva, como es el caso de algunas previstas como piratería

en materia de derechos de autor o el brincarse el orden en el trasplante de órganos, delitos con los que ni la comparación cabe cuando los enfrentamos al terrorismo o a la trata de personas que sí son conductas cuya tipificación debe encuadrarse indudablemente en los delitos graves.

Estimamos que es tanta la presión social frente a la inseguridad, que el legislador ha optado por considerar grave casi toda conducta ilícita, lo cual no corresponde a una adecuada técnica jurídica y nos lleva a justificar el arraigo para casi todo como una medida *prima facie*, cuando debería ser una de *ultima ratio*, y es que pareciera que, por el hecho de constitucionalizarlo, se deja atrás el estigma de la vulneración de derechos humanos que ha acompañado al arraigo.

La SCJN por su parte, en cuanto al tema que nos ocupa, con anterioridad a la reforma constitucional determinó la inconstitucionalidad del precepto que regulaba el arraigo en el ordenamiento penal de la entidad federativa de Chihuahua, resolviendo que:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: *a)* en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; *b)* en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; *c)* mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; *d)* por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, *e)* tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en

²⁰ Publicada en el DOF el 14 de junio de 2012.

²¹ Publicada en el DOF el 30 de noviembre de 2010.

El arraigo penal en México frente a la presunción de inocencia

toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.²²

Posteriormente, se modifica la Constitución a fin de resolver tal inconstitucionalidad y, como bien dice Silva García,

[S]e ha pensado que el nuevo ropaje constitucional del arraigo tiende a blindarlo y a resistir cualquier tipo de control de regularidad constitucional o convencional proveniente de la rama judicial. En ese sentido la experiencia ha puesto de manifiesto que el arraigo en materia penal se ha utilizado para detener a personas por 40 y hasta 80 días sin que exista investigación alguna a esos efectos; es decir, las autoridades han entendido que se ha constitucionalizado y es válido el método consistente en “*primero detener para después investigar*”; lo que ha generado que las autoridades conciban al arraigo penal como una especie de medida cautelar metaconstitucio-

nal que permite sobreponerse, en términos absolutos, al contenido esencial de los derechos humanos a la libertad personal, a la presunción de inocencia, al debido proceso, y a la tutela judicial efectiva.²³

Con posterioridad a la reforma, la corte se ha pronunciado únicamente por lo que hace a la inconstitucionalidad de las leyes locales que regulen esta figura, la cual estima que solo corresponde a las autoridades federales.

En relación con esta problemática, Concha ha pronunciado: “[D]esde el año 2002, alrededor de nueve mecanismos internacionales de derechos humanos han recomendado al Estado mexicano eliminar la figura del arraigo tanto a nivel federal como local, en virtud de que facilita violaciones a derechos humanos, en virtud de que en su aplicación no se cuenta con un suficiente control jurisdiccional y de legalidad, y, con ello se potencia su uso discrecional”.²⁴

Asimismo, la Relatora Especial de la ONU sobre la Independencia de Magistrados y Abogados encontró de tal relevancia la problemática del arraigo, que le dedicó un apartado especial en el informe el C, y, al respecto, expresó:

60. El arraigo es una medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad de una persona, que se sospecha pudo haber cometido un delito, durante la fase de investigación. Fue elevado a rango constitucional en 2008, luego de haber sido considerado inconstitucional por la SCJN en 2006.

61. La decisión de elevar a rango constitucional la figura jurídica del arraigo habría estado vinculada a la necesidad gubernamental de contar con un instrumento acorde a la situación de excepcional violencia causada por el crimen organizado. Sin embargo, la justificación más frecuente de la existencia del arraigo es que sirve esencialmente en casos de flagrancia, cuando se presume que la persona podría estar vinculada con algún otro

²² ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL [TA]; 9a. Época; Pleno; *SJF y su Gaceta*; XXIII, febrero de 2006; Pág. 1170. Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 19 de septiembre de 2005. Mayoría de cinco votos.

²³ Fernando Silva García, “El arraigo penal entre dos alternativas posibles: Interpretación conforme o inconformidad”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 33, México, Poder Judicial Federal, 2012, pp. 217-246 (cursivas y comillas en el original).

²⁴ Miguel Concha, “Inconstitucionalidad del arraigo”, Página electrónica del periódico *La Jornada* [http://www.jornada.unam.mx/2014/03/01/opinion/018a2pol?utm_source=hoy+en+dh&utm_campaign=fc286c977c-Monitoreo_del_30_de_agosto_de_2013_1_2013&utm_medium=email&utm_term=0_58473853f8-fc286c977c-51642477], México, UNAM, sábado, 1º de marzo de 2014 (consultado el 12 de mayo de 2014).

delito dentro del contexto del crimen organizado pero todavía no se cuenta con los elementos suficientes para probarlo.

62. En estos casos, por regla general, los agentes del Ministerio Público, en vez de pedir que las personas sean perseguidas por el delito en flagrancia, prefieren pedir que éstas sean arraigadas —aunque no subsistan elementos suficientes para acusarlas de ningún otro delito más grave—. Esta situación depende también del hecho que los agentes del Ministerio Público suelen preferir que las personas queden a su disposición para interrogarlas y obtener mayor información, en lugar de que sean puestas a disposición de un juez.

63. *Estos elementos no hacen más que confirmar el carácter arbitrario del arraigo y su incompatibilidad con el principio de presunción de inocencia y con el derecho a la libertad personal.* Los casos de arraigo fueron considerados como de detenciones arbitrarias por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos luego de su visita a México. Además, esta figura es intrínsecamente contraria al modelo oral acusatorio que México ha aprobado para su sistema procesal penal.²⁵

Además de lo anterior, en el apartado de conclusiones la relatora determinó que el arraigo debería desaparecer del sistema de justicia penal en México.

Por otro lado, el *Diccionario Jurídico Mexicano* concibe el arraigo como “[L]a medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso penal, cuando se trate de delitos imprudenciales o de aquellos en los que no proceda la prisión preventiva”.²⁶

La presunción de inocencia, por su parte, la concibe Nogueira Alcalá como:

El derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de

acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida, respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal de forma restrictiva.²⁷

Encontramos, en consecuencia, un problema de preservación de dicha presunción frente a una normatividad permisiva hacia la autoridad investigadora, que la faculta para solicitar el arraigo sin requerir un sustento real bajo la simple sospecha de una enumeración interminable de tipos penales de tan diversa índole y que se ven enlazados a la delincuencia organizada que, como ya vimos, adolece de una vaguedad preocupante.

III. Conclusiones

La Comisión encargada del Informe sobre el impacto en México de la figura del arraigo penal en los derechos humanos, presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, determinó, entre otros aspectos relevantes, que “[e]l arraigo resulta *per se* contrario a los principios en que se funda un estado democrático de derecho y violatorio del principio de legalidad contenido en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos; los derechos de libertad personal y de tránsito contenidos en el artículo 7 de la misma y el derecho a la presunción de inocencia prevista en el artículo 8 del mismo instrumento”.²⁸

Los argumentos a favor del arraigo se sustentan en la protección de la seguridad pública frente a delitos estimados de gravedad por la sociedad y el Estado, regulados como tales por los respectivos ordenamientos

²⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre la Independencia de Magistrados y Abogados (Adición) Misión a México”, Consejo de Derechos Humanos 17º período de sesiones, 18 de abril de 2011 [<http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Internacional/informeRelatoraEspecial.pdf>], consultado el 13 de mayo de 2014 (las cursivas son nuestras).

²⁶ *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. I, México, Porrúa/UNAM, 2009, p. 260.

²⁷ Humberto Nogueira Alcalá, “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Revista Ius et Praxis*, núm. 11, Universidad de Talca, 2005, pp. 221 y 222.

²⁸ CIDH, *Informe sobre el impacto en México de la figura del arraigo penal en los derechos humanos*, Washington, 28 de marzo de 2011.

El arraigo penal en México frente a la presunción de inocencia

penales, así lo sostiene Lara Rivera cuando afirma: “No podemos realizar una discusión objetiva sobre el tema del arraigo sin poner en el centro de la discusión a la víctima. Y me parece que la necesidad de procurar seguridad en la vida, en los bienes, en la familia y el entorno de las víctimas, hacen que esta figura de medida cautelar cobre relevancia, pertinencia y plena legitimidad”.²⁹

Sus bondades no han resaltado en la investigación de los delitos a que se contrae su extenso catálogo y sí pareciera que su implementación en lugar de utilizarse como una medida cautelar excepcional, se está convirtiendo en práctica cotidiana mediante la cual se vulneran los derechos del imputado, en especial su derecho a la presunción de inocencia. Incluso se ha desnaturalizado al arraigo penal como medida cautelar para transformarlo en la aplicación de una pena que no es posible justificar jurídicamente visto el momento procesal en que se decreta.

El problema toral es la discrecionalidad que la abundancia de preceptos y cuerpos normativos permite en su implementación; por ello, las voces de la doctrina se han elevado en un afán crítico de reflexión respecto de lo que ocurre con el sistema mexicano. Así, verbigracia, Cantú Martínez ha dicho: “El régimen de excepción para delincuencia organizada es un sistema penal paralelo al democrático, consistente en la aplicación de penas pre-condenatorias que adelgazan la efectividad de las garantías judiciales de las personas colocándolas en un limbo jurídico en el que no son ni indiciadas ni inculpadas”.³⁰

Si bien es cierto que los problemas de inseguridad flagelan el país, éstos no se resuelven restringiendo derechos alcanzados ni aplicando el Derecho penal del enemigo; debemos encontrar los mecanismos de prevención y aquéllos que faciliten vencer la impunidad para paliar este gran azote que se traduce en ausencia del bien común que el Estado está obligado a proporcionar como su fin esencial, pero jamás deberemos sustentarlo como lo hacemos actualmente, en figuras de dudosa legalidad, pese a que estén insertas en nuestra Carta Magna; porque sacrificar los derechos no es ni será nunca la vía idónea de un Estado que se precia de ser democrático.

IV. Fuentes de consulta

Bibliohemerográficas

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre la Independencia de Magistrados y Abogados (Adición) Misión a México*, Consejo de Derechos Humanos, 17º período de sesiones, 18 de abril de 2011 [<http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/Internacional/informeRelatoraEspecial.pdf>].

Cantú Martínez, Silvano, *et al.*, *La figura del arraigo penal en México. El uso del arraigo y su impacto en los derechos humanos*, México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, 2012.

CIDH, *Informe sobre el Impacto en México de la Figura del arraigo Penal en los Derechos Humanos*, Washington, 28 de marzo de 2011.

Concha, Miguel, “Inconstitucionalidad del arraigo”, Página electrónica del periódico *La Jornada*, México, UNAM, sábado 1º de marzo de 2014 [http://www.jornada.unam.mx/2014/03/01/opinion/018a2pol?utm_source=hoy+en+dh&utm_campaign=fc286c977c-Monitoreo_del_30_de_agosto_de_20134_1_2013&utm_medium=email&utm_term=0_58473853f8-fc286c977c-51642477].

Diccionario de la Real Academia Española, 22ª ed. [<http://lema.rae.es/drae/>].

Diccionario Jurídico Mexicano, t. I, México, Porrúa/UNAM, 2009.

Lara Rivera, Jorge Alberto, “La figura del arraigo es pertinente y cumple cabalmente criterios de derechos humanos”, *Revista de Derechos Humanos Defensor*, año X, núm. 2, febrero de 2012.

Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, *Revista Ius et Praxis*, núm. 11, Universidad de Talca, 2005.

Silva García, Fernando, “El arraigo penal entre dos alternativas posibles: Interpretación conforme o inconventionalidad”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 33, Poder Judicial Federal, 2012.

²⁹ Jorge Alberto Lara Rivera, “La figura del arraigo es pertinente y cumple cabalmente criterios de derechos humanos”, *Revista de Derechos Humanos Defensor*, año X, núm. 2, febrero de 2012, pp. 8-12.

³⁰ Silvano Cantú Martínez *et al.*, *La figura el arraigo penal en México. El uso del arraigo y su impacto en los derechos humanos*, México, La Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, 2012, p. 19.

Fuentes Legislativas y jurisprudenciales

ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, [TA]; 9a. Época; Pleno; *SJF y su Gaceta*; XXIII, febrero de 2006; Pág. 1170. Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 19 de septiembre de 2005. Mayoría de cinco votos.

Código Penal Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

Ley General para Combatir y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos.

Ley General de Salud.

Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro.

Ley de Migración.

El bien jurídico protegido en los delitos tributarios*

Juan Carlos Ferré Olivé

Universidad de Huelva, España

RESUMEN: Este artículo analiza la caracterización del bien jurídico protegido en Derecho penal tributario, alejándose de las teorías patrimoniales y asumiendo posiciones funcionales, tanto en relación con el delito de defraudación tributaria, como con el delito contable y el fraude de subvenciones. Todos ellos tipifican, en síntesis, delitos de lesión

PALABRAS CLAVE: Bien jurídico, Derecho penal tributario, defraudación tributaria, fraude de subvenciones, determinación del tributo.

ABSTRACT: This article discusses the characterization of the Protected interest in Criminal Tax Law, distancing themselves from the economic thesis and assuming a functional point of view, both in relation to the crime of Tax Evasion, the Accounting-Tax offence and Grant fraud. In short, all of them regulate crimes of injury.

KEY WORDS: Protected interest. Tax criminal law. Tax evasion. Grant fraud. Tax determination.

SUMARIO: 1. El estado de la cuestión. 2. Nuevas perspectivas para el bien jurídico tutelado. 3. Un planteamiento funcional. 4. Conclusiones.

* Esta investigación forma parte de un proyecto más amplio desarrollado en el marco del Programa de Estancias de profesores e investigadores Seniores en Centros Extranjeros del Ministerio de Educación de España (PR 2010-0512).

El bien jurídico protegido en los delitos tributarios

1. El estado de la cuestión

Es difícil objetar el importante papel que cumple el bien jurídico en los delitos fiscales, ya que permite justificar la intervención penal al mismo tiempo que contribuye a delimitar su contenido y alcance. Sin embargo, nada es pacífico en este particular espacio punitivo, precisamente porque se encuentra a medio camino entre la tributación y la pena. La posibilidad de tutelar penalmente un interés, de elevarlo a la categoría de bien jurídico penalmente relevante, se relaciona en buena medida con su trascendencia constitucional.¹ Como señala Arroyo Zapatero, el tránsito del ámbito de las infracciones administrativas al Derecho penal está marcado por la relevancia constitucional, fundamentalmente si se trata de infracciones encuadrables dentro del Derecho penal económico.² ¿Cuáles serían las fuentes concretas del bien jurídico en Derecho penal tributario? Siguiendo a este autor, debemos valorar las previsiones de la Constitución Económica y también, de manera fundamental, el Derecho comunitario.³ En relación con los delitos fiscales y contables, el bien jurídico quedaría amparado por el marco propio que brinda la Constitución (en adelante CE), que dispone en su artículo 31.1 que “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que en ningún caso tendrá alcance confiscatorio”. Una disposición constitucional de esta naturaleza eleva considerablemente el valor de la actividad financiera del Estado como un interés que se puede y debe tutelar recurriendo a la pena.⁴ Como ha puesto de manifiesto Octavio de Toledo, el mencionado artículo 31 CE consagra un derecho y un

deber. Por una parte, el derecho que tienen todos los ciudadanos a un sistema tributario justo y, por otra, el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos conforme a su capacidad económica.⁵

El cumplimiento de las obligaciones fiscales da contenido a una exigencia de *solidaridad social*, que se materializa en buena medida cuando a través de una correcta determinación de los tributos estos cumplen su misión de justicia, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad. En síntesis, pese a que no es imprescindible que los bienes jurídico-penales se encuentren expresamente reflejados en el texto constitucional, las referencias constitucionales contribuirán decisivamente a la hora de definir aquello que *puede ser* objeto de tutela penal.

El Estado, las comunidades autónomas y las administraciones locales son entes que tienen entre sus funciones más relevantes la recaudación. Para ello, por imperativo constitucional y comunitario, deben exigir la colaboración de los ciudadanos, lo que no solo se refleja en sus aportaciones económicas, sino también en la gestión de los tributos. En este contexto, se perfila el bien jurídico como un interés que excede los contenidos meramente individuales. Se tutela un bien supraindividual o colectivo, que recibe protección penal por tratarse de intereses sociales generales, que pertenecen al conjunto de individuos que integran la comunidad.⁶ Pero, ¿qué bien jurídico es el que efectivamente se ampara?

Martínez- Buján Pérez, uno de los autores que más extensa y rigurosamente se han dedicado a esta materia, nos recuerda la enorme polémica que existe acerca del bien jurídico en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.⁷ El debate comenzó

¹ Cf. C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 3ª ed., Valencia, 2011, p. 142, quien destaca que los bienes jurídicos no solo se conforman con base en una figura delictiva, sino a partir de la Constitución y el contenido de los derechos fundamentales, lo que permite valorar su legitimación constitucional.

² Cf. L. Arroyo Zapatero, “Derecho penal económico y Constitución”, *Revista Penal*, núm. 1, 1998, p. 1. En relación con la trascendencia constitucional y las reformas penales, vid. M. Donini, “La riforma della legislazione penale complementare: Il suo significato ‘costituente’ per la riforma del Codice”, en M. Donini (ed.), *La riforma della legislazione penale complementare*, Padua, 2000, pp. 5 y s. Ampliamente, M. Donini, *Alla ricerca di un disegno*, Padua, 2003, pp. 37 y s.

³ Cf. L. Arroyo Zapatero, *op. cit.*, p. 2. Como destaca acertadamente este autor, en el ámbito del Derecho penal económico se ha pensado que cualquier referencia constitucional al bien jurídico limita poco al legislador, porque es el propio legislador quien debe configurar el bien jurídico. Todo ello puede llegar a brindar una imagen “artificial” de estos delitos económicos, en contraposición con los delitos “naturales”, donde el valor no lo crea ni determina el legislador. Pero estas referencias no son válidas en la actualidad, pues se asume que esos delitos artificiales pueden llegar a ser, por el daño que representan para el conjunto de la sociedad, tan o más graves que los delitos “naturales”.

⁴ Cf., para el Derecho italiano, E. Musco, “Reati tributari”, *Enc. Dir. Annali, I.*, Milán, Giuffrè, 2007, p. 1045.

⁵ Cf. E. Octavio de Toledo, “Los objetos de protección en los delitos contra las Haciendas Públicas”, en VV. AA., *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Valencia, 2009, p. 69.

⁶ Cf. C. Martínez Buján-Pérez, *op. cit.*, pp. 152 y s.

⁷ Cf. C. Martínez Buján-Pérez, “El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. XVIII, 1995, pp. 129 y s.; el mismo, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4ª ed., Valencia, 2013, pp. 654 y s.



prontamente, con la regulación del delito fiscal prevista en el artículo 319 del antiguo Código Penal, incorporado por Ley 50/1977 de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, y se ha mantenido hasta la actualidad, a través de las sucesivas reformas legislativas operadas en esa materia.⁸ Como analiza este autor, la doctrina se ha dividido claramente en dos corrientes: las mayoritarias tesis patrimonialistas y las minoritarias tesis funcionales, pues puede considerarse superada la tesis que construía el bien jurídico en torno a *deberes de lealtad* hacia el Estado.⁹

a) *Tesis patrimonialistas*. Las tesis patrimonialistas giran en torno a la defensa de intereses patrimoniales supraindividuales. No existe un punto de vista único, pues algunos autores ponen el acento en el erario público o patrimonio del Estado, mientras que otros se decantan por la recaudación tributaria o por la efectividad del derecho de crédito tributario.

Es evidente que algunos delitos contra la Hacienda Pública afectan desde una perspectiva puramente pecuniaria el patrimonio del Estado, comunidades autónomas o entes locales. Esta realidad ha dado pie a que muchos autores identifiquen el patrimonio como el bien jurídico tutelado, sustentando las tesis de orientación patrimonial. Así, por ejemplo, recordamos a Pérez Royo, quien refiriéndose al delito de defrau-

dación tributaria, opinaba que “se trata de un delito de resultado que exige el perjuicio en la recaudación tributaria, lo cual aparece en principio como el objeto inmediato de protección penal”,¹⁰ y también que el bien jurídico tutelado “es la recaudación correspondiente a cada una de las figuras que integran el sistema tributario, pero sólo en cuanto resulte afectada por la violación de alguno de los deberes de colaboración con la Hacienda establecidos para el correcto desarrollo de la función tributaria”.¹¹ Estos planteamientos o formulaciones similares son las defendidas por un nutrido número de autores, bajo la idea global de una tutela de “intereses patrimoniales supraindividuales”.¹²

Desde esta perspectiva, lo protegido sería el *interés patrimonial* de la Hacienda Pública,¹³ es decir, una serie de bienes identificables y tangibles de titularidad estatal, de las comunidades autónomas o entes locales. Al defenderse estos intereses patrimoniales supraindividuales se hace referencia al patrimonio del Estado, de comunidades autónomas y de entes locales, compuesto de dinero, valores, créditos, derechos y obligaciones. En esencia, estaríamos ante peculiares delitos patrimoniales diferenciados únicamente por el titular del bien jurídico, esto es, por la titularidad pública de los bienes jurídicos supraindividuales tutelados. Esta corriente mayoritaria tiende a concre-

⁸ El debate no es menor en Italia a partir de la famosa ley 516/1982, bautizada como “manette agli evasori” y sus modificaciones posteriores. Cf. E. Musco, en E. Musco y F. Ardito, *Diritto penale tributario*, Bolonia, 2010, pp. 37 y s.

⁹ En el concreto campo del Derecho penal tributario en Alemania, un sector minoritario ha entendido que lo tutelado es la pretensión del Estado al cumplimiento por parte de los contribuyentes de los deberes de colaboración impuestos por las normas tributarias para hacer posible el correcto desarrollo de la gestión tributaria; en otras palabras, se sancionaría la “deslealtad tributaria”. *Vid.* el análisis que lleva a cabo F. Pérez Royo, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1986, p. 74. Debe destacarse que estas teorías se basan en la redacción de la defraudación tributaria alemana anterior a 1977. En España se han recogido en su día estas ideas. Bacigalupo, quien –refiriéndose al delito fiscal vigente hasta 1985– señalaba lo jurídicamente protegido como “la pretensión del Estado de contar con una colaboración leal de los ciudadanos en la determinación de los hechos imposables”. Cf. E. Bacigalupo, “El delito fiscal en España”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 56, pp. 79 y ss. Sin embargo, el concepto de deslealtad tributaria ha caído en desuso, incluso en Alemania, desde la regulación de estos delitos por el parágrafo 370 de la Ordenanza Tributaria de 1977. Cf. M. Maiwald, *Conocimiento del ilícito y dolo en Derecho Penal Tributario*, Buenos Aires, 1997, p. 28. Como acertadamente ha puesto de manifiesto Octavio de Toledo, la lealtad no supone un concepto jurídico sino ético. Más concretamente, la lealtad tributaria es un concepto ético-político incapaz de ser útil para limitar el poder punitivo del Estado. Cf. E. Octavio de Toledo, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰ Cf. F. Pérez Royo, *op. cit.*, p. 77.

¹¹ Cf., *ibidem*, p. 78.

¹² Cf. G. Rodríguez Mourullo, “El nuevo delito fiscal”, *Comentarios a la Legislación Penal*, Madrid, 1983, p. 257. También C. Martínez-Buján Pérez, “El delito de defraudación tributaria”, *Comentarios a la Legislación Penal*, tomo VII, Madrid, 1986, p. 244; J. Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, III, Barcelona, 1978, p. 1008; L. Iglesias Pujol, *La Hacienda Pública como bien jurídico protegido: contrabando y delito fiscal*, Barcelona, 1982, p. 254; F. Morales Prats, “Acotaciones a la reforma penal en la esfera tributaria”, *Rev. técnico laboral*, 1986, p. 358; J. Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, p. 222; M. Bajo Fernández y S. Bacigalupo, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 2000, pp. 43, y s.; E. Octavio de Toledo, *op. cit.*, pp. 75 y s.; I. Ayala Gómez, “Los delitos contra la Hacienda Pública relativos a los ingresos tributarios”, en E. Octavio de Toledo (ed.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Valencia, 2009 p. 120; J. Boix Reig y Mira Benavent, *Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*, Valencia, 2000, p. 25 y s.; E. Orts Berenguer y J. González Cussac, *Compendio de Derecho Penal*, Valencia, 2004, p. 629; Suárez-Mira Rodríguez, *Manual de Derecho Penal*, 3ª ed., t. II, Navarra, 2005, p. 355; A. Serrano Gómez y A. Serrano Maillo, *Derecho penal. Parte Especial*, 16ª ed., Madrid, 2011, p. 572.

¹³ Cf. C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte especial*, *op. cit.*, p. 656.

El bien jurídico protegido en los delitos tributarios

tar el interés patrimonial protegido en la *recaudación tributaria*.

A partir de esta iniciativa común, algunos autores han ido haciendo mayores precisiones sobre el interés protegido. Así, Octavio de Toledo considera que, dentro de lo patrimonial, se protege la efectividad del *derecho de crédito tributario*. Habría que tener en cuenta, en primer lugar, la obligación tributaria, el derecho de crédito tributario que nace de una obligación de dar, como es pagar la cuota tributaria (art. 19 LGT), lo que permitiría diferenciar el objeto jurídico del delito (resultado valorativo, identificable con el erario público, caracterizado por el art. 31 CE y relacionado con el cumplimiento de las funciones allí establecidas) del objeto material del delito (el patrimonio de la Hacienda Pública como simple conjunto de bienes y derechos).¹⁴ De obligada referencia es el razonamiento patrimonialista de Martínez-Buján: infatigable defensor de esta caracterización, aboga por no utilizar el concepto mayoritario de recaudación tributaria ni el de efectividad del Derecho de crédito tributario, que acabamos de mencionar. Este autor advierte que los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública pueden afectarse en dos momentos: en las fases de liquidación y de recaudación. La primera fase se apreciaría en el art. 305 CP, referido al fraude fiscal, y la segunda en el art. 257.2 CP, cuando se produjera una situación de insolvencia en fase de recaudación. Por ese motivo, estima poco apropiado considerar objeto de tutela la recaudación tributaria o la efectividad del derecho de crédito tributario, que resultarían afectados tanto en la fase de liquidación como de recaudación. Por todo ello, concreta el bien jurídico protegido por el art. 305 CP en la obtención de recursos públicos tributarios en *fase de liquidación de tributos*.¹⁵

b) Tesis funcionales. Esta perspectiva fue introducida en el debate científico español a partir del brillante trabajo de Fernando Pérez Royo de 1986.¹⁶ Este autor habla por vez primera de la tutela de la *función tributaria* o de recaudación de ingresos públicos, “una serie de valores incorporados en la realización de la política tributaria”, que se concreta en la posición en la que se coloca la administración para defender el interés público relativo a la efectiva actuación de las normas tributarias.¹⁷ Desde esta perspectiva, existe una aproximación a planteamientos dinámicos que dentro del Derecho tributario ponen el acento en aspectos referidos al procedimiento.¹⁸ Otros autores que también indagan más allá del marco estrictamente penal suscriben esta caracterización funcional-dinámica.¹⁹ Como puso de manifiesto Arroyo Zapatero, los delitos fiscales y el fraude de subvenciones atacan la Hacienda Pública en sus funciones características: “la función tributaria (recaudación de ingresos públicos mediante los tributos) y la función financiera (o de realización del gasto público mediante la concesión de beneficios fiscales o subvenciones)”.²⁰ Estas tareas son tan importantes que sin ellas sería irrealizable el mandato constitucional que exige a todos contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31-1, CE). También ha suscrito estas ideas Bustos Ramírez, quien rechaza las caracterizaciones patrimonialistas por no tener en cuenta que la Hacienda Pública posee un carácter masivo y universal que el patrimonio no puede abarcar. Las defraudaciones en esta materia afectan enormemente los *aspectos sociales* de la política económica, lo que es particularmente grave en un Estado de Derecho.²¹ En definitiva, la tributación no es una mera prerrogativa del poder público, pues existe *un nexo lógico* entre los ingresos del Estado y los servicios públicos que éste presta.²²

¹⁴ Cf. E. Octavio de Toledo, “Los objetos...”, *op. cit.*, pp. 82 y s., part. p. 86.

¹⁵ Cf. C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico...*, *op. cit.*, p. 656; cf. también I. Ayala Gómez, *op. cit.*, p. 121.

¹⁶ Cf. F. Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 56 y s.

¹⁷ Cf., *ibidem*, pp. 64 y 77.

¹⁸ Cf. C. Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero*, 9ª ed., t. I, Buenos Aires, 2005, p. 38.

¹⁹ Vid. L. Arroyo Zapatero, *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, Madrid, 1987, p. 93 (“Función recaudatoria de ingresos de la Hacienda mediante tributos”); J. Bustos Ramírez, “Proceso de recaudación de ingresos y de distribución o redistribución de los egresos”, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1986, p. 342. También, en esta línea, F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, 19ª ed., Madrid, 2013, p. 964; L. Morillas Cueva en VV. AA., *Sistema de Derecho Penal español, Parte Especial*, Madrid, 2011, p. 649; J.L. Serrano González de Murillo y E. Cortés Bechiarelli, *Delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 2002, p. 18; P. Sánchez-Ostiz, *El delito contable tributario*, Pamplona, 1995, p. 196 y ss. y 233.

²⁰ Cf. L. Arroyo Zapatero, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, *op. cit.*, p. 91.

²¹ Cf. J. Bustos Ramírez, “Los bienes jurídicos colectivos”, *Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense*, núm. 11, 1986, pp. 159 y s.

²² Cf. G. Montanara, “L’art. 53 della Costituzione e l’oggetto giuridico dei nuovi reati tributari”, *Rivista trimestrale di Diritto penale dell’economia*, 2001, p. 515.



Gracia Martín, por su parte, ha aportado distintas ideas con relación al bien jurídico, las cuales tienen en común el rechazo de los planteamientos patrimonialistas. Así, ha cuestionando estas teorías porque no reflejan acertadamente ni el objeto material (que sería la concreta pretensión u obligación tributaria) ni el objeto jurídico (que considera la integración de las funciones patrimonial, de justicia y político-económica del tributo).²³ En definitiva, el bien jurídico se concreta en las funciones del tributo, por lo que el delito de defraudación tributaria supone la lesión o puesta en peligro de dichas funciones.²⁴

c) *Planteamientos eclécticos*. En realidad, la mayor parte de los autores que se han ocupado del estudio del bien jurídico en el delito de defraudación tributaria han ido migrando hacia posiciones eclécticas, por lo que no existe más que una dicotomía aparente. Los que enunciaban posiciones funcionales las han matizado con componentes patrimoniales (Pérez Royo, Arroyo Zapatero, etc.), mientras que muchos defensores del carácter patrimonial no renuncian a apreciar el componente funcional (Martínez-Buján, Octavio de Toledo, Ayala Gómez, Silva Sánchez, etc.). Para alcanzar este consenso, se acepta la especificidad o funcionalidad del tributo que marca un bien jurídico genérico o *ratio legis*, pero a la hora de la verdad concretan como bien jurídico inmediato o específico, es decir, técnico y con consecuencias penales *efectivas*, los intereses patrimoniales del Estado.²⁵

2. Nuevas perspectivas para el bien jurídico tutelado

Sin convencernos suficientemente estos posicionamientos, para poder fundamentar nuestra posición creemos imprescindible tratar previamente y con cierto detenimiento tres aspectos importantes: las tesis patrimonialistas, las falsedades y la infracción del deber.

2.1. El espacio propio de las tesis patrimonialistas

Para los hacendistas clásicos, tanto la Hacienda Pública (patrimonio público) como la Privada se apoyaban en los mismos principios. Así, el Estado debía seguir con sus propios ingresos y gastos las mismas reglas que se imponían a los particulares y empresas privadas.²⁶ Sin embargo, tras el paso al Estado intervencionista, los científicos comprendieron que el cambio operado, fácilmente observable por la creciente utilización de la autoridad y prerrogativas estatales a través de la Hacienda Pública, hacía cambiar el concepto que se tenía de ésta. Para la moderna ciencia, ni el impuesto ni el gasto público tienen nada que ver con los patrimonios individuales. El patrimonio público será solo el aspecto estático de la Hacienda Pública, desarrollándose al mismo tiempo un aspecto dinámico.²⁷ Ante estas nuevas circunstancias, sostuvo Duverger que sería el peor error pretender trasplantar a las Haciendas Públicas los principios válidos en la gestión de las Haciendas Privadas, ya que perderían toda su significación.²⁸

En otras palabras, y trasladando estas reflexiones a sede penal, las enormes discrepancias en la determinación del bien jurídico protegido en los delitos tributarios son el corolario de seguir intentando aplicar a estos delitos económicos las mismas reglas interpretativas que rigen para los delitos patrimoniales clásicos, sin tener en cuenta la evolución que ha experimentado el Derecho tributario hacia planteamientos funcionales. Por lo que considero que sigue viva, treinta años después, la reflexión que hizo Bacigalupo al destacar que en nuestro medio se concibe el deber de pagar impuestos como una *obligación civil* del particular hacia el Estado.²⁹

Silva Sánchez considera que estamos ante una responsabilidad penal asentada sobre inveracidades

²³ Cf. L. Gracia Martín, “La configuración del tipo objetivo del delito de evasión fiscal en el Derecho penal español”, *Civitas, Revista de Derecho financiero*, núm. 58, 1988, pp. 271 y s.

²⁴ Cf. L. Gracia Martín, “Nuevas perspectivas del Derecho penal tributario (Las ‘funciones del tributo’ como bien jurídico)”, *Actualidad Penal*, núm. 10, 1994, pp. 203 y s, part. 208 y s.

²⁵ Así, F. Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 64 y 77; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico...*, *op. cit.*, p. 658; Octavio de Toledo, “Los objetos...”, *op. cit.*, pp. 82 y ss.; L. Arroyo Zapatero, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, *op. cit.*, p. 91. Silva Sánchez con relación a los delitos contra la seguridad social en “Allende las fronteras de la defraudación típica. A propósito de la Seguridad Social como víctima”, *Libro Homenaje a Rodríguez Ramos*, Valencia, 2013, p. 959.

²⁶ Cf. M. Duverger, *Hacienda Pública*, Barcelona, 1968, p. 18.

²⁷ Sobre la perspectiva dinámica de la Hacienda Pública, *vid.* L.A. Malvarez Pascual, “La función tributaria en el marco del Estado social y democrático de Derecho”, *Civitas, Revista española de Derecho financiero*, núms. 109 y 110, enero-junio de 2001, pp. 380 y s. También, J. Pérez de Ayala y F. Pérez de Ayala, *Fundamentos de Derecho tributario*, 7ª ed., Madrid, 2007, pp. 105 y s.

²⁸ Cf. M. Duverger, *op. cit.*, p. 18.

²⁹ Cf. E. Bacigalupo, *op. cit.* p. 81, nota 56.

El bien jurídico protegido en los delitos tributarios

de particulares, que se estructuran sobre deberes especiales porque existen riesgos especiales. Por ello, en estas infracciones hay un negativo alejamiento del perjuicio patrimonial y consecuentemente del “modelo de la estafa”.³⁰ Todo ello es cierto, aunque mi discrepancia con su planteamiento radica, fundamentalmente, en lo favorable que considero el alejamiento de dicho modelo. Mientras Silva Sánchez recuerda que en el “modelo de la estafa” hay una relativa igualdad entre los derechos y deberes de las partes, en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social esa igualdad desaparece y, siendo evidente la superioridad de la administración frente a los particulares, en estas defraudaciones “se prescinde de cualquier consideración del incumplimiento de los deberes de autoprotección por parte del sujeto pasivo con fines de exoneración del sujeto activo”.³¹ Vamos por partes.

Efectivamente, la defraudación tributaria debería haberse alejado del concepto de obligación civil del particular hacia el Estado, es decir, del modelo de la estafa. Pero la doctrina que mayoritariamente defiende un bien jurídico con contenido patrimonial demuestra su resistencia a este cambio. La defraudación se construye sobre una inveracidad o falsedad ideológica de un particular ante la Hacienda Pública, ya que debe mentir para lograr su objetivo: eludir el pago de tributos o disfrutar indebidamente de beneficios fiscales. Sin embargo, a diferencia de la estafa, esta específica “defraudación” no se construye sobre un engaño, sino sobre la violación de deberes especiales de naturaleza tributaria. Esto supone que no es objeto de debate el posible conocimiento que la administración tuviera previamente de las actividades del defraudador o acerca de la existencia de la deuda, pues en estos casos no habría engaño pero sí violación del deber y, por lo tanto, a mi entender, “defraudación”. En segundo término, y especialmente relevante, es la actuación que se realiza sobre el patrimonio. En el delito de es-

tafa, las maniobras engañosas se dirigen al patrimonio ajeno, provocando un acto de disposición patrimonial consecuencia del error;³² en otros términos, los bienes se obtienen a partir de la actividad delictiva. Aquí no es necesario el error, y es excepcional el acto de disposición patrimonial (así cuando la administración devuelve indebidamente cantidades percibidas). Por regla general, el sujeto actúa sobre su propio patrimonio. En otros términos, a través del fraude tributario no se generan ganancias o bienes, simplemente se produce un *ahorro* entre sus propios bienes —lícitos, por cierto— al incumplir con las obligaciones tributarias. La Hacienda Pública no ha incorporado esos bienes a su patrimonio, simplemente tiene una expectativa de cobro, un derecho de crédito *ex lege*. En síntesis, ¿qué queda, entonces, de la estafa?

En el momento de la consumación del fraude fiscal, no se está sustrayendo nada a la Hacienda Pública, se está ahorrando un dinero propio que se adeuda, se incumple con una obligación de pagar afectando efectivamente el Derecho de crédito tributario. Pero si no hubiera nada más, estaríamos necesariamente ante una reedición contemporánea de la prisión por deudas. Habrá que comenzar a tener en cuenta un interés distinto, alejado de la idea de patrimonio público y más próximo a considerar la situación de incertidumbre en la que quedan los tributos si se realizan determinados comportamientos, lo que afecta al sistema tributario justo que prevé el artículo 31.1 CE.

El patrimonio, sin embargo, tiene su espacio propio en los delitos tributarios. En primer término, y como vengo sosteniendo desde hace mucho, entiendo que la afección patrimonial está señalando el objeto material de algunas de las modalidades delictivas aquí analizadas y no su objeto jurídico,³³ lo que deberá complementarse posteriormente con la consideración de las cuantías defraudadas dentro de la punibilidad.³⁴ Por otra parte, la tutela del patrimonio público alcan-

³⁰ Sobre la relación entre las inveracidades en los delitos contra la Hacienda Pública y el “modelo de la estafa”, cf. J. Silva Sánchez, en Salvador Coderech y J. Silva Sánchez, *Simulación y deberes de veracidad*, Madrid, 1999, pp. 81 y s. y 138 y s.

³¹ Cf. *ibidem*, p. 140.

³² Cf. F. Muñoz Conde, *op. cit.*, pp. 405 y s.

³³ Cf. J. Ferré Olivé, *El delito contable*, Barcelona, 1988; E. Octavio de Toledo, “Los objetos...”, *op. cit.*, pp. 45 y 87; M. Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*, Valencia, 1999, p. 238. Expresamente en contra, Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico, Parte especial...*, *op. cit.*, p. 658.

³⁴ El sistema de cuantías incorporado en el Código Penal para la mayor parte de los delitos tributarios supone un trascendental requisito que sirve como correctivo diferenciador entre responsabilidades penales y administrativas. Como sostiene Falcinelli, en estos casos el bien jurídico tutelado no se limita a un único interés, es un bien jurídico en equilibrio con otros valores. Cf. D. Falcinelli, *Le soglie di punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Turín, 2007, p. 106. También, E. Musco y F. Ardito, *op. cit.*, p. 47. Estos valores provienen de *criterios políticos* que establecen la vía (penal o administrativa) a través de la cual se tutelan las distintas afecciones al bien jurídico en cuestión y pueden responder a parámetros de política criminal o incluso de política tributaria del Estado. Se ha considerado con acierto que se trata

za trascendencia jurídico-penal en el momento de la recaudación tributaria; cuando la deuda es cierta, está liquidada y se realizan comportamientos que conducen a una situación de insolvencia (art. 257.2, CP).

2.2. Falsedades ideológicas y deber de veracidad en el fraude fiscal

El origen de la persecución penal del fraude fiscal en España se localiza claramente en el marco de las falsedades. El delito de ocultación fraudulenta de bienes o industria fue incorporado por el Código Penal de 1870 en su art. 331, incardinado en el Capítulo VI del Título III, “De las falsedades”. Su texto disponía: “El que, requerido por el competente funcionario administrativo, ocultare el todo o parte de sus bienes, o el oficio o la industria que ejerciere, con el propósito de eludir el pago de los impuestos que por aquéllos o por ésta debiere satisfacer, incurrirá en una multa de tanto al quintuplo del importe de los impuestos que debiera haber satisfecho sin que, en ningún caso, pueda bajar de 125 pesetas”. Como en su momento sostuvo Groizard, este delito en esencia suponía eludir impuestos, mentir o no declarar los bienes que se poseen o las industrias u oficios que se ejercen, “enfermedad antigua y difícil de curar en nuestra patria”.³⁵ Es bien conocido el rotundo fracaso histórico del delito de ocultación fraudulenta de bienes o industria, que en más de cien años no logró sentencias condenatorias significativas, salvo la de un “desventurado ganadero”.³⁶

Las falsedades son figuras delictivas que con el paso del tiempo se han ido depurando, pues de aquella categoría genérica se han emancipado innumerables delitos (falso testimonio, acusación y denuncias falsas, falsedad de moneda, etc.) y así se han perfilado con mayor precisión sus bienes jurídicos, que son independientes y por lo tanto claramente diferenciables de la autenticidad y veracidad de los medios de prueba.³⁷

Pero la regulación contemporánea, que comienza a construirse a partir de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal de 1977 y que ha sido objeto de innumerables modificaciones, a mi entender no ha perdido totalmente de vista el factor falsario.³⁸ Si atendemos a los preceptos actualmente vigentes, importantes autores reconocen la esencia falsaria que encierra el delito de defraudación tributaria. Así, Muñoz Conde recuerda que en ocasiones el particular—en este caso, el contribuyente— está obligado a declarar con veracidad, y ello supone un delito autónomo independiente de las falsedades, como ocurre justamente en el delito de defraudación tributaria.³⁹ Y Silva Sánchez, quien, analizando la inexistencia de un deber general de veracidad para particulares en Derecho Penal, recuerda que existen deberes especiales de veracidad en los delitos contra la Hacienda Pública, “que tienen por destinatarios las administraciones públicas”.⁴⁰

La falsedad ideológica en la declaración tributaria produce como consecuencia que la base imponible real resulte total o parcialmente desconocida para la administración. El tributo queda indeterminado y por lo tanto no se pueden llevar a cabo las acciones ejecutivas previstas por la ley. No sería de extrañar, entonces, que en este ámbito específico el legislador exigiera con amenaza de pena que no se falte a la verdad en la narración de los hechos. Se entraría en el ámbito de los “documentos recepticios”, es decir, documentos privados que se convierten en públicos al incorporarse a un expediente administrativo, tesis que ha sido rechazada con acierto por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria con relación a las figuras generales de falsedad, pero que podría recobrar su sentido cuando se trata de deberes especiales de veracidad.⁴¹ Así, señala Silva Sánchez que los casos más significativos de inveracidades en documentos destinados a incorporarse a expedientes oficiales ya se contemplan en los delitos contra la Hacienda Pú-

de un reconocimiento explícito del legislador al principio de insignificancia. Cf. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico, Parte general*, op. cit., p. 162. En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de una condición objetiva de punibilidad propia. Cf. I. Berdugo Gómez de la Torre y J.C. Ferré Olivé, *Todo sobre el fraude tributario*, Barcelona, 1994, pp. 84 y s. En este sentido, E. Bacigalupo, op. cit., p. 83; F. Muñoz Conde, op. cit., p. 967.

³⁵ Cf. Groizard y A. Gómez de la Serna, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, t. III, Madrid, 1911, p. 969.

³⁶ Cf. Pérez Royo, op. cit., p. 33. La STS de 5 de febrero de 1899 es una de las pocas que juzga este delito, condenando a un sujeto al que se ocupan unos corderos vivos en su casa, no sacrificados en el matadero por lo que se elude el pago de los tributos correspondientes que ascendían a cuatro pesetas con siete céntimos. También, A. Serrano Gómez, *Fraude tributario (delito fiscal)*, Madrid, 1977, p. 70.

³⁷ Cf. M. García Cantizano, *Falsedades documentales*, Valencia, 1994, p. 48.

³⁸ Al menos con la primera regulación de 1977, cf. A. Serrano Gómez, op. cit., p. 60.

³⁹ Cf. F. Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial*, 17ª ed., Valencia, 2009, p. 689.

⁴⁰ Cf. J. Silva Sánchez, *Simulación y deberes de veracidad...*, op. cit., pp. 81, 122 y s.

⁴¹ Cf. *ibidem*, pp. 112 y s.

El bien jurídico protegido en los delitos tributarios

blica.⁴² La falta de veracidad del contribuyente, en definitiva, puede ser útil para identificar el bien jurídico tutelado.

2.3. La infracción del deber en los delitos contra la Hacienda Pública

Debemos tener presente que en todos los delitos contra la Hacienda Pública se exige la atención de puntuales *deberes de colaboración* unidos al más esencial *deber de contribuir* al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1, CE). Los deberes tributarios surgen del vínculo jurídico que liga al contribuyente con la administración tributaria (relación jurídico-tributaria), que obliga a aquél a realizar el pago de una cantidad o tributo (deberes materiales) o a hacer algo determinado, como llevar contabilidad o realizar declaraciones tributarias, fundamentalmente *deberes de información* o incluso *deberes de veracidad* (deberes formales) que se sintetizan en la idea del deber de declarar a las autoridades de la Hacienda los datos fiscalmente relevantes. Estos deberes suponen el corolario de un fenómeno económico actual como es la *masificación tributaria*, que impide un control individualizado o personalizado de cada uno de los contribuyentes —cuando la administración no posee personal y medios para definir individualizadamente cada deuda tributaria—. Por el contrario, la realidad obliga a generar deberes a los sujetos obligados al pago de los tributos, los contribuyentes y sus sustitutos, quienes no sólo colaboran con el pago sino que ayudan a la determinación del tributo de forma activa, con autodeclaraciones y otras obligaciones formales (llevar libros, emitir facturas, etc.). Aunque la doctrina mayoritariamente exalta la relevancia del deber central, el pago del tributo, por encima de los deberes accesorios o formales, debemos recordar, como hace

Pérez Royo, que son justamente los deberes accesorios los que determinan el carácter público del conjunto de la relación.⁴³

La existencia de estos deberes genera importantes consecuencias no sólo tributarias sino también penales. Concretamente, considero que el núcleo del delito de defraudación tributaria se localiza en la infracción de los deberes presentes en la relación jurídico-tributaria; planteamiento éste que suscriben, entre otros, Pérez Royo⁴⁴ y Gimbernat Ordeig.⁴⁵ Para algunos autores, esta violación del deber encerrará el desvalor de acción y el de resultado, es decir, se sanciona la mera infracción del deber extrapenal sin necesidad de constatar la lesión o el peligro para ningún bien jurídico.⁴⁶ Sin embargo, y coincidiendo en este punto con Martínez-Buján, afirmar que este delito se construye con base en una infracción de deberes tributarios no supone que el contenido del injusto se agote por la simple infracción del deber (desvalor de acción), sino que es imprescindible constatar la afeción al bien jurídico (desvalor del resultado). De lo contrario, se afectaría notablemente el principio de lesividad.⁴⁷ En síntesis, los delitos contra la Hacienda Pública integran la categoría de delitos especiales consistentes en la infracción de un deber.⁴⁸

Emilio Octavio de Toledo advierte con acierto que un deber *no puede ser* objeto de protección penal, pues su incumplimiento no es más que el camino por el que se alcanza la afeción al bien jurídico.⁴⁹ El deber cumple un papel fundamental en la estructura de estos delitos, pero no se puede tutelar penalmente el deber en sí, porque es una obligación que pesa sobre el propio infractor. El autor lo expresa con claridad meridiana: El deber “no creo que pueda considerarse como el verdadero objeto de protección penal, siquiera sea en atención a que su titular no es el sujeto pasivo del delito (esto es, las haciendas públicas) sino el activo”.⁵⁰

⁴² Cf., *ibidem*, p. 120.

⁴³ Cf. Pérez Royo, *op. cit.*, p. 76, nota 89.

⁴⁴ Cf., *ibidem*, p. 78.

⁴⁵ Cf. E. Gimbernat, “Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual”, *Poder Judicial*, núm. especial IX, p. 352. Para una amplia exposición de las teorías asentadas en la infracción del deber y las que se basan en un engaño, *vid.* A. Castro Moreno, *Elusiones fiscales atípicas*, Barcelona, 2008, pp. 13 y s.

⁴⁶ Así E. Gimbernat, *op. cit.*, pp. 352 y s.

⁴⁷ Cf. C. Martínez-Buján, “El bien jurídico...”, *op. cit.*, p. 164.

⁴⁸ Sobre el actual debate entre teorías del engaño y de infracción del deber, *vid.* Ayala Gómez, *op. cit.*, pp. 108 y s., autor que se decanta por la teoría del engaño. *Vid.* la caracterización de Silva Sánchez, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona, 2005, pp. 70 y s.

⁴⁹ Cf. Octavio de Toledo, “Los objetos...”, *op. cit.*, p. 83. En idéntico sentido Ayala Gómez, *op. cit.*, p. 120; y C. Martínez-Buján, *Derecho penal económico, Parte especial, op. cit.*, p. 657.

⁵⁰ Cf. Octavio de Toledo, “Los objetos...”, *op. cit.*, pp. 83 y s. Advierte este autor que la confusión conceptual ha sido fomentada por la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/1985, que habla del incumplimiento de obligaciones formales como delito autónomo.



3. Un planteamiento funcional

Martínez-Buján Pérez cuestiona con acierto a quienes suscriben planteamientos funcionales, por no haber desarrollado pormenorizadamente sus ideas y fundamentalmente por no precisar cuál es el bien jurídico inmediatamente protegido en el delito de defraudación tributaria.⁵¹ También en esta dirección reflexiona Gómez Rivero, quien destaca que a la hora de precisar el bien jurídico tutelado en muchas ocasiones se recurre a definiciones vagas y moldeables, frecuentemente sin contenido y, en definitiva, “reduciendo su valor al de meras afirmaciones de principio”.⁵² Por lo tanto, resulta imprescindible recorrer este camino para clarificar el objeto jurídico de protección y despejar las dudas que se presentan.

Para empezar, y otorgando plena razón a muchos autores que diferencian dos niveles de bienes jurídicos cuando se trata de delitos económicos, nos sumamos a este criterio que distingue bienes jurídicos mediatos o genéricos y bienes jurídicos técnicos o inmediatos.⁵³ El bien jurídico mediato, o lo que es lo mismo, el motivo de la criminalización o *ratio legis*, aporta legitimidad a la intervención penal, por lo que se habla de una *lesividad abstracta*. Sin embargo, dicho bien jurídico no es operativo autónomamente, ya que necesita otro que suponga su concreción o precisión. El bien jurídico inmediato, que cumple una función indispensable desde la perspectiva técnico-jurídica, es el instrumento necesario para constatar la *lesividad concreta*.⁵⁴ Existiendo esta doble perspectiva, debemos aclarar que el bien jurídico mediato, que posee una vocación claramente orientadora, verá limitada su importancia práctica, sirviendo como criterio auxiliar en la interpretación del sentido y límites del bien jurídico inmediato.⁵⁵ Lo que no restringe su enorme trascendencia a la hora de *justificar* la intervención penal.

3.1. El bien jurídico mediato o genérico

Debemos dar contenido al bien jurídico mediatamente protegido en el Derecho penal tributario, que necesariamente es de naturaleza supraindividual. En este sentido, la *ratio legis* o bien jurídico mediato estará integrado, en primer lugar, por el *orden público económico*.⁵⁶ Este interés da conexión y sentido al ámbito económico, máxime cuando se trata de una actividad propia del Estado. Pero dicho bien jurídico es muy amplio y carece de concreción. En otros términos, aunque es sumamente orientativo, no resulta suficiente para delimitar el objeto mediato de protección.

En segundo término, pudiendo ya hablar en este contexto de cierta *pluriofensividad* en los bienes jurídicos mediatos, se encuentra la Hacienda Pública desde una perspectiva funcional como el sistema de recaudación de ingresos y realización del gasto público,⁵⁷ que se enmarca en el sistema tributario justo que establece el artículo 31 de la Constitución. En otros términos, se trata de la actividad financiera del Estado o actividad hacendística,⁵⁸ que forma parte de la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía (Derecho penal administrativo económico) y que por lo tanto nos conduce a un delito económico *en sentido estricto*.⁵⁹ Sintetizaremos entonces el bien jurídico mediato aquí tutelado como la Hacienda Pública, caracterizable como *la actividad financiera del Estado, las Comunidades Autónomas y entes locales, desarrollada en el marco del orden público económico*. Como destaca la doctrina tributarista, la actividad financiera es una de las actividades fundamentales de los poderes públicos, que se desarrolla por todos los poderes del Estado en estrecha relación con el propio modelo de Estado.⁶⁰

La Hacienda Pública se caracteriza desde esta perspectiva por “la utilización de los diversos tipos

⁵¹ Cf. Martínez-Buján Pérez, “El bien jurídico...”, *op. cit.*, pp. 158 y s.; y *Derecho penal económico, Parte especial, op. cit.*, pp. 654 y s.

⁵² Cf. C. Gómez Rivero, *El fraude de subvenciones*, 2ª ed., Valencia, 2005, p. 134. *Vid.* también Paredes Castañón, “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, 2003, p. 131.

⁵³ Cf. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico, Parte general, op. cit.*, pp. 139 y s., y *Parte Especial*, pp. 656 y s.

⁵⁴ Cf. *ibidem*, *Parte general*, p. 140.

⁵⁵ Cf. *ibidem*, p. 148.

⁵⁶ Cf. F. Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial*, 19ª ed., Valencia, 2013, p. 963; E. Octavio de Toledo, “Los objetos...”, *op. cit.*, p. 64; C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte especial, op. cit.*, p. 650.

⁵⁷ Como ya sostuvimos en J. Ferré Olivé, *El delito contable*, Barcelona, 1988, pp. 48, y en Berdugo y Ferré, *op. cit.*, 1994, p. 20.

⁵⁸ Como nos recuerda Octavio de Toledo, “Los objetos...”, *op. cit.*, p. 70, el origen del término “Hacienda” proviene de la actividad. “Del lat. *‘facienda’*, pl. del gen. de *‘facere’*, “lo que ha de hacerse”. En síntesis, “Hacienda pública” es *lo que ha de hacerse con lo público*”. *Diccionario de la Real Academia Española*.

⁵⁹ Cf. C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte general, op. cit.*, p. 88, y *Parte Especial*, p. 650.

⁶⁰ Cf. L. Malvarez Pascual, *op. cit.*, p. 391.

El bien jurídico protegido en los delitos tributarios

de ingresos y gastos públicos para alcanzar distintas finalidades, tales como la distribución ideal de los recursos productivos entre sus posibles utilidades y la estabilización y distribución de la renta nacional”.⁶¹ No podemos desconocer que en esta caracterización ha influido decididamente el nuevo dimensionamiento de los fenómenos económicos.⁶² La riqueza es cada vez menos tangible, pues son pocos los que atesoran su patrimonio de una forma ostensible: se tiende a una desmaterialización de la riqueza sólo perceptible en cifras, números, asientos contables, circulación del capital, etc. Esta situación produce consecuencias importantes de cara al bien jurídico que no puede quedar anclado en una percepción decimonónica ante los nuevos fenómenos económicos.

Sin embargo, es evidente que estos intereses mediatizados y en buena medida *instrumentales* no pueden cumplir con las funciones técnicas que son asignadas al bien jurídico, ya que siguiendo los criterios comúnmente aceptados por la ciencia penal no pueden ser lesionados, y me parece difícil que pueda considerarse seriamente su puesta en peligro.

Esta situación abre distintas posibilidades:

a) *Un sector doctrinal no asume la tesis de la diferenciación de bienes jurídicos mediatos e inmediatos.* En particular defiende la caracterización funcional de la Hacienda Pública como bien jurídico inmediato y al mismo tiempo admite su posibilidad de lesión. Así, por ejemplo, Corcoy Bidasolo considera que es posible lesionar directamente bienes jurídicos supraindividuales, pues la lesión no se interpreta como destrucción, sino más ampliamente como mera *afectación o perturbación*,⁶³ lo que sería aplicable a la Hacienda Pública.

b) *Sin modificar el concepto de lesividad, enmarcado en la idea de destrucción del bien jurídico, otros han optado por la idea de delito acumulativo.* La afección al bien jurídico no podría realizarse a través

de un comportamiento individual, pero sí puede apreciarse ante la reiteración y generalización de conductas defraudatorias aisladamente inocuas. Desde esta perspectiva, puede hablarse de la puesta en peligro abstracto del bien jurídico mediato,⁶⁴ o bien, entender que dicho bien jurídico no requiere la constatación de una lesión o peligro, aspecto técnico reservado exclusivamente para el bien jurídico inmediato.

c) *Silva Sánchez cuestiona la “hiperprotección del patrimonio público” que generan estos delitos, acusándolos de falta de legitimidad y de lesividad concreta.* Este autor critica a quienes fundamentan el bien jurídico en su carácter funcional-institucional (elemento que lo diferenciaría del “modelo de la estafa”), pero luego no exigen que esa dimensión funcional diferenciadora sea lesionada ni puesta en peligro por el hecho delictivo, es decir, que nadie constate “la afectación real de tal dimensión institucional”.⁶⁵

d) *Creemos que deben diferenciarse dos bienes jurídicos en los términos ya expresados.* Un bien jurídico mediato, la actividad financiera del Estado, que orienta y circunscribe la interpretación en el marco del orden público económico. Estos bienes jurídicos mediatos no pueden ser lesionados ni puestos en peligro.⁶⁶ A partir de aquí, para superar las críticas de Silva Sánchez, habrá que identificar un bien jurídico inmediato susceptible de lesión o puesta en peligro, que también debe reunir ciertos requisitos: poseer carácter supraindividual y responder —como hace el bien jurídico mediato— a una dimensión institucional o funcional que justifique plenamente el apartamiento del “modelo de la estafa”.

e) *Finalmente, considero importante destacar el valor que debe darse al bien jurídico mediato en su relación con el bien jurídico inmediato.* Como ha puesto de relieve Martínez-Buján, sólo el interés inmediato o técnico es susceptible de ser lesionado o puesto en peligro. Sin embargo, el papel del bien jurí-

⁶¹ Cf. E. Langa y J.M. Garaizábal, *Diccionario de Hacienda Pública*, Madrid, 1984, voces ‘Hacienda’ y ‘Actividades financieras’. La definición es de A. R. Prest.

⁶² Cf. A. Lanzi y P. Aldrovandi, *Manuale di Diritto penale tributario*, Milán, 2011, pp. 16 y s.

⁶³ Cf. M. Corcoy Bidasolo, *op. cit.*, pp. 238, 260 y s.

⁶⁴ Cf. T. Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 303, nota 347. Considerando que una evasión fiscal aislada no pone en peligro ni lesiona por sí sola el bien jurídico protegido, pero “no por ello deja de ser intrínsecamente lesiva por sí misma a partir de un cierto límite mínimo”. En contra, Martínez Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte general, op. cit.*, pp. 162 y 164, y *Parte Especial*, p. 658. B. Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001, pp. 494 y s. *Vid.* también pp. 61 y s.

⁶⁵ Cf. J. Silva Sánchez, *Simulación y deberes de veracidad... op. cit.*, p. 139.

⁶⁶ De la misma forma, considero casi imposible hablar de lesión o peligro concreto para el patrimonio público, pues éste se estructura a base de parámetros macroeconómicos, inalcanzables para cualquier contribuyente. Con fundamento en ello, quienes mantienen indefectiblemente criterios patrimonialistas tal vez deberían incluir el patrimonio público como otro de los intereses mediatamente tutelados.

dico mediato es extraordinariamente importante para justificar la intervención penal en esta materia, mucho más que el bien jurídico inmediato o dogmático, que sirve como “criterio rector interpretativo del tipo”.⁶⁷

3. 2. El bien jurídico inmediato o particular en los delitos contra el sistema de ingresos

Una vez identificado el bien jurídico mediato, hay que reconocer en un análisis puntual y depurado el bien jurídico inmediatamente protegido, esto es, el que debe ser efectivamente lesionado o puesto en peligro.

A partir del importante trabajo de Ayala, la doctrina ha comenzado a diferenciar claramente los delitos fiscales en dos vertientes según la fase de la vida del tributo en el que se encuentran, es decir, distinguiendo el momento de la liquidación del momento de la recaudación. Así, tanto este autor como Martínez-Buján formulan esta separación, que se movería en torno a un “único interés patrimonial”, protegido de manera distinta.⁶⁸ Efectivamente, el delito de defraudación tributaria del art. 305 CP opera en pleno proceso de determinación y liquidación del tributo, por lo que se consumará en el último momento hábil según la normativa tributaria para realizar la declaración en periodo voluntario (tributos con declaración y autoliquidación por el contribuyente) o cuando finalice el periodo fijado para el pago (tributos liquidados por la administración).⁶⁹ En cambio, la insolvencia punible prevista en el art. 257.2 CP hace referencia a actos de disposición patrimonial o actos generadores de obligaciones que operan en un momento posterior, cuando el tributo ya se ha determinado y el procedimiento administrativo entra en vía de ejecución. Esta esencial distinción se plantea en dos momentos distintos dentro de la gestión del tributo, siendo indudable que es el patrimonio, concretamente el derecho de crédito

del Estado, el que se protege en el art. 257.2 CP,⁷⁰ ante el evidente daño que se produce al colocarse el contribuyente dolosamente en insolvencia cuando el tributo ya está determinado.⁷¹ Por lo tanto, en este momento no cabe hablar de ocultación.⁷² Queda pendiente, en síntesis, la tarea de identificar el bien jurídico tutelado en el momento de la liquidación.

3.3. El bien jurídico inmediato en el momento de la liquidación del tributo: la determinación tributaria del quantum debeatur

Quedando clara la diferenciación entre los dos momentos esenciales para el bien jurídico en la vida del tributo (liquidación y recaudación), podemos comenzar a aclarar las características del interés jurídico protegido en fase de liquidación. Para un importante número de autores cuyas ideas fundamentales ya se han expuesto (Martínez-Buján, Pérez Royo, Arroyo Zapatero, etc.), el bien jurídico mediato de naturaleza supraindividual o *ratio legis* lo integran las funciones que cumple el tributo. En cambio, el bien jurídico inmediato es el *patrimonio* de la Hacienda Pública que operaría, por lo tanto, como objeto técnico de tutela. Hemos expuesto precedentemente los motivos que nos llevan a no suscribir esta última tesis.

El contribuyente no actúa sobre el patrimonio público sino sobre su patrimonio individual, privado y en principio lícitamente obtenido, lo que aleja considerablemente al fraude fiscal del “modelo de la estafa”. Pero, además, resulta inimaginable la entidad que debe tener un fraude fiscal para poder lesionar (destruir) un patrimonio como el público, que, como hemos dicho, nada tiene en común con los patrimonios privados. El patrimonio público se regula por la normativa presupuestaria con base en cifras macroeconómicas. Por ese motivo, llevan toda la razón autores

⁶⁷ Dice este autor que “las razones justificativas de la intervención penal en esta materia residen exclusivamente en la especial trascendencia del bien jurídico inmaterial mediato” (negrita en el original). Cf. “El bien jurídico...”, *op. cit.*, p. 174.

⁶⁸ Cf. I. Ayala Gómez, “Delito de defraudación tributaria y prescripción de la facultad de exigir el pago de la deuda”, *Libro Homenaje a Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 106 y s.; el mismo, “Los delitos contra la Hacienda Pública...”, *op. cit.*, pp. 102 y s.; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte especial*, *op. cit.*, p. 657. Octavio de Toledo, “Los objetos...”, *op. cit.* p. 73, nota 32.

⁶⁹ Cf. I. Berdugo y J. Ferré Olivé, *op. cit.*, pp. 70 y s.

⁷⁰ Cf. F. Muñoz Conde, *Derecho penal*, 19a. ed., *op. cit.*, p. 341. Destaca este autor que la insolvencia punible aquí analizada es subsidiaria del delito contra la Hacienda Pública del art. 305 CP. Por otra parte, pone de manifiesto que mientras el delito contra la Hacienda Pública exige elevadas cuantías y admite la regularización como excusa absoluta, en estos alzamientos hay consecuencias penales incluso tratándose de infracciones con relevancia económica mínima.

⁷¹ Evidentemente, cuando el tributo ya está liquidado, no cabe considerar que se tutele su determinación. La deuda liquidada debe sin más cobrarse, y por lo tanto aparece como principal interés protegido, de manera inmediata, el patrimonio de la administración, el erario público. En esta etapa, el interés protegido es puramente patrimonial, por lo aquí sí puede apreciarse un gran paralelismo con las obligaciones civiles.

⁷² Cf. I. Ayala Gómez, “Delito de defraudación...”, *op. cit.*, p. 107.

El bien jurídico protegido en los delitos tributarios

como Dannecker o Gracia Martín, quienes consideran que la entidad de las sumas defraudadas en relación con las que maneja el patrimonio público convertiría a estos delitos en *infracciones de bagatela* y, por lo tanto, no se justificaría su incriminación.⁷³

Para poder identificar con nitidez el bien jurídico inmediato tutelado, debemos explorar brevemente el nacimiento de la *obligación tributaria*, el vínculo jurídico que existe entre la administración tributaria y el contribuyente, que se genera a partir de una serie de disposiciones legales y circunstancias fácticas. Esta obligación tributaria pasa por diferentes momentos que son sustancialmente distintos (aspectos procedimentales tributarios):⁷⁴

a) *Existencia de una norma tributaria creadora del tributo (principio de legalidad tributaria)*. Debe existir una norma tributaria objetiva y general, que obligue a pagar tributos si se dan sus presupuestos. Se crea el marco jurídico que dará nacimiento a una obligación *ex lege*.

b) *Devengo*. Es el nacimiento de la obligación tributaria. Debe darse un hecho generador, es decir, que un sujeto realice el hecho descrito por la norma tributaria como susceptible de tributación. En este instante nace la obligación de cumplir con una serie de deberes tributarios, fundamentalmente el pago. Sin embargo, no es posible afirmar que el bien jurídico —cualquiera que sea— haya sido aún lesionado, ni siquiera puesto en peligro. El sujeto actúa sobre patrimonio propio y, por lo tanto, deberá cumplirse una serie de actuaciones posteriores para liquidar, determinar su deuda y llegar al efectivo pago.

Llegados a este punto, destaca una serie de etapas dentro del proceso de gestión tributaria. Nos referimos a momentos lógicamente distinguibles: la *liquidación* del tributo, que culmina con la cuantificación o determinación de la deuda, y la *recaudación*, en la que se produce el cumplimiento voluntario o ejecutivo de la prestación que constituye su objeto.⁷⁵

c) La *liquidación y determinación* de la cuantía de la deuda tributaria. Tras la apreciación de un hecho que cumple con la hipótesis prevista en la nor-

ma generadora de la obligación tributaria, aparece una categoría dogmática de Derecho tributario de extraordinaria importancia, tal es la liquidación del tributo, es decir, el conjunto de operaciones que tienen por objeto la fijación cuantitativa de la deuda del contribuyente; en otros términos, la determinación del *quantum debeatur*. Se debe concretar una serie de operaciones jurídicas y matemáticas (calificación de los hechos, determinación de la base imponible, aplicación de los tipos impositivos y aplicación de deducciones) para finalmente determinar el importe de la deuda.⁷⁶ La determinación variará según las previsiones legales que regulan el tributo de referencia. En todo caso, la liquidación *es declarativa* de una obligación tributaria que ha nacido previamente,⁷⁷ aunque como veremos también tiene efectos sustantivos. Este proceso de concretización del tributo, de lo general a lo particular, requiere su formalización ante las autoridades tributarias a través de actos de autoliquidación o excepcionalmente para tributos muy puntuales y de escasa trascendencia económica a través de una liquidación realizada por la propia administración con base en los datos aportados por el contribuyente. Es igual una u otra vía, ya que todos los tributos deben ser liquidados y determinados, exista o no un acto expreso emanado de la administración.⁷⁸ Aquí se llega al *primer resultado* del procedimiento tributario: la determinación del *quantum debeatur*.

d) La *extinción* de la obligación, a través del pago o por prescripción. Aquí, cobra relevancia la recaudación tributaria o, en otros términos, es donde se incrementa o aminora el patrimonio público. La deuda tributaria ya determinada debe pagarse o, en caso contrario, será jurídicamente exigible hasta el momento de la prescripción. El *pago* es el *segundo resultado* del procedimiento tributario que conforma la fase de recaudación y se basa en el título para el cobro que resulta de la culminación del previo proceso de liquidación.

Debemos analizar cuál es el bien jurídico que subyace tras un comportamiento defraudatorio en fase de liquidación al que se asocia una pena (art. 305, CP).

⁷³ G. Dannecker, *Steuerhinterziehung im internationalen Wirtschaftsverkehr*, Colonia, 1984, pp. 174 y s.; le sigue L. Gracia Martín, "Nuevas perspectivas...", *op. cit.*, p. 207, nota 97.

⁷⁴ P. Aldrovandi, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, Padua, 2005, p. 38.

⁷⁵ Cf. P. Russo, *Manuale di Diritto Tributario. Parte Generale*, Milán, 2002, p. 205.

⁷⁶ Cf. J. Pérez de Ayala, *op. cit.*, pp. 113 y s.

⁷⁷ Cf. I. Berdugo y J.C. Ferré, *op. cit.*, p. 71.

⁷⁸ Cf. C. Giuliani Fonrouge, *op. cit.*, p. 428.

Analizando las distintas hipótesis posibles, podría plantearse:

1) Tutela del *patrimonio público*, con base en el impago de la deuda tributaria. Se trataría de la falta de extinción de la obligación tributaria según los parámetros legales, es decir, la ausencia de pago antes del momento de la prescripción. Como hemos afirmado reiteradamente, el patrimonio constituye el interés jurídico preponderante en el momento de la recaudación tributaria, pero no en el de la liquidación del tributo.

Considero que la finalidad de la intervención penal para sancionar defraudaciones tributarias no se enmarca en la tutela de una serie de derechos de contenido patrimonial que corresponden a la administración en una relación jurídico tributaria. Para asegurar esos derechos patrimoniales existen distintos medios coercitivos de naturaleza administrativa, mecanismos y procedimientos ejecutivos que no existen para tutelar patrimonios privados. En otras palabras, la tutela del patrimonio público en sede administrativa está *particularmente reforzada*. El Estado, las comunidades autónomas y los entes locales construyen a través de organismos especializados en la persecución de la evasión tributaria (agencia tributaria y organismos recaudatorios a nivel autonómico y local) mecanismos fiscalizadores y contundentes sistemas de ejecución y sanción que, en estricta aplicación del principio de *ultima ratio*, harían innecesario el recurso al sistema sancionatorio penal. En otros términos, debe existir un bien jurídico distinto al patrimonio público para justificar la intervención penal en esta materia.

2) Protección de *deberes formales y materiales*. Como ya hemos puesto de manifiesto, en el espacio propio de la gestión del tributo destaca una serie de deberes materiales y formales que surgen en el marco de la relación jurídico-tributaria entre el contribuyente, en su caso, el sustituto, y la administración. Sin embargo, estos deberes formales y materiales no se identifican con el bien jurídico tutelado: no se puede tutelar penalmente una actividad a la que está obli-

gado el propio contribuyente. El Derecho penal no protege deberes ni obligaciones tributarias, sino el *resultado* que se produce si se incumplen deberes y obligaciones, en otras palabras, el contenido de la relación tributaria.

3) Protección de la *gestión del tributo*. Tampoco puede ser objeto inmediato de tutela el proceso tributario en sí, la actividad administrativa que gestiona el tributo a partir de un proceso determinado. Este proceso es fundamental justamente porque conforma la actividad hacendística integrando el bien jurídico mediato al que hemos hecho referencia *supra* y que, como hemos visto, no es susceptible de lesión o peligro en términos técnicos. Como veremos a continuación, no se tutela un procedimiento, sino el resultado del mismo.

4) Así llegamos, finalmente, al propio resultado del procedimiento de liquidación: la determinación tributaria del *quantum debeatur*.⁷⁹ La fijación de lo adeudado constituye el momento crítico de todo el proceso. Si no se sabe lo que se adeuda, no tiene sentido hablar de pago o de falta de pago, porque el derecho de crédito carece aún de objeto. Este interés jurídico tributario se ataca a través de las falsedades ideológicas que materializa el obligado tributario violando el deber de veracidad.

¿Dónde radica la importancia de la determinación de la deuda tributaria? La obligación nace cuando el contribuyente realiza un hecho que se corresponde con el presupuesto hipotético señalado en abstracto por la ley tributaria (hecho imponible).⁸⁰ Esto supone que nacen constantemente infinidad de obligaciones tributarias, lo que ocurre cada vez que alguien realiza una actividad gravada por la ley. A partir de ese momento, cobra fundamental importancia la liquidación del tributo, esto es, el acto resolutorio por antonomasia en los procedimientos tributarios. Como ya hemos dicho, la *liquidación* supone la fijación de los hechos y la identificación de la normativa aplicable, culminando con la determinación del *quantum* a pagar o devolver.⁸¹ Esta liquidación estará generalmente

⁷⁹ El único planteamiento en la doctrina española que de alguna forma se aproxima a la tutela de la determinación del tributo es el de E. Bacigalupo, *op. cit.*, p. 82, autor que consideró en su día como bien jurídico el interés del Estado en la colaboración leal del contribuyente *para la determinación del hecho imponible*. Sin embargo, su criterio recibió abundantes críticas por construir el bien jurídico sobre la base de deberes de lealtad. Cf. *supra*, nota 8. Como vemos, aquí no se pone el acento en el rechazado deber de lealtad, sino en la determinación misma del tributo.

⁸⁰ Cf. F. Sainz de Bujanda, "El nacimiento de la obligación tributaria", *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, 1965, pp. 243 y s.

⁸¹ Cf. F. Pérez Royo, *Derecho financiero y tributario. Parte general*, 22ª ed., Madrid, 2011, pp. 242 y s.; C. Giuliani Fonrouge, *op. cit.*, p. 428.

El bien jurídico protegido en los delitos tributarios

a cargo del propio contribuyente o sustituto (auto-liquidación), sin perjuicio de que pueda formularse una rectificación posterior por parte de la administración.⁸² Pese a poseer efectos declarativos, también se generan efectos sustantivos a partir de este acto de liquidación-determinación, en consonancia con las teorías tributaristas que desde finales de los años 60 del siglo pasado han optado, en palabras de Giuliani Fonrouge, por destacar “la actividad administrativa del fenómeno tributario, ya sea por la potestad de imposición de la función tributaria o del procedimiento de liquidación”.⁸³

La correcta determinación de la deuda tributaria contribuye a comprobar si en el caso concreto se cumplen los principios constitucionales de la tributación, en síntesis si estamos ante un *sistema tributario justo* (art. 31, CE).⁸⁴ Debe constatarse en el caso concreto la vigencia de los principios de igualdad, generalidad y progresividad, pero esencialmente del principio de capacidad económica o contributiva, fundamento y límite de la tributación. Este principio ejerce una esencial función garantista,⁸⁵ ya que, como se ha señalado por las jurisprudencias constitucionales española y alemana, existe un derecho fundamental a tributar con arreglo a la propia capacidad económica, que se ha convertido en una medida general de igualdad y cuyas restricciones deben someterse a un *control de proporcionalidad*.⁸⁶ El tributo que se determina requiere de que se ajusten las previsiones legales (abstractas, previas) con la concreta capacidad contributiva del sujeto.⁸⁷ Ello se logra con la culminación del procedimiento liquidatorio, con la determinación del *quantum debeatur*. Si el tributo no se determina correctamente, se viola el principio de generalidad porque no pagan *todos* (art. 31 CE),

o viola el principio de igualdad porque no reciben el mismo trato fiscal los contribuyentes pagadores y los no pagadores (art. 31, CE). Por otra parte, existe una relación entre capacidad económica en la tributación y justicia social. Como ha sostenido Herrera Molino, es inherente a toda norma impositiva una finalidad social y cierto grado de redistribución de la riqueza.⁸⁸ La indeterminación del tributo deriva necesariamente en la ignorancia o ineficacia administrativa, que es contraria a un sistema tributario justo porque lleva a un reparto desigual de cargas tributarias que siempre beneficia a los *menos honrados*.⁸⁹

En conclusión, considero que el bien jurídico inmediato aquí propuesto cumple con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad que habilitan asumir su naturaleza penal.⁹⁰ Con su lesión se comprueba la afectación real a un bien jurídico de carácter funcional-institucional.

3.4. El bien jurídico inmediato o particular en los delitos contra el sistema de gastos: las condiciones para la concesión o disfrute de la subvención

Como recuerda Octavio de Toledo,⁹¹ nuestro texto constitucional acoge también la tutela del gasto público al disponer el art. 31.2 que “[e]l gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”. Esta referencia constitucional dota de particular significado a la intervención penal en materia de subvenciones. Desde el punto de vista que venimos defendiendo en este trabajo, existen dos niveles de tutela para los bienes jurídicos en el ámbito tributario. Así, el bien jurídico mediato será común con el que se tutela en

⁸² Cf. C. Giuliani Fonrouge, *op. cit.*, p. 434.

⁸³ Cf. *ibidem*, p. 38. L. Malvarez Pascual, *op. cit.*, pp. 380 y s. En España destaca en esta línea J. Pérez de Ayala, *op. cit.*, pp. 113 y s.

⁸⁴ Como acertadamente ha defendido Klaus Tipke, “los Estados de Derecho deben caracterizarse por un Derecho tributario justo”, en “Prólogo” a P. Herrera Molina, *Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Madrid, 1998, p. 13.

⁸⁵ Cf. Lupi Raffaello, *Diritto Tributario. Parte Generale*, 4ª ed., Milán, 1996, p. 35. Sobre la función de justicia del tributo, *vid.* L. Gracia Martín, “Nuevas perspectivas...”, *op. cit.*, pp. 204 y s.

⁸⁶ *Vid.* el amplio análisis jurisprudencial que realiza P. Herrera Molina, *op. cit.*, pp. 73 y s.

⁸⁷ Es importante destacar la trascendencia para las garantías que tiene la liquidación del tributo, porque, como ha señalado *ibidem*, p. 107, la aplicación administrativa de las leyes tributarias puede lesionar el derecho a la capacidad económica. Por ello, se debe tributar la riqueza efectiva, no la probable o meramente nominal. *Ibidem*, p. 118.

⁸⁸ Cf. P. Herrera Molina, *op. cit.*, p. 128.

⁸⁹ Cf., *ibidem*, p. 161.

⁹⁰ Sobre los requisitos para considerar tutelables los bienes jurídicos colectivos, *vid.* M. Alonso Álamo, “Derecho penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (derecho penal mínimo máximo)”, *Revista Penal*, 32, pp. 23 y s.

⁹¹ Cf. E. Octavio de Toledo, “Los objetos de protección...”, *op. cit.*, p. 71.

los delitos contra el sistema de ingresos,⁹² esto es, la *Hacienda Pública*, caracterizable como la actividad financiera del Estado, las comunidades autónomas y entes locales en el marco del orden público económico.⁹³ A partir de aquí, cobra particular importancia la determinación del bien jurídico inmediato o técnico, aquél que servirá de referencia para la correcta interpretación del tipo penal del fraude de subvenciones.

De manera similar a lo que sustentamos al analizar los bienes jurídicos en los delitos contra el sistema de ingresos, el fraude de subvenciones debe emanciparse completamente de las teorías patrimoniales y del “modelo de la estafa”. Por ese motivo, rechazamos las tesis que pretenden asentar el bien jurídico en la tutela de intereses patrimoniales públicos.⁹⁴

El posicionamiento doctrinal que ha recibido mayor aceptación fue enunciado por Torío López curiosamente antes de la incorporación de este delito al Código Penal, es decir, sobre la base de las previsiones del Proyecto de Código Penal de 1980. El bien jurídico protegido sería el “interés de la Administración al cumplimiento del plan, proyecto o fin para el que fue establecido el régimen de subvenciones”. Sin embargo, para Torío, ese interés no sería el único tutelado, considerando que se trata de un delito pluriofensivo, porque se protegería conjuntamente con “los intereses patrimoniales del órgano que concede la subvención, puestos en peligro por el comportamiento”.⁹⁵ Aunque algunos autores, como Gómez Rivero,

siguen sustentando planteamientos pluriofensivos,⁹⁶ otros no se hicieron eco de estas ideas —en particular, Martínez-Buján Pérez— y rechazaron la perspectiva pluriofensiva, desligándose de los intereses patrimoniales e incorporando en la definición, junto a las subvenciones, otras “ayudas públicas”.⁹⁷ En síntesis, se tutelaría el interés de la Administración al cumplimiento de *los fines específicos* de la subvención o ayuda de que se trate.

Octavio de Toledo asume parcialmente estas ideas, aunque considera que no se trata del interés de la Administración sino el de toda la sociedad que desea que las subvenciones públicas se regulen, planifiquen, concedan y disfruten con arreglo a derecho, democráticamente y con finalidades sociales. Entiende este autor que al no ser la Administración el titular del bien jurídico, no pueden constituir el objeto jurídico de tutela *las condiciones administrativas* requeridas respecto a cada subvención o ayuda pública. En cambio, sí lo serán las *condiciones sustanciales* que afecten “a la naturaleza o al sentido del beneficio financiero”.⁹⁸

Sin embargo, postular que se protegen los fines para los que se instituyen las subvenciones o ayudas públicas no es una posición exenta de problemas. Parece absurdo exigir que el dolo del sujeto abarque unos fines que tal vez no resulten explícitos. Los mencionados *fines* son, por una parte, imprecisos, y por otra, pueden convertirse en meras afirmaciones de principio, lo que cuestionamos precedentemen-

⁹² La doctrina considera mayoritariamente la existencia de un bien jurídico común para los delitos contra el sistema de ingresos (fraudes fiscales) y el sistema de gastos (fraude de subvenciones), aunque luego las figuras presenten concreciones o particularidades en dicho bien jurídico. Así, por ejemplo, L. Arroyo Zapatero, *Delitos contra la Hacienda Pública*, op. cit., pp. 94 y s.; F. Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte especial*, op. cit., p. 965; C. Gómez Rivero, op. cit., pp. 134 y s.; V. Sánchez López, *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 208 y s., consideran con acierto que un bien jurídico así enunciado no puede cumplir la función técnica de delimitar las conductas tipificadas penalmente, concretamente el significado de las “condiciones requeridas para la concesión”. A. Asúa Batarrita y N. de la Mata Barranco, “La regulación penal del fraude de subvenciones en los Estados miembros de la Comunidad Europea”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 52, 1994, p. 19.

⁹³ Muñoz Conde ha hecho mayores precisiones con relación al bien jurídico mediato, considerando el contenido del precepto constitucional ya mencionado como objeto jurídico de protección, esto es, la “asignación equitativa de los recursos públicos y su programación conforme a los criterios de eficiencia y economía (art. 31.2 CP)”. Cf. *Derecho penal, Parte especial*, 19 ed., op. cit., p. 965. También, desde una perspectiva funcional, A. Asúa Batarrita, “El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales. La teoría de la frustración del fin”, *Anuario de Derecho Penal*, 1993, p. 166.

⁹⁴ Así, por ejemplo, G. Rodríguez Mourullo, “El nuevo delito fiscal...”, op. cit., p. 257. También suscribía una tesis basada en la tutela del patrimonio público L. Arroyo Zapatero, *Delitos contra la Hacienda Pública...*, op. cit., pp. 94 y s., aunque en una obra posterior ha cambiado su criterio orientándose hacia tesis funcionales. Cf. L. Arroyo Zapatero y A. Nieto Martín, “El fraude de subvenciones en la UE y en el CP”, *Derecho penal económico, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de formación continuada*, núm. 14, 2001, pp. 288 y s.

⁹⁵ Cf. A. Torío López, “Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio en la reforma del sistema penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 5, Santiago de Compostela, 1982, p. 94.

⁹⁶ Cf. C. Gómez Rivero, op. cit., pp. 134 y ss., en particular p. 147, donde coloca en plano de igualdad ambos bienes jurídicos protegidos.

⁹⁷ Cf. C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte especial*, op. cit., p. 743. Ampliamente, A. Asúa Batarrita, “Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional”, en VV. AA., *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, LH Tiedemann, 1995, pp. 142 y s. *Vid.* también Cortés Bechiarelli, en J.L. Serrano González de Murillo y E. Cortés Bechiarelli, op. cit., pp. 178 y s.

⁹⁸ Cf. E. Octavio de Toledo, “Los objetos...”, op. cit., pp. 94 y s.

El bien jurídico protegido en los delitos tributarios

te.⁹⁹ Sin embargo, el bien jurídico podría concretizarse si en vez de hablar de fines se habla de *condiciones legalmente requeridas para la concesión o disfrute de la subvención*, considerando este interés como objeto jurídico de protección.¹⁰⁰

3.5 Consecuencias de esta caracterización: el grado de afección al bien jurídico

Al optar por una caracterización en dos niveles de los intereses protegidos en el Derecho penal tributario, afirmamos que el bien jurídico mediato o genérico cumple la importantísima tarea de justificar la intervención del Derecho penal, y por lo tanto, no se requiere constatar respecto a él ningún grado de lesión o peligro. Como hemos argumentado precedentemente, se trata de la Hacienda Pública caracterizable como la actividad financiera del Estado, las comunidades autónomas y entes locales en el marco del orden público económico.¹⁰¹ El grado de afección debe constatar con relación al bien jurídico inmediato o técnico, que es distinto si se trata de un delito contra el sistema de ingresos o contra el sistema de gastos, aunque tienen en común que, desde la perspectiva adoptada en este trabajo, configuran todos ellos *delitos de lesión*.

La defraudación tributaria (art. 305, CP) y el delito contable-tributario (art. 310, CP) tutelan idéntico bien jurídico inmediato o técnico, la determinación tributaria del *quantum debeatur*. La defraudación tributaria se convierte así en un delito de lesión, en tanto y en cuanto la conducta del sujeto que incumple sus deberes tributarios eludiendo el pago de tributos o disfrutando indebidamente de beneficios fiscales deriva en una total o parcial indeterminación de la deuda tributaria.

Idéntica situación se presenta respecto al delito contable-tributario. Los autores que sustentan posi-

ciones patrimonialistas consideran que el bien jurídico inmediato es común con la defraudación tributaria, aunque varía la intensidad del ataque. Consecuentemente, defienden que estamos ante delitos de peligro contra el patrimonio público.¹⁰² Sin embargo, la lectura que formulamos desde nuestra caracterización del bien jurídico nos conduce a afirmar que estamos ante diferentes tipos de lesión que se produce cuando resultan inciertas las bases tributarias, de lo que deriva necesariamente la indeterminación del *quantum debeatur*.¹⁰³ En una línea similar, manifiesta Arroyo Zapatero que el delito contable-tributario “afecta a la fase central de la función tributaria: la determinación de las bases imponibles a través de una contabilidad veraz”.¹⁰⁴

Puede resultar polémica la idea de lesión respecto a la modalidad prevista en el art. 310 letra a) CP, pues el sujeto debe *incumplir absolutamente* sus deberes tributarios en régimen de *estimación directa de bases*, lo que excluye a aquellos que se encuentran en régimen de estimación objetiva singular. El motivo radica en la mayor importancia que revisten los deberes contables en el régimen de estimación directa, de cara a la *determinación* del tributo adeudado.¹⁰⁵ En otras palabras, la conducta descrita genera una indeterminación del tributo que deviene punible.¹⁰⁶

No varía la situación respecto a las dobles contabilidades penalmente sancionables en virtud de la letra b) del art. 310. De la ocultación o simulación de la verdadera situación de la empresa debe derivar una indeterminación de las cantidades que se adeudan, por lo que volvemos a hablar de delitos de lesión.¹⁰⁷ Las modalidades de las letras c) y d) suponen alteraciones en la contabilidad, y generan la indeterminación de las cuantías adeudadas, por lo que también estamos ante delitos de lesión.¹⁰⁸

⁹⁹ Con base en las acertadas críticas que formularon Martínez Buján-Pérez y Gómez Rivero, en textos mencionados en las notas 51 y 52.

¹⁰⁰ Así resulta más claro en el propio razonamiento de Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte especial, op. cit.*, p. 745.

¹⁰¹ Cf. C. Martínez-Buján, “El bien jurídico...”, *op. cit.*, p. 190.

¹⁰² Cf., *ibidem*, p. 191.

¹⁰³ Al optar por la caracterización del bien jurídico en dos niveles y apreciar un nuevo bien jurídico en sentido técnico debo cambiar completamente lo que he sostenido en su día sobre el grado de afección al bien jurídico en el delito contable-tributario. Cf. J. Ferré Olivé, *El delito contable, op. cit.*, pp. 146, 167 y 173.

¹⁰⁴ Cf. L. Arroyo Zapatero, *Delitos contra la Hacienda Pública, op. cit.*, p. 93.

¹⁰⁵ Cf. I. Berdugo Gómez de la Torre y J. Ferré Olivé, *Todo sobre el fraude...*, *op. cit.*, p. 175.

¹⁰⁶ Cf. L. Arroyo Zapatero, *Delitos contra la Hacienda Pública, op. cit.*, p. 93.

¹⁰⁷ Cf., *idem*.

¹⁰⁸ A favor, en este caso, de la caracterización como delito de lesión J. Bustos Ramírez, *Manual de Derecho penal. Parte especial 2ª ed.*, Barcelona, 1991, p. 293. Martínez-Buján ha cuestionado las modalidades previstas en las letras c) y d) del art. 310 CP por carecer de la necesaria lesividad jurídico-penal, aunque también considera su viabilidad por la afección que representan estas conductas hacia bien jurídico representado o mediato. Cf. *El bien jurídico...*, *op. cit.*, p. 194.

Menos dudas presentan las dos modalidades delictivas contempladas en el art. 308 CP. Tanto la obtención fraudulenta de subvenciones o desgravaciones como el incumplimiento de las condiciones de la subvención protegen las condiciones legalmente requeridas para la concesión o disfrute de la subvención. Estas condiciones deben resultar efectivamente lesionadas para poder apreciar la comisión del delito.¹⁰⁹

4. Conclusiones

Considero que para identificar con claridad el interés jurídico protegido en los delitos tributarios es indispensable asumir, como punto de partida, la tesis que diferencia dos niveles de bienes jurídicos en los delitos económicos: uno mediato o genérico y otro inmediato o técnico. El primero sirve como fundamento a la intervención penal, mientras que el segundo cumple las funciones técnicas y, por lo tanto, es el único susceptible de ser lesionado o puesto en peligro por el comportamiento.

Desde esta perspectiva, el bien jurídico mediato será la Hacienda Pública, entendida como actividad

financiera del Estado, comunidades autónomas y entes locales desarrollada en el marco del orden público económico. El bien jurídico inmediato se diferencia nuevamente en los delitos contra el sistema de ingresos y contra el sistema de gastos. Respecto al sistema de ingresos, se produce una nueva diferenciación. En el momento de liquidación del tributo (delito de defraudación tributaria y delito contable-tributario) es imprescindible un alejamiento de las posiciones patrimonialistas. El bien jurídico se aproxima al espacio de las falsedades ideológicas, aunque se concreta en la determinación tributaria del *quantum debeatur*. En el momento de la recaudación del tributo (insolvencias del art. 257.2 CP) el bien jurídico protegido es el patrimonio público. En cuanto a los delitos contra el sistema de gastos (fraude de subvenciones), el bien jurídico protegido se resume en las condiciones legalmente requeridas para la concesión o disfrute de la subvención.

Todos estos argumentos conducen, en definitiva, a considerar que en las distintas modalidades estudiadas de delitos contra la Hacienda Pública estamos ante delitos de lesión.

¹⁰⁹ Cf. E. Octavio de Toledo, "Los objetos...", *op. cit.*, p. 95.

Responsabilidad empresarial y *compliance* frente a la trata de personas

Miguel Ontiveros Alonso

Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México

RESUMEN: En el presente artículo se analizan las medidas preventivas del delito que se deben asumir por el sector privado ante actividades especialmente riesgosas. En este caso, deben implementarse *compliance* programs para prevenir la trata de personas y la explotación humana.

PALABRAS CLAVE: *Compliance* programs, trata de personas, responsabilidad penal de la empresa.

ABSTRACT: In this paper are analyzed the preventive measures of crime that should be adopted by private sector in the presence of especially risky activities. In this case, *compliance* programs should be implemented to prevent the trafficking in persons and human exploitation.

KEY WORDS: *Compliance* programs, trafficking in persons, criminal responsibility of the company.

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Y qué puede hacer el sector empresarial frente a estos riesgos? III. ¿Qué beneficios tiene la implementación de un *compliance* program frente a la trata de personas? IV. ¿Puede ser útil un *compliance* program frente a la trata de personas y la explotación humana? V. ¿Cómo diseñar un *compliance* program antitrata al interior de la empresa? VI. ¿Qué aspectos de la trata de personas y la explotación humana deben conocer y distinguir los miembros de una empresa? VII. ¿Qué validez tiene un *compliance* program antitrata en el sistema jurídico mexicano?

I. Introducción

El delito de trata de personas ha generado un debate importante durante la última década en México. Esto ha sucedido desde las primeras tipificaciones que se originaron en nuestro país en materia de este delito —en armonía con los instrumentos internacionales—¹ verificadas en los estados de Baja California y Michoacán, así como en el Código Penal Federal (2003-2004). Los mismos debates se suscitaron con las reformas realizadas a los códigos penales de Jalisco y Guerrero. Más tarde, en 2007, se promulgó la primera ley en materia de trata de personas en nuestro país, denominada Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas (2007), que fue abrogada en 2012 para dar paso a la hoy vigente Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Asistencia y Protección a las Víctimas de estos Delitos² (2012). En torno a ésta se ha planteado una importante reforma, aprobada por unanimidad en el Senado de la República (2014), que fortalece los esquemas de atención, prevención y sanción de la trata de personas y la explotación humana.

Tanto la ley federal de 2007 como la ley general de 2012 tuvieron el acierto de incorporar un rubro específicamente dedicado a la prevención del delito, así como una comisión intersecretarial en calidad de órgano garante del cumplimiento de la ley.³ Al respecto, los esfuerzos institucionales dirigidos al for-

talecimiento de las tareas de investigación, persecución y sanción de este fenómeno delictivo han sido significativos, pero los retos y desafíos frente a la trata de personas siguen siendo enormes. Existen, sin embargo, algunas dimensiones preventivas de la trata de personas que no han sido del todo aprovechadas y que desde su introducción original en nuestro sistema jurídico en 2007 han sido escasamente consideradas, a pesar del potencial que significan para prevenir la victimización en la materia que aquí nos ocupa.⁴

Me refiero, específicamente, a las tareas preventivas frente a la trata de personas y la explotación humana que debieran desplegarse no sólo desde las instituciones del Estado, sino también desde la empresa. Estas tareas preventivas de corte privado se desprenden muy claramente de la legislación vigente en su calidad de obligaciones para aquellos sectores que se ubican en situación de riesgo frente a la trata de personas. El riesgo al que hago referencia aquí incluye no sólo aquel que se traduce en la posibilidad de ser autor material del delito, sino también que la empresa sea utilizada por terceros⁵ —incluido el crimen organizado— para cometer el delito de trata de personas o explotación humana en cualquiera de sus modalidades.

Efectivamente, la Ley Antitrata vigente en México establece exigencias precisas dirigidas al ámbito empresarial para prevenir que los entes colectivos incurran en conductas ilícitas⁶ vinculadas a este delito, o

¹ Especialmente, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

² A partir de ahora me referiré a este ordenamiento jurídico como Ley Antitrata, debido a que su denominación completa es muy extensa, problemática y francamente inútil.

³ El libro Segundo de la Ley Antitrata, denominado “De la Política de Estado”, contempla en su Título Primero la denominada “Comisión Intersecretarial”, cuya configuración y facultades se advierten a partir del artículo 84 de la propia ley. Por su parte, el Título Segundo, denominado “De la Prevención de los Delitos Previstos en esta Ley”, integra un Capítulo I bajo el rubro “De las Políticas y Programas de Prevención”.

⁴ Diseñar e implementar un programa de prevención del delito de trata de personas y la explotación humana mediante *compliance* dirigido al sector empresarial —impulsado también por las instituciones del Estado— se traduciría, primero, en cumplir los compromisos internacionales asumidos en esta materia por nuestro país, con especial referencia a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas (especialmente Mujeres y Niñas), la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (OEA). En segundo lugar, daría cabal cumplimiento a las obligaciones derivadas de la propia Ley General contra la Trata de Personas, así como a la Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia vigente en nuestro país desde 2012.

⁵ Las reflexiones de Silvia Barona Vilar en el sentido de que la persona jurídica puede constituirse en víctima del delito resultan también muy importantes para los efectos de este breve estudio. “La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España”, en Miguel Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 107: “Aun cuando en el contexto doctrinal se ha venido cuestionando especialmente la intervención de las personas jurídicas en la mediación penal cuando se trata de victimarios o posibles actores del hecho delictivo, no por ello debemos obviar la posibilidad de que la víctima sea una persona jurídica”.

⁶ Véanse, al respecto, las destacadas observaciones de Carlos Gómez-Jara Diez, “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, en *ibidem*, p. 179: “El delito empresarial parte de una premisa fundamental: determinadas organizaciones empresariales alcanzan un nivel de complejidad tal que —al igual que ocurre con la psique del ser humano— comienzan a mostrar caracteres propios de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación”.

que sean utilizados por terceros para su comisión. A esta tendencia preventiva se le ha denominado, desde la doctrina, prevención particular o privada del delito y cada vez adquiere mayor fuerza a escala internacional, pues se ha comprendido que el Estado no puede solo contra el crimen y requiere, sobre todo en ámbitos tan delicados como el que nos ocupa, de la participación y solidaridad de la sociedad.

La colaboración de los entes colectivos de carácter privado en la prevención del delito adquiere hoy más que nunca un particular interés debido a la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales en México. Este nuevo ordenamiento incluye un apartado de investigación, ejercicio de la acción penal, vinculación a proceso y condena especialmente diseñado para las personas jurídicas. Esto significa, de forma clara, la posibilidad de que las empresas sean llevadas a juicio como probables responsables de un delito de trata de personas o explotación humana⁷ y que les sea impuesta una pena que podría, incluso, llegar a la disolución⁸ del ente colectivo:

PROCEDIMIENTO PARA PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 422. Investigación

Cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de la posible comisión de un delito en el que se encuentre involucrada alguna persona jurídica, en los términos previstos en el artículo anterior iniciará la investigación correspondiente.

Artículo 423. Formulación de la imputación y vinculación a proceso

[...]

El representante de la persona jurídica, asistido por el Defensor designado, podrá participar en todos los actos del procedimiento. En tal virtud se les notificarán todos los actos que tengan derecho a conocer, se les citarán a las audiencias, podrán ofrecer medios de prueba, desahogar pruebas, promover incidentes, formular alegatos

e interponer los recursos procedentes en contra de las resoluciones que a la persona jurídica perjudiquen.

La autoridad judicial dictará auto por el que determine si la persona jurídica de que se trate debe o no estar vinculada a proceso.

Sin el ánimo de agotar el tema, se pueden adelantar desde ahora algunas conductas que pudieran ser imputadas a personas jurídicas con base en la legislación vigente. Así, por ejemplo, el artículo 10 de la Ley Antitrata mexicana tipifica el delito de trata de personas, en el que se contemplan conductas como captar, enganchar, transportar, recibir o alojar a una persona con fines de explotación. La práctica forense muestra claramente la participación de personas jurídicas en actividades como las descritas; por ejemplo, la captación o enganche de víctimas a través de empresas de modelaje, el transporte de víctimas mediante empresas de autobuses o incluso aerolíneas, así como también el alojamiento en fábricas, maquiladoras u hoteles: “Cuando en un hotel se generan las condiciones para que éste sea utilizado como sede para la explotación sexual, se podrá ejercer acción penal en contra de los operadores del establecimiento, pero también en contra del propio ente colectivo”.

Algo similar sucede con el delito de esclavitud, contemplado en el artículo 11 de la Ley Antitrata, pues no son pocos los casos en que grandes empresas agrícolas ejercen dominio sobre un grupo de personas, dejándolas sin capacidad de disponer libremente de su persona o de sus bienes. Esto ocurre en zonas de producción agrícola y se ha conocido de hechos similares en Michoacán y Chiapas.

Casos de esclavitud pueden verse, también, en las empresas vinculadas a la explotación minera, donde niñas y niños son explotados en claras condiciones de esclavitud.

⁷ Acerca de los vínculos entre el delito de trata de personas y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, María Eloísa Quintero, “Persona jurídica y crimen organizado; reflexiones sobre migración ilegal y trata de personas”, en *ibidem*, p. 575: “Todo ello ha generado dos grandes tendencias; por un lado se crean herramientas y estrategias específicas para prevenir y combatir el crimen organizado, mientras desde otra óptica se trazan esfuerzos operativos-normativos con el objeto de generar responsabilidad para las personas jurídicas”.

⁸ Entre las consecuencias jurídicas más relevantes que se podrían imponer a personas jurídicas se encuentran las siguientes: 1. Prohibición de acordar, convenir o enajenar; 2. Privación de derechos; 3. Intervención o curatela; 4. Comiso de las ganancias; 5. Eliminación de subvenciones; 6. Vigilancia judicial permanente; 7. Restitución a la situación anterior; 8. Reparación del daño; 9. Publicación de sentencia; 10. Disolución; 11. Trabajo a favor de la víctima; 12. Trabajo a favor de la comunidad, y 13. Multa. La exposición más acabada que conozco en relación con las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas es la de Luis Roca de Agapito, “Sanciones aplicables a las personas jurídicas”, en *ibidem*, p. 391: “El art. 33.7.b) CP prevé la disolución de la persona jurídica. Aunque en el catálogo de penas del art. 33.7 CP figure en segundo lugar, en realidad debería ocupar el primer puesto, porque se trata de la consecuencia más grave que se puede imponer. Supone la extinción de la persona jurídica, o lo que es lo mismo su muerte civil”.

Responsabilidad empresarial y *compliance* frente a la trata de personas

Por otro lado, la Ley Antitrata, en su artículo 21, establece que existe explotación laboral cuando una persona obtiene, directa o indirectamente, beneficio injustificable, económico o de otra índole, de manera ilícita, mediante el trabajo ajeno, sometiendo a la persona a prácticas que atenten contra su dignidad (condiciones de trabajo peligrosas, insalubres, sin protección, o bien, desproporción entre el trabajo realizado y el pago, o un salario por debajo de lo legalmente establecido). Desafortunadamente, hipótesis como éstas son tradicionales en la industria de la construcción, donde no suelen brindarse las condiciones mínimas de seguridad o salariales a los empleados.

La Ley Antitrata contempla decenas de conductas delictivas en las que puede incurrir el sector empresarial. Sin embargo, el legislador consideró necesario realizar llamados específicos a ciertos sectores de cara a establecer medidas preventivas ante el fenómeno de la trata y la explotación. Así, por ejemplo, el artículo 88 de dicha ley señala como una de las funciones de la Comisión Intersecretarial “informar y advertir al personal de empresas de todos los sectores susceptibles de ser medios para la comisión de estos delitos, acerca de la responsabilidad en que pueden incurrir en caso de facilitar o no impedir las conductas inherentes a ellos”.

Así mismo, el artículo 89, VIII, obliga a la Secretaría del Trabajo a “incrementar sus inspecciones a los centros laborales, en el ámbito de su competencia, para prevenir y detectar oportunamente dicho delito”. Algo parecido sucede en el artículo 104 que ordena a las distintas autoridades federales, estatales, municipales y del Distrito Federal a supervisar negocios que puedan ser propicios para cometer el delito de trata de personas, realizando inspecciones en agencias de modelaje o artísticas, salas de masaje, bares, cantinas, hoteles, cines, servicios de Internet, baños públicos u otros. Incluso se establece expresamente que “para autorizar la operación de los negocios que presten el servicio de Internet, se deberá contar con filtros parentales y defensa contra intromisiones no deseadas”.⁹

Vale la pena destacar, asimismo, el contenido del artículo 106 de la Ley Antitrata, que expresamente establece la prohibición de “toda publicidad o inserciones pagadas en los medios de comunicación masiva de cualquier índole, que incluya en sus publicaciones anuncios de contacto sexual o que promueva la prostitución y la pornografía que pueda propiciar la trata de personas y demás delitos previstos en el presente ordenamiento”.

La conducta de un medio de comunicación, consistente en servir como medio para el reclutamiento de víctimas de trata de personas, no tiene justificación alguna. En casos como éste, el ente colectivo debe ser investigado y sancionado.

Finalmente, el artículo 115 de la Ley Antitrata exige que las tareas estatales en materia de prevención de estos delitos se enfoquen en aquellos sectores empresariales utilizados con mayor frecuencia para cometer delitos vinculados a la explotación humana, señalando expresamente al sector turístico (líneas aéreas y de transporte terrestre, por ejemplo), con especial referencia a hoteles, bares, agencias de modelaje o artísticas, salas de masaje, cines, baños públicos, agencias de colocación, centros de espectáculos, recintos feriales, deportivos, vapores, loncherías o cantinas.

II. ¿Y qué puede hacer el sector empresarial frente a estos riesgos y desafíos?

Desde mi particular concepción, el primer desafío que hay que enfrentar es asumir un esquema de tolerancia cero frente a la trata de personas y de toda forma de explotación humana, tal y como se desprende de los *Principios éticos de Atenas* suscritos por la comunidad empresarial internacional el 23 de enero de 2006.¹⁰ De entre éstos, habría que destacar los siguientes: 1. Demostrar tolerancia cero frente a la trata de personas; 2. Contribuir a la prevención de la trata mediante campañas de sensibilización y educación; 3. Asegurar que el personal de la empresa cumpla con la política contra la trata de personas; 4. Incluir a los

⁹ En torno a los alcances jurídicos de acciones preventivas en materia de Internet y cibercriminalidad (entre los que se ubican diversas modalidades de trata y explotación), Jörg Eisele, *Arbeitnehmerüberwachung un Compliance unter Berücksichtigung der Cybercrime-Konvention*, ZIS, 8-9/2012, p. 402: “Supervisar de forma masiva los correos electrónicos de los empleados, parece estar dentro del derecho del empresario, así como también servir para la protección de sus intereses”.

¹⁰ Los principios fueron firmados por la comunidad empresarial con la finalidad de unir esfuerzos contra la trata de personas y la explotación humana. Se trata de un documento con líneas directrices básicas para ser implementadas a escala de los entes colectivos con actividad empresarial.

proveedores de las empresas en la política antitrata, y 5. Colaborar con los gobiernos en la mejora de leyes y reglamentos para combatir la trata de personas.

A partir de ahí, me parece, resultará indispensable diseñar e implementar un *compliance program*¹¹ que baje al terreno la política de la empresa frente a los fenómenos de la trata de personas y la explotación humana. De forma resumida y en armonía con lo que se expondrá a continuación, este *compliance program* debería limitar claramente los tramos de responsabilidad de cada una de las esferas de competencia de la empresa, asumiendo una cultura de la legalidad y del cumplimiento normativo —con especial referencia a la materia laboral— al interior del ente colectivo. Esto puede lograrse a través de protocolos de actuación empresarial respecto de los cuales resulta importante su diseño, pero también la capacitación y evaluación del personal acerca de su contenido.

Las experiencias derivadas del *corporate governance*, *integrity codes* y de la *corporate defense responsibility* son una buena muestra de cómo puede salvaguardarse la integridad de las personas vinculadas al sector empresarial, a la vez que se protegen los intereses del ente colectivo sustentados en la legalidad. De esta forma, la empresa protege y se protege, a la vez que colabora desde la dimensión ético-social a la prevención de la trata de personas y de los delitos conexos a ésta (esclavitud, servidumbre, pornografía infantil o explotación sexual, por ejemplo).

Tal y como se verá más adelante, uno de los factores más importantes de cara a la implementación del *compliance program* al interior de la empresa debe ser realizar investigaciones internas dirigidas a detectar incumplimientos de las directrices básicas previamente establecidas, así como infracciones potenciales y prevenir su materialización, es decir, cualquier hipótesis cercana a la trata de personas o alguna modalidad de explotación.

Para que estas investigaciones puedan generar los resultados esperados, deben ser diseñadas e implementadas por expertos ajenos a la empresa, pero que cuenten con la suficiente confianza de los líderes del ente colectivo. De esta forma podrán detectarse acciones que superen los estándares máximos de riesgo y que ocasionalmente, ya sea dolosa o imprudentemente, sean evadidas u ocultadas por el personal encargado de hacerlas cumplir al interior de la empresa.

III. ¿Qué beneficios tiene la implementación de un *compliance program* frente a la trata de personas?

La implementación de un *compliance program* generaría, de entrada, un beneficio de la mayor importancia, consistente en prevenir y evitar la victimización. Abonaría, además, en el prestigio de la empresa frente a sus clientes y la comunidad corporativa, a la vez que generaría mayor compromiso y lealtad hacia la institución por parte de sus miembros.

Así, el *compliance* es una garantía que protege eficazmente a la empresa frente a posibles actos u omisiones de sus empleados, de tal forma que además —según las doctrinas más avanzadas— puede llegar a excluir la tipicidad o la culpabilidad de la propia empresa en caso de ser imputada por la comisión del delito.¹² Con palabras de Schünemann: “Pero la transformación surgió con las directivas de medición de la pena, que le dieron a la entidad colectiva la posibilidad de impedir una imputación de la culpabilidad de sus empleados toda vez que demostrara haber intentado impedir delitos de los trabajadores con el cuidado requerido (*due diligence*), a través de un programa de cumplimiento de normas elaborado detalladamente (*compliance programme*)”.¹³

Asimismo, la empresa fortalece sus esquemas de autoprotección ante la posibilidad de ser víctima de

¹¹ De forma resumida, y en armonía con Bock, “en el contexto jurídico puede entenderse por *compliance*, conducirse acorde al derecho vigente”. Dennis Bock, *Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion*, § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance, ZIS/2009, p. 68. Más claro, como lo expone Rolf Schwedhelm, “Compliance quiere decir que el derecho y las leyes deben cumplirse”, “Tax Compliance –mehr als ein Trend? Im Spannungsfeld zwischen Haftungsvermeidung und Steueroptimierung”, *Liechtenstein-Journal*, 1, 2009, p. 7.

¹² “En países como Reino Unido, Italia, Japón, Austria o Australia, la existencia de un buen (efectivo) *compliance program* puede llevar directamente a la elusión de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica. En otros ordenamientos jurídicos (EE.UU., por ejemplo), y esto es lo más normal, un programa de cumplimiento normativo implica una disminución de la pena o, en fase preliminar, su existencia determina la no adopción de una medida cautelar (por ejemplo, de la prohibición de contratar con el sector público durante un periodo determinado de tiempo)”. Marta Muñoz de Morales Romero, “Programas de cumplimiento efectivos en la experiencia comparada”, en Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 212.

¹³ “La responsabilidad penal de las empresas: Para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal”, en Miguel Ontiveros Alonso (coord.), *op. cit.*, p. 512.

un delito de una conducta proveniente del exterior o derivada de una acción sea ésta dolosa o imprudente desplegada por parte de uno de sus miembros. Sin duda, como ya ha advertido la doctrina, un *compliance program* efectivo podría ahorrar gastos significativos a la empresa derivados de procesos judiciales, contratación de una firma legal para su defensa o una intervención estatal ejecutada sobre la administración de la persona jurídica.¹⁴

La cultura y práctica del *compliance* se han extendido fuertemente a escala continental y están por sentar sus raíces en nuestro país de cara a la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en México. Si lo que queremos es prevenir y erradicar la trata de personas y la explotación humana en México, bien valen la pena los esfuerzos desplegados por los entes colectivos de carácter privado dirigidos a salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad de las víctimas; mientras que, al mismo tiempo, se protege a la empresa socialmente responsable de actos ilícitos cometidos por sus empleados o por terceros ajenos a la persona jurídica.

IV. ¿Puede ser útil un *compliance program* frente a la trata de personas y la explotación humana?

El primer interrogante que debe resolverse es si efectivamente resultará útil y eficaz un *compliance program* de cara a prevenir estas modalidades delictivas. Esta pregunta ya ha sido abordada y resuelta afirmativamente por la doctrina. Así, por ejemplo, Sieber afirma que a esto “se añade la protección de los derechos humanos, por ejemplo, para impedir el trabajo de niños, los trabajos forzados y la discriminación, tal como sobre todo exige la iniciativa ‘Global Compact’ de las Naciones Unidas”.¹⁵ Con palabras del mismo autor:

En los programas de *compliance*, este mecanismo de una implementación institucionalizada va de la mano con las medidas efectivas, arriba sistematizadas, para el control

de la criminalidad empresarial. Esto rige sobre todo para la implementación de departamentos especializados de *compliance*, medidas de capacitación a empleados, así como deberes de información y documentación de los trabajadores, medidas pertinentes de control del personal y de bienes, medidas para canalizar los informes de sospechas, sistemas especiales para informantes, medidas internas para el esclarecimiento de casos de sospecha, medidas de control externo por revisores de balances, así como la cooperación entre los controles de la empresa y los controles estatales de la criminalidad.¹⁶

Si se observa con atención, resulta que la implementación de un *compliance program* —efectivo y diseñado a la medida de la empresa— puede generar, ciertamente, la salvaguarda de los derechos de las personas vinculadas a la empresa, mientras que el efecto inmediato podría ser la prevención de violaciones a derechos humanos, dentro de los que se ubica la trata de personas y la explotación humana, pues, como afirma el propio Sieber, “los programas de *compliance* ofrecen a las empresas la oportunidad de definir campos de acción y evitar zonas grises criminógenas (que puedan tener incluso efectos penales)”.¹⁷

Lo dicho hasta ahora requeriría, para efectivamente prevenir el delito de trata o explotación y generar efectos de exclusión de la responsabilidad penal de la empresa, que el *compliance program* sea diseñado con determinados estándares, pues, como ya ha advertido la doctrina, “la empresa que opte por la solución más cómoda (digamos, limitarse a elaborar un código de conducta) se arriesga a que los tribunales, el día de mañana, la juzguen insuficiente”.¹⁸

Efectivamente, los delitos de trata de personas y las modalidades de explotación de la persona humana tienen múltiples formas de manifestarse. A esto se suma la posibilidad, casi sistemática, de participación del crimen organizado en su comisión. Es por lo anterior que una política de *prevención particular del delito* debe estar estructurada en un verdadero programa de cumplimiento, que pase por distintas fases

¹⁴ Al respecto, puede verse Dennis Bock, *op. cit.*, p. 69: “Un proceso judicial tiene un significado muy importante desde el punto financiero. Así, hay que considerar el pago de un defensor, de asesores y costos de viajes o transportación. Además, el imputado ya no podrá concentrarse enteramente en su actividad, pues un proceso penal requerirá una buena parte de su tiempo y concentración”.

¹⁵ Ulrich Sieber, “Programas de *compliance* en el Derecho Penal de la Empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” (trad. de Manuel A. Abanto Vásquez), en Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín (dirs.), *op. cit.*, p. 71.

¹⁶ *Ibidem*, p. 100.

¹⁷ *Ibidem*, p. 91.

¹⁸ *Actualidad Jurídica*, pp. 37 y 38.

y no limitarse a los tradicionales “códigos de buena conducta”. Es aquí donde la fase de capacitación al personal de la empresa resulta fundamental:

Así, por ejemplo, las investigaciones policiales en el caso del delito de trata de personas con fines de explotación sexual o turismo sexual infantil han mostrado conductas típicas de los autores y sus cómplices, como viajar solos, pero portando cámaras de video con múltiples discos de grabación, cámaras fotográficas profesionales y de alta resolución, dulces, impresos infantiles y juguetes para captar niños es su calidad de víctimas potenciales. Una capacitación especializada en esta materia, impartida al sector turístico u hotelero, puede resultar fundamental para identificar a probables actores del delito.

La Ley Antitrata mexicana establece obligaciones precisas en materia de capacitación, pero limita su alcance a los operadores del sistema de seguridad pública y justicia penal. Creo, sin embargo, que mediante un *compliance program* bien delineado esa capacitación, aunque ciertamente con otras características, debiera alcanzar a las empresas que con mayor frecuencia son utilizadas como medios para enganchar a las víctimas de trata de personas y explotación. Así, como afirma Nieto Martín, “tener una buena organización preventiva es la clave para decidir el sí y el cuándo de la responsabilidad de la persona jurídica”.¹⁹

Las mejores prácticas indican que los modelos de capacitación preventiva del delito más exitosos son aquellos que se fundamentan, a su vez, en protocolos de actuación claramente estandarizados, definidos y desagregados por áreas. Con palabras de Lascuráin, “la labor de estos protocolos debe entenderse como una tarea de colaboración con el legislador penal, transfiriendo al interior de la empresa estándares de cuidado públicos, para hacerlos más accesibles y para reforzar su carácter vinculante. No se trata de una

autorregulación interesada, sino de una colaboración con los poderes penales del estado que refleja el sentido último de todo el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas”.²⁰

Así, por ejemplo, el protocolo de actuación para ser aplicado en una hotel, debe dejar claro qué hacer cuando se detecta la presencia de un adulto acompañado de una persona menor de edad a quien no brinda trato de familiar, sino de pareja, y que pueda encontrarse sometida. Una conducta negligente desplegada por parte del empleado de la empresa podría generar la imputación penal por el delito de omisión de auxilio.

Experiencias como la chilena muestran la importancia que el propio Estado ha brindado al *compliance empresarial*, de tal forma que ha diseñado, como lo advierte Matus Acuña, esquemas de certificación de dichos programas. Esto genera, me parece, un buen grado de certeza al ente colectivo acerca de la viabilidad del programa de cumplimiento implementado a su interior:

Si una empresa ha adoptado un modelo de prevención, la ley considera también la posibilidad (no la obligatoriedad) de que decida someterlo a un proceso de “certificación” de la adopción e implementación de su programa de cumplimiento. De obtenerse tales certificados, éstos deberán indicar que el modelo de prevención o programa de cumplimiento “contempla todos los requisitos” establecidos por la ley, en relación “a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica”.²¹

Como se observa, “la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el cumplimiento normativo tienen sentido porque son herramientas político-criminalmente útiles, permiten atajar eficazmente la criminalidad en las empresas, utilizando el potencial de autorregulación de la propia entidad”.²²

¹⁹ Adán Nieto Martín, “Introducción” a Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín (dirs.), *op. cit.*, p. 16. En este sentido, agrega el mismo autor: “Las autoridades competentes para la imposición de sanciones administrativas no imputan a aquellas personas jurídicas que cuentan con programas de cumplimiento y que colaboran con la investigación”, p. 21.

²⁰ Juan Antonio Lascuráin, “*Compliance*, debido control y unos refrescos”, en *ibidem*, pp. 129 y 130. Según el autor, estos protocolos de prevención delictiva, “no deben incluir sólo normas de conducta para empleados, directivos y administradores, sino también normas de control de dichas conductas. En tal sentido, son protocolos de control en el más amplio sentido de la palabra, que expresan qué se controla”.

²¹ Jean Pierre Matus Acuña, “La certificación de los programas de cumplimiento”, en *ibidem*, p. 146.

²² González Franco, Schemmel y Blumenberg, “La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento”, en *ibidem*, p. 162.

El diseño e implementación de *compliance programs* vinculados al derecho penal es poco conocido en México. Si pueden encontrarse, como lo advierte Rotsch en el ámbito de otros países, programas de cumplimiento a escala de otras ramas del conocimiento, como la medicina, donde, por ejemplo, “la fidelidad al tratamiento del paciente condiciona la curación de muchas enfermedades que requieren comportamientos corporativos. En nuestro contexto se trata de *to be in compliance with the law*, de modo que dicha fórmula, compuesta por la palabra *compliance*, que dicho sea de paso significa también ‘capacidad de aprendizaje’, puede ser traducida (de forma no absolutamente exacta) por ‘conformidad a derecho’ (*gesetzmässig*)”.²³

V. ¿Cómo diseñar un *compliance program* antitrata al interior de la empresa?

El diseño e implementación de un *compliance program* antitrata al interior de la empresa pasa por diversas fases básicas. Éstas son maleables, dependiendo del ente colectivo que se aborde, y deberán ser siempre funcionales. Con esto me refiero a que debe ser un modelo eficaz, realmente asumible por los integrantes de la empresa, aplicable, evaluable y modificable en aquellos rubros en los que se detecten fallas que pongan en riesgo su éxito. Las fases básicas —que podrían ampliarse o modificarse— del *compliance program antitrata* son las siguientes:

Fase I (Diagnóstico y determinación de riesgos frente a la trata y la explotación humana)

La primera fase a diseñar e implementar será la de un diagnóstico de riesgos. Éste debe servir para determinar los riesgos que la actividad empresarial representa frente a la trata de personas y la explotación humana. El mapa de riesgos que resulte del diagnóstico no puede ser general, sino específicamente referido a la empresa evaluada, pero a la vez contrastado con las diversas modalidades típicas contempladas en la Ley Antitrata:

No pueden realizarse formatos generales de compliance aplicables a todo el ámbito empresarial. El diagnóstico

debe realizarse de forma individual, pues no corre los mismos riesgos de verse implicado en un caso de trata de personas, el hotel de tercera categoría ubicado en una zona marginal de la ciudad, que una cadena hotelera reconocida a escala internacional, que a su vez cuenta con un comité de cumplimiento. Enormes diferencias se observarán también entre una maquiladora, una mina o una cantina ubicada en una zona turística, pues las condiciones de desempeño empresarial son absolutamente diferentes.

El primer requisito para diseñar un diagnóstico serio de cara a prevenir la trata de personas y la explotación humana es conocer y dominar en qué consisten esos tipos penales, cómo se configuran, cuáles son sus elementos típicos y sus formas de comisión. En esto hay una gran desinformación en nuestro país. Desde aquí la labor del penalista resulta fundamental, pues no debe olvidarse, como ya ha afirmado la doctrina,²⁴ que el *compliance program* tiene dos objetivos básicos: la prevención del delito y la exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica por los hechos probablemente constitutivos de delito generados en el seno de la empresa.

*No se puede elaborar un diagnóstico sin saber lo que se busca. Confundir los conceptos de trata de personas, explotación humana y tráfico de personas u órganos es una constante en esta temática. Esta confusión ha impactado incluso en las leyes, al considerar, por ejemplo, que traficar un órgano o tejido constituye un delito de trata de personas, cuando resulta evidente que esto no es así.*²⁵

El diagnóstico es el pilar del *compliance program*. De ahí que antes de iniciar su elaboración, la persona jurídica debe ser clara acerca de qué actividades realiza y cómo las ejecuta, pero también informar a los diseñadores de los riesgos, malas prácticas e infracciones que los operadores hayan advertido desde un inicio. Esto sienta las bases para un diagnóstico serio.

Así, por ejemplo, si la persona jurídica no muestra a los especialistas las distintas modalidades de contratos de prestación de servicios, omite advertir los problemas contables o fiscales que se han verificado al interior de

²³ Thomas Rotsch, *Criminal Compliance* [www.Indret.com], Barcelona, 2012, p. 2.

²⁴ González Franco, Schemmel y Blumenberg, *op. cit.*, p. 162.

²⁵ Es el caso del artículo 10 de la Ley Antitrata mexicana.

la empresa y las distintas problemáticas detectadas por los operadores, será muy difícil alcanzar los objetivos planteados.

La experiencia muestra que esta primera fase suele arrojar datos relativos a infracciones sistemáticas al ordenamiento jurídico, mientras que al mismo tiempo se detectan algunas de corte extraordinario, que son generalmente más graves y que pueden llegar a constituir delitos. En la materia que nos ocupa, por tratarse de tipos dolosos, será importante también la ejecución de entrevistas puntuales a los operadores y miembros de la empresa, para poder determinar si se trata de errores cometidos por el personal o de una actividad previamente determinada y diseñada por los actores.

Fase 2 (Eliminación de riesgos frente a la trata de personas y la explotación humana)

La segunda fase consistirá en enfrentar y eliminar los riesgos arrojados por el diagnóstico. Esta medida, que apenas significa el inicio para la prevención de probables casos de trata de personas o explotación de cara al futuro, se traduce en ejecutar medidas inmediatas para impedir que continúen realizándose actos u omisiones que puedan generar hechos probablemente delictivos.

Así, por ejemplo, las condiciones de trabajo en las que se encuentran los obreros en una mina podrían ubicarse en las hipótesis contempladas en la Ley Antitrata, bajo la denominación de trabajo forzado. Algo parecido podría suceder con las modalidades de servidumbre o servicio forzado, ahí donde éste se encuentre correctamente tipificado.

Así, por ejemplo, el diseño e implementación inmediata de un código de conducta conocido por todos y cada uno de los miembros de la corporación es una vía acertada —aunque deberá ir acompañada de muchas otras— para la prevención del delito. Y es que en diversas ocasiones no se conocen los límites de lo que se puede o no hacer al interior de la empresa.

La eliminación de riesgos se traduce en detener cualquier proceso que pudiese generar condiciones para el delito, ajustarlo, modificarlo o sustituirlo por un nuevo esquema. Esto no significa que la eliminación de riesgos genere las condiciones para calificar a

la empresa de saludable. Por el contrario, si los procesos no se corrigen, la conducta indebida resurgirá en cualquier momento.

Así, por ejemplo, si un medio de comunicación impreso accede a la publicación de cualquier anuncio sin filtro alguno, se expone a formar parte de una red de trata dedicada al enganche de víctimas mediante la simulación de una oferta de trabajo.

Antes casos como éste, se pueden llevar a cabo acciones preventivas inmediatas, de mediano alcance y acciones correctivas a largo plazo. Así, la fase de eliminación de riesgos sirve a su vez para mostrar a la persona jurídica que el diagnóstico ha sido exitoso y que el proceso de *compliance* va por buen camino.

Fase 3 (Protocolización y autorregulación frente a la trata de personas y la explotación humana)

La tercera fase es, sin duda, la más delicada de todas, pues requiere de conocimientos técnicos precisos en torno al sistema de justicia, con especial referencia a la dimensión penal. La realización de guías básicas, manuales de actuación, reglamentos y protocolos es fundamental para alcanzar los objetivos planteados por el *compliance*. Al respecto, es importante destacar que los instrumentos regulatorios de las conductas de los miembros de la empresa deben diseñarse dependiendo de las tareas que cada quien realiza, señalando claramente los tramos de responsabilidad de corte individual, debiendo ser asequibles para los distintos tipos de empleados.

Efectivamente, uno de los factores que genera riesgos considerables es el desconocimiento de lo que se debe hacer y lo que se debe omitir por parte de los miembros de una empresa. La autorregulación, a través de las diversas modalidades antes descritas, busca precisamente que el personal conozca claramente sus ámbitos de responsabilidad, así como también las vías de actuación inmediata ante la advertencia de encontrarse frente a un acto criminal.

El protocolo debe dejar muy claro qué hacer; por ejemplo, cuando el conductor del autobús que viaja hacia la frontera observa que un cliente quita los pasaportes a sus acompañantes y les instruye acerca de lo que deben hacer y cómo declarar ante las autoridades en caso de algún cuestionamiento.

Casos como el descrito son, desafortunadamente, tradicionales en México, pues las víctimas de trata suelen ser trasladadas de un país a otro para ser explotadas, factor que es perceptible por los operadores del transporte sin que éstos hayan tenido la mínima orientación por parte de la empresa acerca de interposición inmediata de una denuncia ante la autoridad más cercana.

Como se verá más adelante, el diseño e implementación de canales de denuncia seguros para los operadores resulta fundamental. Es común que los empleados no denuncien a un compañero de trabajo por temor a represalias, factor que debe ser debidamente considerado por los diseñadores del compliance program.

Fase 4 (Capacitación y evaluación del personal de la empresa)

Uno de los factores que más falla en nuestro país es el relativo a la capacitación y formación. Las empresas consideran estas actividades como un gasto, no como una inversión. Sin embargo, con un poco de atención que se ponga en el asunto, podrá observarse que la capacitación del personal en materia de trata de personas y de explotación humana no sólo puede marcar la diferencia entre la victimización o no de una persona —interna o externa al ente colectivo—, sino que además puede salvar a la propia empresa de verse imputada por la comisión de un delito que puede acabar con la disolución de la persona jurídica.

Cuestiones tan básicas como la capacitación para detectar identificaciones falsas a la entrada de un bar puede marcar la diferencia entre servir alcohol o no a una persona y poder ser imputado, según nuestra legislación, por un delito de corrupción de personas menores de edad.

Fase 5 (Sistema de supervisión y sanción).

La última fase —básica— del *compliance program* antitrata será establecer un sistema efectivo de supervisión y sanción acorde con las características del ente colectivo. La primera de ambas dimensiones (supervisión) dependerá del tipo de empresa, pues no puede aplicarse el mismo modelo de supervisión en una transnacional, que en una pequeña cantina con un número reducido de empleados.

En el marco del sistema de supervisión, resultará indispensable que se genere un método interno de denuncias, de cara a que el área encargada pueda tener acceso a la información constitutiva de hechos probablemente ilícitos (aunque deba tener conocimiento, también, de meras irregularidades que queden en el ámbito administrativo). Esto requiere establecer flujos de información funcionales, dinámicos, adaptables a las necesidades de la empresa y de fácil acceso para los integrantes del ente colectivo en todos sus niveles.

Los cinco niveles antes descritos generan bases firmes para prevenir el delito de trata de personas o explotación humana en cualquiera de sus modalidades. Lo expuesto aquí es, sin embargo, una perspectiva muy básica que deberá adaptarse al ámbito forense según las necesidades y dimensiones de la empresa responsable. No obstante, hay una última dimensión que debe considerarse. El *compliance program* antitrata debe ser periódicamente revisado, corregido y actualizado. Las leyes cambian, también los métodos de operación de tratantes y explotadores, así como el personal de la empresa. Esto significa, asimismo, que la capacitación debe ser periódica y sometida a prueba en el ámbito forense.

Dentro del compliance program, los ejes de capacitación y evaluación deben ser dinámicos. Un formato estático resultará inútil y puede generar la valoración negativa del programa entero por parte de la autoridad frente a una imputación de corte penal. Así, la empresa debe actualizar sus programas con base en las experiencias que su aplicación ha generado al interior del propio ente colectivo y utilizar ejemplos exitosos que hayan sido reconocidos dentro del ámbito empresarial.

VI. ¿Qué aspectos de la trata de personas y la explotación humana deben conocer y distinguir los miembros de una empresa?

Hasta ahora, hemos hecho una exposición general del significado y configuración de un *compliance program* empresarial para prevenir la trata de personas y la explotación humana. Asimismo, hemos advertido la complejidad de este fenómeno delictivo y de algunos errores que generalmente se cometen —incluso por autoridades—, al momento de aplicar la Ley Antitrata. Por ello, creo que podría resultar útil delinear aquí un modelo básico de capacitación para las empresas

que pudiera ser amoldado dependiendo del giro empresarial y de las dimensiones del ente colectivo.²⁶ El objetivo de este modelo es advertir los rubros que me parecen indispensables para la prevención particular de este delito, para el éxito del *compliance program* y, en su caso, para la exclusión de la responsabilidad penal a la empresa.

Contenidos básicos de un programa de capacitación empresarial antitrata

1. *La definición legal de la trata de personas y sus métodos de comisión.* El primer eje por abordar debe ser el de la propia concepción legal del delito. El programa de capacitación debe especificar claramente qué es y qué no es trata de personas, así como los medios comisivos contemplados en la ley y generalmente utilizados por los autores del delito. Algunas líneas maestras podrán ser las siguientes:

- a) Definición legal de la trata de personas;
- b) Medios comisivos del delito;
- c) Modalidades de acción y omisión;
- d) Las distintas finalidades de explotación, y
- e) Consecuencias jurídicas aplicables.

El contenido del programa debe especificar claramente los métodos de enganche, con especial referencia a los más habituales como el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, así como las prácticas recurrentes de los tratantes.

Si sumamos los delitos contemplados en la Ley Antitrata mexicana, se observará que ésta contiene más de 20 modalidades delictivas vinculadas a la trata y la explotación humana. De ahí que la capacitación a los miembros de la persona jurídica debe ser lo suficientemente general como para abordarlos todos, sin caer en especificaciones tan precisas dignas de un curso de formación de fiscales.

2. *Modalidades de la explotación humana.* El segundo eje por abordar, aún más complicado que el primero, será delinear las distintas modalidades de explotación también contempladas en la ley y que por

su gravedad son sancionadas, incluso, con una pena mayor a la trata de personas: a) esclavitud; b) servidumbre; c) explotación sexual; d) trabajos o servicios forzados; e) mendicidad forzosa; f) corrupción de personas menores de edad; g) adopción ilegal; h) matrimonio forzoso o servil; i) extracción de órganos, tejidos o sus componentes, y j) experimentación biomédica.

La distinción entre una y otra de las modalidades de explotación no es sencilla. La propia ley vigente confunde términos y hasta delitos. Una explicación sencilla por parte de especialistas en la materia podría dejar claras las distinciones, haciendo énfasis en aquellas hipótesis recurrentes dependiendo del giro empresarial en cuestión.

3. *Salvaguarda de las víctimas.* Una vez que el personal de la empresa, en sus distintos niveles, conoce qué es la trata de personas, la distinción con la explotación humana y las consecuencias jurídicas de su comisión, deberá tener claro el procedimiento para identificar y, en su caso, salvaguardar la integridad de una probable víctima. Para tales efectos, algunos rubros que se deben considerar serán los siguientes: a) definición de víctima; b) cuestiones básicas para la identificación de una víctima de trata de personas o explotación humana, y c) víctimas en especial situación de riesgo (niñas, niños, mujeres, personas indígenas, personas con alguna discapacidad o personas extranjeras).

La denuncia inmediata ante los órganos de control al interior de la empresa, la implementación de medidas urgentes para evitar la victimización y el traslado de los hechos a las autoridades competentes forman parte de una buena práctica en la materia. Aquí deben incluirse, sin excepción, las hipótesis de atención a víctimas pertenecientes a la primera infancia quienes son, sin duda, las más vulnerables de todas.

4. *Vías inmediatas de denuncia.* La denuncia de un probable caso de trata de personas o explotación humana no es cosa fácil. Sin duda, las autoridades policiales y ministeriales deberán tener conocimiento

²⁶ En uno de sus artículos más destacados, nuestro homenajeador expone de forma muy clara los cinco tipos diferentes de lesión del deber vinculados a los órganos de decisión de las empresas, que bien deben formar parte de un *compliance program*: 1. La elección descuidada de un sustituto inapropiado. 2. La distribución imprecisa de tareas. 3. La insuficiente instrucción del sustituto. 4. La intervención omisiva en virtud de irregularidades conocidas. 5. La no ejecución de muestras aleatorias, oportunas y por sorpresa, para ejercer labores de control. Bernd Schünemann, "Los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas", *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, trad. de Lourdes Baza, Madrid, Tecnos, 2002, p. 140.

Responsabilidad empresarial y *compliance* frente a la trata de personas

de los hechos. Sin embargo, el *compliance program* deberá establecer canales inmediatos de denuncia interna para los efectos de que la noticia criminal llegue hasta las autoridades competentes, establecer dichos canales en un protocolo y, con base en éste, capacitar al personal.

De conformidad con lo anterior, podrían establecerse las siguientes pautas: 1. Vías para un flujo dinámico de información; 2. Denuncia interna y externa; 3. Situaciones de emergencia, y 4. Medidas inmediatas de seguridad.

Una vez que la persona jurídica, a través de uno de sus miembros, ha tenido conocimiento de un probable caso de trata de personas o explotación humana, no puede omitir formular la denuncia ante las autoridades competentes. La omisión de denuncia se encuentra específicamente contemplada en nuestro ordenamiento incluyendo consecuencias jurídicas —de corte penal— que podrían afectar gravemente los intereses de la empresa.

Como se puede observar, lo expuesto en este apartado resulta básico a los ojos de un experto en la materia. Debe considerarse, no obstante, que no se trata de un curso de investigación criminal dirigido a policías o abogados ni tampoco de un taller de formación para juzgadores. Sus destinatarios pueden ser personas que no tengan conocimientos jurídicos, de ahí que sus contenidos deben ser claros y accesibles.

VII. ¿Qué validez tiene un *compliance program* antitrata en el sistema jurídico mexicano?

Algunas legislaciones penales a escala internacional (como España y Chile²⁷) hacen referencia, en mayor o menor medida, al impacto positivo que un *com-*

pliance program al interior de la empresa puede tener para efectos de atenuar o excluir la responsabilidad del ente colectivo.²⁸ Aunque aún no puede decirse lo mismo de México, me parece que ya se han sentado las bases para que esto sea así. Primero, porque la promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales contiene un apartado específico para llevar a proceso penal a las personas jurídicas. Segundo, porque la iniciativa de reforma al Código Penal Federal,²⁹ que considero la más acabada de entre todas, parece hacer referencia a estos efectos:

Artículo 54 bis.- Para regular la cuantía y naturaleza de las penas a imponer, el juez deberá atender, dejando constancia pormenorizada de sus razonamientos en su fallo, a los siguientes criterios:

I. Los montos de dinero involucrados en la comisión del delito;

II. La naturaleza jurídica y el volumen de negocios anual de la persona jurídica de naturaleza privada;

III. El puesto que en la estructura de la persona jurídica de naturaleza privada ocupa la persona física que ejecutó los actos objeto del proceso penal;

IV. El beneficio obtenido;

V. El grado de sujeción y cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias;

VI. El daño causado por el delito, y

VII. El interés público de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños que pudiera causar a la comunidad la imposición de la pena.

Es cierto que el artículo arriba citado hace referencia a criterios de individualización judicial de la pena, de tal forma que no se contempla la exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica que haya implementado un programa de cumplimiento a

²⁷ Por el contrario, en Colombia, la norma que contemplaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue demandada, decretando la Corte Constitucional la referida inconstitucionalidad de la ley, tal y como lo advierte Alfonso Cadavid Quintero, “Responsabilidad penal de personas jurídicas. Una mirada desde el derecho colombiano”, en Miguel Ontiveros Alonso (coord.), *op. cit.*, p. 121.

²⁸ Una de las exposiciones más destacadas que se pueden encontrar en materia de los criterios para decretar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la de Bernardo Feijoo Sánchez: “Sólo se debería imponer una pena a la persona jurídica cuando la responsabilidad individual es insuficiente como explicación jurídica del hecho colectivo. Para ello hace falta constatar que el hecho típico obedece a un defecto de la organización y a una cultura de cumplimiento de la legalidad o disposición jurídica insuficientes por parte de la corporación”. “Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles”, en *ibidem*, p. 176. De otra opinión es Víctor Gómez Martín: “Ello no sucede, en cambio, cuando —como ocurre, por ejemplo, con el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas— se hace responder a alguien que no ha cometido el delito (principio de personalidad de las penas) o se construye la ficción de que quien realmente ha cometido el delito es la propia empresa, simplemente por no haber mostrado una actitud de fidelidad ante el cumplimiento de la legalidad por haber incumplido el deber de cumplir efectivamente con el contenido de un protocolo de prevención penal”. “Falsa alarma: *societas delinquere non potest*”, en *ibidem*, p. 217.

²⁹ Se trata de la iniciativa de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, de fecha 14 de abril de 2011, presentada ante la Cámara de Senadores.

su interior. Sin embargo, la pura referencia realizada en la fracción V (el grado de sujeción y cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias) permite ver que la implementación de un *compliance program* ya tiene efectos positivos para la empresa desde la perspectiva penal. Más clara es, sin embargo, la siguiente disposición contemplada en la iniciativa de referencia:

CAPÍTULO VII DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ATENÚAN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA DE NATURALEZA PRIVADA

Artículo 76 Bis. Las penas aplicables podrán reducirse, hasta en una tercera parte, cuando la persona jurídica de naturaleza privada colabore sustancialmente con la autoridad competente en etapa de investigación o procedimiento judicial, a través de sus representantes legales, mediante el suministro de información cierta y eficaz para dilucidar los hechos investigados o para la loca-

lización de los probables responsables de la comisión del delito.

Este beneficio también será aplicable cuando la persona jurídica de naturaleza privada cuente con anterioridad al delito que se le imputa, con un *órgano de control que verifique permanentemente la correcta aplicación y cumplimiento de las disposiciones legales aplicables a ésta, así como de sus políticas internas y de prevención de delitos*.

No hay duda acerca de que el párrafo segundo del artículo 76 Bis hace referencia a la existencia —previa a la imputación penal— de un *compliance program* al interior de la persona jurídica. Lo anterior pone en evidencia la importancia que, de cara al futuro, tendrán los programas de cumplimiento en México, no sólo para los efectos de una atenuación de la pena impuesta al ente colectivo, sino tal y como lo ha puesto en evidencia la doctrina calificada en la materia, para los efectos de excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Problemas actuales de armonización del ordenamiento jurídico mexicano con el Derecho internacional: el caso de la piratería internacional

Luis Ernesto Orozco Torres

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

RESUMEN: La piratería en costas del continente africano ha preocupado a los iusinternacionalistas por el incremento en la comisión de este delito. El derecho internacional autoriza a los Estados a ejercer su jurisdicción mediante la figura de la “jurisdicción universal”. En este artículo se plantea la pregunta de si los ordenamientos jurídicos del Estado mexicano están en condiciones de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas.

PALABRAS CLAVE: Piratería internacional, jurisdicción universal, Código Penal Federal, Derecho internacional, Estado mexicano.

ABSTRACT: The piracy in the African coast have worried international lawyers because the increase of this offense. International law authorizes countries to exercise its jurisdiction through the figure of “universal jurisdiction”. The question discuss in this paper is if Mexican legal system is in position to fulfill the international obligations assumed..

KEY WORDS: International piracy, universal jurisdiction, federal criminal law, international law, Mexican state.

Los hechos de piratería sucedidos en las aguas territoriales y de alta mar frente a la costa de Somalia¹ han llamado de nuevo la atención de los gobiernos y de otros actores internacionales, así como de la co-

munidad de iusinternacionalista, sobre el tema de la piratería internacional. La situación en la zona mencionada se ha tornado tan preocupante que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha deci-

¹ Sobre la cuestión de la piratería en Somalia y la lucha internacional contra dicha práctica véase, entre otros, Stefano Piedimonte Bodini, “Fighting Maritime Piracy under the European Convention on Human Rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 22, núm. 3, 2011, pp. 829-848, [<http://www.ejil.org/pdfs/22/3/2183.pdf>], (consultado el 8 de septiembre de 2014); Tullio Treves, “Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia”, *The European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 2, 2009, pp. 399-414 [<http://www.ejil.org/pdfs/20/2/1800.pdf>], (consultado el 8 de septiembre de 2014); Fernando Ibáñez Gómez, “Obstáculos legales a la represión de la piratería marítima: el caso de Somalia”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, núm. 99, septiembre de 2012, pp. 159-177 [<http://www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/view/258773/346070>], (consultado el 4 de septiembre de 2014).

dido ocuparse de la cuestión.² De aquí se desprende la necesidad de emprender un análisis crítico de la legislación mexicana sobre la materia, para evaluar si el Estado mexicano se encuentra o no en posición de actuar, eventualmente, en aras de la cooperación contra la represión de los actos de piratería internacional, algo a lo que está obligado según se desprende de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) de 10 de diciembre de 1982.³

El delito de piratería se encuentra regulado en el artículo 146, del Título Segundo del Segundo Libro, que a la letra reza:

Artículo 146. Serán considerados piratas:

I. Los que, perteneciendo a la tripulación de una nave mercante mexicana, de otra nación, o sin nacionalidad, apresen a mano armada alguna embarcación, o cometan depredaciones en ella, o hagan violencia a las personas que se hallen a bordo;

II. Los que, yendo a bordo de una embarcación, se apoderen de ella y la entreguen voluntariamente a un pirata, y

III. Los corsarios que, en caso de guerra entre dos o más naciones, hagan el curso (*sic*) sin carta de marca o patente de ninguna de ellas, o con patente de dos o más beligerantes, o con patente de uno de ellos, pero practicando actos de depredación contra buques de la República o de otra nación para hostilizar a la cual no estuvieren autorizados. Estas disposiciones deberán igualmente aplicarse en lo conducente a las aeronaves.

A su vez, en el artículo 147 del mismo ordenamiento se señala:

Artículo 147. Se impondrán de quince a treinta años de prisión y decomiso de la nave, a los que pertenezcan a una tripulación pirata.

Este delito se realiza por medio de una acción típica positiva compleja, que consiste en actos de apode-

ramiento violento, depredación, pillaje o de violencia en las personas a bordo de embarcaciones y en la entrega de estas a un pirata. El delito de piratería admite grado de tentativa. El bien jurídicamente tutelado por el precepto es la libertad y seguridad de la navegación marítima internacional. Cabe mencionar que el texto del artículo en comento, es la misma desde la promulgación del Código Penal Federal (CPF) en 1931. Un tipo penal más agravado lo encontramos en una disposición especial, en el Código de Justicia Militar en su artículo 210, reformado recientemente como resultado de la dinámica de protección de derechos humanos pues antes del 29 de junio de 2005 el artículo contemplaba la pena de muerte.⁴ El texto actual dice que

Se impondrá pena de treinta a sesenta años de prisión, a todo comandante de nave que valiéndose de su posición en la Armada, se apodere durante la guerra, de un buque perteneciente a una nación aliada, amiga o neutral; o en tiempo de paz, de cualquier otro sin motivo justificado para ello, o exija por medio de la amenaza o de la fuerza, rescate o contribución a alguno de esos buques o ejerza cualquier otro acto de piratería.

La tipificación que de la piratería hace el Estado mexicano resulta deficiente por muchas razones que a continuación apuntamos. En primer lugar, el tipo penal rompe con una larga tradición de considerar que el escenario de un acto de piratería internacional es *la* alta mar. En efecto, el CPF no hace ninguna referencia al término alta mar ni, en su defecto, utiliza fórmula cualquiera que haga referencia a que el lugar en donde se cometa el acto de piratería se encuentre fuera de jurisdicción estatal alguna. Debemos recordar que la referencia alta mar es vital, pues esto constituye la base de la jurisdicción universal sobre el crimen de piratería bajo el Derecho internacional (DI); téngase en cuenta lo que dijera el juez J. B. Moore en su voto disidente sobre el caso *S. S. Lotus* de 1927:

² Por ejemplo, esto se hace patente en sus resoluciones 1814 de 15 de mayo de 2008, 1816 de 2 de junio de 2008, 1838 de 7 de octubre de 2008, 1846 de 2 de diciembre de 2008, 1851 de 16 de diciembre de 2008, 1897 de 30 de noviembre de 2009, 1918 de 27 de abril de 2010, 1950 de 23 de noviembre de 2010, 1976 de 11 de abril de 2011 y 2015 de 24 de octubre de 2011, 2020 de 22 de noviembre de 2011, 2077 de 21 de noviembre de 2012 y 2125 de 18 de noviembre de 2013.

³ La promulgación fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 1 de junio de 1983. Para un análisis global de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, véase Alonso Gómez-Robledo Verduzco, *El nuevo Derecho del Mar. Guía introductiva a la Convención de Montego Bay*, México, Miguel Ángel Porrúa/UNAM/IIJ, 1986.

⁴ El texto anterior a la reforma de 2005 decía: "Se castigará con la pena de muerte a todo comandante de nave que valiéndose de su posición en la Armada, se apodere durante la guerra, de un buque perteneciente a una nación aliada, amiga o neutral; o en tiempo de paz, de cualquier otro sin motivo justificado para ello, o exija por medio de la amenaza o de la fuerza, rescate o contribución a alguno de esos buques o ejerza cualquier otro acto de piratería".

Piracy by the law of nations, in its jurisdictional aspects, is *sui generis*. Though statutes may provide for its punishment, it is an offence against the law of nations; and as the scene of the pirate's operations is the high seas, which is not the right or duty of any nation to police, he is denied the protection of the flag which he may carry, and is treated as an outlaw, as the enemy of all mankind—*hostis humani generis*—whom any nation may in the interest of all capture and punish.⁵

Sobre la cuestión del basamento de la *jurisdicción universal*⁶ respecto a la piratería internacional, siempre ha pendido un debate tradicionalmente estructurado bajo tres criterios: objetivo, subjetivo y espacial: ¿la jurisdicción universal sobre la piratería deviene de su carácter odioso (objetivo); del hecho de que los piratas al no navegar bajo el amparo de pabellón alguno y con sus actos configuran un modo de vida⁷ tal que se posicionan fuera del DI y de cualquier otro Derecho (subjetivo) o de que los actos de piratería hayan sido cometidos en la alta mar o en algún lugar no sometido a jurisdicción estatal alguna? El criterio objetivo pudiera llevarnos a considerar que la piratería internacional constituye—por su propia naturaleza, es decir, que va en contra de la humanidad—un crimen internacional; no obstante, si se atiende al estado de desarrollo del DI durante las últimas décadas, se llegará a la conclusión de que dicho desarrollo no ha seguido esta ruta, por el contrario, parece confirmarse que la piratería, bajo la perspectiva del DI, es un delito de trascendencia internacional, sobre el cual el DI (consuetudinario y convencional) atribuye jurisdicción universal, esto es, que autoriza a cualquier Estado a perseguir y juzgar personas sobre las que se

tengan suficientes indicios de que han cometido actos de piratería internacional. Así por ejemplo, advertimos que ni en el Proyecto de Artículos de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1996 de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, ni en el Estatuto de Roma encontramos que se establezca jurisdicción de un tribunal internacional respecto a la piratería internacional; el establecimiento de un tribunal de ese tipo sería un hecho definitivo para considerar a este delito como crimen internacional propiamente dicho. De hecho, ni siquiera lo encontramos como una acción subyacente de crímenes contra la humanidad o de ninguno otro en los instrumentos internacionales señalados. Sobre el criterio subjetivo otro tanto se puede decir en los términos antes presentados sobre el criterio subjetivo.

Nos decantamos por el criterio espacial que propugna que el entendimiento de la jurisdicción universal sobre la piratería internacional se base en el escenario donde los actos de piratería internacional sean cometidos: alta mar. Recientemente tribunales de Estados Unidos de América conocieron y juzgaron un caso de piratería internacional—*United States v. Ali*—en donde de lo actuado en tribunales se desprende la importancia de la cuestión del escenario del acto de piratería, es decir, en alta mar. En efecto, del estudio del caso en su conjunto, se desprende que esta cuestión en concreto—y las interpretaciones insostenibles que de esto hicieran las distintas instancias judiciales implicadas en el caso—llevaron a los fiscales, finalmente, a retirar los cargos contra Ali Mohamed Ali.

Si bien es cierto que general y tradicionalmente se ha aceptado que puede hablarse de piratería bajo el DI y piratería bajo el Derecho nacional,⁸ y en este último

⁵ J. B. Moore, *Dissenting Opinion by M. Moore*, Case of the S.S. "Lotus", Collection of Judgments, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A-No. 10, September 7th, 1927, p. 71. [http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/35_Lotus_Opinion_Moore.pdf], (consultado el 6 de septiembre de 2014).

⁶ Debemos recordar que la *jurisdicción universal* es un tipo específico de nexo jurisdiccional, y por lo tanto diferente al resto de los nexos de jurisdicción como el personal, el territorial, etc. En virtud de este nexo jurisdiccional un Estado puede perseguir y juzgar a persona alguna imputada de cometer delito alguno, aun cuando no exista ningún otro nexo jurisdiccional, es decir, que el delito no haya sido cometido por o contra algún nacional del Estado de que se trate, o haya sido cometido en su territorio.

⁷ "Piracy seems to have been, for many centuries, a way of life for many. As a result, for a long time it has been an ever-present danger plaguing the world oceans and seas. That was true in the past and it still seems true today." José Luis Jesus, "Protection of Foreign Ships against Piracy and Terrorism at Sea: Legal Aspects", *The International Journal Of Marine And Coastal Law*, número 18, 2005, pp. 363-400.

⁸ "International law piracy is committed beyond all territorial jurisdiction. Municipal piracy may include offences committed in the territory of the state. It is to be noted, then, that piracy under the law of nations and piracy under municipal law are entirely different subject matters and that there is no necessary coincidence of fact-categories covered by the term in any systems of law", *Harvard Research in International Law*, "Harvard Draft Convention on Piracy", *The American Journal of International Law*, vol. 26, núm. 1, Supplement: Research in International Law, part IV, 1932, pp. 739-885. "Pero se hace preciso distinguir entre los actos que el Derecho de Gentes califica de crímenes de piratería y aquellos designados con el mismo epíteto por las leyes interiores de algunas naciones". Salvador Poggio, *Tratado de derecho marítimo internacional teórico y práctico*, Barcelona, Establecimiento Tipográfico de Redondo y Xumetra, 1894, p. 388. "For piracy is an offence against mankind in general, and any vessel capable of seizing a pirate and restoring peace and order on the sea has not only in principle

caso es el propio Estado de que se trate el que define su tipo penal sobre la piratería, también es cierto que el CPF inserta el tipo del delito de piratería en el capítulo sobre “Delitos Contra el Derecho Internacional”; de aquí que podemos entender que el Estado mexicano está tratando de tipificar la piratería bajo el DI,⁹ y establecer con ello jurisdicción sobre este crimen de piratería en concreto, dando cumplimiento con ello a la obligación que el Estado mexicano tiene en la materia, según se desprende de la CNUDM, que si bien, no establece esta obligación concretamente, ella se deduce de lo estipulado por los artículos 100 y 105, que a la letra dicen:

Artículo 100. Deber de cooperar en la represión de la piratería. Todos los Estados cooperarán en toda la medida de lo posible en la represión de la piratería en la alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado.

[...]

Artículo 105. Apresamiento de un buque o aeronave pirata. Todo Estado puede apresarse, en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicios de los derechos de los terceros de buena fe.

En esta tesis, debe entenderse que todo Estado tiene jurisdicción para reprimir los actos de piratería

internacional; y esta jurisdicción, necesariamente, implica los aspectos y facultades judiciales, legislativos y ejecutivos. Es decir, todo Estado ha de crear las condiciones necesarias —materiales, institucionales, jurídicas, etc.— para cooperar en la represión de la piratería internacional.¹⁰ Es en este sentido que debemos evaluar si el Estado mexicano ha cumplido con “el deber de cooperar en la represión de la piratería”, que estipula la CNUDM. Este importante instrumento internacional —que ha sido calificada como la constitución del mar—¹¹ define la piratería en su artículo 101, de la siguiente manera:

Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes:

a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos:

i) Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos;

ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado;

b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata;

c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente.

De la lectura de las disposiciones tanto del CPF como de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, se pueden advertir significativas diferencias que en definitiva terminan incidiendo en

a right, but is even under an obligation, to do so. This proposition, however, must be confined to piracy as defined by the law of nations, and cannot be extended to offences and piracy which are made piracy by municipal legislation. Piracy under the law of nations may be tried and punished in the courts of justice of any nation, by whomsoever and whosoever committed; but piracy created by ‘municipal statute can only be tried by that State within whose territorial jurisdiction, and on board of whose vessels, the offence thus created was committed. There are certain acts which are considered piracy, by the internal laws of a State, to which the law of nations does not attach the same significance”. Henry Wheaton, *Wheaton’s elements of international law*, Londres, Stevens and Sons, 1916, p. 206.

⁹ “What meaning, then, is to be given the traditional expressions that piracy is a crime or an offence against the law of nations? [...] Piracy is by the law of nations a special, common basis of jurisdiction beyond the familiar grounds of personal allegiance, territorial dominion, dominion over ships, and injuries to interests under the state’s protection. This is the only practical legal significance of the statements under discussion.” *Harvard Research in International Law*, “Harvard Draft Convention on piracy”, *op. cit.*, p. 757.

¹⁰ Por ejemplo el Tratado Sobre Derecho Penal Internacional, firmado en Montevideo, el 23 de enero de 1889, en el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, en su Artículo 13 establece: “Los delitos considerados de piratería por el Derecho Internacional Público, quedarán sujetos a la jurisdicción del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes.” [https://www.oas.org/dil/esp/Tratado_sobre_Derecho_Penal_Internacional_Montevideo_1889.pdf], (consultado el 10 de septiembre de 2014).

¹¹ Tommy Koh, a la sazón, Presidente de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Tommy Koh, “A constitution for the oceans”, *The Law of the Sea*, United Nations Convention on the Law of the Sea, Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 1983.



la lucha contra la impunidad en materia de crímenes internacionales.¹² Sin embargo, existen voces que postulan justo lo contrario, que son las limitaciones del DI lo que termina por producir impunidad respecto a la piratería. Al respecto, Eugene Kontorovich comenta que

The failure of the international response to piracy is a cautionary tale about the limits of international law. It is not that treating pirates as ordinary criminals has proven ineffective. Rather, nations think it would be so difficult to bring these criminals to justice that they are not interested in even trying. Or, to put it differently, while the crime is nominally an injury to all countries and the international legal order, individual states perceive few benefits to enforcing the norm themselves. Indeed, nations treat any option as superior to trials in capturing nations' domestic courts: countries have experimented with renditions to poor third-countries, sought authorization for military strikes, discussed creating a new specialized international court, and even released pirates shortly after their capture. [...] The piracy problem raises questions about the ability of the liberal international law regime to deal with organized and violent transnational networks.¹³

Al margen de lo anterior, el CPF no estipula como uno de los elementos del delito el “propósito privado”; lo cual es de importancia pues esta referencia al propósito privado marca una diferencia específica respecto a ciertos actos que realizan buques militares en tiempo de guerra, con expresa autorización del

gobierno de su país de origen; y en todo caso esos actos comprometen la responsabilidad del Estado del pabellón. Además, el tipo penal de piratería internacional que estatuye el Estado mexicano carece de otra importante cuestión, a saber: la falta de referencia expresa a las aeronaves, es decir, este tipo penal deja fuera totalmente la piratería aérea. No sólo eso sino que aún hace referencia al “corso” y a los “corsarios”, términos que no tienen ya ningún sentido, en primer lugar porque en México esa institución se abandonó hace ya mucho tiempo, y la regulación que del corso hacía la Constitución fue abandonada. Por otro lado, el Estado mexicano es Parte desde 1909 de la Declaración que Reglamenta Diversos Puntos de Derecho Marítimo de 1856 firmada en París, en donde se decreta que “Queda abolido para siempre el corso”.¹⁴

Con motivo de la preocupante situación en las aguas territoriales y de alta mar frente a las costas de Somalia, el Consejo de Seguridad ha establecido la diferencia entre actos de “piratería” y los actos de “robo a mano armada”,¹⁵ y según se desprende de las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad, sendos actos se distinguirían en función de un criterio espacial, es decir, en función del escenario de la realización del acto, ya sea en alta mar o en aguas territoriales. Esta novedad introducida por la práctica del Consejo de Seguridad evidencia la inoperancia del tipo penal de nuestro CPF en la eventual cooperación en materia de represión de la piratería internacional, a lo que, insistimos, se encuentra obligado internacionalmente.

¹² Véase Fernando Ibáñez Gómez, “Obstáculos legales a la represión de la piratería marítima: el caso de Somalia”, *Revista CIDOB d'afers internacionals*, núm. 99, septiembre 2012, pp. 159-177. [<http://www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/view/258773/346070>], (consultado el 5 de septiembre de 2014).

¹³ Eugene Kontorovich, “A Guantánamo on the Sea: The Difficulty of Prosecuting Pirates and Terrorists”, *California Law Review*, vol. 98, 2010, pp. 243-276, [<http://www.californialawreview.org/assets/pdfs/98-1/Kontorovich.pdf>], (consultado el 8 de septiembre de 2014). Sobre la cuestión de que es la propia estructura y carácter del DI lo que imprime una problemática específica en la lucha contra los actos de piratería; el profesor Jan Klabbers parece confirmar esta idea con referencia al terrorismo internacional cuando afirma: “Part of the reason for international law's troubled relationship with terrorism resides, no doubt, in the state-centric nature of international law: the system has problems incorporating even such relatively unproblematic entities as international organizations and individuals.” Jan Klabbers, “Rebel with a Cause? Terrorists and Humanitarian Law”, *European Journal of International Law*, núm. 2, vol. 14, 2003, pp. 299-312, [file:///C:/Users/chene/Downloads/reveldes%20con%20cusa,%20klabbers.desbloqueado.pdf], (consultado el 8 de septiembre de 2014).

¹⁴ La promulgación fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de abril de 1909.

¹⁵ Según plantea Fernando Ibáñez Gómez, “La Organización Marítima Internacional (OMI), organismo especializado de las Naciones Unidas creado en 1948, aprobó en 2009 su Resolución A1025 (26) denominada Código de prácticas para la investigación de delitos de piratería y robo a mano armada contra barcos, en la que distingue, como el Consejo de Seguridad de la ONU, entre actos de piratería y “robos a mano armada en el mar”. La OMI asume la definición de piratería del artículo 101 de la CONVEMAR y determina que el robo a mano armada contra buques es: “1. Todo acto ilícito de violencia o de detención, o cualesquiera actos de depredación o de amenaza de depredación, que no sean actos de piratería, cometidos con un propósito personal y dirigidos contra un buque o contra personas o bienes a bordo de este, dentro de las aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial de un Estado; 2. Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos anteriormente o facilitarlos intencionalmente”. Fernando Ibáñez Gómez, “Obstáculos legales a la represión...”, *op. cit.*, p. 162.

El tipo penal consignado en el Código de Justicia Militar en sus artículos 210 y 211, dice a la letra:

Artículo 210. Se impondrá pena de treinta a sesenta años de prisión, a todo comandante de nave que valiéndose de su posición en la Armada, se apodere durante la guerra, de un buque perteneciente a una nación aliada, amiga o neutral; o en tiempo de paz, de cualquier otro sin motivo justificado para ello, o exija por medio de la amenaza o de la fuerza, rescate o contribución a alguno de esos buques o ejerza cualquier otro acto de piratería.

Artículo 211. No se considerará como acto de piratería, el uso del derecho de presas marítimas que puedan hacer, en alta mar o en aguas territoriales de México, los buques nacionales de guerra o con patente de corso, capturando al enemigo sus barcos mercantes, tomando prisionera a la tripulación y confiscando el barco y la mercancía de a bordo para ser adjudicados según la sentencia que dicten los tribunales de presas.

Otra cuestión importante es el hecho de que este tipo penal de piratería internacional —debemos entender de nuevo que el Estado mexicano trata de reprimir este tipo de crimen, pues este tipo se encuentra regulado en el capítulo III. “Delitos contra el Derecho de Gentes”— se encuentra estipulado bajo la óptica de la disciplina militar, es decir, el Estado mexicano estatuye jurisdicción militar respecto a este delito en concreto, la piratería internacional equiparada, que solo eventualmente podrá ser juzgado por tribunales de orden común en carácter de auxiliares de la justicia militar; esto se desprende de lo establecido en el propio Código de Justicia Militar en sus artículos 1° y 2°, a saber:

Artículo 1°. La administración de la justicia militar corresponde a: I.- El Supremo Tribunal Militar; II.- Los Consejos de Guerra Ordinarios; III.- Los Consejos de Guerra Extraordinarios; IV.- Los Jueces, y V.- Los Jueces de Ejecución de Sentencia.

Artículo 2°. Son auxiliares de la administración de justicia: I.- Los jueces penales del orden común; II.- La policía ministerial militar y la policía común; III.- los peritos médico-legistas militares, los intérpretes y demás peritos; IV.- el jefe del archivo judicial y biblioteca;

V.- los demás a quienes las leyes o los reglamentos les atribuyan ese carácter.

Ahora bien, este tipo penal también presenta sustanciales diferencias con lo establecido en la materia en la CNUDM que en su artículo 210 estipula:

Artículo 102. Piratería perpetrada por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado. Se asimilarán a los actos cometidos por un buque o aeronave privados los actos de piratería definidos en el artículo 101 perpetrados por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave.

Como podemos advertir, el tipo penal consignado en el Código de Justicia Militar no hace ninguna referencia a la hipótesis del amotinamiento de la tripulación que, en definitiva, siempre ha estado presente en el imaginario de los iusinternacionalistas, como un dato relevante en la piratería internacional equiparada.

Para poder entender, más no justificar, el desfase existente entre lo estipulado por el DI y el ordenamiento jurídico mexicano, debemos tener en cuenta que las disposiciones, tanto de la conferencia del mar de 1958, como la de 1982, se basaron en el proyecto Harvard de 1932, esto es, después de la promulgación del CPF de 1931, así que es presumible que quien haya proyectado dicho código no tuvo influencia de dicho proyecto Harvard. El Grupo de Investigación de Harvard¹⁶ consideró que ante la necesidad de realizar una convención sobre la piratería, para lo cual debía formularse un proyecto, era necesario previamente ocuparse de dilucidar —lo que ellos consideraron— los problemas cruciales sobre el tema de la piratería bajo el DI. Las cuestiones que el Grupo se formuló fueron, a saber:

(1) The definition of piracy in the sense of the law of nations.

(2) The meaning and justification of the traditional assertions that piracy is an offence or a crime against the law of nations.

(3) The common jurisdiction of all states to prosecute and punish pirates.¹⁷

¹⁶ Este Grupo estaba compuesto por: Joseph W. Bingham, William Denman, Farnham P. Griffiths, John E. Harley entre otros.

¹⁷ Harvard Research in International Law, “Harvard Draft Convention on Piracy”, *op. cit.*, p. 749. Para un análisis sobre los trabajos de este grupo de investigación y su impacto en el futuro trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, véase Barry Hart Dubner, *The law of international sea piracy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1980.



El Grupo de Investigación de Harvard concluyó que el crimen de piratería no era en realidad un crimen internacional propiamente dicho, sino que debía considerarse como una oportunidad para que los Estados utilizaran una jurisdicción extraordinaria.¹⁸ Con esa conclusión se rompió una larga tradición que por lo menos puede remontarse a Alberico Gentili.¹⁹ Así, Carlos Calvo sostenía que entre “los delitos que, por su carácter especial, caen bajo el dominio del derecho de gentes, puede citarse el de piratería”.²⁰

A manera de conclusión, apuntaremos que dado que el delito de piratería internacional es un delito de trascendencia internacional, que no crimen internacional propiamente (como el crimen de agresión, genocidio, etc.) sobre el cual el DI autoriza a los Estados a ejercer su jurisdicción, entendida en los términos apuntados *supra*, mediante la figura de la jurisdicción universal, el Estado mexicano debería de regular primeramente dicha figura en su ordenamiento jurídico nacional para estar en condiciones de cumplir con sus obligaciones internacionales.

También se advierte necesario que el Estado mexicano tipifique el delito de piratería internacional en los términos establecidos por la CNUDM, y atender a los desarrollos normativos que en su caso suponen las resoluciones del Consejo de Seguridad, en las cuales, por cierto, se exhorta a los miembros de Naciones Unidas a legislar en la materia. Así como que también se requiere, si México así lo considera, que se tipifique de forma separada el delito de piratería (interna) o robo a mano armada en aguas territoriales sujetas a la jurisdicción mexicana.

Bibliografía

- Calvo, Carlos, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, vol. 1, París, D’Amyot, 1868.
- Dubner, Barry Hart, *The law of international sea piracy*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1980.
- Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *El nuevo Derecho del Mar. Guía introductiva a la Convención de Montego Bay*, México, Miguel Ángel Porrúa-UNAM-III, 1986.
- Harvard Research in International Law*, “Harvard Draft Convention on Piracy”, *The American Journal of International Law*, vol. 26, núm. 1, Supplement: Research in International Law, part IV, 1932, pp. 739-885.
- Ibáñez Gómez, Fernando, “Obstáculos legales a la represión de la piratería marítima: el caso de Somalia”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, núm. 99, septiembre 2012, [<http://www.raco.cat/index.php/RevistaCIDOB/article/view/258773/346070>].
- Jesus, José Luis, “Protection of Foreign Ships against Piracy and Terrorism at Sea: Legal Aspects”, *The International Journal Of Marine And Coastal Law*, núm. 18, 2005.
- Klabbers, Jan, “Rebel with a Cause? Terrorists and Humanitarian Law”, *European Journal of International Law*, núm. 2, vol. 14, 2003 [<file:///C:/Users/chene/Downloads/reveldes%20con%20cusa,%20klabbers.desbloqueado.pdf>].
- Koh, Tommy, “A constitution for the oceans”, *The Law of the Sea*, United Nations Convention on the Law of the Sea, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 1983.

¹⁸ “Properly speaking, then, piracy is not a legal crime or offence under the law of nations. In this respect it differs from the municipal law piracy which is a crime by the law of a certain state. International piracy is only a special ground of state jurisdiction –of jurisdiction in every state. [...] The theory of this convention, then, is that piracy is not a crime by the law of nations. It is the basis of an extraordinary jurisdiction in every state to seize and prosecute and punish persons, and to seize and dispose of property, for factual offences which are committed outside the territorial and other ordinary jurisdiction of the prosecuting state and which do not involve attack on its peculiar interests. The purpose of the convention is to define this extraordinary jurisdiction in general outline.” *Harvard Research in International Law*, “Harvard Draft Convention on Piracy”, *op. cit.*, pp. 759 y 760. “As for definition of piracy, the Harvard Group concluded that piracy was not a crime under international law, but that it was merely the basis of some extraordinary jurisdiction in every state to seize, prosecute and to punish persons. How far that extraordinary jurisdiction was used would depend upon the municipal law of the state, not on the law of nations”. Myra Williamson, *Terrorism, War and International Law: The legality of the use of force against Afghanistan in 2001*, Burlington, Ashgate Publishing Company, 2009, pp. 95 y 96.

¹⁹ “There is another reason why such men do not come under the law of war, namely, because that law is derived from the law of nations, and malefactors do not enjoy the privileges of a law to which they are foes. How can the law, which is nothing but an agreement and a compact, extend to those who have withdrawn from the agreement and broken the treaty of the human race as Florus puts it? Pirates are the common enemies of all mankind [hostes humani generis]”. Larry May, *Aggression and Crimes against Peace*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, pp. 298 y 299.

²⁰ Carlos Calvo, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, vol. 1, París, D’Amyot, 1868, p. 317.

- Kontorovich, Eugene, "A Guantánamo on the Sea": The Difficulty of Prosecuting Pirates and Terrorists", *California Law Review*, vol. 98, 2010 [<http://www.californialawreview.org/assets/pdfs/98-1/Kontorovich.pdf>].
- May, Larry, *Aggression and Crimes against Peace*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.
- Moore, J. B., *Dissenting Opinion by M. Moore*, Case of the S.S. "Lotus", Collection of Judgments, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A-No. 10, September 7th, 1927 [http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/35_Lotus_Opinion_Moore.pdf].
- Piedimonte Bodini, Stefano, "Fighting Maritime Piracy under the European Convention on Human Rights", *The European Journal of International Law*, vol. 22, núm.. 3, 2011 [<http://www.ejil.org/pdfs/22/3/2183.pdf>].
- Poggio, Salvador, *Tratado de derecho marítimo internacional teórico y práctico*, Barcelona, Establecimiento Tipográfico de Redondo y Xumetra, 1894.
- Treves, Tullio, "Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia", *The European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 2, 2009 [<http://www.ejil.org/pdfs/20/2/1800.pdf>].
- Wheaton, Henry, *Wheaton's elements of international law*, Londres, Stevens and Sons, 1916.
- Williamson, Myra, *Terrorism, War and International Law: The legality of the use of force against Afghanistan in 2001*, Burlington, Ashgate Publishing Company, 2009.

Vademécum del legislador racional y decente: noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal*

José Manuel Paredes Castañón

Universidad de Oviedo

RESUMEN: Este artículo aborda el complejo problema de la racionalidad y justificación de las leyes penales, así como los criterios que permiten validar o cuestionar dicha justificación, elaborados a partir de noventa reglas.

PALABRAS CLAVE: Política criminal, leyes penales, justificación de la norma, Constitución española.

ABSTRACT: This paper addresses the complex issue of rationalization and justification of criminal law and the criteria for validate or question such justification using ninety rules related.

KEY WORDS: Criminal policies, criminal laws, justification of the rule, Spanish Constitution.

SUMARIO: 1. Sobre la necesidad de dotar de contenido a los conceptos de ‘racionalidad’ y de ‘justificación’ de las leyes penales. 2. Las reglas

1. Sobre la necesidad de dotar de contenido a los conceptos de ‘racionalidad’ y de ‘justificación’ de las leyes penales

En las comunidades políticas en que vivimos se sostiene que: las leyes emanarían (cuando menos, en último extremo) “del pueblo”; los medios de comunicación constituyen agentes decisivos del debate político (y, por consiguiente, del debate político-criminal); las discusiones acerca de la justificación (o carencia de justificación) de las leyes penales parecen omnipresentes: a veces sobre la justificación de todas las leyes penales en general y, en todo caso, siempre acerca de la justificación de alguna de ellas en particular.

No obstante que las discusiones sean constantes, no significa necesariamente que exista claridad alguna sobre las preguntas ni sobre las respuestas: ni sobre qué se está discutiendo exactamente, cuando de “justificación” —“justicia”, de “racionalidad”— se habla ni tampoco sobre qué criterios resultarían admisibles (intersubjetivamente admisibles) a la hora de argumentar que una determinada norma jurídico-penal está justificada, es decir, una forma de describir un delito o una determinada clase o magnitud de sanción. Al contrario, lo que más bien parece es que buena parte de las energías de unos y de otros se desvanecen en la generación de ruido, antes que de información relevante: los unos (críticos) por incapacidad para razo-

* Publicado en *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, núm. 2, 2014, pp. 347-396.

nar de una manera suficientemente compleja, tomando en consideración todos los factores pertinentes a la hora de valorar una regulación penal; los otros (legisladores) por evidente falta de interés en discutir de forma racional sobre dichas cuestiones, resultándoles preferible el “diálogo de sordos”, que permite ocultar mejor intereses —confesables o inconfesables— y/o valores y prejuicios (algunos moralmente repugnantes), que son los que están en el sustrato de muchas decisiones político-criminales.

Por lo anterior me parece imperiosamente necesario aportar racionalidad en el debate: aportar criterios argumentados y fundamentados que permitan validar o cuestionar las preguntas que se consideran pertinentes, pero también sugerir o cerrar caminos para la argumentación, cuando de discutir sobre justificación de las leyes penales se trate. En efecto, me parece claro que una de las recetas para mantener bajo control la tentación del “populismo punitivo” es el rescate del pensamiento racional en política criminal. Frente a la tentación de la irracionalidad, tanto en su versión voluntarista (*vox populi, vox Dei*) como en su versión emotivista (a tenor de la cual los debates político-criminales serían actos de comunicación meramente expresivos, y no argumentativos), hay que reivindicar la posibilidad, conveniencia y necesidad de demandar razones para afirmar o para negar la corrección de los contenidos normativos de las normas jurídicas. Sin duda, la racionalidad de la que estamos hablando es una racionalidad práctica, no teórica, por lo que su contenido y sus criterios de control son diferentes: más amplios, menos rigurosos, más flexibles, más inseguros. Pero, aun así, esta

forma de racionalidad debe ser defendida y fomentada, en el debate.¹

Es por ello que a continuación me propongo presentar una suerte de *vademécum* de la política criminal: un “libro de poco volumen y de fácil manejo para consulta inmediata de nociones o informaciones fundamentales” —tal y como define el término el *Diccionario de la Real Academia Española*— acerca de los argumentos relevantes para afirmar o negar la justificación de una ley penal. Y, por lo tanto, para discutir sobre su pertinencia o sobre la conveniencia de su modificación o supresión. Dicho de otro modo: me propongo presentar una guía para la formulación de argumentarios sobre política criminal que resulten racionalmente aceptables; para identificar, pues, aquellos argumentarios que superan el control de racionalidad mínima, y hacerlo igualmente con aquellos otros que no lo logran (y que deberían ser alterados, so pena de quedar excluidos del debate público). Para ello sintetizaré los resultados de investigaciones anteriores,² intentando pasar de la formulación teórica de los argumentos a su concreción para la praxis de la legislación. Proporcionando, así, una especie de “guía de instrucciones”, con sus correspondientes ejemplos para un buen legislador penal.

2. Las reglas

2.1. Sobre el concepto de justificación de las normas jurídicas

Regla 1ª: Justificar una norma jurídica significa aportar razones suficientes —las más posibles— en favor de

¹ Entiéndaseme bien: no estoy reclamando una política criminal racionalista y/o tecnocrática (y elitista) ni soy de los que piensan que la política criminal (y, más en general, la política) sea sólo cuestión de intelecto. Es claro (contra la tentación tecnocrática y elitista) que incluso las voces menos ilustradas han de tener presencia en el debate. Ello no quiere decir, sin embargo, que su presencia pueda ser de cualquier manera: antes al contrario, es responsabilidad nuestra, de quienes nos decimos “expertos”, ponernos al servicio de dichas voces, para articular sus razones y emociones, en argumentos que estén dotados de una pretensión suficiente de racionalidad. Y, por lo que hace a la concepción intelectualista de la política, hay que decir que, aunque en verdad sea por completo errónea, ello no puede eximirnos —ni individual ni colectivamente— de canalizar los impulsos (morales, emocionales, etc.) a través de caminos susceptibles de ser racionalizados (vale decir: argumentados racionalmente), muy especialmente cuando de emplear el poder coercitivo del Estado en contra de la libertad individual se trata (con toda la carga de sufrimiento humano y de costes sociales que ello siempre conlleva).

² Véanse de José Manuel Paredes Castañón, “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en Derecho penal económico: bases político-criminales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 11, 2003, pp. 95 y ss.; “Riesgo y Política Criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico”, en Cándido Da Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2003, pp. 91 y ss.; “El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del ‘Derecho Penal del riesgo’”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, núm. 13, 2003, pp. 11 y ss.; “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, *Eguzkilore*, núm. 20, 2006, pp. 129 ss.; “‘Efecto social’ del hecho y merecimiento de pena: para una crítica de la política criminal de la seguridad”, en Ignacio Muñagorri, Juan S. Pegoraro (coords.), *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 213 y ss.; *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

la conclusión de que, de entre todas las alternativas de decisión que estaban disponibles para el legislador (en un momento y lugar dados), la adoptada (dictar, en ese momento y en ese lugar, esa norma jurídica, con ese contenido prescriptivo) fue la más racional.

Regla 2ª: Sólo es posible justificar normas jurídicas si se parte de unos mínimos de racionalidad. Es decir, de unas circunstancias (materiales, sociales, temporales) que hagan posible la discusión. Quienes intervengan en la discusión deberán tener una educación suficiente en retórica, es decir, de una educación suficiente acerca del modo de emplear argumentos y sobre cómo poner en práctica la actividad de discutir.

En ausencia de dichas condiciones, materiales y culturales, la actividad de justificar (racionalmente) las normas no resulta posible: únicamente lo será aparentar que se están justificando. Pero dicho remedio siempre será fácil de desenmascarar mediante el análisis racional.³

Regla 3ª: La razón de ser de la actividad y de la carga de justificar las normas jurídicas es de orden práctico: volver el Derecho más comprensible. De este modo, facilitar el proceso, primero, de su elaboración: las normas jurídicas son elaborados de manera colectiva, por lo que conocer las razones de los restantes autores ayuda a cooperar en dicho proceso de elaboración. Y, después, de seguirlo, por parte de los destinatarios de la norma: la obediencia al Derecho resulta una actitud más plausible cuando se conocen (y en la medida en que se compartan) las razones que han llevado a dotarlo de un determinado contenido prescriptivo.

Regla 4ª: Justificar es dar razones (en favor de un determinado contenido prescriptivo para la norma jurídica). Pero es siempre darlas en un medio en el que existe una diversidad de opiniones acerca de la cuestión. Sin diversidad de opiniones, la justificación se convierte una tarea sin sentido. Pero lo cierto es que, se reconozca o no (se admite o se reprima), tal diversidad siempre existe.

Regla 5ª: El hecho de llegar o no a justificar suficientemente una norma jurídica no cambia en nada a ésta: su significado (prescriptivo) sigue siendo el mismo. Cambia, sin embargo, a quienes participan en el

debate: al legislador, haciéndole más consciente de la razón de ser de su actuación (y de sus carencias); y al auditorio haciéndole también más consciente de tales razones y carencias.

Regla 6ª: La acción de crear y promulgar la norma jurídica (y la norma jurídico-penal) es una acción más, dentro de las políticas públicas (en nuestro caso, referidas a ciertos conflictos sociales, que se pretenden resolver —entre otros medios— a través de prohibiciones y de sanciones). Por ello, justificar dicha norma y su contenido prescriptivo solamente es posible en el marco del conjunto de dichas políticas. Nunca fuera: el esfuerzo por justificar normas jurídicas sin referirse a objetivos políticos (y a la justificación de estos) resulta siempre inútil.

Regla 7ª: A la hora de discutir acerca de la justificación de la acción de crear una determinada norma jurídica, es posible adoptar dos enfoques diferentes (pero no contradictorios): se puede discutir sobre la justificación del procedimiento adoptado para crearla (con independencia de su contenido), o se puede discutir sobre su contenido (con independencia del procedimiento empleado para crearla). Obviamente, en la realidad política, ambas cuestiones aparecen siempre entrelazadas. No obstante, en el debate es conveniente, por mor de la racionalidad, distinguir las cuidadosamente y discutir las por separado.

Regla 8ª: Discutir sobre la justificación del contenido (prescriptivo) de una norma jurídica significa, en definitiva, debatir sobre los efectos (performativos), de motivación de conductas, que la promulgación y publicación de la norma jurídica (y el conocimiento de la misma por parte de sus destinatarios) previsiblemente tendrá, en el caso de que la misma sea correctamente comprendida por los destinatarios: sobre si dichos efectos son deseables o no (y sobre si podían, o no, haber sido logrados por otros medios, preferibles o no, que la creación de la norma).

Regla 9ª: Es preciso distinguir entre la cuestión de la justificación del contenido prescriptivo de la norma y la —bastante diferente— de su eficacia comunicativa. Hay normas cuyo contenido está perfectamente justificado, pero que son incapaces (por defectos en las formas de la comunicación) de producir el efecto

³ Que se haga o no depende, claro está, otra vez de las posibilidades materiales —tiempo, recursos, educación, poder—, así como de la existencia de voluntad efectiva de hacerlo. Todo ello tiene que ver, por supuesto, con las complejidades de la política. No obstante prescindiré de estos supuestos: si la discusión acerca de la justificación de las normas jurídicas resulta imposible, o cuando se renuncia a ella entramos en el ámbito de las patologías de la praxis política; patologías que no se arreglan, entonces, con análisis racionales, sino con luchas, también políticas, que ocasionen cambios en el sistema —en este sentido, cuando menos— corrupto.

performativo, motivacional, perseguido (y deseable); y otras, en cambio, que sí que son capaces de lograrlo.

Regla 10ª: Limitándonos aquí a la cuestión de la justificación del contenido prescriptivo de las normas jurídicas —del efecto motivacional perseguido— en realidad la cuestión se ha de desdoblarse en dos diferentes: la de su justificación moral y la de su justificación instrumental. Ambas cuestiones —así como las respuestas a las mismas— son diferentes e independientes entre sí. Pero, en todo caso, sólo de una norma jurídica cuyo contenido descriptivo se pueda decir que está suficientemente justificado desde el punto de vista moral cabe afirmar que está parcialmente justificada. En cambio, una norma jurídica cuyo contenido prescriptivo resulte instrumentalmente adecuado —es coherente, realizable de forma eficaz y aun eficiente—, si el efecto motivacional que así se lograría no es justificable moralmente, no puede ser calificada en ningún sentido propio de la expresión como “justificada”. Éste es el preciso sentido en el que la justificación moral es una justificación última (o primera).

2.2. Sobre la necesidad de justificar las normas jurídicas

Regla 11ª: Si, como más arriba indiqué (regla 7ª), la justificación del procedimiento de elaboración de las normas jurídicas no implica necesariamente la justificación moral o instrumental de su contenido, entonces hay una primera solución: la del “mayoritarismo” que parece en todo caso insatisfactoria; que el contenido prescriptivo de una norma responda fielmente a la voluntad de la mayoría (del parlamento, de la sociedad) nada dice, todavía, acerca de la justificación moral y/o instrumental de dicho contenido.

Piénsese en la situación siguiente (perfectamente realista): con ocasión de que el gobierno de turno impulse en las Cortes Generales una enésima reforma del Código Penal, agravando las penas de los delitos de abusos sexuales a menores, un penalista español y un diputado de la mayoría parlamentaria participan en un coloquio en cualquier medio de comunicación. El penalista, muy crítico con la reforma, aduce que las nuevas penas propuestas son, de una parte, completamente innecesarias e inútiles, a la luz de las características criminológicas de la delincuencia sexual contra menores; y que, además, dada su extensión, resultan notoriamente desproporcionadas, por excesivas. Frente a estos argumentos, el diputado de

la mayoría replica que existe un estado generalizado en la opinión pública (reflejado en artículos publicados en los medios de comunicación, en iniciativas de recogida de firmas de asociaciones de víctimas, en cartas y mensajes de apoyo de diversas asociaciones y entidades llegados a la Cámara) favorable al incremento de penas que se propone; y que, además, existe un amplio consenso entre la mayoría de los grupos parlamentarios (sólo algunos pocos diputados de la izquierda no participan del mismo) para impulsar la reforma propuesta.

Sin duda, los dos intervinientes en el coloquio relatado aportan argumentos para justificar (o negar la justificación) de la reforma legislativa propuesta. Pero creo que también resultará obvio que la naturaleza de los argumentos de cada uno de ellos es completamente diferente. Así, mientras que el penalista crítico argumenta en torno al contenido de la norma jurídica propuesta, para criticarlo, a la luz de ciertos criterios de valoración (que reputa indiscutibles), el político argumenta de un modo distinto: no entra a discutir el contenido de la norma, sino que aduce que la misma y su contenido gozan de un generalizado respaldo; en concreto, del respaldo de aquellos agentes (opinión pública, votantes, partidos políticos) cuyo consentimiento constituye, a tenor de la filosofía política (demo-liberal) hegemónica, la fuente de la legitimidad política de las decisiones adoptadas por los órganos del Estado. De este modo, las dos clases de argumentos difícilmente se encuentran: uno argumenta que el contenido de la norma ha de valorarse negativamente (luego intentaré precisar la calificación), a la luz de ciertos criterios de valoración que no deben ser discutidos; el otro, que la misma resulta políticamente legítima, por lo que hay buenas razones para aceptarla y para obedecerla, con independencia de su contenido.

Regla 12ª: Hay tres maneras racionalmente consistentes de negar la conveniencia de hacer el esfuerzo de justificar el contenido prescriptivo de las normas jurídicas. La primera consiste en negar que tal actividad tenga algún significado inteligible y autónomo. Ello, no obstante, sólo puede defenderse coherentemente desde la perspectiva de una teoría de la justicia que propugne el positivismo ideológico (a tenor del cual, lo positivado jurídicamente es el único criterio disponible de justicia). O bien desde la perspectiva de una teoría ética que propugne el escepticismo ético sustantivo (y no sólo metaético), a tenor del cual no

sería posible aportar argumentos racionalmente relevantes en favor de que ningún valor, ningún deber ni ninguna norma deban ser aceptados como moralmente válidos por algún otro individuo, distinto del hablante. Sin embargo, hay razones filosóficamente muy convincentes para rechazar cualquiera de ambas tesis.

Regla 13ª: La segunda manera consistente de negar que deba realizarse el esfuerzo de justificar el contenido prescriptivo de las normas jurídicas estriba en considerar que la actividad justificativa, aunque posible, resulta irrelevante. Sin embargo, ello sólo puede sostenerse racionalmente si se postula alguna forma de pragmatismo ético, a tenor del cual el valor moral de las normas, deberes o valores no dependería en modo alguno de su contenido propio, sino exclusivamente de su origen, en la construcción colectiva por parte de la comunidad. Otra vez, creo que hay razones éticas muy sólidas para oponerse al pragmatismo ético. Y, por consiguiente, también para sostener que la actividad de justificar el contenido prescriptivo de las normas jurídicas no es en absoluto irrelevante.

Regla 14ª: La tercera manera consistente de negar la conveniencia de intentar justificar el contenido prescriptivo de las normas jurídicas es aceptando que la tarea tiene sentido y que no es irrelevante, negar que sea verdaderamente posible, en un contexto de pluralismo valorativo. Ello presupone asumir una absoluta incapacidad de una sociedad diversa y pluralista para establecer canales de comunicación (intercultural) que hagan posible llegar a consensos: ciertamente, no a consensos absolutos, pero cuando menos sí a “consensos entrecruzados” en los que sujetos distintos, con concepciones “fuertes” de la justicia con contenido diverso y aun parcialmente contradictorio sean capaces, pese a todo, de aceptar de forma unánime o muy mayoritaria ciertos valores, deberes o normas morales como comúnmente deseables, aunque sea por razones distintas en el caso de cada uno de ellos. Dicha imposibilidad de la comunicación intercultural no parece, sin embargo, la conclusión que hay que extraer de la evidencia empírica, sino más bien, al contrario, lo que parece más plausible es que, aun en ausencia de poderes sociales coercitivos, la comunicación resulta siempre posible; y, a veces —en las condiciones adecuadas, sobre todo si se fomenta— esperable incluso. Siendo esto así, no hay razón alguna para que se opte por renunciar a cualquier esfuerzo de justificación. Y no, por el contrario, por encaminar el esfuerzo a hacer

posible y viable dicha comunicación intercultural, y dicho esfuerzo argumentativo en común.

Regla 15ª: Todo lo anterior pone de manifiesto que la conveniencia o no de acometer el esfuerzo de justificar el contenido prescriptivo de las normas jurídicas depende en muy buena medida del valor que se otorgue a la racionalidad de la acción (individual y colectiva): cuanto mayor importancia se otorgue a la racionalidad de las actuaciones, mayor trascendencia tendrá el esfuerzo justificativo. Una teoría de la justificación de las normas es, pues, en parte siempre una teoría acerca de su racionalidad (suficiente). Y, también, acerca de la deseabilidad de dicha racionalidad.

2.3. Sobre la justificación jurídica de las normas jurídico-penales (sobre su constitucionalidad)

Regla 16ª: El único aspecto jurídico del problema de la justificación de las normas jurídico-penales es el relativo a su constitucionalidad: esto es, a su validez, en atención a si su contenido prescriptivo contradice o no, desde el punto de vista de la lógica deóntica, al contenido prescriptivo de alguna norma jurídica de rango superior; en esencia, de las normas constitucionales o de las normas del Derecho Internacional (de los derechos humanos, principalmente). No hay ningún otro aspecto de justificación de las normas jurídico-penales que sea de índole propiamente jurídica. Con una consecuencia consiguiente: sólo la contradicción deóntica entre la norma jurídico-penal y la norma de rango superior posee efectos jurídicos (sobre la validez de aquella). El resto de los defectos de justificación de una norma penal carecen de trascendencia jurídica alguna.

Regla 17ª: Hay tres formas en las que las normas penales afectan a normas de derecho fundamental incluidas en la constitución y/o en tratados del Derecho Internacional de los derechos humanos: primero, la prohibición afecta siempre a algunas de dichas normas; segundo, la sanción también lo hace en todo caso; y, por fin, en algunas ocasiones, además, aquello que se pretende proteger a través de la norma jurídico-penal está, a su vez, también reconocido y protegido explícitamente (a veces, incluso a través de un mandato más o menos explícito de incriminación) en una norma constitucional o del Derecho Internacional de los derechos humanos.

Regla 18ª: Para pronunciarse acerca de en qué supuestos existe una contradicción deóntica entre el

contenido prescriptivo de (las prohibiciones contenidas en) las normas jurídico-penales y alguna norma de derecho fundamental contenida en la constitución y/o en el Derecho Internacional de los derechos humanos, es preciso partir, por un lado, de una teoría definida de la interpretación constitucional y, por otro, de una teoría definida del control de constitucionalidad de las leyes. En este sentido, mi propuesta —que no fundamentaré— es, primero, que las normas constitucionales (y las del Derecho Internacional de los derechos humanos) deben ser interpretadas estrictamente: esto es, exclusivamente dentro de los límites de lo admisible conforme a su tenor literal; de manera que cualquier lectura, incompatible con su tenor literal pero sesgada en términos morales y/o políticos no es interpretación (jurídica) ni “desarrollo” de la constitución, sino libre elección de una de las (varias) alternativas de acción política que resultan compatibles con su contenido prescriptivo. Y, segundo, que los órganos competentes para el control de constitucionalidad de las leyes deben declarar ésta (y la invalidez de la ley inconstitucional) exclusivamente en aquellos casos en los que no sea posible compatibilizar el contenido prescriptivo de la ley en cuestión con el que se deriva del tenor literal de la norma constitucional de referencia.

Regla 19ª: Existen, en mi opinión, tres supuestos en los que el contenido prescriptivo (prohibitivo) de una norma jurídico-penal implica una contradicción deóntica con el contenido prescriptivo de una norma de derecho fundamental (y vuelva a aquella inconstitucional). El primer de ellos tiene lugar cuando se produzca una contradicción lógica entre los significados deónticos explícitos derivables del tenor literal de ambas normas. Así, por ejemplo, una norma penal que tipificase la conducta de “el que publique un libro sin someterlo a la oportuna revisión administrativa de su contenido” resultaría claramente contraria a lo dispuesto en el art. 20.2 de la Constitución española (CE). De igual modo, resultaría también abiertamente inconstitucional una norma penal que impusiese la pena de muerte para cualquier tipo de delito no militar, en franca contradicción con lo dispuesto en el art. 15 CE, en su último inciso.

Regla 20ª: El segundo supuesto de contradicción tendrá lugar cuando, no habiendo una contradicción deóntica explícita, sin embargo, no sea posible hacer ninguna interpretación del contenido prescriptivo de la norma penal que (a luz de cualquier teoría moral

coherente defendible) no vuelva a aquél deónticamente contradictorio con el contenido prescriptivo de la norma de derecho fundamental. Existiría contradicción en el plano moral (con el fundamento moral del art. 20, CE) si la ley penal pretendiese prohibir la manifestación de cualquier idea política. O (con el fundamento moral del art. 25.2, CE) si la ley penal impusiese a un delito la pena de prisión perpetua (efectiva).

Podría existir, por el contrario, tan sólo una contradicción en el plano instrumental si la ley prohibiera un elenco tal de conductas de propaganda con fines subversivos que la libertad de expresión reconocida por el art. 20 CE quede sustancialmente recortada. O si impusiese la pena de prisión de más de diez años al delito de hurto.

El caso límite es en el que una teoría moral racional (informada, consistente, universalizable) choque frontalmente con cualquiera de las interpretaciones valorativas imaginables de la disposición constitucional o de derechos humanos de que se trate. Así, por ejemplo, una teoría moral de la desigualdad humana innata (como, por ejemplo, la que sustentaba la ideología nacional-socialista) resultaría casi imposible de compatibilizar con un ordenamiento jurídico que, como el español, contenga entre sus normas constitucionales el principio de igualdad ante la ley (art. 14, CE). No ocurre así —al menos no necesariamente— con una teoría moral de la desigualdad humana en atención a otras razones, o una teoría del “trato diferenciado”, que sólo podrían ser consideradas incompatibles con el principio de igualdad ante la ley desde determinadas lecturas morales de la constitución, mas no desde cualquiera. En tal supuesto, sin embargo, si una norma penal se fundamentase en una teoría moral de tal índole (una circunstancia agravante basada en la etnia del delincuente, por ejemplo), ya no nos hallaríamos en realidad en el caso en el que la contradicción entre el contenido directivo de la norma penal y el de la norma de derecho fundamental ha de determinarse mediante interpretación valorativa; sino más bien en aquel otro —el primero que he considerado— en el que la contradicción es explícita, a partir de los respectivos tenores literales de las normas en conflicto.

Regla 21ª: El tercer supuesto de contradicción se producirá cuando (sin existir tampoco una contradicción deóntica explícita) el contenido prescriptivo de la norma penal, que en principio no es incompatible con el de la norma de derecho fundamental —por-

que a diferencia del supuesto anterior existe alguna lectura moral de tal contenido prescriptivo que lo vuelve compatible con el de ésta— constituye un exceso completamente injustificable de intervención (y de afectación al derecho fundamental protegido por la norma constitucional o internacional). Esto es, una intervención de un grado tal que ha de ser considerada no sólo desproporcionada (por innecesaria, no subsidiaria o excesiva), sino *completamente desproporcionada*: una intervención que ningún análisis racional coherente de los costes (para el derecho fundamental) y de los beneficios (para el bien jurídico protegido por la norma penal) de la prohibición podría conducir a la conclusión de la alternativa adoptada por el legislador fue la solución óptima (de equilibrio).

Regla 22ª: En cambio, cuando las normas jurídico-penales pretenden proteger contenidos prescriptivos de normas de derecho fundamental de rango constitucional o procedentes del Derecho Internacional de los derechos humanos, el parámetro de valoración (de la inconstitucionalidad) ha de ser otro muy diferente: ha de ser el estándar de la diligencia debida, conforme al cual se valora (usualmente, en el Derecho Internacional de los derechos humanos) el grado de cumplimiento —o incumplimiento— por parte de los Estados de las obligaciones que tienen de, por un lado, proteger y, por otro, hacer efectivamente accesibles sin discriminación alguna los derechos a todas las personas. La idea, por consiguiente, es que dicho estándar de diligencia debida (en relación con el cual se ha construido ya en el Derecho Internacional un considerable cuerpo de interpretaciones) puede y debe ser aplicado también, como criterio de valoración de la inconstitucionalidad (por omisión), cuando se enjuician normas jurídico-penales que pretenden proteger bienes jurídicos con origen en la constitución (y en el Derecho Internacional de los derechos humanos).

2.4. Sobre la relación entre las prohibiciones jurídicas y el poder

Regla 23ª: No hay ninguna forma de justificar normas jurídico-penales que tengan un objetivo puramente promocional. Ahora bien, es importante precisar a qué nos referimos con esta expresión: nos referimos a normas cuyo contenido prescriptivo (prohibitivo) pretende promover en la sociedad la aparición de normas sociales hasta ese momento inexistentes. En cambio,

no son auténticas normas prohibitivas puramente promocionales (y, por consiguiente, sí que pueden estar justificadas en determinados casos) aquellas prohibiciones que pretenden reforzar el grado de hegemonía de normas sociales de comportamiento presentes en la sociedad, pero hasta ese momento minoritarias y/o marginadas. Hablando, entonces, exclusivamente del primer caso (de las normas prohibitivas que, en el sentido expuesto, son puramente promocionales), no cabe justificar en ningún caso que el Estado pretenda imponer, a través de prohibiciones jurídicas, nuevas normas sociales de comportamiento, hasta ese momento inexistentes en una sociedad dada. Y ello, porque tal objetivo queda fuera de aquellos que una filosofía política aceptable (moralmente justificable) puede atribuir legítimamente al Estado como finalidad de sus actuaciones de gobernanza de la sociedad, ya que convertiría al Estado en agente sustitutivo de la autonomía individual. Así, sería Derecho Penal promocional, por ejemplo, un tipo penal que prohibiese a las personas casadas hacer valer públicamente el adulterio cometido por su cónyuge como motivo de separación: tal vez sea esta una buena norma social, mas, en todo caso, no es una que rijan hoy por hoy, en la sociedad y —según el argumento que estoy exponiendo— no se la debería pretender imponer a través del Derecho Penal.

Pero, aunque el Estado no debería —por razones morales— intervenir para transformar los modelos de pareja existentes en otro completamente novedoso, eso no significa, en cambio, que no pueda y deba tomar partido, de entre los diferentes modelos que se practican y defienden dentro de la sociedad, por alguno o algunos de ellos: precisamente, por aquellos que resulten más justificables desde el punto de vista moral. Así, debería proteger (entre otros modelos) la pareja igualitaria, frente a la no igualitaria; la pareja indiferente al género y orientación sexual de los integrantes que la que distingue a tenor de tales factores; etc.

Regla 24ª: No existe ninguna razón atendible por la que las normas jurídicas prohibitivas deban emplearse sólo o principalmente para proteger un *statu quo* dado en las relaciones de poder social. El hecho de que sea ésta la práctica más habitual no dice por sí mismo nada acerca de que exista alguna razón moral a favor de tal concepción conservadora de cuál es el objetivo justificable de las prohibiciones jurídicas. De hecho, tal razón moral no existe. Así pues, las pro-

hibiciones jurídicas pueden y deben ser empleadas (cuando se den el resto de las condiciones para ello) para producir cambios en la estructura social, en las relaciones de poder social. Eso sí, siendo conscientes siempre de que los cambios que una prohibición jurídica puede provocar se producirán siempre en el nivel micro-social: esto es, afectarán a las relaciones de poder en conjuntos más o menos grandes de interacciones individualizadas; mas no en principio (salvo por el efecto de la acumulación de muchos cambios en el nivel micro) a la estructura social global. Y, por supuesto, manteniendo la exclusión —por injustificables— de las prohibiciones jurídicas con objetivo puramente promocional (en el sentido expuesto más arriba).

Regla 25ª: Del mismo modo, tampoco existe ninguna razón moral atendible que haga deseable la congruencia entre el contenido prescriptivo de una norma jurídica prohibitiva y aquellos principios que configuran las bases del sistema político imperante. Es cierto que, de hecho, las incongruencias pueden resultar problemáticas desde el punto de vista práctico, de la conservación del sistema político. No obstante, cuando ello obedezca a que el contenido prescriptivo de la norma prohibitiva “incongruente” resulta moralmente más justificado que los principios que inspiran al sistema político, serán unos y otro los que deban transformarse. No la norma prohibitiva.

Soberanía: Aun cuando el art. 1.2 CE establece que “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”, la Constitución española no especifica quiénes están “en pleno uso de sus derechos políticos” (art. 68.5, CE) y, por consiguiente, pueden ejercer el derecho de sufragio. ¿Qué ocurriría, entonces, con una regulación de las penas accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio que extendiese esta pena a todas las infracciones penales? ¿Y qué sucedería si (como está demostrado, por ejemplo, que ocurre en los Estados Unidos de América, aunque en absoluto lo esté que sea el único caso) las políticas criminales, unidas a la selectividad secundaria que produce el sistema penal, ocasionase que entre una décima y una quinta parte de los miembros de un grupo étnico (y una amplia mayoría de sus estratos económicamente más pobres) se vieses sometidos a tal pena accesoria y a tal privación

del derecho de sufragio? Tal regulación, desde luego, no podría ser declarada inconstitucional,⁴ pero sí que pondría en cuestión una de las bases del sistema político: que la abrumadora mayoría (esto es: dejando a salvo tan sólo algún caso excepcional) de las personas mayores de edad y con nacionalidad española, sin discriminación de ningún tipo, tiene acceso al derecho de sufragio. ¿Resultaría políticamente justificable?

Comunidad política: Aunque los arts. 1 y 2 CE establecen que todos los “españoles” son parte integrante de la comunidad política constituida por el “Estado español”, sin embargo, ni el art. 11 CE determina quién posee la nacionalidad española, ni el art. 13 CE cuáles son exactamente los derechos de los ciudadanos extranjeros. Así pues, ¿resultaría justificada (políticamente) una regulación que, por ejemplo, estableciese una pena de privación de la nacionalidad para toda persona nacionalizada (sin contradecir, pues, lo dispuesto en el art. 11.2, CE) que fuera condenada por cualquier suerte de infracción penal? ¿Y lo sería una regulación que, por ejemplo, estableciese una legislación penal separada y significativamente diferente para ciertas categorías de ciudadanos extranjeros (por ejemplo: extranjeros sin permiso de residencia), si la misma no resultase manifiestamente discriminatoria (y, por consiguiente no violase necesariamente el principio de igualdad ante la ley)? De nuevo, es claro que las bases del sistema político habrían variado, aun cuando no se infringiese ninguna norma constitucional. ¿Puede esto justificarse (políticamente)?

Separación entre esfera pública y esfera privada: Aun cuando la Constitución española marca algunos límites entre la una y la otra, es claro que no todos están explícitamente constitucionalizados. Así, por ejemplo, el alcance del derecho a la privacidad de los ciudadanos, frente al poder de los medios de comunicación, no lo está. En tal caso, ¿qué ocurriría con una regulación de los delitos contra la intimidad que incrementase muy significativamente el nivel de protección a la intimidad y a la propia imagen, en detrimento del actual *statu quo*, en el que los medios de comunicación tienen de hecho reconocida la facultad de informar sobre cualquier actividad familiar o profesional de cualquier ciudadano o ciudadana? ¿Qué ocurriría si los delitos contra la intimidad prohibieran, bajo amenaza de pena, informar sobre todo lo que no

⁴ Salvo en virtud de una muy sesgada interpretación —que yo no comparto— del principio de igualdad ante la ley reconocido en el art. 14, CE. Pero no, desde luego, mediante una interpretación austera del mismo.



sean intervenciones en espacios abiertos o en locales abiertos al público, o de interés público evidente? Es evidente que cambiaría completamente el reparto de esferas, aun cuando, en mi opinión, es harto dudoso que fuese inconstitucional. Pero, ¿estaría tal regulación jurídico-penal justificada, desde el punto de vista político?

Reparto del poder político: Las competencias que le corresponden al Poder Judicial, en la Constitución española, están reguladas únicamente por lo dispuesto en los arts. 117.3 y 117.4, CE. No obstante, a tenor de este último precepto, las leyes pueden atribuirle competencias adicionales “en garantía de cualquier derecho”, sin especificar. ¿Podría, entonces, considerarse justificada una regulación del delito de usurpación de atribuciones (en concreto, del actualmente tipificado en el art. 508.1, CP) que, por ejemplo, excluyese del ámbito de aplicación del mismo todas aquellas resoluciones que sean —por disposición legal expresa— competencia de los jueces y tribunales y que, sin embargo, no tengan naturaleza propiamente jurisdiccional? Entiendo que podría sostenerse que una regulación de tal índole no resulta flagrantemente contraria a ninguna disposición constitucional. Sin embargo, es obvio que alteran el reparto del poder político. ¿Podría considerarse políticamente justificada una regulación así?

Criterios esenciales para la resolución de los conflictos sociales: Las únicas disposiciones constitucionales que limitan expresamente el recurso a la violencia y a la coacción para resolver conflictos sociales son las que definen el contenido de algunos derechos fundamentales: en concreto, los reconocidos en los arts. 15, 17, 19, 21, 25 y 28.2 CE, así como las garantías introducidas en favor de los mismos por los arts. 53 y 55, CE. Así pues, cualquier acción coactiva o violenta que no afecte al contenido esencial de estos derechos debe ser considerada, en principio, conforme a la Constitución (dado que el contenido del art. 104 CE deja completamente fuera de la Constitución los “principios básicos de actuación” de las fuerzas de seguridad).⁵ Y, entonces, ¿debería considerarse justificada, desde el punto de vista político, una regulación de los delitos de desórdenes públicos que, por ejemplo, tipificase como tal la conducta de pasear

por las aceras de las calles en grupos de más de cinco personas, pidiendo dinero a los viandantes? Dudo mucho de que tal regulación resultase flagrantemente inconstitucional. Pero es claro que alteraría significativamente la forma en la que el Estado interviene en un conflicto social (aquí, en torno a la mendicidad y al uso de los espacios públicos), en relación con la que, hoy por hoy, estamos acostumbrados a esperar.

2.5. Sobre la estructura de la argumentación acerca de la justificación moral de las prohibiciones jurídicas

Regla 26^a: Las normas jurídico-penales son normas prohibitivas (y sancionadoras). Por ello, porque las características de contenido prescriptivo no son específicas, sino comunes a todo el Derecho prohibitivo, la mayor parte de las consideraciones que aquí se realizarán en relación con la justificación del Derecho Penal serían también de utilidad para discutir acerca de la justificación del resto del Derecho prohibitivo. De hecho, sería deseable que para todo él se empleasen criterios de justificación (no idénticos, pero sí) similares.

Regla 27^a: Las normas prohibitivas completas han de contener en realidad cinco prescripciones distintas e independientes: *a*) una prohibición de acción; *b*) una prescripción (o conjunto de ellas) relativa a las condiciones (de imputación) en las que se entiende infringida la prohibición (por una acción dada); *c*) un mandato de sanción; *d*) una prescripción (o conjunto de ellas) relativa al procedimiento para imponer la sanción; y *e*) una norma (o conjunto de ellas) que atribuya competencia a algún órgano u órganos para aplicar las normas procesales y, a través de ellas, imponer, en su caso, la sanción. Aquí nos concentraremos en la primera de dichas prescripciones, la que prohíbe una determinada clase de acciones.

Regla 28^a: Cuando se pretende discutir acerca de la justificación moral de las prohibiciones jurídicas, la primera pregunta que surge es la de por qué debe justificarse que el Estado interfiera en la libertad individual intentando introducir, en el proceso de motivación del individuo, motivos derivados de las razones para la acción que la prohibición aporta al ra-

⁵ Y, además, porque —como veremos— hay que considerar que las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad entre afectación al bien jurídico y afectación a los derechos humanos (o a los derechos fundamentales) no constituyen, en toda su extensión, exigencias para la constitucionalidad de las leyes.

zonamiento práctico de aquél (razones que, además, pretenden ser perentorias). A esta pregunta cabe dar, en principio, tres respuestas diferentes: *a*) la respuesta anarquista, a tenor de la cual el Estado nunca posee justificadamente dicha facultad de interferir; *b*) la respuesta del moralismo de la acción, a tenor de la cual el Estado puede interferir únicamente para evitar — mediante prohibiciones— acciones moralmente malas; y *c*) la respuesta del consecuencialismo, según la cual el Estado puede interferir (no en razón de la inmoralidad intrínseca de la acción que se pretende prohibir, sino) acciones cuyas consecuencias previsibles resulten moralmente indeseables.

Regla 29ª: Los pensamientos políticos y jurídicos modernos han optado abiertamente por la tercera de las alternativas de argumentación, la del consecuencialismo. Sin embargo, lo cierto es que, en su versión estándar, dicha teoría consecuencialista de la justificación de las prohibiciones jurídicas no es tan sólida como suele darse por supuesto, pues se apoya en peticiones de principio carentes de fundamentación bastante. En concreto, no puede darse por buena la suposición de que la justificación consecuencialista resulte particularmente autoevidente (y, debido a ello, intersubjetivamente más aceptable). Pues, en todo caso, también la deseabilidad o ausencia de deseabilidad moral de los estados de cosas a los que las acciones (que se pretenden prohibir) previsiblemente van a dar lugar es algo que ha de ser sometido a discusión moral, sobre la base de una teoría moral sustantiva que enmarque racionalmente dicha discusión. Lo contrario sería presuponer una suerte de metaética intuicionista (en el ámbito, al menos, del discurso acerca de la justificación de las normas jurídicas prohibitivas), que parece harto difícil defender en serio. Y, si esto es así, entonces también los razonamientos morales de índole consecuencialista exigirán la construcción de un discurso moral completo y fundamentado.

Esta crítica filosófica del intuicionismo moral empirista se comprende fácilmente al hilo de ejemplos bien sencillos. Desde luego, parece claro que no funciona bien la teoría para el caso de los estados de cosas sensorialmente perceptibles pero necesitados de interpretación: ¿resulta moralmente disvaliosa la difusión de ciertas informaciones acerca de la vida sexual de un individuo? Es obvio que dependerá de qué individuo se trate, en qué medio social viva y qué connotaciones pragmáticas posean las afirmaciones realizadas (no es lo mismo un sacerdote católico

que un actor de películas pornográficas). Es decir, de cómo sea conceptuada la información e integrada en un imaginario más complejo (que, evidentemente, será diferente dependiendo de personas y de grupos).

Pero es que tampoco funciona adecuadamente en el caso de los estados de cosas puramente físicos: ¿cómo debería valorarse, por ejemplo, las graves heridas sufridas por una persona a consecuencia de los golpes recibidos por parte de un tercero, que la hacen sufrir considerablemente? Un intuicionismo empirista coherente debería responder: “es evidente que la persona está sufriendo, cualquier persona normal simpatiza con alguien que sufre y, por consiguiente, es evidente que lo que causa sufrimiento es moralmente malo; luego, las heridas que ha sufrido esa persona constituyen un estado de cosas moralmente disvalioso”. Sin embargo, parece obvio que tal razonamiento no resulta correcto desde el punto de vista moral: puede que las lesiones sean consentidas, puede que se trate de un castigo moralmente justificado, puede que se trate de un tratamiento médico para evitar un mal mayor. En todo caso, aunque fuese posible acceder siempre y en todo momento a toda la información fáctica relevante, seguiría resultando insegura la inserción de tal información en el razonamiento moral, ya que —contra la pretensión intuicionista— no todas las sensibilidades estéticas ni morales son idénticas ni parecidas en muchos aspectos. aunque sí lo sean en otros: hay quien disfruta viendo sufrir a otros (al menos, a algunas clases de personas: extranjeros, enemigos, etc.), hay quienes no soportan ninguna clase de sufrimiento aunque parezca justificado, etcétera.

Regla 30ª: De este modo, la preferencia moderna en favor de justificaciones de las prohibiciones jurídicas que se apoyen en bases preferentemente consecuencialistas no obedece a ninguna razón moral seria. No existe, pues, ninguna razón por las que sea necesario preferir una justificación de corte consecuencialista a otras formas de justificación moral sino a razones históricas: a que, de hecho, en el proceso de constitución de los discursos políticos de la modernidad, el consecuencialismo operó como punto de encuentro de opiniones morales y políticas distintas y distantes; a que sirvió como marco discursivo percibido como “neutro”, en el que concepciones morales y de la justificación radicalmente distintas en cuanto a sus presupuestos y a su visión global de lo bueno eran, pese a todo, capaces de comunicarse, y a veces hasta el punto de alcanzar consensos parciales o provisio-



nales. Es ésta ciertamente una razón débil en favor de una justificación moral de corte consecuencialista. Pero no despreciable: hay hondas razones pragmáticas en contra de distanciarnos de lo que constituye la opinión comúnmente mantenida, entre juristas y no juristas, sobre cómo (de manera consecuencialista) argumentar en relación con la justificación moral de las normas jurídicas prohibitivas.

Veámoslo en un ejemplo: la doctrina moral católica acerca de la interrupción voluntaria del embarazo depende de presupuestos tan estrechamente vinculados a la doctrina de su religión (dios como creador, la vida como donación divina, el sentido de la existencia humana, la implantación del alma en el cuerpo en el momento de la concepción) que, en nuestros días en los que, obviamente, ya no estamos en el Medioevo y la cosmovisión cristiana ha sido abandonada, en buena medida, por la mayoría de los individuos y grupos sociales, raramente puede ser compartida por quien no acepte todos esos presupuestos. Por el contrario, aquí y ahora, un argumento —también contrario a la despenalización del aborto consentido— que adujese, por ejemplo, que la interrupción voluntaria del embarazo causa un daño irreparable a la familia y a la pareja en las que el mismo tiene lugar, corrompiéndolos, haciendo la convivencia inestable, perjudicando al resto de los hijos, etc., resultaría ser un argumento mucho más convincente para la mayoría de la población no católica.

Regla 31^a: A la hora de argumentar acerca de la justificación moral de las prohibiciones jurídicas, constituye un error grave pretender basar directamente dicha justificación en algún hecho. Existe, en efecto, una falacia notoria en realizar inferencias de deber-ser a partir de proposiciones descriptivas de hechos.

Regla 32^a: Así, no constituye ningún argumento relevante a favor (ni en contra) de que una determinada prohibición jurídica esté moralmente justificada el hecho de que su contenido prescriptivo resulte de algún modo “congruente” con la estructura social; o el hecho de que dicho contenido prescriptivo cumpla, de hecho, una determinada función dentro de dicha estructura. Es por ello por lo que la teoría política-criminal funcionalista (que existe, aunque generalmente se disfraza de discurso meramente descriptivo) y, en general, las teorías sociologistas (“es evidente que Ox debe ser protegido (a través de prohibiciones jurídicas), puesto que Ox es un componente esencial de nuestra vida social”) carecen de fundamento sufi-

ciente: porque no aportan argumentos relevantes para la cuestión central de la justificación moral que deberían contribuir a resolver.

En efecto, si, por ejemplo, afirmamos que “la pacífica posesión de aquellos bienes de consumo adquiridos por medios legales constituye un componente esencial de nuestra vida social”, estamos presuponiendo (implícitamente) dos cosas: primero, que lo relevante en la descripción de nuestra sociedad es la posesión de bienes (y no, por ejemplo, que haya personas que, debido a su pobreza, no pueden acceder a los mínimos para una existencia digna); y segundo, que dicha posesión es importante (¿para qué, para quién?), sin explicitar a qué fines la misma debería servir.

Regla 33^a: Del mismo modo, tampoco aporta argumentos relevantes acerca de la justificación moral de una prohibición jurídica el hecho de que el contenido prescriptivo de la misma resulte de algún modo “congruente” con el de una norma de rango superior, constitucional, conforme al siguiente esquema argumentativo:

$$\{a_1, a_2, \dots, a_n\} \text{ justifican } d_x \\ dx \text{ justifica } p_x$$

$$\{a_1, a_2, \dots, a_n\} \text{ justifican } p_x$$

(Notación: a = argumento (moral); d = disposición constitucional; p = prohibición jurídica)

Y ello porque contra lo que las teorías constitucionalistas del bien jurídico suponen, no existe ninguna forma obvia de deducir el primer contenido prescriptivo directamente a partir del segundo: esto es, de deducirlo sin hacer algo que ya no es (mera) interpretación de la constitución, sino algo más, una elección libre (por razones, morales y/o políticas, ajenas al tenor literal de la norma constitucional misma) de una de las alternativas de acción política (y de configuración del contenido prescriptivo de la ley) que resultan compatibles con el contenido prescriptivo de rango constitucional. Y porque, además, aun cuando fuese posible realizar tal inferencia desde la constitución hasta la norma prohibitiva, la justificación moral de la primera norma no podría aplicarse, sin más, a la segunda, ya que esta última ha de suscitar problemas morales propios e independientes.

Hay casos en los que tal relación de justificación entre norma constitucional y norma prohibitiva no es problemática: si, por ejemplo, una norma constitucio-

nal establece que “la ley prohibirá que los empresarios realicen cualquier conducta discriminatoria por razón de género en el empleo o en las condiciones laborales” y, luego, se convierte en infracción la conducta de “el empresario que discrimine en el empleo o en las condiciones laborales a alguno de sus trabajadores o trabajadoras por razón de su género”, podemos decir que, al menos en principio, los argumentos morales que justifican la norma constitucional valen también para justificar la norma penal. Obsérvese, no obstante, que esta inferencia sólo es posible en este caso, extremo: cuando la norma constitucional en realidad posee ya por sí misma la naturaleza de norma prohibitiva, limitándose luego el Derecho infraconstitucional a repetir la prohibición, tipificándola y añadiéndole la sanción correspondiente. Pero no en otro caso. Es decir, ni siquiera puede hacerse en la totalidad de los mandatos constitucionales de incriminación, pues en la mayoría de ellos la norma constitucional en cuestión se limita a establecer de forma muy general algunos de los contenidos que deberían estar incluidos en la prohibición infraconstitucional pero no los fija todos ellos. Pues, cuando ello es así, no es evidente que la justificación moral de la norma constitucional se pueda extender sin más a la prohibición jurídica infraconstitucional.

Así, probemos a modificar ligeramente, en el ejemplo anterior, el tenor literal de la norma constitucional que contiene el mandato de incriminación: “la ley prohibirá que los empresarios realicen cualquier conducta discriminatoria por razón de género”. Con un mandato constitucional de incriminación de tal tenor, no es evidente, por ejemplo, si está o no suficientemente justificado incriminar como infracciones tanto las discriminaciones relativas a las condiciones del trabajador o trabajadora una vez contratados como los criterios de selección de personal. Podría aducirse que sí, ya que ambas formas de discriminación afectan a las trabajadoras (activas o potenciales) de modo semejante. Pero también podría argumentarse, por el contrario, que la discriminación en el marco del cumplimiento del contrato de trabajo son más graves, por lo que está más justificado convertirlas en infracciones. En todo caso, la cuestión que aquí nos interesa es que, con una norma constitucional de un tenor más vago en cuanto a sus implicaciones normativas, la cuestión se vuelve de imposible decisión si partimos únicamente de los argumentos morales que justifican a ésta.

Y si ello ocurre en el caso más favorable, aquél en el que existe una mayor coincidencia en cuanto a los contenidos entre la norma constitucional y la norma prohibitiva infraconstitucional, entonces no cabe esperar otra cosa para el resto de los supuestos, en los que la norma constitucional no contiene ninguna referencia expresa al contenido de la norma prohibitiva, sino que la misma ha de ser justificada, desde el punto de vista jurídico (de su constitucionalidad), en —en el mejor de los casos— la protección de un derecho fundamental o de una institución constitucionalmente reconocida. Veámoslo al hilo del ejemplo de la intimidad. A la hora de discutir si lo dispuesto en el art. 18.1 CE está o no moralmente justificado, lo que tenemos que debatir son principalmente dos cosas. Primero, si es o no moralmente valioso que las personas posean ámbitos de acción en los que puedan actuar con plena libertad y sin interferencias ajenas de ningún tipo. Y si esto ocurre hay que reflexionar acerca de los costes de tales acciones —libres y sin interferencia alguna— para intereses de terceros: para otros individuos el sujeto actuante puede, en el ámbito de su privacidad, llevar a cabo actos perjudiciales para terceros: contratar a prostitutas que no obran de forma plenamente voluntaria, humillar a la propia pareja, etc.), para grupos (las empresas periodísticas tienen que limitar sus actividades, para preservar la intimidad ajena), para la colectividad (en la intimidad se pueden realizar acciones socialmente perniciosas: no reciclar la basura adecuadamente, consumir más electricidad de lo razonable, contemplar pornografía infantil, etc.), para el Estado (el individuo puede aprovechar su ámbito de privacidad para preparar actos de subversión política). Y determinar qué reparto de costes (y de beneficios resulta razonable), entre el sujeto actuante y dichos terceros.

Por su parte, para justificar moralmente la prohibición penal que se deriva de la tipificación del art. 197.1 CP, lo que hay que considerar (en el supuesto de que se entienda que la intimidad constituye algo moralmente valioso y que el apoderamiento de documentos, interceptación de comunicaciones, etc. afectan a la intimidad) es si es o no moralmente satisfactorio que el Estado intervenga, en la protección de la intimidad, restringiendo la libertad de los individuos: aquí, de grabar las imágenes, sonidos o comunicaciones que estimen oportuno, sin limitación alguna. O si, por el contrario, resulta preferible no dotar de tal poder al Estado y buscar la protección de la intimidad por otros medios (por ejemplo, mediante acuerdos de

respeto mutuo entre individuos y grupos, o a través de sanciones sociales, no jurídicas).

Regla 34^a: Con el fin de aumentar lo más posible el grado de racionalidad de la discusión, resulta conveniente emplear un lenguaje unificado desde el punto de vista ontológico (evitando que la proliferación innecesaria de entes en el discurso impida las comparaciones). Y, además, conviene que dicho lenguaje sea lo más reduccionista posible: esto es, que reduzca, en la medida de lo posible, los diferentes conceptos usualmente empleados (derechos, valores, normas, bienes, funciones) a alguno o algunos que resulten fácilmente describibles a través del lenguaje de la ciencia. Pues, en efecto, si resulta posible describir los objetos a proteger a través de las prohibiciones jurídicas mediante un lenguaje descriptivo, podremos racionalizar entonces también al máximo los argumentos morales, sobre por qué o por qué no tales objetos merecen protección. Y, además, seremos más capaces de determinar cuándo un objeto jurídicamente protegido ha sido o no lesionado, o puesto en peligro.

Así, por ejemplo, parece claro que resulta mucho más fácil intentar constatar empíricamente la existencia de lesividad para el objeto protegido si éste es un ente material (el cuerpo de un individuo) que si es una función social (el rol social que cumple el individuo y su cuerpo en la producción de objetos): tenemos mejores métodos científicos para comprobar la destrucción o deterioro del primero que la perturbación de la segunda. Y, en cualquier caso, sea el uno o la otra, nos importa saber que lo es, para saber qué método hemos de aplicar: ¿el de la Física (ente material) o el de la Sociología (función social)?

Regla 35^a: Con esta finalidad, debemos intentar expresar el debate acerca de la justificación moral de los bienes jurídicos por referencia a estados de cosas (valiosos). Más exactamente: de la (preservación de la) incolumidad de estados de cosas valiosos. Un estado de cosas es una determinada situación en la que, en el curso del tiempo, se halla un determinado objeto. La propuesta metodológica es que la discusión sobre la justificación moral de bienes jurídicos sea traducida al lenguaje de los estados de cosas. Y que todas las otras distintas formas de expresar la naturaleza ontológica de los objetos jurídicamente protegidos sean traducidas a dicho lenguaje, y abandonadas luego (por excesivamente confusas).

Los delitos de lesiones, por ejemplo, no pretenden proteger la existencia (menos aún la aparición) del

cuerpo humano: pretenden proteger la incolumidad del mismo, una vez existente. Tampoco pretenden tales delitos lograr que “Juan crezca”. En todo caso, pretenden, al contrario, que no haya ningún evento (acción humana) que impida que Juan crezca (porque alguien le mate, o le administre una hormona que impida el crecimiento).

Desde luego, es posible describir la condición (estado de cosas) de, por ejemplo, estar vivo con diferentes niveles de abstracción: el valor de la vida, el derecho a la vida, la vida como concepto cultural, la norma social que prohíbe quitar la vida arbitrariamente, la función social que cumple el respeto a la vida humana. Sin embargo, la manera más simple e inteligible de hacerlo es, precisamente, describirla como un estado de cosas: un estado de cosas que, en este supuesto, viene definido conforme a las leyes de la Biología, que es la que —en último extremo— establece qué hechos pueden ser denominados con propiedad “estar vivo”. Cualquier otra forma de descripción, sin ser incorrecta, añade ya marcas semánticas y connotaciones (culturales, morales, etc.) que complican la descripción del hecho y la vuelven más difícil de referir a datos empíricamente perceptibles.

Regla 36^a: Aun es posible concretar más el contenido ontológico de los estados de cosas que pueden ser objeto de protección jurídica, a través de prohibiciones: en todo ellos hay al menos una parte (y, normalmente, tan sólo una parte) que ha sido causado por eventos que son acciones humanas. De este modo, los estados de cosas que pueden ser protegidos mediante prohibiciones jurídicas pueden ser interpretados también (en parte, pero muy relevantemente) como patrones de interacción entre sujetos. Lo que, en definitiva, pueden o no proteger las prohibiciones jurídicas (la protección cuya deseabilidad desde el punto de vista moral debe ser discutida) son determinados patrones de interacción social, entre individuos y/o grupos.

2.6. Sobre la teoría moral de la que se parte

Regla 37^a: No es posible elaborar una teoría moral que tenga necesariamente fuerza vinculante para cualquier sujeto (racional). Por el contrario, aunque, obviamente, toda teoría moral es enunciada con pretensiones de validez y aceptabilidad intersubjetiva, sin embargo, puesto que es enunciada siempre desde un determinado lugar (esto es, a partir de determinados presupuestos, sociohistóricos, culturales y exis-

tenciales), no es posible garantizar en ningún caso ni dicha validez ni dicha aceptabilidad. De manera que justificar moralmente (aquí, una norma jurídica) es, siempre, adoptar una determinada posición de entre todas las posibles sobre cómo y por qué la norma en cuestión está moralmente justificada. No existe, pues, una moral crítica sino muchas; algunas, inconmensurables entre sí. Por ello, resulta particularmente importante que el hablante identifique con claridad sus puntos de partida morales para favorecer la racionalidad de la discusión, y la posibilidad de la crítica.

Regla 38ª: Por razones que no pueden ser explicadas aquí con detalle, la posición moral que considero preferible, a la hora de entablar una discusión acerca de la justificación moral de las prohibiciones jurídicas, es una que se apoya sobre los siguientes principios: principio de individualismo (los entes individuales son los únicos que merecen valoración moral), principio de libertad negativa (es digna de valoración moral la protección de las posibilidades de acción de los sujetos morales, frente a eventuales interferencias de terceros), principio de materialismo (sólo los entes materiales merecen valoración moral), principio de autonomía (es digna de valoración moral la libertad de decisión de los sujetos morales, frente a condicionantes, tanto internos como externos), principio del “súper-hombre” (en tanto que potencialidad, el sujeto moral puede explorar todas las posibilidades y construir, a partir de ellas, su propia escala de valores), principio hedonista (la existencia del sujeto moral ha de ser concebida como construcción, como obra de arte, como autoproducción, en condiciones de autonomía, inspirada por un *ethos* del desinterés, un *ethos*, crítico, que (auto) impone en nosotros un compromiso con la liberación suficiente para buscar aquello que merece ser buscado, y nada más), principio de emocionalidad (no sólo las facetas más crudamente materiales de la existencia, individual y social, son dignas de valoración moral, sino también las repercusiones emocionales de dicha existencia), principio de cooperación (la acción conjunta es digna, en sí misma, de valoración moral), principio de igualdad moral (todos los sujetos morales son, en principio, merecedores de idéntica valoración moral), principio de reconocimiento (todos los sujetos morales deben poder ostentar, de forma libre y equitativa, cualquier rol en la interacción social, sin ningún género de exclusión), principio de respeto (cualquier actitud moral ha de ser, en principio, considerada susceptible de

valoración moral, empleando unos criterios morales uniformes y consistentes para todas ellas), principio de violencia mínima (la interacción social debe llevarse a cabo empleando la mínima violencia necesaria para asegurar la consecución de sus objetivos), principio de libertad material (la libertad, la autonomía y el reconocimiento exigen la atribución de todos los medios materiales que sean necesarios para que las mismas sean efectivamente accesibles, por igual, a todos los sujetos morales), principio del cuidado (la conservación y mejora de todos los entes valiosos constituye también algo digno de valoración moral), principio de prudencia (en la formulación, a partir de los principios reguladores anteriores, de los contenidos concretos de la moralidad, debe perseguirse un equilibrio, racional, entre los mismos).

Regla 39ª: A la hora de entablar una discusión acerca de la justificación moral de las prohibiciones jurídicas, es preciso tomar posición en relación con algunas cuestiones centrales de la teoría de la justicia (aquella parte de la ética normativa que tiene por objeto la valoración moral de las interacciones y de la estructura sociales) y de la filosofía política (aquella parte de la ética normativa que pretende establecer reglas para acotar el espacio para la acción del poder político). En este sentido, la posición que yo considero preferible (y que, nuevamente, no fundamentaré) es una concepción del papel del Estado que combine adecuadamente perfeccionismo moderado, republicanismo (moderno), cosmopolitismo, derechos humanos, interculturalidad (leída a través de la *queer theory*) y el pensamiento de la ecología política.

2.7. Sobre la relación entre las prohibiciones jurídicas y la esfera privada

Regla 40ª: Contra lo que muchas veces se piensa, la cuestión de la delimitación de la esfera privada (frente a la cual resultaría siempre moralmente injustificable la interferencia estatal) no puede ser resuelta mediante el recurso a la Sociología o a la Historia. No existen, pues, “derechos naturales” (moralmente justificables), que hayan de ser respetados obligatoriamente por la acción estatal. Por el contrario, la cuestión de en qué casos puede el Estado legítimamente interferir y en cuáles no es algo que depende de la previa discusión moral.

Regla 41ª: El punto de partida para establecer cuál es el alcance de la esfera privada no puede ser la neu-



tralidad estatal. Antes al contrario, cualquier ámbito de la interacción social, aun los más íntimos, están condicionados por la relaciones de poder y por la distribución de recursos. De manera que no es posible excluir ninguna interacción social de las valoraciones acerca de la justicia; y, por consiguiente, tampoco del juicio si el Estado debería o no interferir en la misma (para asegurar, dentro de los límites de sus facultades legítimas, dicha justicia).

Regla 42ª: En principio, pues, el Estado puede estar legitimado para interferir, a través de prohibiciones jurídicas, en todo género de interacciones, aun las más íntimas, siempre que se trate de proteger y de promover con ello la autonomía de los sujetos, así como su igualdad.

Regla 43ª: No obstante lo anterior, la facultad del Estado para interferir en interacciones sociales íntimas debe estar limitada por las implicaciones derivadas del principio de proporcionalidad. Ya que, en efecto, la interferencia estatal, a través de la prohibición jurídica, debería ser siempre necesaria, subsidiaria y proporcionada (y no contraproducente para la autonomía de los individuos afectados).

Retomo un ejemplo anterior, invirtiéndolo: aun cuando la Constitución española marca algunos límites entre la esfera pública y la esfera privada, es claro que no todos están explícitamente constitucionalizados. Así, por ejemplo, el alcance del derecho a la privacidad de los ciudadanos, frente al poder de los medios de comunicación, no lo está. En tal caso, ¿qué ocurriría con una regulación de los delitos contra la intimidad que redujese muy significativamente el nivel de protección a la intimidad y de la propia imagen, obligando a determinadas categorías de ciudadanos, que ocupan posiciones que en principio son privadas, pero que producen efectos socialmente trascendentes (empresarios, profesionales, etc.) a hacer perfectamente accesible toda la información relativa a sus actividades? ¿Qué ocurriría si, para ello, se crease un delito de ocultación de información que prohibiera, bajo amenaza de pena, no publicar determinada información relativa al estado patrimonial y actividad, tanto externa como interna, de las empresas privadas y despachos profesionales? Es evidente que cambiaría completamente el reparto de esferas, aun cuando, en mi opinión, es harto dudoso que fuese inconstitucional. Pero, ¿estaría tal regulación jurídico-penal justificada?

Ahora ya sabemos que, en realidad, la pregunta debe ser formulada en términos más precisos: ¿re-

sultaría proporcionada tal regulación, por lo que hace a la afectación a la privacidad? Y la respuesta ha de ser, en mi opinión, que sí: sí, porque el fin perseguido (proteger a la ciudadanía frente a los abusos de los agentes privados muy poderosos) puede ser justificado desde el punto de vista moral; y porque, además, ello resultaría proporcionado siempre que se salvaguardasen suficientemente (además del derecho constitucional a la intimidad) algunos espacios de privacidad de las empresas, imprescindibles para su funcionamiento (por ejemplo, el secreto acerca del *know-how*). Pero sólo ellos. Así pues, ponderando el contenido concreto de la hipotética regulación del delito de ocultación de información, podría llegarse a la conclusión de que, en términos instrumentales, tal regulación resulta proporcionada, y justificable, por lo menos en lo relativo a la prohibición (la proporcionalidad de la sanción debería ser objeto de un juicio de ponderación específico).

Obsérvese, por lo demás, que no se está haciendo la afirmación inversa: que sólo una regulación como la descrita resulte justificable. Pues, de hecho, casi siempre hay diversas alternativas de acción estatal para lograr un mismo objetivo. De manera que, para poder hablar de proporcionalidad, habría que demostrar que la alternativa legislativa adoptada era la menos lesiva de la privacidad, de entre las posibles y eficaces.

2.8. Sobre el principio del daño

Regla 44ª: Afirmar que algo “es/debe ser considerado un bien jurídico” no resulta en ningún caso suficiente, en tanto que justificación moral de una prohibición jurídica. Es preciso, por el contrario, determinar primero con precisión el contenido ontológico de aquello que se considera bien jurídico. Y, segundo, argumentar de manera completa por qué está justificado moralmente protegerlo.

Regla 45ª: De acuerdo con la teoría de la justicia y la filosofía política más arriba expuestas (y que son más convincentes), el Estado puede estar legitimado para proteger: *a)* la libertad y autonomía de los individuos y grupos; *b)* el libre desarrollo de la personalidad y de la existencia; *c)* la integridad física y mental; *d)* la comunicación intercultural; *e)* el acceso universal e igualitario a la interacción social; y *f)* la preservación del entorno material necesario para la vida. Y ninguna otra cosa. (No coincide, pues, la definición de compe-

tencias estatales legítimas aquí propuesta con la teoría liberal, mucho más restrictiva.)

Así, desde el punto de vista moral aquí adoptado, no habría proteger, por ejemplo, la superioridad de una etnia sobre otra (en atención, cuando menos, a los principios de igualdad moral, de reconocimiento y de respeto). Ni tampoco la creencia en la existencia de (un) dios (en atención al principio de materialismo).

De este modo, por ejemplo, el desarrollo de determinadas habilidades artísticas, eróticas, deportivas, etc. de los individuos no debería ser objeto de protección jurídica. Sí, por supuesto, la libertad, formal y material, para poder desarrollarlas, así como el desarrollo de la autonomía necesaria para poder decidir adecuadamente si se quiere o no hacerlo.

Regla 46^a: Dado lo gravosos que son los efectos de esa peculiar técnica de gobernanza que es la prohibición jurídica, por razones de proporcionalidad, la misma sólo parece razonable que sea utilizada para intentar evitar los males más graves que puedan amenazar a los estados de cosas valiosos acabados de referir. Y no, en cambio, a cualquier mal. Tal es el sentido de los conceptos de daño y de conducta dañosa: distinguir, de entre todas las acciones que menoscaban la incolumidad de los estados de cosas valiosos que el Estado está legitimado para proteger (libertad y autonomía de los individuos y grupos, libre desarrollo de la personalidad y de la existencia, etc.), aquellas que, desde el punto de vista moral (consecuencialista, como vimos), son más graves, peores. Hay, pues, también acciones que afectan a dicha incolumidad (que son, pues, inmorales), que el Estado está legitimado para intentar impedir, pero que, no obstante, a la vista de su menor gravedad, no pueden ser consideradas como (suficientemente) dañosas, por lo que el recurso a la técnica de la prohibición jurídica para lograrlo no está justificada moralmente.

Así, si afirmamos, por ejemplo, que amenazar a una persona es una conducta dañosa (mientras que, por ejemplo, presionarle para que tome una determinada decisión, sin llegar a amenazarle, no lo es), porque pone en peligro un patrón de interacción social adecuado (con un grado reducido de violencia), ello obedece —entre otras cosas— a que presuponemos que la conducta de amenazar es en muy buena medida responsable de que el patrón de comportamiento en cuestión pueda verse alterado. En otro caso, si no lo diésemos por supuesto, nunca la llamaríamos propiamente dañosa.

Regla 47^a: A la hora de concretar el concepto de acción dañosa, la misma puede ser definida (estipulativamente: en virtud de la existencia de razones morales que justifican su prohibición) como aquella acción que afecta a la incolumidad de un estado de cosas moralmente valioso (de entre aquellos que el Estado está en principio legitimado para proteger) y que posee, además, la característica diferencial de alterar de modo estable el patrón de interacción social del(os) sujeto(s) afectado(s), debido a que afecta a su cuerpo (interfiriendo en su libertad negativa), a su disponibilidad de recursos y/o a su capital social, hasta un punto que vuelve racional que dichos sujetos alteren su patrón de interacción en los supuestos afectados (degradándose, así, según el caso, su libertad negativa, su autonomía, su capacidad para el libre desarrollo de su personalidad, para la comunicación social, para el acceso a recursos, etc.).

Un agente que tiene que adoptar una decisión empresarial y se ve expuesto a la conducta de coacción física directa de un tercero, si es racional, alterará su proceso de toma de decisiones, con el fin de eludir el riesgo de convertirse en víctima de la violencia. Por ello, la conducta de coacción física es siempre dañosa (en mayor o menor medida, puesto que, desde luego, puede haber diferentes grados de lesividad).

El mismo directivo empresarial del ejemplo anterior actuará también racionalmente si, a la vista de las notables pérdidas patrimoniales ocasionadas por la actuación de un tercero, se adapta a la nueva situación y cambia por completo su estrategia empresarial. Habrá cambiado, pues, su patrón de interacción: habrá habido daño.

Siguiendo con el mismo ejemplo, es posible provocar una alteración de la forma de actuación empresarial (de interacción de la empresa con terceros) también alterando su capital social, hablo aquí en sentido sociológico, no jurídico-mercantil: si, por ejemplo, los consumidores, los inversores, los clientes, empiezan a dejar de confiar en la solvencia de la empresa, a causa de comportamientos de terceros sujetos (injurias, difusión de noticias falsas, etc.), permaneciendo todo lo demás —estado corporal del directivo y recursos materiales de la empresa—, sus posibilidades efectivas de interacción social se habrán modificado significativamente, por lo que el directivo racional adoptará nuevas e inéditas decisiones, para adaptarse a la nueva situación: cancelará ciertos contratos o negociaciones, reducirá sus pre-

cios, etc. Es decir, se habrá producido un cambio en el patrón de interacción social del agente: se habrá producido un daño.

En cambio, cuando un individuo en un contexto estrictamente privado, me insulta a la cara, o cuando manifiesta su desprecio racista hacia mí, o sus ideas completamente contrarias a la igualdad entre los seres humanos (o, si se quiere, para no hablar sólo de palabras, y referirnos a actuaciones que no pueden quedar cubiertas nunca por la libertad de expresión: cuando el individuo en cuestión rechaza mantener relaciones sexuales conmigo, llegar a un contrato o cenar en el mismo restaurante que yo, a causa de mi género, mi orientación sexual, mi etnia, etc.), todas estas actuaciones, que son también profundamente inmorales (no menos que las conductas dañosas), sin embargo, no merecen la calificación de acciones dañosas (sino de, en su caso, simplemente ofensivas, molestas, etc.). Y ello porque el agente racional, ante tales situaciones, no se ve obligado a alterar su patrón de interacción social: puesto que no puede existir una expectativa racionalmente fundada de poder mantener relaciones sexuales, contratar o cenar con quien se desea, sino que tal eventualidad resulta siempre altamente contingente, el individuo que busca relaciones sexuales, contratos o compañía lo ha de hacer —si actúa racionalmente— siempre con una actitud precavidamente prudente: no cuenta con ello, lo intenta y se expone al azar; y si, por las razones aquí expuestas o por cualquier otra, no logra su propósito, puede que soporte cierto sufrimiento psíquico (mayor o menor), y aun que extraiga algunas enseñanzas que modifiquen algo sus creencias y su forma de relacionarse con los demás. Pero, si el agente es racional, no deberá cambiar significativamente su patrón de interacción, sino a lo sumo en ciertos detalles: tal vez se vuelva más precavido, o menos atrevido, pero no debería serle necesario cambiar su completa forma de actuar.

2.9. Sobre las prohibiciones jurídicas paternalistas

Regla 48ª: En principio, el hecho de que el sujeto consienta —aun de manera plenamente voluntaria— en el daño que (sus patrones de interacción, en relación con) su libertad y autonomía, su integridad física y mental, etc., vayan a sufrir no es, por sí mismo, razón suficiente para que no esté justificada moralmente, *prima facie*, la prohibición jurídica de tales acciones dañosas. Pues, otra vez, una teoría republicana del

Derecho se separa en esto de forma significativa de la teoría liberal.

Así, por ejemplo, una norma prohibitiva que proteja la higiene y la seguridad en el trabajo en contra de la voluntad de las partes del contrato laboral puede resultar perfectamente justificada desde el punto de vista moral, a pesar de constituir una obvia interferencia, paternalista, en la libertad de los agentes. Y no como una excepción casuística a la general libertad de contratación de las partes (así tendería a concebirla, y a examinarla críticamente, la teoría liberal), sino como un límite estricto: una norma que excluye completamente la libertad de contratación en ámbitos enteros de la actividad humana. Por ejemplo, podría imaginarse que quede excluido de la libre contratación el completo ámbito de la salud humana (de manera que se entendiese que cualquier actuación lesiva de terceros en dicho ámbito, aun plenamente consentida, resultaría dañosa, y podría justificar una prohibición y una sanción).

Regla 49ª: No obstante lo anterior, es preciso realizar luego un juicio de proporcionalidad, para valorar la medida en que la prohibición jurídica paternalista afecta al desarrollo de la autonomía de los individuos y grupos afectados. De manera que habrá muchas ocasiones en las que la prohibición jurídica paternalista, finalmente, no se justifique, por desproporcionada. Pero no siempre podemos encontrarlos, pues, con un elenco variado de supuestos, que hay que tratar de forma diferenciada:

1) La conducta de autolesión o de lesión consentida no causa daño (en sentido estricto) a nadie, aun cuando afecte a un estado de cosas valioso atinente a la situación del agente: un individuo asume voluntariamente el implicarse en la práctica de la prostitución a cambio de una retribución justa y unas condiciones laborales adecuadas. Se trata de una conducta que no ocasiona daños a terceros (en principio: habría que confirmarlo), pero tampoco al propio agente, ya que su posición en la interacción social no tiene por qué ser peor (de nuevo, habría que confirmarlo empíricamente). Por ello, tal conducta no podría ser prohibida de forma justificada. Tan sólo se justificarían, por lo tanto, actuaciones estatales no coercitivas: medidas educativas, promocionales, publicitarias, etc. 2) La conducta de autolesión o de lesión consentida no causa daño a terceros, pero sí al propio agente. En tal caso, habrá que distinguir según cuál sea la intensidad del daño. Si el mismo es muy intenso, entonces estaría

justificada la prohibición de la acción (aun afectando así a la autonomía del agente, además de a su libertad negativa). Tal sería el ejemplo, más arriba expuesto, en el que un ciudadano particular se implica en inversiones financieras extremadamente arriesgadas, poniendo en riesgo la mayor parte de su patrimonio en negocios para los que no está objetivamente capacitado. Como vimos, en esta hipótesis podría estar justificada la prohibición de dicha acción, por razones propiamente paternalistas. 3) En tercer lugar, puede ocurrir que la conducta de autolesión o de lesión consentida sea dañosa para el agente, pero sólo de un modo leve: el mismo ciudadano del ejemplo anterior participa en negocios con un bajo nivel de riesgo y con una exposición patrimonial muy limitada (por ejemplo: invierte en bonos del tesoro público pequeñas cantidades —proporcionalmente hablando— de sus ahorros). Dado que el perjuicio patrimonial que el individuo pueda sufrir, en condiciones normales, no alteraría radicalmente su posición social, el daño puede ser considerado menos intenso. Por lo que, entonces, debería darse preeminencia al valor de la autonomía, y no se justificaría la prohibición jurídica de la acción de autolesión. 4) Por fin, hay supuestos en los que, como hemos visto, la acción de autolesión o de lesión consentida implica en realidad también —aunque indirectamente— daño para terceros, debido a que la autolesión (o consentimiento en la lesión) contribuye a desestabilizar el patrón (moralmente valioso) de interacción social, lo que acaba por afectar a todos los actores sociales, no sólo al que realiza la acción en concreto valorada. Veíamos antes un ejemplo de esto, en el trabajador que acepta condiciones extremadamente injustas, explotadoras, de trabajo, en perjuicio de la posición global de negociación de todos los trabajadores en el mercado de trabajo. En tal situación, nos hallamos en realidad ante un caso de daño a terceros, por lo que la actuación estatal no es propiamente una por razones paternalistas. Debido a ello, el valor de la autonomía ha de ceder siempre, por lo que la prohibición de la acción de autolesión resulta siempre —en principio— justificada.

2.10. Sobre prohibiciones jurídicas de omisiones y mandatos de mejora

Regla 50ª: No todas las prohibiciones jurídicas de omisiones se sustentan en mandatos de mejora: muchas, por el contrario, van dirigidas —al igual que las

prohibiciones de acciones— a evitar un daño (estableciendo para un determinado sujeto un deber de actuar para contribuir a impedirlo).

Así, por ejemplo, la discusión acerca de si se deben establecer o no prohibiciones de conductas omisivas de terceros frente a la situación de un sujeto que ha sido víctima de un accidente deberá versar, principalmente, sobre dos cuestiones. Primero, sobre a quién o a quiénes se deberían destinar tales prohibiciones: ¿a cualquiera en condiciones de ayudar al accidentado?, ¿a quienes hayan realizado ciertas conductas previas? ¿a quienes ocupen ciertas posiciones sociales? Y, en segundo lugar, deberá discutirse cómo se imputa responsabilidad a quien infrinja la prohibición (¿como autor del daño, como coadyuvante al mismo, por un título de imputación independiente?).

Sea como sea, el debate no se centra, en estos casos, en la cuestión de si aquello que se protege —aquí, la vida del accidentado— merece protección frente al riesgo que le amenaza. Pues, desde este punto de vista, la prohibición destinada al omitente ha de ser justificada exactamente por las mismas razones que aquella otra que vaya dirigida al autor activo, causante. Es decir, también a la conducta del omitente se la puede etiquetar como “dañosa” (en los términos vistos): precisamente, cuando haya razones suficientes que justifiquen la extensión de la prohibición también a dichos individuos o grupos.

Regla 51ª: No obstante, en los casos en los que las prohibiciones de acciones fundamenten auténticos mandatos de mejora de situaciones preexistentes, tales prohibiciones tan sólo pueden resultar moralmente justificables cuando el cumplimiento de tales mandatos vayan orientados a crear una situación más justa, a reducir relaciones de dominación o discriminatorias preexistentes. (Aquí, otra vez, la teoría republicana del Derecho se distancia de la teoría liberal, que abominaría de estos mandatos imperativos de mejora.)

Un ejemplo de lo primero (reducción o eliminación de relaciones de dominación) sería el caso en el que el Estado obliga (a través de una prohibición que sanciona la omisión) a otorgar mejores condiciones de trabajo a todos los trabajadores de la empresa, en cuanto ésta tenga un mínimo de beneficios. Y un ejemplo de lo segundo (reducción o eliminación de situaciones discriminatorias) sería el caso, antes visto, en el que se obliga a contratar a miembros de una minoría étnica marginada.

Regla 52ª: No obstante, incluso cuando se den las condiciones recién expuestas, existirán dos límites absolutos a la justificación moral de los mandatos de mejora: primero, debe resultar justo imputar al destinatario de la prohibición el coste de asumir el deber de mejorar la situación preexistente de terceros; y, en segundo lugar, en ningún caso el mandato de mejora debe resultar tan exigente que cree, para el destinatario de la prohibición, una verdadera situación de dominación y/o de explotación a manos del beneficiario de la misma.

Así, acaso sea posible justificar (habría que argumentarlo más, desde luego) que es justo imponer a un empresario el deber —bajo amenaza de sanción— de elevar las condiciones de trabajo de sus trabajadores, como antes señalaba: al fin y al cabo los beneficios empresariales proceden en buena medida del trabajo que estos desempeñan. En cambio, me parece evidente que no podría justificarse moralmente (desde el punto de vista de la justicia de la atribución del coste) que cualquier ciudadano tuviese la obligación —también bajo amenaza de sanción— de dar de su patrimonio a terceros tanta parte cuanta fuese necesaria para igualar su nivel de riqueza. Pues, en este caso (y aun en el supuesto de que el objetivo de la igualdad total de patrimonios del conjunto de la ciudadanía resultase justificable en términos de justicia), no existe razón convincente alguna que fundamente imputar a todos los ciudadanos, uno por uno, el coste de llegar a tal situación de igualdad.

Piénsese en el ejemplo que acabo de utilizar: tal vez pueda justificarse por las razones apuntadas la asignación al empresario de un deber de mejorar, hasta un cierto límite, las condiciones laborales de sus empleados. Pero tal deber no puede ser ilimitado: no puede ser, por ejemplo, independiente de cuáles sean los resultados del negocio. Pues, en tal caso, se podría decir que el empresario estaba siendo explotado por sus trabajadores, al producirse una transferencia excesiva e injustificada de recursos de aquél hacia estos. Lo que, precisamente, en ningún caso puede justificarse moralmente. Y menos aún si, además, en dicha explotación se produce también una interferencia en la libertad negativa del sujeto explotado.

2.11. Sobre bienes jurídicos supraindividuales

Regla 53ª: Que podamos calificar a un bien jurídico (a un estado de cosas valioso, cuya protección por parte

del Estado, a través de prohibiciones jurídicas, frente a acciones dañosas resulta moralmente justificada) como “individual” o como “supraindividual” depende de si el interés en su protección obedece a la finalidad de preservar el estado (moralmente valioso) de un individuo determinado, o bien es independiente del estado de cualquier individuo determinado. Esto es, de si del estado de cosas en cuestión es posible predicar, o no, su naturaleza de propiedad o de relación de un individuo o grupo de individuos. En principio, no existe ninguna razón moral relevante para limitar la protección proporcionada por las prohibiciones jurídicas a una u otra clase de bienes (de estados de cosas).

Estar vivo es siempre una propiedad de alguien, de un sujeto. Y tener (ciertos bienes en el) patrimonio es también una relación que alguien —un sujeto— tiene (con ciertos entes: cosas).

Es cierto, no obstante, que la distinción (entre unos objetos de protección individuales y otros supraindividuales) no se deriva de ninguna “naturaleza de las cosas”, sino que obedece más bien a la aplicación de reglas morales a la realidad social. Así, por ejemplo, un objeto de protección que, en un primer vistazo, puede ser considerado como inequívocamente “individual”, como la vida humana independiente (en el lenguaje ontológicamente adecuado: estar vivo), no lo es por su propia esencia, sino porque, desde el punto de vista moral, decidimos que estar vivo es algo que resulta valioso ante todo porque favorece el “buen vivir” del individuo vivo. Y, como se trata de una cuestión moral, es posible pensar —no hace falta imaginar, tenemos ejemplos históricos— en teorías morales en las que el valor moral de la vida no tenga que ver con la existencia individual, sino con intereses colectivos: la voluntad divina, la supervivencia y desarrollo de la “raza”, etc. Del mismo modo, un estado de cosas que en principio nos puede parecer paradigmáticamente “supraindividual”, como el medio ambiente, podría ser convertido (sin duda, con alguna dificultad, debido a la naturaleza económica de bien público que el medio ambiente ostenta) en un objeto de protección “individual”: “cercando” fragmentos de la ecosfera (terrenos, aguas, aire) y asignándoselos a un individuo o grupo social en particular como “suyos”.

Regla 54ª: Es posible distinguir dos clases de bienes jurídicos supraindividuales. La primera de ellas son los llamados bienes jurídicos distributivos: consisten en estados de cosas que obedecen a un inte-

rés individual (y que, en este sentido, pueden ser conectados con bienes jurídicos individuales), pero que son protegidos sin necesidad de individualizar el daño, bastando con que exista un daño —indeterminado— a algún miembro del grupo social protegido (consumidores, trabajadores, etc.). En definitiva, en tales casos se trata de anticipar la intervención de la protección de bienes individuales. Por lo que más que de bienes jurídicos diferenciados, habría que hablar de técnicas de protección distintas.

Piénsese, por ejemplo, en una prohibición de imponer condiciones laborales ilegales a los trabajadores. En realidad, el estado de cosas afectado es un patrón de interacción (entre empleador y empleado) que, en términos generales (y éste es el matiz que marca la diferencia con los bienes jurídicos estrictamente individuales), atañe a propiedades (su nivel de ingresos, su horario, etc.) y relaciones (las razones por las que puede ser despedido o sancionado, etc.) de cada trabajador. La única diferencia con un bien jurídico prototípicamente individual, como la vida humana independiente, es que, para hablar de dañosidad, no será preciso establecer que todos los trabajadores se han visto dañados (ni, por consiguiente, determinar cuántos y quiénes son dichos trabajadores).

Regla 55ª: En cambio, hay otros estados de cosas valiosos que no pueden ser conectados directamente con ningún interés individual determinado: se trata de estados de cosas que poseen características estructurales de bienes públicos o de bienes comunes (en sentido económico). En ambos casos, nos hallamos ante estados de cosas (valiosos) de cuyo disfrute no es posible excluir a nadie. Justamente por ello, son auténticos bienes jurídicos supraindividuales.

Pensemos en dos ejemplos de objetos de protección eminentemente supraindividuales: el medio ambiente y la “seguridad del Estado” (sea cual sea la definición que, desde el punto de vista moral, resulte más apropiado otorgar a tal concepto). En ambos casos resulta hartamente difícil impedir que cualquier individuo o grupo de individuos que habitan en un determinado territorio disfruten de tales estados de cosas. Por ello, no parecería razonable intentar tratarlos como bienes privados. Por el contrario, resulta más adecuado, desde el punto de vista instrumental, reconocer, teniendo en cuenta su naturaleza, que, si son valiosos, lo son para todos en general, y para nadie en particular.

Regla 56ª: Tres son los límites a la protección de estados de cosas valiosos sin interés individual a tra-

vés de prohibiciones jurídicas. El primero estriba en que sólo pueden emplearse las prohibiciones jurídicas para proteger estados de cosas que afecten a aquello que el Estado está legitimado para proteger: libertad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y mental, etcétera.

De este modo, la pregunta acerca de qué es lo que diferencia, en este plano, los objetos de protección constituidos, por ejemplo, como el medio ambiente y la armónica relación entre vecinos puede ser respondida con facilidad: es cierto, ambos estados de cosas son moralmente valiosos; pero sólo el primero tiene que ver con funciones de protección que el Estado puede asumir legítimamente, no así el segundo. De manera que la protección y una buena interacción de los individuos y grupos con su ecosistema sí puede ser objeto de actuaciones estatales (veremos, a continuación, cuándo las mismas pueden ser, además, coercitivas). Mientras que, por el contrario, la protección de las interacciones corteses y agradables entre vecinos, no.

Conscientemente pongo aquí, desde luego, dos ejemplos poco problemáticos. Puesto que, evidentemente, hay otros casos en los que resulta dudoso que el estado de cosas en cuestión deba ser considerado como dotado de valor moral. Por mencionar un caso concreto, usualmente polémico: ocurre así, según creo, con aquellos estados de cosas —de creencias— relacionados con la religión. En ellos, pienso que no es sólo que no sea función del Estado protegerlos. Es que, además, resulta dudoso, a mi entender, que tengan valor moral propio: pueden tenerlo algunas de las acciones a las que dichas creencias dan lugar. Pero es dudoso —desde mi punto de vista— que lo tengan las creencias religiosas de los adeptos, consideradas en sí mismas. Y menos aún, por supuesto, el hecho mismo de la existencia y pretendida verdad de tal doctrina.

El segundo, en que sólo pueden emplearse prohibiciones para proteger estados de cosas que (aunque no puedan ser vinculados con el interés de algún individuo o individuos determinados) tengan relación con el buen vivir de los que son reconocidos como sujetos morales.

Veamos, con ejemplos, qué es lo que realmente implica la limitación anterior:

1) Hasta hace bien poco tiempo, el bienestar de los individuos pertenecientes a especies animales distintas de la humana era vista de forma generalizada

como una cuestión francamente irrelevante desde el punto de vista moral. Y ello, porque ningún sujeto moral (ningún ser humano o, más antiguamente, ningún ciudadano) veía tal cuestión como algo que afectase de algún modo a su situación, a su “buen vivir”. Es obvio que hoy tal situación ha cambiado.

2) En un sentido exactamente contrario, parece claro que hoy en día es difícil hallar voces —al menos, en Europa Occidental— que defiendan explícitamente el valor moral de la existencia de dios. Así (si admitimos siquiera sea a efectos argumentativos que es cierta la afirmación anterior), dicha existencia ha dejado de ser algo dotado de cualquier relevancia moral: precisamente, porque ningún sujeto moral (ningún ser humano) sostiene tal valor. Lo que, desde luego, no fue la regla, todo lo contrario, a lo largo de la historia de Occidente, hasta muy recientemente.

Regla 57ª: Por fin, hay un tercer límite, y es que, como ocurre en el resto de los supuestos, la protección, a través de prohibiciones jurídicas, de los estados de cosas valiosos sin interés individual sólo puede justificarse moralmente cuando las acciones que se pretendan prohibir sean dañosas para tales estados de cosas, en el sentido visto: cuando la alteración de la incolumidad del estado de cosas valioso (supraindividual) provoca la alteración del patrón de interacción todos o la mayoría de los individuos afectados por la clase de acciones dañosas de que se trate.

De este modo, es posible distinguir dos situaciones diferentes, por lo que hace al daño derivado de una acción:

1) El estado de cosas valioso es afectado en su incolumidad, pero ello no obliga a nadie a cambiar su forma de interactuar. En tal caso, no hay daño. No se justifica, pues, la prohibición jurídica. Ello ocurrirá, por ejemplo, si alguien contamina un río, pero existe ya un procedimiento y una organización preestablecidos (pueden ser tributos, precios, seguros, compensaciones de daños, etc.) que garantizan su recuperación. Nadie se ve forzado a cambiar su forma de vida, su interacción con el ecosistema. Luego no hay daño.

2) El estado de cosas valioso es afectado hasta tal punto que cualquier sujeto razonable cambiará su forma de interactuar en dicho ámbito. Y ello, porque se habrá producido un cambio en el nivel de recursos y/o de poder social persistentes para cada individuo o grupo de individuos. Se puede hablar, por ello, de daño.

Y la prohibición jurídica de la acción en cuestión podrá llegar a estar justificada. En el ejemplo anterior, se puede hablar, en sentido estricto, de daño si la acción de contaminación del río no se produce en un marco (o va acompañada de otras acciones, auxiliares de la principal) que evite que el resultado contaminante reduzca los recursos hídricos a disposición de quienes quieren interactuar con el ecosistema: bañarse, regar, dar de beber al ganado, etcétera.

Regla 58ª: Por lo demás, también en relación con los bienes jurídicos supraindividuales, son concebibles prohibiciones jurídicas de omisiones que se fundamentan en mandatos de mejora de situaciones preexistentes (del estado de cosas sin interés individual). Tales mandatos podrán justificarse moralmente siempre que se cumplan, también en este caso, los requisitos que más arriba expuse, en general, para la justificación de todos los mandatos de mejora.

Así, por ejemplo, podría estar justificada una norma prohibitiva que imponga, bajo amenaza de sanción, a ciertos sujetos un deber de mejora del estado del medio ambiente, en un lugar y momento dados: a los empresarios de una determinada región, pongo por caso. No obstante, debería haber razones morales (de justicia) para imponer el coste de la mejora del medio ambiente a los empresarios. Por ejemplo: que sus empresas se vienen aprovechando del ecosistema, y obteniendo beneficios a partir de su explotación (de manera desproporcionada, en comparación con el resto de la ciudadanía). Y, además, será necesario que la prohibición jurídica no imponga un mandato de mejora de tal entidad que dé lugar a una verdadera situación de explotación y/o de dominación, de la colectividad sobre los destinatarios de la norma. Tal cosa ocurriría, por ejemplo, si, en el caso expuesto, el deber de mejora del medio ambiente que se impusiera a los empresarios fuese de tal calibre que los mismos trabajasen prácticamente sólo para cumplir con dicho deber.

2.12. Sobre el principio de proporcionalidad

Regla 59ª: Al examinar la cuestión de la proporcionalidad, de lo que se trata es de valorar si está justificado (moralmente) limitar la libertad negativa (derivada de los derechos humanos) del destinatario de la prohibición jurídica, por el hecho de que dicha limitación permita evitar un daño al bien jurídico protegido (a un estado de cosas moralmente valioso). La

cuestión de la justificación moral se enjuicia, pues, en este momento, sobre la base de la idea de proporcionalidad: de que constituye una condición necesaria —que no suficiente— para dicha justificación el que la interferencia en la libertad negativa del destinatario de la norma resulte “proporcionada”; vale decir, imprescindible (subsidiaria) y, además, razonable en su magnitud.

Regla 60ª: El primer requisito para la proporcionalidad es el de la subsidiariedad. El requisito previo de la necesidad de la interferencia se da por supuesto, en este momento: si no hubiera necesidad de intervención, no existiría acción dañosa para el bien jurídico que prohibir, no habría nada frente a lo que proteger éste, por lo que no se suscitara siquiera la cuestión de la proporcionalidad. Consiste en una doble exigencia; primero, que no exista ninguna alternativa eficaz para proteger el bien jurídico que no pase por la prohibición jurídica de la acción dañosa; y segundo, que la interferencia en la libertad negativa del destinatario de la norma constituida por la prohibición jurídica tenga siempre el alcance menos intrusivo posible, con tal de que sea suficientemente eficaz.

En principio, limitar el objeto de las prohibiciones jurídicas a la clase de las acciones dañosas (en el sentido visto) introduce ya una restricción, desde el punto de vista del requisito de la subsidiariedad, a las actuaciones estatales que interfieren en la libertad negativa: se presume, en efecto, que aquellas acciones que no son dañosas, aun cuando afecten a la incolumidad del bien jurídico, no justifican una actuación estatal tan contundente como su prohibición; se presume, pues, que existe siempre una alternativa de actuación igual de eficaz para evitarlas. Así, por ejemplo, se presupone que frente a una conducta racista en el ámbito de una interacción estrictamente privada (un individuo que se niega, por motivos racistas, a cenar en el mismo restaurante que yo, a dirigirme la palabra, a trabajar a mi lado) no hay nunca razones bastantes, desde el punto de vista de la condición de subsidiariedad, para actuar a través de una prohibición jurídica, porque —también se presupone— siempre hay otros medios que interfieren menos en la libertad negativa del agente y que resultan suficientemente eficaces para evitarla.

Sea como sea, lo cierto es que de lo anterior no se deduce la conclusión inversa: no puede afirmarse que siempre que una acción sea dañosa se cumpla el requisito de subsidiariedad, que justificaría su prohi-

bición. Pues puede ocurrir —es perfectamente imaginable— que, ante una determinada clase de acciones dañosas, existan en el caso concreto alternativas de actuación estatal (menos lesivas para la libertad negativa del agente) para evitarlas. Por ejemplo: no dudaremos en calificar como dañosa una conducta de difusión de rumores maliciosos en el mercado de valores. Y, sin embargo, es posible que la misma pueda ser evitada de forma eficaz mediante actuaciones estatales alternativas (relativas a la transparencia de los operadores bursátiles, pongo por caso), sin necesidad de prohibirla ni de sancionarla.

Regla 61ª: El segundo requisito es la proporcionalidad, propiamente dicha, entre la interferencia en la libertad negativa y la protección alcanzada así para el bien jurídico. La determinación de si existe o no esta proporcionalidad no puede deducirse directamente a partir de ningún espacio pre-político de “derechos naturales” (como pretendería la teoría libertaria de los derechos); pero tampoco puede (como pretende la teoría republicana) dejarse en manos de la decisión que adopten discrecionalmente las propias instituciones políticas. Por el contrario, solamente sobre la base de una teoría moral sustantiva, que establezca qué derechos morales (derechos humanos) le corresponden a cada sujeto en cada ocasión, es posible determinar si, en un caso concreto, existe o no proporcionalidad: si, en el caso concreto, el valor moral de preservar la incolumidad del estado de cosas valioso encarnado en el bien jurídico por la prohibición jurídica ha de ostentar una precedencia (una precedencia condicionada, en todo caso) sobre el valor moral de la libertad negativa del destinatario de la norma.

De nuevo, un ejemplo puede aclarar lo que quiero decir: para resolver el dilema de la ponderación entre derechos de los trabajadores y libertad de empresa del empleador (a la hora, por ejemplo, de configurar normas prohibitivas en contra de las conductas discriminatorias), no hay otra solución que elaborar una teoría (moral) acerca de los derechos de cada una de las partes. Así, si —como es mi caso— se da preeminencia, en la ética normativa que defiende, a la igualdad, entonces podrían estar justificadas prohibiciones de conductas de empresarios que (aun constituyendo ejercicio de la libertad de empresa) afecten de forma efectiva a la igualdad de trato de los trabajadores. Pero, obviamente, no pensaría lo mismo quien defiende una teoría más liberal acerca de los derechos humanos.

2.13. Sobre la justicia e injusticia de las prohibiciones jurídicas

Regla 62ª: En tanto que técnica de imputación de costes (de la protección de un estado de cosas valioso), la prohibición jurídica resulta particularmente rígida: imputa todo el coste a uno de los sujetos implicados en la interacción. Por ello, hace surgir necesariamente preguntas acerca de en qué ocasiones es razonable hacer una imputación tan radical, y cuándo no. Solamente, pues, cuando la imputación de todos los costes a una de las partes de la interacción resulte justa debería recurrirse a la técnica de la prohibición jurídica, y no en otros casos.

Planteado con toda crudeza, en un ejemplo que creo suficientemente demostrativo: ¿por qué se puede llegar a justificar la obligación impuesta al administrador de un patrimonio ajeno —a través de la hipótesis que se considera— (una prohibición jurídica de la conducta de administración desleal culposa) de asumir los costes de información, aseguramiento, etc., que conlleva una actividad de administración lo suficientemente diligente como para garantizar de forma óptima los intereses patrimoniales del propietario? Desde luego, la argumentación no podrá consistir únicamente en alegar que el patrimonio es un estado de cosas valioso (cierto), que el Estado puede legítimamente actuar para protegerlo (cierto) y que la conducta de administración desleal es dañosa para el patrimonio (cierto). Pues, pese a todo, seguirá subsistiendo la cuestión de por qué hay que dar tanta preponderancia a los intereses del propietario (al que se otorgan la mayor parte de los beneficios), frente a los del administrador (al que se le adjudican todos los costes). Es decir, seguirá pendiente la cuestión del efecto de la prohibición jurídica sobre la justicia distributiva y conmutativa de la situación social a la que la misma ha de ser aplicada. Y, sin embargo, la abrumadora mayoría de los debates político-criminales sobre problemas como el que acabo de exponer se quedan —si es que llegan— en aquel primer estadio de argumentación, tan insuficiente.

Para ser más precisos: como ya señalé hay muchas ocasiones en las que los costes derivados de la prohibición no son asumidos únicamente (aunque también) por el destinatario de la norma, sino también por terceros. Así, si un administrador de bienes ajenos asume costes (en virtud de una prohibición de la administración desleal culposa), parte de los mismos

acabarán por ser transferidos a terceros: empleados suyos, familiares, socios, etc. De cualquier forma, puede observarse que se trata en todos los casos de un reparto de costes que es fruto de la dinámica “natural” (esto es, social) de la interacción, no de un efecto predeterminado por la norma. Y, en tal medida, dicho reparto “natural” resulta tan problemático, o más, desde el punto de vista de la justicia distributiva y de la justicia conmutativa, que la imputación global al destinatario de la prohibición (¿por qué, en efecto, debe un empleado de una institución de inversión colectiva soportar parte de los costes —en la forma, por ejemplo, de una reducción de salario— derivados de la prohibición que afecta a su empleador?)

Regla 63ª: Hay una primera situación en la que el recurso a la técnica de la prohibición jurídica puede considerarse moralmente justificada desde el punto de vista de la justicia de la imputación de costes: cuando el daño provocado por la acción a prohibir resultaría de todo irreparable, puesto que no es posible diseñar mecanismo alguno que permita repararlos. En tal caso, la prohibición de la conducta dañosa resultará —al menos, desde esta perspectiva— moralmente justificada.

Así, parece claro que en el caso del homicidio, o en el del daño medioambiental catastrófico, basta con la naturaleza esencialmente irreparable de tales eventos para que pueda estar justificada cargar al agente (que pone en peligro la vida humana, o el medio ambiente de un modo muy sustancial) con todo el coste de la preservación de los respectivos estados de cosas valiosos, prohibiendo su conducta. Para ello, será suficiente con que la prohibición sea la solución más eficaz —o menos ineficaz— para lograr tal preservación: si esto ocurre, la prohibición (de una conducta dañosa) estará ya suficientemente justificada en términos morales, resultará justa.

Regla 64ª: En cambio, cuando el daño que causa la acción a prohibir no sea un daño irreparable, es preciso distinguir. Así, en primer lugar, desde el punto de vista de la justicia distributiva (reparto global de cargas y beneficios), la prohibición jurídica será moralmente justificable únicamente si resulta neutral desde el punto de vista distributivo. O bien, si existen razones morales (de justicia distributiva) que justifiquen el empeoramiento de estatus (de recursos y/o de poder social) que la clase de individuos destinatarios de la norma va a experimentar, a consecuencia de los costes que habrá de asumir a causa de la prohibición.

Y, en cambio, no estará justificada cuando la prohibición no resulte neutral desde el punto distributivo, pero no haya razones morales atendibles que justifiquen tal pérdida de estatus.

Así, una norma que resulte neutra desde el punto de vista distributivo —la que prohíbe las lesiones dolosas, por ejemplo, puesto que no parece que vaya dirigida de forma selectiva a ningún grupo social en particular, a la vista de que este fenómeno criminal se reparte de forma bastante equilibrada a lo largo de toda la sociedad— resultará siempre aceptable desde el punto de vista de la justicia distributiva, pues es suficiente con que no ocasione un efecto distributivamente indeseable (no es preciso, pues, que cause uno favorable).

Pero también será aceptable, desde este punto de vista, una prohibición que produzca efectos distributivos de empeoramiento de estatus, siempre que la misma vaya dirigida a proteger un bien jurídico y, además, el empeoramiento de estatus resulte justificable en términos de justicia: así, por ejemplo, una prohibición que impida ciertas prácticas empresariales rentables (la subcontratación de personal, por ejemplo) en pro de la protección de los derechos de los trabajadores sería un caso paradigmático de esta segunda hipótesis.

Regla 65^a: En segundo lugar, desde el punto de vista de la justicia conmutativa (del reparto de cargas y beneficios entre los sujetos participantes en la interacción que se vería afectada por la prohibición jurídica), la prohibición sólo estará moralmente justificada cuando, teniendo en cuenta las razones morales que existen para que el sujeto actuante tuviese en cuenta los intereses de la(s) otra(s) parte(s) de la interacción, se pueda concluir que resulta justo imputar todos los costes de preservar el estado de cosas valioso al agente; y no, en cambio, repartirlos (entre el agente, los beneficiarios del estado de cosas valioso —del bien jurídico— y, eventualmente, terceros). En concreto, tal cosa ocurrirá cuando se produzca una transferencia forzada e injusta (de recursos y/o de poder social) desde el beneficiario del estado de cosas valioso (el titular del bien jurídico protegido) hacia el sujeto actuante. Y tal transferencia será injusta únicamente cuando ni el beneficiario ni la comunidad puedan ser culpados: cuando aquél haya obrado, en su disfrute del estado de cosas valioso, de modo moralmente correcto; y cuando, por otra parte, no sea posible culpar a la comunidad del surgimiento de (la oportunidad de realizar) la acción dañosa.

Así, por ejemplo, parece que, desde el punto de vista de la justicia conmutativa, solamente puede ser justa la prohibición jurídica de la conducta de empobrecer patrimonialmente a un tercero allí donde se den dos condiciones (adicionales: partimos de que la conducta de empobrecimiento es dañosa —en los términos vistos— para el patrimonio, de que la preservación de un cierto estado de cosas en la disponibilidad de cosas materiales por parte de los sujetos resulta moralmente valiosa y de que, en fin, el Estado puede legítimamente actuar para proteger dicho estado de cosas): 1) que no sea posible reprochar al tercero ningún comportamiento moralmente incorrecto que haya favorecido su empobrecimiento (por ejemplo, si el tercero se embarcó, movido por su afán de lucro, en negocios altamente especulativos y arriesgados, podría no darse esta condición, y no justificarse la atribución al agente de todo el coste de la preservación del patrimonio del sujeto); y 2) que tampoco resulte satisfactorio, desde el punto de vista moral, atribuir el origen del daño a la sociedad en su conjunto (de este modo, si la conducta de empobrecer a un tercero se derivase, por ejemplo, de una política económica netamente injusta y discriminatoria hacia ciertos sectores sociales —los trabajadores jóvenes, por ejemplo—, no sería justo cargar sobre el agente, a través de la prohibición de su conducta, todo el coste de la preservación del patrimonio, por lo que debería buscarse una solución más matizada, distinta de la de la prohibición jurídica).

2.14. Sobre la imputación justa de la infracción de la prohibición

Regla 66^a: La imputación a un sujeto actuante de una infracción de una prohibición jurídica se hace depender, en el ordenamiento jurídico, de tres clases de condiciones (desde el punto de vista de su naturaleza moral): unas tienen que ver con el principio *ultra posse nemo obligatur*, otras tienen que ver con los estados mentales del sujeto; y otras, en fin, con la existencia o inexistencia de un conflicto entre razones morales distintas concurrentes en el caso concreto, que empujan la valoración moral en direcciones distintas y contradictorias. Mientras que las dos primeras clases de condiciones poseen un sólido fundamento en la teoría moral (no exento, por supuesto, de algunas dudas e imprecisiones... pero, pese a todo, sólido) y resultan aplicables de forma uniforme y universal a todos los

supuestos en los que se enjuicia la existencia de una posible infracción, la tercera de las clases resulta más compleja: porque obedece a razones morales muy diversas, muchas veces más polémicas; y, en todo caso, aplicables sólo de modo (más o menos) casuístico.

Así, criterios como el de la previsibilidad objetiva del resultado (imputación del resultado a la acción), la previsibilidad y la controlabilidad del riesgo para quien ocupa una posición en la interacción social (desvalor objetivo de la acción), la exigibilidad general de otra conducta, el tratamiento del error invencible, etc., tienen, obviamente, que ver con el principio *ultra posse nemo obligatur*. Criterios como el dolo o los elementos subjetivos del injusto (o, si se aceptan, de los elementos subjetivos de justificación) tienen que ver con los estados mentales. En los supuestos de riesgo permitido o de aquellas reglas que autorizan a crear riesgos excepcionales en situaciones de necesidad (estado de necesidad, legítima defensa), de lo que se trata es de un conflicto entre la protección del bien jurídico y razones morales utilitaristas. Y, en fin, la vigencia, por ejemplo, del derecho fundamental a la libertad de expresión, introduciendo un ámbito de libertad que choca con determinadas prohibiciones jurídicas (con la de la apología del genocidio, por ejemplo), tiene que ver con el conflicto entre el bien jurídico protegido y razones morales de índole deontológico.

Regla 67ª: Así, en el caso de un conflicto entre, de una parte, las razones morales en favor de la preservación del estado de cosas valioso que constituye el bien jurídico, que justifican la prohibición, y, de otra, otras razones morales de corte utilitarista (con el suficiente peso moral) que empujan en favor de limitar dicha protección, lo que hay que determinar, en primer lugar, es cuál de las alternativas de decisión (cuál de los contenidos prescriptivos posibles de las reglas de imputación de una infracción de la prohibición jurídica) da lugar a la mayor utilidad global. Y, en segundo lugar, es preciso comprobar si dicha alternativa de decisión resulta neutral desde el punto de vista distributivo, no neutral, pero sí moralmente valiosa; o, en fin, neutral, pero moralmente indeseable, por empeorar de un modo injusto la distribución global de costes y beneficios. Sólo en los dos primeros casos las razones utilitaristas pueden justificar que, en la configuración de la infracción, se introduzca una restricción que impida que determinadas acciones sean consideradas, pese a todo (pese a resultar subsumibles en principio

en la clase de las acciones prohibidas), como infracciones.

Así, una restricción de la protección del patrimonio de la gran empresa en pro de preservar los derechos de los pequeños consumidores (por ejemplo: restringiendo —mediante una interpretación valorativa de las reglas de cuidado— el deber de conducta de estos últimos, por lo que se refiere a la obligación de informar, en la contratación, acerca de su capacidad de pago), si resultase justa desde un punto de vista distributivo (e incluso si resultase tan sólo distributivamente neutra), podría estar también justificada. Piénsese, en cambio, en el caso justamente contrario: restringir el deber de conducta de un gran empresario, a la hora de contratar con pequeños consumidores, con el fin de preservar el beneficio empresarial, limitando su obligación de información acerca de las características y vicios de sus productos, no podría justificarse, debido al favorable impacto distributivo que ello necesariamente conllevaría.

Regla 68ª: En el caso de un conflicto entre, de una parte, las razones morales en favor de la preservación del bien jurídico que justifican la prohibición y, de otra, otras razones morales de corte deontológico (con el suficiente peso moral) que empujan en favor de limitar dicha protección, habrá que recurrir, nuevamente, al principio de proporcionalidad, como instrumento heurístico para ponderar el valor relativo (y, consiguientemente, cuál es la relación de precedencia condicionada moralmente preferible) de ambas clases de razones morales. Aquí, sin embargo, el principio de proporcionalidad no ha de servir para determinar si prohibir una determinada clase de acciones está moralmente justificado: al contrario, se tratará más bien de decidir si, una vez prohibida dicha clase de acciones, hay alguna de ellas que, pese a todo, debido a la eventual concurrencia *en el caso concreto* de un derecho subjetivo del destinatario de la prohibición, no debe considerarse como una infracción.

Aquí no es posible examinar en detalle la compleja metodología de la ponderación. Sí cabe ilustrarla, no obstante, a partir de un ejemplo. Pensemos, así, en la situación que se produce cuando, frente al valor moral de la protección de bienes jurídicos tan importantes como los que se derivan de los derechos humanos (de la vida humana, individual y colectiva, a través de la prohibición del genocidio), se opone otro derecho humano, como es la libertad de expresión: en el debate en torno a los límites de la justificación moral de la

incriminación de la incitación al odio racial y al genocidio. En este caso, es preciso articular argumentos (además de sobre la conexión de lesividad entre la conducta de provocación y el bien jurídico) acerca del valor relativo de ambos derechos humanos. Y, para ello, no hay otra vía que construir una teoría moral sustantiva, en la cual enmarcar el debate. Así, por ejemplo, yo diría (sobre la base, por supuesto, de una determinada ética normativa) que allí donde no existe afectación inmediata al bien jurídico, el derecho subjetivo debe predominar; y que, por consiguiente, la incriminación de la conducta de incitación al odio racial y al genocidio no estará, en general, moralmente justificada, aun cuando pueda haber casos excepcionales en los que sí lo esté (casos de provocación directa, por ejemplo). Pero, desde luego, tal conclusión sólo puede ser extraída después de: *a)* haber explicitado la teoría moral sustantiva de la que se parte; *b)* haber constatado la idoneidad y la subsidiariedad de la protección del bien jurídico a través de una prohibición y de un deber de conducta que de ella se deriva; y *c)* por lo que se refiere a la proporción —en sentido estricto— entre prohibición jurídica y (des-)protección del derecho subjetivo, habrá que estar al valor moral que a cada uno de ambos objetos pueda otorgarse (a tenor de la teoría moral sustantiva) en el caso concreto y, además, a las consideraciones empíricas pertinentes (acerca de la probabilidad e inmediatez de las consecuencias, respecto del bien jurídico y respecto del derecho fundamental).

Sobre la base de consideraciones como las que se acaban de exponer, se llegará finalmente a una cierta conclusión (moralmente plausible): así, en nuestro ejemplo, a una interpretación restrictiva del delito de incitación al odio racial y al genocidio, que excluya de su tipicidad (a pesar de que en principio podría resultar subsumible en su tenor literal) las conductas de mera expresión de opiniones acerca de que el genocidio resulta moralmente justificable, o constituiría un bien moral.

2.15. Sobre la justificación de la sanción

Regla 69ª: Una vez constatadas la existencia de una prohibición y la posibilidad de imputar justamente a una acción la cualidad de infracción de la misma, aún queda por determinar —por argumentar— si la sanción a imponer (la prevista por la norma jurídica sancionadora) es justa. Y, sobre todo, en qué medida

lo es. Ello pasa, por un lado, por elaborar una teoría de la sancionabilidad (de la infracción justamente sancionable); y, por otro, por elaborar una teoría de la sanción justa.

Regla 70ª: Una teoría moralmente satisfactoria de la sancionabilidad ha de apoyarse en dos bases: en una teoría de la personalidad moral; y en una teoría de la culpa moral. Respecto a lo primero, no parece que el debate político-criminal pueda aportar gran cosa: parece razonable aceptar, en el ámbito del Derecho penal (y, más en general, del Derecho prohibitivo), aquella teoría de la personalidad moral que resulte, en general, más convincente desde el punto de vista moral. Tal teoría es, me parece, una que se apoye en cuatro elementos: capacidad para el autorreconocimiento, aptitud para el reconocimiento por parte de la comunidad, posibilidad de una imputación racional de acciones y razonabilidad de la realización de valoraciones morales sobre dichas acciones.

Pongo un solo ejemplo, para que se comprenda el modelo de argumentación (en torno a la teoría de la personalidad moral, como primera condición para la sancionabilidad de una infracción) que estoy propugnando: en el debate acerca de si las personas jurídicas deberían o no ser objeto de sanciones penales, aquella parte —puesto que, obviamente, hay otras— que tiene que ver con la sancionabilidad (penal) de las infracciones que cometen no debería acometerse preguntándonos si las sociedades mercantiles son, de hecho, reconocidas como personas morales por la mayoría de los miembros de la comunidad. Por el contrario, deberíamos preguntarnos si hay razones (morales) bastantes, o no, para otorgarles tal reconocimiento. ¿Debemos tratar a las asociaciones y a las empresas como “individuos” de nuestra sociedad, es la forma moralmente más correcta de tratarlas?

Regla 71ª: Del mismo modo, una imputación justa de sanciones no puede conformarse con que exista la infracción y con que el sujeto al que la misma es imputada pueda ser considerado un sujeto moral: es necesario, además, que pueda culparse moralmente a dicho sujeto por tal infracción. A tenor de la teoría moral más convincente, existe culpa moral de un sujeto moral en virtud de una acción (moralmente incorrecta e imputable a él, cuando dicha acción puede ser valorada como reveladora de algún rasgo de su personalidad que resulte moralmente relevante; cuando se pueda, pues, valorar que existe una correspondencia suficiente entre el significado de la decisión



(expresada luego en la acción) y rasgos del carácter del sujeto actuante que posean relevancia moral. Ello sólo ocurrirá cuando: *a)* la personalidad psíquica del sujeto actuante esté constituida de un modo suficientemente normal; *b)* la infracción (y no sólo la acción) es intencional; y *c)* la decisión ha sido adoptada en condiciones de suficiente autonomía (y no sólo en condiciones de suficiente libertad negativa).

Regla 72ª: Por su parte, una teoría de la sanción justa se compone de dos elementos: de una teoría acerca de las sanciones (en principio) moralmente justificables; y de una teoría acerca de la proporcionalidad entre infracción y sanción.

Regla 73ª: La teoría de las sanciones moralmente justificables ha de consistir, a su vez, en —de una parte— un(os) criterio(s) de exclusión de aquellas sanciones que en ningún caso resultan moralmente justificables; y en —de otra— un(os) criterio(s) que permitan, en el caso de aquellas sanciones que no sean absolutamente injustificables, decidir si resultan o no justificadas en el caso concreto. Por lo que hace a lo primero, no están nunca moralmente justificadas ni las sanciones que puedan ser calificadas como crueles, inhumanas o degradantes. Ni tampoco aquellas sanciones que exclusivamente impliquen, desde el punto de vista objetivo, una instrumentalización y reificación del sujeto sancionado: que eviten tratarle como un sujeto moral (con el que cabe comunicarse, y razonar).

De este modo, por ejemplo, una sanción con fines exclusivamente preventivo-generales (quiero decir: cuyo contenido sea fijado exclusivamente atendiendo a tales fines), que prescinda por completo de la valoración moral que merezcan tanto la infracción como el sujeto infractor, resultaría, en mi opinión, siempre injustificable desde el punto de vista moral. Así ocurriría si el legislador impone penas draconianas para hechos completamente leves, tan sólo con el fin de generar un miedo grave en los potenciales infractores futuros. Dicha pena, en tanto que mera instrumentalización del infractor (que se convertiría en puro cuerpo —castigado— portador de mensajes para terceros), sería ilegítima, por infringir la prohibición de instrumentalización.

Regla 74ª: Por lo que hace al criterio para la justificación moral de las sanciones (no absolutamente injustificables) en el caso concreto, creo que éste ha de ser el criterio de necesidad: sólo la sanción necesaria puede estar moralmente justificada. Por el contrario, la sanción innecesaria resulta siempre injustificable.

Necesidad, aquí, implica también subsidiariedad: puesto que la sanción es siempre un mal moral, sólo el mal necesario y subsidiario puede llegar a estar justificado.

Regla 75ª: Esto suscita, a su vez, la cuestión de los fines (moralmente justificados) de las sanciones. En mi opinión, tales fines han de ir referidos en todo caso a la prevención general de infracciones, a través de la comunicación (del Estado con el sujeto moral), orientada a interferir en el proceso de motivación de éste último, proporcionándole razones, morales e instrumentales (que se pretenden perentorias), para actuar de acuerdo con el contenido prescriptivo de la prohibición jurídica a la que la sanción pretende reforzar. Es cierto, no obstante, que tal finalidad preventiva y comunicativa ha de concretarse de manera diferentes en los diferentes momentos en los que las sanciones cobran operatividad dentro del funcionamiento del sistema penal. Así, en el momento de la conminación generalizada frente a todos los destinatarios de la norma, la finalidad se concreta en la prevención general, frente a potenciales infractores. En el momento de la imposición de la sanción a un determinado infractor, la finalidad ha de ser la de comunicar, frente al infractor, a la víctima y a la comunidad, el mensaje de que la sanción impuesta es justa, merecida. Por fin, en el momento de la aplicación de la sanción, la finalidad que debe cobrar prioridad es la comunicación (en sentido preventivo-especial) con el infractor.

Regla 76ª: El logro de las finalidades anteriores (y, por consiguiente, el que la sanción resulte o no necesaria —y que, por lo tanto, esté o no moralmente justificada) depende, en todo caso, de que la sanción sea (percibida, con argumentos suficientes para ello, como): *a)* eficaz (la sanción ineficaz es siempre innecesaria); *b)* subsidiaria (la sanción no subsidiaria es siempre innecesaria); y *c)* merecida. La sanción no merecida es siempre innecesaria, porque es incapaz de cumplir las finalidades preventivas, a través de la comunicación con el infractor y con la comunidad, que debe perseguir.

Así, la conminación con una pena de prisión que, por los destinatarios primordiales de la misma (por ejemplo: un grupo social especialmente marginado y con una subcultura muy particular), no puede cumplir sus fines preventivo-generales (en el sentido visto, que ha de incluir no sólo la amenaza, sino también la razonabilidad moral) es siempre una medida que ha de ser vista como injusta, moralmente injustificable.

Regla 77ª: Teniendo en cuenta el hecho de la esencial inconmensurabilidad de la gravedad de las infracciones con la gravedad de las sanciones, el merecimiento de pena sólo puede ser determinado en términos relativos: esto es, partiendo del establecimiento de las sanciones que están disponibles (tanto en términos tanto cualitativos —interdicción de las penas crueles, inhumanas y degradantes y de aquellas que den lugar a una reificación del delincuente— como cuantitativos, magnitud máxima de pena que resulta aún compatible con el principio de humanidad de las sanciones), para, luego, ordenar correlativamente —por su gravedad— tanto infracciones como sanciones, estableciendo correspondencias entre franjas de gravedad de unas y de otras; teniendo para ello en cuenta tanto el grado de desvalor del hecho (que se deriva de la importancia del bien jurídico afectado, pero también del grado de lesividad de la conducta infractora) como el desvalor de la acción (que, en atención a las condiciones de imputación que la acción prohibida cumpla, será mayor o menor). De este modo, lo único que es posible asegurar es que no se produzcan desigualdades injustificables en el tratamiento sancionador de las infracciones. Mas en ningún caso asegura que podamos afirmar que la sanción es (plenamente) “justa”, en el sentido más fuerte del término.

2.16. Sobre el control estatal coercitivo de la peligrosidad sin atribución de responsabilidad jurídica

Regla 78ª: En principio, la aplicación de la coerción estatal para evitar conductas peligrosas para bienes jurídicos sólo puede llegar a estar justificada moralmente cuando se haga en las condiciones ya vistas: esto es, mediante la creación de prohibiciones jurídicas (moralmente justificadas en los términos expuestos), y mediante la conminación y, en su caso, imposición y aplicación de sanciones a quienes las infrinjan. Así pues, en principio, cualquier otra coerción estatal pretendidamente fundada en la necesidad de controlar la peligrosidad (para bienes jurídicos) de una determinada clase de acciones carece de justificación moral suficiente.

Regla 79ª: Este principio general conoce, no obstante, una excepción: aquellas situaciones extremas en las que exista un peligro grave e inminente para un bien jurídico de gran valor moral, que es urgente evitar ya, y frente al que el empleo de la técnica de la responsabilidad jurídica (como instrumento pre-

ventivo) ha de revelarse necesariamente —y no sólo eventualmente— ineficaz, dada la premura de tiempo existente. En todo caso, aun en este supuesto extremo, la actuación coercitiva estatal —recuérdese, sin que se haya establecido todavía la existencia de una infracción, y menos aún de responsabilidad alguna— debería, para resultar justificable, aparecer limitada por: 1) el fin exclusivo de mantener la peligrosidad bajo control; y 2) por las limitaciones derivadas del principio de proporcionalidad.)

De este modo, por ejemplo, cerrar un periódico sobre la base de que (pretendidamente) el mismo es empleado para emitir mensajes subversivos, o detener a un grupo completo de manifestantes porque algunos de ellos han (pretendidamente) cometido un delito de desórdenes públicos, son comportamientos que (además de poder entrar en conflicto con derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, en todo caso) resultan moralmente ilegítimos, ya que ambas situaciones de conflicto pueden ser perfectamente encauzadas a través del desarrollo de un procedimiento —administrativo o penal— de determinación de responsabilidad jurídica, sin necesidad de una previa coacción directa, dado que el riesgo (pretendidamente) amenazante no sería en cualquier caso tan inminente ni tan grave.

2.17. Sobre la justificación específica del empleo del Derecho Penal

Regla 80ª: La utilización de sanciones penales exige (además de las condiciones que se han visto ya, para que tanto las prohibiciones jurídicas como las sanciones —de cualquier índole— que las refuerzan resulten moralmente justificables) un esfuerzo adicional de argumentación moral justificativa. Y ello, porque sus sanciones resultan particularmente afflictivas y porque, además, la condena penal conlleva un efecto simbólico —y estigmatizador— específico. No basta, pues, con justificar que una conducta deba prohibirse, y que deba sancionarse. Hay que examinar, además, de forma específica, si se justifica el recurso a sanciones penales.

Regla 81ª: Así, sólo debería recurrirse a prohibiciones jurídicas reforzadas mediante sanciones penales allí donde la acción dañosa (que, por consiguiente, de acuerdo con lo visto, en principio puede estar moralmente justificado prohibir y, en su caso, sancionar, sea de tal naturaleza que no sólo afecte a la situación



del sujeto directamente afectado dentro de la interacción, sino que, además, debido a las características de la estructura de la comunicación social en el ámbito de interacción de que se trate, la acción dañosa del agente produzca una verdadera desestabilización sistémica: es decir, cuando el resto de participantes —presentes y futuros— en interacciones similares a la dañada pasen a encontrarse desorientados a la hora de fijar su patrón de comportamiento, a ser incapaces de constituir unas expectativas claras sobre lo que (les) puede ocurrir. Con lo que la interacción se vuelva verdaderamente problemática. Tal impacto sistémico de la acción dañosa depende, en parte, de las características de la propia acción, pero en parte también de los rasgos del ámbito de la vida social de que se trate. En todo caso, la existencia o inexistencia de impacto sistémico es algo que debería ser regularmente comprobado, antes de adoptar eventuales decisiones de incriminación, para que estas resulten racionales, y justificables. Y que debe ser comprobado recurriendo a datos empíricos.

Así, por ejemplo, si un mismo emisor —un agente económico— transmite al tiempo con su conducta el mensaje de que los contratos se basan en el compromiso de cumplir las obligaciones y, si no, responder patrimonialmente del incumplimiento, pero también el de que dicha responsabilidad patrimonial no es estrictamente vinculante, sino que puede ser eludida mediante la provocación de la propia insolvencia, entonces puede que los mensajes no sean estrictamente contradictorios en términos lógicos, pero es claro que transmiten al receptor (otro agente económico: la otra parte contratante) una información que le resulta inasumible desde el punto de vista pragmático: en efecto, ¿debe el receptor contratar o no contratar, debe confiar en el cumplimiento de la obligación o no, debe adoptar garantías específicas o confiar en las reglas generales de la responsabilidad patrimonial?

2.18. Sobre la justificación instrumental de prohibiciones y sanciones

Regla 82^a: Una vez constatado el hecho de que una prohibición jurídico-penal, así como las sanciones que conlleva su infracción (y las condiciones de imputación para que ésta exista), son jurídicamente vá-

lidas (no son inconstitucionales) y están moralmente justificadas, todavía queda por discutir la cuestión de si resultan racionales desde el punto de vista instrumental. Pues una prohibición y/o una sanción válidas y moralmente correctas carecen, pese a todo, de justificación suficiente si resultan irracionales desde este último punto de vista, y deberían, por ello, ser modificadas o eliminadas.

Así, podrá ocurrir que resulte recomendable limitar el alcance de una prohibición moralmente justificables, por no existir suficiente necesidad de incriminación o de sanción: el legislador puede razonablemente dejar de prohibir una conducta dañosa (que estaría, pues, moralmente justificado prohibir) si, sin embargo, previsiblemente la misma va a ocasionar al autor fuertes sanciones sociales o una *poena naturalis* (un daño físico derivado del propio comportamiento del autor) tan grave que harán que, racionalmente (si es que su perfil criminológico indica que decidirá de un modo racional), él mismo procure controlar su intención dañosa.

Pero no podría, por el contrario, un legislador justificadamente hacer lo contrario: no podría imponer una pena más elevada de la merecida conforme a criterios de proporcionalidad, para aumentar la eficacia preventiva de la prohibición.

Regla 83^a: El primero de los requisitos de racionalidad instrumental de una prohibición jurídica es que sus objetivos de protección del bien jurídico resultan realizables. Así, si las prohibiciones jurídicas resulten inermes para evitar la afectación a la incolumidad del estado de cosas valioso que se pretende proteger⁶ (porque el deterioro de dicha incolumidad no se deriva de acciones humanas, o porque, pese a derivarse de tales acciones, los agentes no son asequibles al efecto motivador que pretenden las prohibiciones), entonces prohibir una acción resulta siempre irracional, e injustificable. (Y ello, con independencia de cuál sea la valoración moral que la acción en cuestión nos merezca: recuérdese que la justificación última de las prohibiciones jurídicas es consecuencialista, atañe a la evitación de daños, no a la moralidad o inmoralidad de la acción misma.)

Piénsese, por ejemplo, en la norma penal que prohíbe los ultrajes a España (art. 543 CP). Dejemos a un lado —y ya es mucho dejar— su dudosa constitucio-

⁶ O su efectividad no sea comprobable: la carga de la prueba y de la argumentación cae del lado de quien pretende que la sanción está justificada.

nalidad (y, en todo caso, su carencia de justificación moral), a causa de la colisión de su contenido prohibitivo con el contenido de la libertad de expresión; la vaguedad extrema del tenor literal del tipo (que podría violar el principio de legalidad penal); y la dificultad —si no imposibilidad— de hallar un estado de cosas que sea moralmente valioso y, sobre todo, que sea de aquellos que el Estado puede legítimamente proteger. Aun si todos los inconvenientes que acabo de exponer desapareciesen, lo cierto es que seguiría subsistiendo la cuestión de si es posible incidir de manera efectiva a través de prohibiciones sobre las emociones de las personas acerca de esos entes culturales que denominamos como “España”, “Estado español” o “nación española”. Pues, si no lo fuese, entonces habría que concluir que, aun cuando la subsistencia de cierta forma en dichas emociones mereciese, desde el punto de vista moral, la protección jurídica (a través de prohibiciones), seguiría sin estar suficientemente justificada la incriminación.

Regla 84ª: El segundo requisito de racionalidad instrumental tiene que ver con la viabilidad del efecto preventivo de las sanciones (en cada uno de los tres momentos en los que éstas resultan relevantes: conminación, imposición y ejecución): allí donde tal efecto no exista, la sanción (su existencia en la ley, su aplicación en la sentencia o su mantenimiento durante la ejecución) deja de estar justificada.

Regla 85ª: El tercer requisito de racionalidad instrumental consiste en la coherencia de los objetivos político-criminales de la norma. Así, en el caso de infracciones pluriofensivas, habrá que valorar las situaciones de conflicto de objetivos que pudieran producirse, para decidir en qué casos se da precedencia a alguno de los objetivos sobre los restantes y en cuáles, por el contrario, ha de buscarse (para que la prohibición resulte justificable desde el punto de vista instrumental) un equilibrio entre los objetivos concurrentes. Sea como sea, cuando no exista correspondencia entre el contenido prescriptivo de la prohibición y las conclusiones de dicha evaluación de coherencia, la prohibición jurídica resultará injustificable.

Así, por ejemplo, entiendo que (desde la perspectiva de la teoría moral que he venido sosteniendo a lo largo de este trabajo) es fácil argumentar que, en el caso de los delitos de terrorismo, ha de darse preferencia a la protección de los bienes jurídicos personales afectados sobre los intereses políticos del Estado, por poseer aquellos un mayor valor moral. Y, de este modo, una norma que redujese el nivel de protección

de aquellos en beneficio de estos resultaría injustificable, ya por razones morales: así, por ejemplo, un tipo penal en el que la definición de organización terrorista excluyese a los grupos paramilitares o parapoliciales, que hacen “trabajo sucio” (homicidios, detenciones ilegales, torturas, etc.) en pro de los mismos objetivos por los que actúan los órganos del Estado.

Por el contrario, allí donde, en una infracción pluriofensiva, no exista razón moral alguna para dar precedencia a alguno de los bienes jurídicos protegidos sobre los restantes, la actuación legislativa más racional debería ser intentar que la prohibición jurídica proteja por igual a todos los bienes jurídicos, sin que alguno de ellos predomine sobre los restantes. Así, por ejemplo, si se tratase de prohibir la conducta de matrimonio inválido (y admitimos, siquiera sea a efectos argumentativos, que en la misma hay dos intereses estimables en juego: el individual, de las partes contratantes y contrayentes, y el colectivo, del Estado y de la sociedad en la ordenación de las relaciones familiares), habría que estudiar la forma en la que distintas alternativas de regulación (exigir o no exigir perjuicio efectivo a alguno de los contrayentes y/o a terceros, restringir el número de causas de invalidez del matrimonio que dan lugar a la infracción, etc.) afectan a cada uno de los dos bienes jurídicos protegidos: ¿aumenta el daño al interés individual si eliminamos la exigencia de perjuicio? ¿se compensa dicho incremento de la afectación si, a cambio, se extienden o se restringen las causas de invalidez matrimonial relevantes?... Es éste el tipo de preguntas que un análisis acerca del equilibrio de la protección debería plantearse. Y la respuesta debería apoyarse, como decía, en datos empíricos (no en presuposiciones, menos aún en prejuicios).

Regla 86ª: El cuarto requisito de racionalidad instrumental es que tanto las prohibiciones como las condiciones de imputación como las sanciones resulten (suficientemente) eficaces. Para determinarlo, hay que evaluar cuántos supuestos de hecho subsumibles en la norma prohibitiva tienen lugar en la realidad; cuántos de dichos supuestos llegan a ser enjuiciados y declarados formalmente como infracciones; y, por último, en cuántos casos la conminación, imposición y/o ejecución de la sanción produce efectivamente un efecto preventivo.

Regla 87ª: Finalmente, aun si el nivel de eficacia es suficiente, todavía restará por examinar la cuestión de la eficiencia: si el grado de eficacia alcanzado



(tanto en materia de prohibición de conductas, como en relación con las condiciones de imputación de las infracciones, como por lo que hace a la conminación, imposición y aplicación de sanciones) parece razonable, a la vista de los costes que el empleo que esta técnica de gobernanza conlleva. Dichos costes son (además de los que —como ya vimos más arriba— ocasiona al destinatario de la norma, en términos de libertad, de recursos y de poder social) tanto costes de recursos (el coste de la actividad de hacer valer —*to enforce*— la prohibición) como costes de oportunidad (la abstención de ciertas conductas impide aprovechar oportunidades concomitantes). Cuestiones estas que deberían tomarse en consideración en todos los casos. Pero, muy especialmente, allí donde los argumentos exclusivamente morales resulten ambivalentes (por haberlos en varios sentidos diferentes).

Planteo únicamente algunos ejemplos del rendimiento de la teoría de la decisión racional y del análisis económico del Derecho a estos efectos: Si la prohibición de conductas peligrosas para el patrimonio ajeno afecta, sin duda alguna, a las oportunidades de negocio de las empresas (y suponiendo que ambos intereses resulten moralmente relevantes), ¿hasta qué punto es económicamente racional prohibirlas y a partir de qué punto carece de sentido? Es ésta una cuestión que es perfectamente analizable a través de los instrumentos mencionados, susceptibles además de (relativa) validación empírica.

En el ámbito de los criterios de imputación de infracciones, sería también digna de estudio a través de la metodología reseñada la determinación del mejor criterio de diligencia debida, a la hora de valorar la conducta de un agente encargado de realizar actividades peligrosas para un bien jurídico. ¿Qué costes y qué beneficios conlleva uno u otro criterio de imprudencia, y cuál debería entonces elegirse para imputar infracciones?

Por fin, a la hora de determinar el contenido de las sanciones, parece muy razonable intentar establecer los costes que conlleva la aplicación de cada sanción, para determinar si (aun estando moralmente justificada) se trata de una sanción racionalmente fundada o si, por el contrario, su coste parece inaceptable.

2.19. *Sobre el principio de fragmentariedad y sobre la técnica (legislativa) de tipificación de infracciones*

Regla 88ª: En la práctica, la toma en consideración de todos los argumentos —tanto morales como ins-

trumentales— expuestos hasta aquí ha de llevar a un legislador (máximamente) racional a prohibir sólo de manera fragmentaria algunas de las conductas dañosas (que, además, sea proporcionado y justo prohibir) contra los bienes jurídicos que merecen protección. Y en ningún caso todas. La selección de las conductas que resulta razonable prohibir habrá de realizarse sobre la base de la valoración del merecimiento de sanción (según su grado de lesividad para el bien jurídico, y según su grado de antinormatividad —grado en que cumple las condiciones para imputarle una infracción) y de la necesidad de sanción (según la peligrosidad de los potenciales infractores, la frecuencia relativa de las infracciones y el efecto preventivo de prohibiciones y de sanciones) que exista para la clase de acciones cuya prohibición se esté considerando.

Regla 89ª: Es particularmente importante que la enunciación de las prohibiciones jurídicas (de las normas primarias, prohibitivas) sea realizada, desde el punto de vista lingüístico, de tal modo que resulten meridianamente claros los límites de la clase de las acciones que resultan prohibidas. Y ello, no sólo que también por razones de seguridad jurídica, sino para asegurar una eficacia y una eficiencia razonables a la prohibición. Para ello, lo deseable es que la descripción de la (clase de) acción prohibida se haga, en la medida de lo posible, recurriendo preferentemente a términos que posean una extensión susceptible de ser determinada de manera sencilla, bien mediante el recurso al uso ordinario —e inequívoco— del lenguaje, o bien remitiéndose a un significado establecido por las ciencias.

2.20. *Sobre la prudencia (phronesis) en la praxis legislativa*

Regla 90ª: Habrá casos, ciertamente, en los que la aplicación de las reglas acabadas de exponer sea suficiente para llegar a una conclusión: por ejemplo (y más frecuentemente), que la norma jurídico-penal sujeta a discusión carece de justificación, moral y/o instrumental, suficiente; por lo que un legislador que pretenda ser racional debería modificarla o suprimirla. No obstante, lo más frecuente con mucho será que las distintas reglas conduzcan al sujeto racional en direcciones distintas. Y ello, porque, en prácticamente todos los supuestos, la valoración que ha de realizarse (acerca de la conformidad o disconformidad de lo efectivamente realizado —la creación de una

norma jurídico-penal con un determinado contenido prescriptivo— con lo que vendría exigido por la concreta regla que debe orientar una actuación legislativa racional, cuyo cumplimiento se examina) no puede ser absoluta, en términos de sí o no, sino que admite graduación. De manera que casi siempre resultará inevitable plantearse la cuestión de cuánto peso ha de tener el grado (mayor o menor, graduable) de cumplimiento o incumplimiento de una regla en la acción legislativa objeto de valoración. Ponderación que ha de repetirse, casi siempre, en relación con el grado de cumplimiento o incumplimiento de cada una de las otras ochenta y ocho reglas restantes.

Ello obliga al sujeto racional que pretenda valorar, globalmente, la existencia de justificación (mayor o menor) para una norma jurídico-penal, si quiere seguir actuando de manera racional, a deliberar: a deliberar acerca de la ineludible tensión entre las valoraciones parciales. Y a argumentar, por consiguiente, sobre cuáles son, en la decisión legislativa, los puntos de equilibrio óptimos que resultan posibles: cuál o (si hay varios *equivalentes* = que merecen igual valoración) cuáles son aquellos contenidos prescriptivos de la norma jurídico-penal que, a la luz de las ochenta y nueve reglas que he expuesto, resultan más justificables. De tal modo que cualquier modificación en dicho contenido prescriptivo poseería menor nivel de justificación. (Por supuesto, uno de dichos contenidos puede ser el contenido prescriptivo nulo: la decisión

de no crear la norma. O la —ligeramente diferente, no obstante— de suprimirla, o modificarla, una vez creada sin justificación suficiente.)

En la práctica, y fuera de los casos extremos, ello (como suele ocurrir generalmente en el ámbito del razonamiento práctico) no admitirá respuestas evidentes, sino tan sólo propuestas (de justificación: cadenas de argumentos orientados a justificar). Sostengo, entonces, que un criterio razonable para enjuiciar la calidad de dichas argumentaciones justificativas (y, en definitiva, el grado de justificación de las normas jurídico-penales a las que la argumentación haga referencia) es, precisamente, la medida en que resulten equilibradas: que atiendan de manera equitativa a todas y cada una de las facetas de la justificación; a todas y cada una de las reglas expuestas, en su justa proporción.

Claro que soy consciente que no es ésta una auténtica regla, sino más bien una directriz de conducta, meramente orientativa. Pero no existe nada más preciso que pueda ser aducido, con fundamento, en el ámbito de la racionalidad práctica. (Que, por definición, no se deja elaborar hasta sus últimas consecuencias mediante enunciados y cadenas de enunciados, sino que —Aristóteles *dixit*— en último término se vuelca siempre en la acción. Y que únicamente por el significado de la acción —aquí, la acción legislativa— y de sus consecuencias puede ser, en último extremo, valorada.)



La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España. Análisis crítico de la ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo



Rafael Rebollo

Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN: En el presente trabajo se analizan las Directivas Europeas en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, así como la vigente Ley 10/2010, de 28 de abril, que transpone a nuestro ordenamiento jurídico la referida normativa. En todo caso, se trata de un análisis crítico de la regulación y el tratamiento de este fenómeno, tanto a nivel nacional como internacional, al que cabe añadir las consecuencias de la denominada declaración tributaria especial, prevista en el Real Decreto Ley 12/2012, de 30 de marzo que, en definitiva, se convierte en una amnistía fiscal material.

PALABRAS CLAVE: Prevención del blanqueo de capitales, sujetos obligados, amnistía fiscal, paraísos fiscales, actividad delictiva.

ABSTRACT: In this paper we analyze the European Directives on the prevention of money laundering and terrorist financing, as well as the current Law 10/2010, of April 28, which transposes into our legal system the relevant legislation. In any case, it is a critical analysis of the regulation and treatment of this phenomenon, both nationally and internationally, to which must be added the consequences of the so-called special tax return, pursuant to Royal Decree-Law 12/2012 of 30 March that ultimately becomes a tax amnesty materials.

KEY WORDS: Prevention of money laundering, entities, tax amnesty, tax havens, criminal activity.

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. Marco normativo internacional y su transposición al ordenamiento jurídico español. III. Análisis crítico de algunos aspectos de la ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. IV. Excurso: la amnistía fiscal, ¿un blanqueo de capitales encubierto?

I. Consideraciones previas

Una de las cuestiones a las que habitualmente se alude en relación con el blanqueo de capitales es que se trata de un fenómeno que ha alcanzado dimensiones globales y que se sitúa por encima de las barreras nacionales, de modo que requiere fuertes estructuras encargadas de la ejecución de las operaciones delictivas.¹ A su complejidad cabe añadir las dificultades de persecución policial y judicial por múltiples factores, como la inmediatez de las transacciones, la facilidad de desplazamiento o la utilización de medios técnicos altamente sofisticados, además de contar con la colaboración de algunos de los mejores expertos en lo que eufemísticamente se ha venido a llamar “ingeniería financiera”.

Las reflexiones político-criminales imbricadas con el blanqueo de capitales exceden con creces el objeto de estas páginas, aunque es inevitable apuntar algunos elementos para medir la magnitud del problema. Así, voy a referirme a dos circunstancias de carácter general para hacer mención a otras directamente vinculadas o relacionadas con algunas decisiones del Gobierno español. Una, sobre la que en el momento de revisar estas páginas el Ejecutivo no ha vuelto a hacer mención sobre la llamada “amnistía fiscal” (lo cual no es una garantía para que no la materialice), y la otra generó una controversia importante en determinados sectores, ya no sólo por sus efectos sino por quienes se acogieron a dicha amnistía.

Con carácter previo, permítaseme recordar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) elabora periódicamente unas listas (listado de 25 de marzo de 2010); ahora ya no sólo “negra”, sino también “gris blanca” y gris oscura” en las que se incluyen a países que no han implantado medidas suficientes de transparencia fiscal. Es cierto que desde la primera lista, elaborada en junio de 2001, los “movimientos” o las “salidas” de países han sido constantes, hasta el punto de que a principios de 2012 únicamente figuraban dos minúsculos países situados en la Polinesia: Niué y Naurú; mientras que

otros como Suiza,² Andorra, la Isla de Man, San Marino, Gibraltar o Mónaco han ido asumiendo acuerdos bilaterales con otros países (en ocasiones entre ellos mismos) para aumentar sus estándares ficticios de transparencia fiscal. En el mismo sentido, no me resisto a mencionar que en las Islas Vírgenes Británicas están registradas 830 000 empresas, cuando su población no alcanza los 20 000 ciudadanos, y que en la Isla de Jersey, también dependiente de la Corona Británica, con una población inferior a los cien mil habitantes se acumulan depósitos bancarios superiores a 140 000 millones de euros, lo que la convierte en el séptimo mayor paraíso fiscal del mundo.³ Lo cierto es que, con independencia de que algunos países no dispongan ya del secreto bancario, en la práctica, continúan actuando como auténticos búnkeres financieros dado que el secretismo se logra por medio de otras fórmulas.

Creo que no es ningún atrevimiento afirmar que uno de los fundamentos estructurales de la economía de algunos de esos países descansa en la opacidad fiscal; por lo tanto, es inevitable concluir que sin una acción decidida de la comunidad internacional, el blanqueo de capitales continuará siendo uno de sus grandes problemas. A pesar de todo y por razones obvias, la colaboración de determinados estados es, *a priori*, poco factible. Es más, bajo la calificación de prácticas “inmorales” el Parlamento británico acaba de reprobar la fiscalidad de determinadas grandes empresas, obviando que algunos de esos paraísos fiscales son dependientes del mismo Reino Unido. Es más, una muestra de ese pretendido interés de la comunidad internacional en solventar que más del 10% del PIB mundial carezca de control y que no se paguen los impuestos correspondientes, es la recientemente frustrada cumbre europea de mayo de 2013: en la cumbre una vez más se fue incapaz de instaurar un sistema de intercambio de información tributaria o de establecer la obligación de las empresas de hacer informes fiscales país por país.

En todo caso, ¿cómo se “otorga” a un país la consideración de paraíso fiscal? Por lo que respecta a Es-

¹ I. Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª ed., Pamplona, 2012, p. 53.

² En cuanto a Suiza, no debe olvidarse el reciente Auto de 15 de junio de 2011, Juzgado Central de Instrucción núm. 4, que archiva la causa contra el presidente del Banco de Santander y algunos de sus familiares a quienes se les atribuía un delito de fraude fiscal por sus cuentas en ese país. Archivo que el Juzgado fundamentó porque habían regularizado su situación con el pago de 200 millones de euros en el año 2010.

³ J. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”, en Cervini, Cesano, Terradillos, *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo*, Córdoba, 2008, p. 204.

paña, en el RD 1080/91, de 5 de julio, se enumeran hasta un total de 48 países a los que se les atribuye esa condición. Real Decreto modificado por el posterior RD 116/2003, de 31 de enero, en el que se incluía una nueva disposición que preveía que los países firmantes con el nuestro un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición, dejaban de considerarse paraísos fiscales, lo cual en la práctica supuso que muchos de los que inicialmente tenían esa atribución la perdieran. Es el caso de Luxemburgo, Andorra o Panamá, entre otros. Sin embargo, como señala el Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa en su informe correspondiente al año 2010,⁴ sobre las memorias anuales de las Empresas del IBEX 35, el hecho de que se suscriban tales acuerdos con España no significa que los países que los formalizan se hayan desprendido materialmente de su condición de paraíso fiscal por tres razones distintas:

1. La firma de un acuerdo de intercambio de información entre países no significa que se garantice el intercambio de información de manera efectiva y mucho menos la transparencia sobre las operaciones y la fiscalidad de las personas jurídicas.
2. Una empresa puede cumplir con la legalidad pero, a la vez, puede evitar pagar sus impuestos en países donde genera el beneficio a cambio de pagar en otros donde no tiene ninguna actividad y donde el tipo impositivo es significativamente inferior o, incluso, nulo.
3. En relación con lo anterior, también está la baja o nula presión fiscal que disfrutaban en algunos países las personas jurídicas no residentes.

Por otro lado, existe una pieza clave en todo este entramado del blanqueo de capitales, de opacidad fiscal, de falta de transparencia, que no es otro que la colaboración directa o indirecta de determinados sujetos obligados a poner en conocimiento de las autoridades correspondientes las dudas que suscitan determinadas operaciones financieras en España; algunos colectivos de profesionales juegan un papel determinante. Creo que se ha de considerar que el sector bancario es otro de los sujetos obligados determinantes para realizar y encubrir operaciones inexplicables que se encuentran amparadas, en algunos países, por un secreto prácticamente inexpugnable o, en el mejor de los casos, muy difíciles de eludir.⁵ En definitiva, se trata de paraísos fiscales en los que la presencia de la Banca y de grandes compañías españolas (las que cotizan en el IBEX 35) está extendida. Así, según el Informe del Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa, al cierre de 2010, el 80% de las empresas del IBEX tiene presencia en paraísos fiscales a través de sociedades participadas. Esto es, países que se caracterizan por ofrecer sistemas impositivos muy laxos y con escasos controles financieros.⁶

Además de lo anterior y una vez más tomando como referencia a España, creo que la relación entre la denominada burbuja inmobiliaria con la corrupción y blanqueo de capitales está fuera de cualquier duda.⁷ Así, conviene no olvidar que a finales del año 2009 se habían detenido a 19 alcaldes por corrupción urbanística, concepto en el que se incluyen los delitos de cohecho, estafa, prevaricación y blanqueo de capitales, pero más que ese dato —nada desdeñable junto al hecho de que la mayoría de los alcaldes imputados por corrupción fueran reelegidos en las elecciones

⁴ http://www.observatoriorsc.org/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=1&Itemid=1&lang=ca

⁵ A mi juicio es particularmente significativo la resolución de la Audiencia Nacional, Sala Penal (Secc. 2ª), Auto 19/2013, 8 de mayo de 2013 (sobre la extradición del Sr. Falciani), Razonamiento Jurídico Segundo, II, A. d), donde en relación a las actividades del HSBC (Private Bank Suisse), la Sala afirma lo siguiente: “que dejan constancia de prácticas no solo reprobables, sino directamente sancionables en el ámbito administrativo e incluso en el penal, en nuestro derecho y en otros, por insuficiente control, y en algunos casos incluso su permisividad o complacencia de facto con actividades delictivas de defraudación tributaria, blanqueo de capitales, e incluso financiación de terrorismo, lo que, sin haber llevado hasta el momento, que sepa este tribunal, a la condena penal de ninguno de sus directivos, si existe constancia de haber determinado la apertura de investigaciones o incluso la instauración de procedimientos penales con cargos penales, si bien que finalizados por acuerdos penales, asumiendo responsabilidades colectivas e importantes sanciones económicas o en otros casos sanciones administrativas impuestas por órganos estatales de control del cumplimiento de la normativa europea sobre blanqueo de dinero por incumplimiento de ésta, judicialmente confirmadas por todas las instancias, todo ello acontecido, como decimos, en diferentes países, aunque no parece que alguna investigación de este tipo se haya llevado a cabo por la confederación Suiza”. Negritas del autor.

⁶ D. P. Arias Holguín, *Aspectos político criminales y dogmáticos del tipo doloso del blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, Madrid, 2011, pp. 37 y ss.

⁷ En este sentido, nótese que la L.O. 5/2010, de 22 de junio introduce una nueva redacción del art. 301 del Código penal, incluyendo en su párrafo tercero como una de las modalidades agravadas del delito de blanqueo de capitales el hecho de que los bienes objeto del delito tengan su origen, entre otros, en alguno de los ilícitos comprendidos en el Título XVI: “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del medio ambiente y el patrimonio histórico”.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

municipales de 2007—⁸ lo que me interesa destacar es la noticia que hizo pública el Gobierno hace unos pocos meses relativa a que planeaba conceder el permiso de residencia en España a extranjeros que adquieran una vivienda cuyo precio sea superior a 160 euros, cantidades que han ido fluctuando a lo largo de este tiempo; así, en el Anteproyecto de Ley de Apoyo al Emprendedor y su Internacionalización —aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de mayo de 2013— se establece el límite en los 500 000 euros o de adquisición de deuda pública española por más de dos millones de euros. En todo caso, parece un criterio ya decidido al igual que se adoptó en términos semejantes en Malta, Chipre o Portugal; lo que se justifica —aduce el Gobierno— al entender que se trata de una medida para agilizar el mercado de viviendas y aliviar con ello el *stock* inmobiliario. Las consideraciones que se desprenden de lo anterior, teniendo en cuenta que una buena parte de los inversores con capacidad económica para comprar viviendas son sujetos a quienes no les sería sencillo adquirir la residencia en España por ser originarios de ciertos países, no son antagónicas para vincular el blanqueo de capitales con la adquisición de viviendas y el consecuente permiso de residencia.

Por último, ¿qué decir de la amnistía fiscal de 2012? Como es sabido, 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 admite una declaración tributaria especial que permitía ingresar el 10% del importe o valor de adquisición de los bienes o derechos, lo cual garantizaba la ausencia de sanciones, intereses y recargos, así como la exoneración de responsabilidad penal.⁹ En otras palabras, la amnistía fiscal permitía el blanqueo de capitales pagando el 10% del dinero negro; decisión que fue muy cuestionada jurídicamente por amplios sectores y que, finalmente,

en relación con los ingresos pretendidos por el Gobierno no obtuvo el resultado originariamente previsto, a pesar de que el Ministerio de Hacienda hizo una lectura en clave positiva.

En todo caso, y por lo que se refiere expresamente a esta última cuestión de la amnistía fiscal de 2012, así como la posibilidad todavía no concretada normativamente de la concesión de la residencia en España por la compra de viviendas, he querido poner de relieve que las medidas ya adoptadas así como las anunciadas por el Gobierno español no solo contribuyen muy poco a la lucha contra el blanqueo de capitales sino que más bien lo posibilitan de una forma expresa (infra IV) y lo fomentan de forma indirecta con el “caramelo” de eludir los trámites para obtener el permiso de residencia.

II. Marco normativo internacional y su transposición al ordenamiento jurídico español

A mediados de los años ochenta del siglo pasado se afianzó la idea de que el blanqueo de capitales es un fenómeno transnacional que únicamente podía controlarse por medio de una armonización legislativa internacional. En un contexto de sensibilización ante ese fenómeno debe situarse la Declaración de Principios de Basilea, adoptada el 12 de diciembre de 1988, por el Comité sobre regulación y supervisión bancaria.¹⁰ Comité constituido por los representantes de los bancos centrales y de las autoridades de supervisión bancaria de los países pertenecientes al Grupo de los Diez.¹¹ En realidad, se trataba de un código ético de conducta carente de efectos jurídicos hasta que éstos no fueran adoptados por los diversos ordenamientos nacionales.¹²

Un simultáneo cambio de tendencia, al asumir la comunidad internacional un papel más decidido para

⁸ J. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”, *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo*, *op. cit.*, p. 211.

⁹ Al respecto, *vid.*, J. Martín Fernández (coord.), *La amnistía fiscal*, Valencia, 2012, *passim*.

¹⁰ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 102.

¹¹ Integrado por Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Países Bajos, Reino Unido y Suecia, más Suiza. Ampliamente, Álvarez Pastor, F. D-Eguidazu Palacios, *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Madrid, 2007, pp. 58 y ss.

¹² Resulta significativo que en el Preámbulo de la Declaración ya se hiciera referencia a que “la confianza del público en los bancos y, por consiguiente, la estabilidad de éstos pueden verse perjudicadas por una publicidad desfavorable como consecuencia de la asociación involuntaria de los bancos por los delincuentes [...] bien porque se den pruebas de negligencia al aceptar clientes indeseables o bien por la complicidad de alguno de sus empleados con los delincuentes. Por estos motivos, los miembros del Comité de Basilea opinan que los supervisores bancarios deben fomentar el respeto de las reglas de deontología por parte de los bancos y de otras instituciones financieras”. Al respecto, *vid.* E. Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, p. 191, notas a pie de páginas 91 y 92.

combatir el blanqueo de capitales, se adivina en la Convención de Naciones Unidas en Viena, de 20 de diciembre de 1988, “contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”.¹³ Es por ello que las normas contenidas en la Convención de Viena respecto al blanqueo de capitales se refieren única y exclusivamente a los capitales procedentes del narcotráfico. La Convención supuso un auténtico hito en el que se han basado otros textos internacionales posteriores que, incluso, han llegado a adoptar sin demasiados cambios la definición de blanqueo recogida en el art. 3.1 del instrumento de Naciones Unidas.¹⁴

Sin embargo, por las consecuencias que más tarde se derivarán de él, el Convenio del Consejo de Europa, de 8 de noviembre de 1990, conocido como Convenio de Estrasburgo, supone un avance notable con respecto al Convenio de Viena; ya no sólo por establecer unas bases idóneas para la cooperación procesal internacional, sino porque en su artículo 6 compromete a las Partes a penalizar el blanqueo de capitales procedentes no sólo del narcotráfico sino de cualquier actividad delictiva, esto es, la que tuviere origen en cualquier beneficio ilícito, con independencia de cual fuere el delito previo.¹⁵

Temporalmente, esos dos primeros textos internacionales coinciden con la creación, el 9 de julio de 1989, del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)¹⁶ quien aprueba en 1990 su primer informe con sus conocidas 40 recomendaciones que, sin duda, han tenido una incidencia determinante en la legislación interna de los países miembros; a lo que conviene añadir que las recomendaciones GAFI —que no son vinculantes— o bien se han incorporado a la normativa de la comunidad internacional a través de convenios o tratados o, como en el caso europeo, mediante la formulación de Directivas que posteriormente han sido transpuestas a la legislación interna de cada país como ha sucedido en España. Ahora bien, es igualmente cierto que algunos países no adoptan todas las recomendaciones aunque sí las básicas, como son la cooperación internacional contra el blanqueo y la tipificación de ese delito. Es el caso de Suiza y del

Reino Unido.¹⁷ Recomendaciones que inicialmente tenían un objetivo inequívoco: el blanqueo de dinero proveniente del tráfico de drogas que se realizaba prioritariamente a través de entidades financieras y que, posteriormente, en sucesivas reformas o ampliaciones de las recomendaciones asumen lo acordado en el Convenio de Estrasburgo hasta ampliar su objeto, me atrevería a decir, de forma desmesurada. Así, en la reforma de 1996 se incluyen distintas tipologías de blanqueo que van surgiendo en los mercados financieros internacionales; en la de 2001 se incorporan ocho recomendaciones especiales para prevenir la financiación del terrorismo; en la de 2003 se amplía la tipología delictiva de los delitos previos para incluir “cualquier delito grave” o castigados con más de un año de prisión, de modo que el elenco delictivo se amplía de forma sustancial y ya no se circunscribe únicamente a los relacionados con el narcotráfico, además de incluir a determinados sujetos obligados a quienes se les requiere una diligencia debida en relación al cliente (abogados, notarios, agentes comerciales, etc.); y, finalmente, la ampliación de febrero de 2012 donde se complementan las recomendaciones en distintos ámbitos. Recomendaciones que, como avanzábamos, se han ido recogiendo en distintas Directivas Europeas que más tarde se transpusieron a nuestro ordenamiento jurídico, ya fuere con las correspondientes reformas del Código penal o mediante la promulgación de leyes preventivas contra el blanqueo de capitales.

Los instrumentos de la Unión Europea y su transposición al ordenamiento jurídico español

La Primera Directiva, 91/308, de 10 de Junio. La Ley 19/1993, de 28 de diciembre

La Directiva 91/308 CEE, del Consejo, relativa a la “Prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales”,¹⁸ es un instrumento que, sin dejar de ser valorado positivamente, dado el compromiso que adquiriría la Unión Europea fue ob-

¹³ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 116

¹⁴ E. Fabián Caparrós, *op. cit.*, p. 193.

¹⁵ Manuel Cobo del Rosal y Carlos Zabala López-Gómez, *Blanqueo, Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas Directivas de la Comunidad Europea)*, Madrid, 2005, p. 67.

¹⁶ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 94.

¹⁷ Cobo del Rosal y Zabala López-Gómez, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

¹⁸ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 125.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

jeto de críticas por distintos motivos: ya fuere por la extensión a otras actividades delictivas más allá de las que tuvieran origen en el narcotráfico (como la delincuencia organizada y el terrorismo), o por adoptar un amplio concepto de blanqueo de capitales en el que se incluían, en su art. 1, actividades como la “adquisición, tenencia o utilización de bienes”, a otras que eran simples actos de participación o, incluso, “las tentativas de perpetrarlas”, sin perjuicio de que en su art. 15 contemplara que los Estados estaban facultados para adoptar “disposiciones más estrictas para impedir el blanqueo de capitales”; previsiones, todas ellas que, si bien inicialmente no fueron trasladadas a nuestro ordenamiento de forma mimética, han sido incorporadas posteriormente a lo largo de la copiosa regulación española sobre la materia.

En todo caso me parece interesante poner de manifiesto que las medidas que se adoptan van dirigidas a las entidades de crédito y a las entidades financieras, ya que —se dice— en el Primero de sus Considerandos: ello puede “poner en peligro tanto la solidez y estabilidad de la entidad en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto”. Se trata de una norma de contenido preventivo/administrativo en la que se establece una serie de obligaciones para las entidades que integran el sistema financiero, que oscilan entre la identificación de los clientes, al examen de determinadas transacciones o al deber de cooperación con las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales, al deber de información a las autoridades responsables, la abstención de ejecución de determinadas operaciones o al deber de confidencialidad;¹⁹ además de lo anterior, en la Directiva se instaba a los Estados miembros a prohibir el blanqueo de capitales. Criterios u obligaciones que se han puntualizado y/o ampliado en Directivas posteriores pero que marcan la tendencia de la normativa posterior, ya sea europea o española, puesto que las correspondientes leyes de nuestro ordenamiento que han transpuesto las Directivas comunitarias las asumen.

Por su parte la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, como señala su Exposición de Mo-

tivos, transpone la Directiva 91/308/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, dirigiéndose no sólo a las personas que integran el sistema financiero sino también a otras actividades susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales, como es el caso de los casinos de juego y las actividades inmobiliarias, con lo cual se anticipa a las posteriores recomendaciones del GAFI de 2003.²⁰ Norma que, continúa, se dirige a prevenir y dificultar el blanqueo de capitales, por lo que impone fundamentalmente —prosigue— obligaciones administrativas de información y colaboración a las entidades financieras, así el Capítulo III, arts. 13 y ss., crea la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e infracciones administrativas y su servicio ejecutivo.

A este respecto, me interesa subrayar dos cuestiones. La primera de ellas es el inicial ámbito de aplicación de la Ley, dado que en su art. 1, la circunscribe a las actividades relacionadas con el narcotráfico, terrorismo y delincuencia organizada. Sin embargo, la Ley 19/2003, de 4 de julio, que la modifica, en su Disposición Adicional Primera la amplía al: “blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con la pena de prisión superior a tres años”. Lo cual —como veremos inmediatamente— es consecuencia de la ulterior Directiva 2001/97/CE, por la que se modifica la Directiva 91/308/CE. En todo caso, esa expansión sobre la que recae el objeto de la ley es una tendencia que se consolidará en la normativa posterior,²¹ ya que llegará a condicionar la interpretación de la actual redacción del art. 301 del Código penal.

La segunda cuestión: en el art. 1.2 se conceptualiza el blanqueo de capitales como: “la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que procedan de algunas de las actividades delictivas en el apartado anterior” (recuérdese que originariamente se circunscribía a: narcotráfico, terrorismo y delincuencia organizada), “o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición,

¹⁹ Álvarez Pastor, F. D-Eguidazu Palacios, *op. cit.*, pp. 98 y ss.

²⁰ Al respecto, *vid.*, ampliamente, D.J. Gómez Iniesta, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Barcelona, 1996, pp. 67 y ss.

²¹ D. J. Gómez Iniesta, *op. cit.*, p. 70.

movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado”, todo ello sin perjuicio de lo previsto a tales efectos en el Código Penal.

La Ley 19/1993, de 28 de diciembre, es desarrollada por el RD 925/1995, de 5 de junio, mediante el que se aprueba su Reglamento y despliega lo previsto en los arts. 2, 3 y 5 de la Ley (sujetos obligados, obligaciones y régimen sancionador), por otro lado, se especifican las operaciones que de estar relacionadas con el blanqueo de capitales han de comunicarse al Servicio Ejecutivo. Texto que fue nuevamente modificado mediante el RD 54/2005, de 21 de enero, en el que se establecen determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales y otras normas de regulación del sistema bancario, financiero y asegurador.

La Segunda Directiva, 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de Diciembre, por la que se modifica la Directiva 91/308/CE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. La Ley 19/2003 de 4 de julio

La Segunda Directiva, como dice su Considerando Primero, tiene el propósito de actualizarse para reflejar las mejores prácticas internacionales, además de garantizar la protección del sector financiero y “de otras actividades vulnerables frente a los efectos perjudiciales de las actividades delictivas”.²² En este contexto se define el blanqueo de capitales de forma mucho más amplia ya que la gama de los delitos subyacentes no se circunscribe a la realización de determinadas actividades delictivas sino que se hace referencia a los bienes que proceden de una actividad delictiva (de forma genérica), entendiendo por ello en su art. 1 E): “cualquier tipo de participación en la

comisión de un delito grave”; precepto en el que se hace mención por remisión a determinados comportamientos,²³ incluyéndose algunos de forma absolutamente indeterminada: “la corrupción”, que obviamente cuestiona los mínimos principios derivados del principio de legalidad, a lo que cabe añadir una cláusula de cierre que, en todo caso, permite que cada Estado incluya los que estime oportunos: “Los Estados miembros podrán considerar actividad delictiva a efectos de la presente Directiva cualquier otro delito”.

A este respecto, nótese que el art. 1 E) es un precepto absolutamente abierto, ya que hace referencia a que se considerarán delitos graves “como mínimo” (*vid.* nota 23), y a partir de ahí establece una serie de criterios que cierra con una cláusula abierta, indeterminada, que contraviene cualquier criterio derivado del principio de legalidad. Sin embargo, no es sólo ese el problema sino que esa cláusula habilita al legislador de cualquiera de los Estados Parte a incorporar entre ellos los ilícitos que estime oportunos. Si a ello le añadimos la tendencia expansiva a la incriminación penal de un sinnúmero de conductas que objetivamente no deben merecer sanción punitiva por la comisión de un delito de blanqueo de capitales, la consecuencia de lo anterior es más que preocupante dada la redacción del art. 13 CP en relación con el entonces vigente art. 33 CP: los castigados con pena superior a tres años. Previsión que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico, como ya hemos dicho, mediante la L. 19/2003, de 4 de julio, al ampliar en su Disposición Adicional Primera el objeto de Ley al “blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con la pena de prisión superior a tres años”.

Con independencia de lo anterior, me interesa volver a destacar alguna particularidad, en cuanto a los sujetos obligados, y es que además de incluir a auditores, contables externos y asesores fiscales, la

²² I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 132.

²³ “Art. 1 E, ‘Actividad delictiva’: cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave.

Se consideran delitos graves, como mínimo, los siguientes:

-cualquiera de los delitos contemplados en la letra a) del apartado 1 del art. 3 de la Convención de Viena.

-las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el art. 1 de la Acción Común 98/733/JAI.

-el fraude según se define en el apartado 1 del artículo 1 y el artículo 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, al menos en los casos graves.

-los delitos que puedan generar beneficios considerables y que sean sancionables con pena grave de prisión de acuerdo con el Derecho penal del Estado miembro.

Los Estados modificarán antes del 15 de diciembre de 2004 la definición que figura en el presente guión con objeto de alinearla con la definición de delito grave de la Acción Común 98/699/JAI. El Consejo invita a la Comisión a presentar antes del 15 de diciembre de 2004 una propuesta de Directiva que modifique a este respecto la presente Directiva.

Los Estados miembros podrán considerar actividad delictiva a efectos de la presente Directiva cualquier otro delito”.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

Directiva también incorpora a los notarios y a otros profesionales independientes del Derecho, cuando participen en determinadas actividades (art. 2 bis), ya sea cuando asistan en la “concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente” (art. 2 bis 5.a), o “actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria” (art. 2 bis 5.b). A este respecto, cabe añadir que los notarios ya eran sujetos colaboradores del Servicio Ejecutivo en la L. 19/1993; mientras que ahora, a tenor de la Directiva y de la Ley 19/2003 se convierten en sujetos obligados, lo cual se justifica en el caso de que participen en operaciones financieras o empresariales, incluyéndose las de asesoramiento fiscal, en las que exista riesgo de que sus servicios se empleen para blanquear el producto de actividades ilícitas (Considerando 16). Previsiones igualmente controvertidas con respecto a los Abogados, a quienes se les exime de la obligación de notificar las sospechas de blanqueo de capitales. En otras palabras, el asesoramiento jurídico sigue amparado por la obligación del secreto profesional, a excepción de que el propio abogado esté implicado en el blanqueo, de que la finalidad del asesoramiento sea el blanqueo o de que el abogado sepa que el cliente precisa el asesoramiento para el blanqueo (Considerando 17), lo cual fue objeto de veladas críticas por un sector de la doctrina al entender que ello podía afectar al derecho fundamental a la libre defensa y, desde el punto de vista del cliente, a la libre elección de abogado.²⁴

La Tercera Directiva, 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de Octubre, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo

Como se puede observar, la primera particularidad que se debe poner de relieve es el objeto de la Directiva y de la Ley de transposición española, dado que ahora se incluye también la prevención de finan-

ciación del terrorismo.²⁵ No obstante, el eje de ambos textos se articula alrededor de la prevención del blanqueo de capitales, sin perjuicio de que en el art. 2.4 de la Directiva se disponga qué se entiende por financiación del terrorismo,²⁶ o que en el art. 1.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, se consideren como financiación del terrorismo determinadas actividades, en las que se describen un elenco de conductas que son más amplias que las previstas en la Directiva.²⁷ Además de lo anterior, en la Disposición Final Primera, apartado 4, de la Ley 10/2010, se crea la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo.

La Directiva,²⁸ siguiendo el criterio fijado en las anteriores, vuelve a hacer mención en su Considerando 5 a la necesidad de atender a las recomendaciones del GAFI y, en este caso, a incorporar las formuladas en el año 2003: “la presente Directiva debe ajustarse a esa nueva norma internacional”. En todo caso, la nueva Directiva perfecciona algunos de los criterios fijados en las anteriores, como lo es no sólo la identificación y comprobación de la titularidad de los clientes, esto es, de su “titular real”; sino que, enfatiza en el carácter de sujetos obligados en relación con determinados profesionales, como notarios, abogados, auditores, contables externos y asesores fiscales, con la particularidad de que diferencia entre notarios y lo que denomina: *los otros miembros independientes de profesiones legalmente reconocidas y controladas*, para los que excepciona la obligación de comunicación cuando defiendan o representen a sus clientes, en el contexto de una acción judicial, o cuando determinen la situación jurídica de aquéllos.

Sin embargo, en el contexto de los sujetos obligados, me preocupa extraordinariamente —extendiendo el “manto de la sospecha”— la referencia hecha en el Considerando 25 a personas que desarrollen actividades de negocio con otras que ocupen o hayan ocupado cargos públicos importantes, “máxime cuando procedan de países donde esté extendida la corrupción” (sic), lo cual da lugar a la Directiva 2006/70/CE de

²⁴ Cobo del Rosal y Zabala López-Gómez, *op. cit.*, p. 35.

²⁵ Álvarez Pastor, F. D-Eguidazu Palacios, *op. cit.*, p. 109.

²⁶ “El suministro o la recogida de fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en los artículos 1 a 4 de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo”.

²⁷ “A los efectos de la presente Ley, se entenderá por financiación del terrorismo el suministro, el depósito, la distribución o la recogida de fondos o bienes, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en el Código penal”.

²⁸ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 134.

la Comisión, de 1 de agosto, por la que se establecen disposiciones de aplicación en lo relativo a la definición de “personas del medio político” y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada.

Una de las cuestiones más singulares de la nueva Directiva es la consideración del blanqueo de capitales entendida como la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una “actividad delictiva” (art. 2.a), y con ello lo previsto en el art. 3.4 referente a qué debe entenderse por actividad delictiva, en particular lo dispuesto en el apartado f) del referido precepto, donde se hace mención a:

todos los delitos que llevan aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses.

Por otro lado, en el art. 5 de la Directiva se prevé que los Estados miembros podrán adoptar disposiciones más estrictas para impedir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. En efecto, ya no se trata únicamente de la extensión (desmedida) de la definición de qué debe entenderse por blanqueo de capitales, en el sentido de incluir conductas que en realidad nada o poco tienen que ver con el blanqueo, como la “posesión o la utilización de bienes” a sabiendas de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad (art. 2.c), sino de que el ámbito de las conductas ilícitas se amplía de una forma desmesurada y, a mi juicio, claramente irracional incorporándose “todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses”, en otras palabras: a los delitos bagatela. Previsión que el legislador español, sin ningún criterio político criminal que fundamente esa decisión, ha incorporado a la Ley 10/2010, de 28 de abril, así como al Código

penal en su reforma mediante L.O. 5/2010. Extremos a los que nos referiremos detenidamente más adelante (infra III).

El blanqueo de capitales en el Código penal español

Al reflexionar sobre las permanentes reformas penales en materia de blanqueo, Abel Souto afirmaba, y suscribo, que la velocidad con la que se han sucedido las modificaciones en el Código penal español en materia de blanqueo de capitales es simplemente vertiginosa y más propia del Derecho administrativo que del ordenamiento penal;²⁹ a lo anterior, cabe añadir que es, precisamente, la convulsa sucesión en las recomendaciones del GAFI, en primer lugar, y las correlativas nuevas Directivas europeas, más tarde, las que aceleran la permanente reforma administrativa y penal sobre el blanqueo de capitales. Nótese, además, que en el año 2012 el GAFI volvió a formular nuevas recomendaciones que, sin duda, darán lugar a una nueva Directiva comunitaria (ya anunciada) que, a su vez, tendrá como consecuencia una nueva Ley que la transponga a nuestro ordenamiento jurídico y, como consecuencia directa de la misma, una (otra) probable modificación del Código penal que —una vez más— significará una ampliación de los tipos penales hasta límites técnicamente insostenibles y/o político criminalmente disparatados.

Aun así, no adelantemos acontecimientos pero sí permítasenos insistir en que las constantes reformas del Código penal, hasta asimilarlo a lógicas de emergencia legislativa, responde a un factor que no sé si denominarlo “presiones internacionales”,³⁰ o a la permanente necesidad de nuestro legislador —cual Penélope— de desbaratar nuevamente lo modificado recientemente para llevar más lejos las sanciones penales y administrativas de las previsiones de las Directivas; lo cual, por sí mismo, no es sólo motivo de reproche sino también de inquietud cuando la legislación preventivo administrativa y la penal van más allá del marco normativo dispuesto en la regulación comunitaria, como así se reconoce en la Exposición de Motivos de la L.10/2010, de 28 de abril, al admitirse que la Tercera Directiva es una norma de mínimos y

²⁹ M. Abel Souto, “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa 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*, núm. 20, 2005, p. 1.

³⁰ Críticamente, J. L. Díez Ripollés, “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el Ordenamiento penal español”, *Política criminal y Derecho penal*, Valencia, 2003, pp. 825 y ss.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

que algunas disposiciones de la nueva Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo son más rigurosas que la Directiva.

En todo caso, por lo que respecta al Código penal, la L.O. 1/1988, de 24 de marzo, de reforma del Código penal en materia de tráfico ilegal de drogas, introduce el art. 546 bis f),³¹ donde tipifica el delito de blanqueo para los supuestos en que los capitales tuvieren su origen en el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en consonancia con la inmediatamente posterior Convención de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988.³² Por otro lado, las conductas previstas en el nuevo tipo ya no recaen únicamente sobre los efectos sino sobre las ganancias, por lo que no sólo se piensa en el dinero derivado del narcotráfico pues también lo hace sobre las ganancias obtenidas.³³ En este punto quisiera llamar la atención de un dato que no puede pasar desapercibido en relación con las previsiones de la Convención de Viena de 1988 y es que, a diferencia de lo que ha ocurrido con posterioridad en la que el legislador español va más allá de lo dispuesto en las Directivas Comunitarias, en la Convención se preveía la incriminación autónoma de conductas antecedentes de receptación, formas imperfectas de ejecución y actos preparatorios, lo cual no se incorporó miméticamente de forma acrítica a nuestro Código penal, al contrario, ya que sorprendentemente se entendió como una propuesta inaceptable de los organismos internacionales.³⁴

La segunda modificación no se deja esperar: en consonancia con la Primera Directiva, y en particular con el art. 6.3. a) del Convenio de Estrasburgo, la L.O. 8/1992, de 23 de diciembre, incorpora los arts. 344 bis h) e i) incrimina la modalidad imprudente del blan-

queo, a lo que le faculta el art. 15 de la Directiva,³⁵ lo cual fue motivo de severas críticas por parte de la doctrina,³⁶ ya no sólo porque el precepto se redacta de una forma particularmente desafortunada, a lo que cabe añadir el “galimatías jurídico” que suponía la incorporación al Código penal del art. 344 h) en el que se incorporaban tres variantes típicas sino porque no se derogó el art. 546 bis f), lo cual abonaba sobremanera la ceremonia de la confusión interpretativa.³⁷ No obstante, en sentido contrario, la reforma fue igualmente criticada por otro sector doctrinal dado que —se decía— no tenía sentido limitar el blanqueo de bienes a los que tuvieran su origen en el narcotráfico dejando con ello extramuros del tipo los bienes que tuvieran su origen en otro tipo de criminalidad.³⁸

La siguiente modificación tiene lugar con la entrada en vigor del Código penal de 1995, L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, donde bajo la rúbrica “De la receptación y conductas afines”, Capítulo XIV, Título XIII, L. II, se incorpora expresamente el delito de blanqueo de capitales en los arts. 301 a 304.³⁹ Las consideraciones que se derivan de la nueva tipificación, de la configuración del delito de blanqueo de capitales como un delito autónomo, a pesar de que se incluya bajo una rúbrica que menciona las “conductas afines”, son de lo más diverso, controvertido, polémico y/o discutible; sin embargo, con carácter previo, quisiera poner de relieve una particularidad referida al objeto del delito de blanqueo y es que, como no puede ser de otra forma dado el criterio del legislador español con respecto a las Directivas comunitarias, éste se amplía a los delitos graves, con independencia de cuál sea su origen, esto es, ya procedan del narcotráfico o de cualquier otra actividad ilícita. Inclusión que, a la vez, como hemos puesto de relieve en el párrafo an-

³¹ J. Del 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, 2011, p. 10.

³² J. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”, en *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo*, p. 206.

³³ Igualmente, *vid.*, J. L. Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 833 y ss.

³⁴ D.J. Gómez Iniesta, *op. cit.*, p. 44. Igualmente, entre otros, *vid.* M. Abel Souto, “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa 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”, *op. cit.*, p. 3.

³⁵ “Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva disposiciones más estrictas para impedir el blanqueo de capitales”.

³⁶ Por todos, *vid.* M. Abel Souto, *op. cit.*, p. 4, nota a pie de pág. 70; E. Fabián Caparrós, *op. cit.*, pp. 336-339. D.J. Gómez Iniesta, *op. cit.*, p. 59.

³⁷ Al respecto, *vid.* J. L. Díez Ripollés, *op. cit.*, pp. 853 y ss. donde analiza detenidamente la reforma del Código penal de 1992 en esa materia.

³⁸ J. Del Carpio Delgado, *op. cit.*, p. 11, en especial nota a pie de pág. 31.

³⁹ J. Terradillos Basoco, *op. cit.*, p. 226.



terior defendía un sector de la doctrina española,⁴⁰ ya que, afirmaban, existía otro tipo de delincuencia que podía producir igual o mayores beneficios que los que tuvieran su origen en el narcotráfico.⁴¹

Siguiendo con la cronología de reformas, la cuarta modificación del delito de blanqueo de capitales tiene lugar mediante la L.O. 15/2003, de 25 de junio,⁴² ésta incorpora importantes cambios en cuanto al comiso y prevé una pena facultativa de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o industria de uno a tres años, además de la posibilidad de acordar la medida de clausura temporal del establecimiento o local hasta cinco años.

No obstante, una de las mayores “aportaciones en negativo” de la reforma de 2003 en relación con el comiso, es la posibilidad de enajenar sin sentencia firme las ganancias derivadas del tráfico de drogas que sean objeto de blanqueo. Previsión que un sector de la doctrina entendía como manifiestamente inconstitucional.⁴³ Sin embargo, más allá de lo acabado de referir, me inquieta una circunstancia que supone la ampliación del elenco de las conductas típicas en cuanto, ahora, el legislador va mucho más lejos al incriminar la conducta a quien “adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que tienen su origen en cualquier delito”. En otras palabras, se incluye cualquier clase de actividad delictiva; dicho de otra manera, mientras que el Código de 1995 castigaba las actividades que tuvieran su origen en un delito grave: con pena superior a tres años, ahora el Código contempla el blanqueo de hechos sancionados con tres meses de prisión,⁴⁴ lo cual no sólo supone una expansión desmesurada del objeto del delito que llega a alcanzar a los delitos bagatela, sino que quebranta abiertamente el principio de intervención mínima y vulnera la consideración del Derecho penal como última ratio.⁴⁵

Sin embargo, las sucesiones de reformas legislativas en relación al blanqueo de capitales no acaban en

el 2003, sino que el Código vuelve a ser reformado en esta materia, ahora mediante la L.O. 5/2010, de 22 de junio. Texto vigente en la actualidad y en el que pueden particularizarse las siguientes modificaciones:

- a. Se sustituye la rúbrica del Capítulo que pasa a denominarse: De la receptación y el blanqueo de capitales” en lugar de la anterior: “De la receptación y otras conductas afines”.
- b. En cuanto a la redacción del artículo 301.1, el precepto continúa estructurado como un tipo mixto alternativo aunque, ahora, junto al sujeto que “adquiera, convierta o transmita bienes” se añaden también las conductas de quien “posea” y “utilice”.
- c. Se amplía el origen ilícito de los bienes, ya que mientras que la redacción hasta ahora vigente se refería a los que tuvieran origen en “un delito”, la nueva redacción lo amplía genéricamente a “una actividad delictiva”.
- d. Igualmente, incrimina expresamente el denominado autoblanqueo, ya que se refiere a la actividad delictiva, “cometida por él o por cualquier tercera persona”.
- e. El último párrafo del artículo 301.1, amplía los delitos a los que preceptivamente se impone la pena en su mitad superior, ya que la redacción anterior se refería a los “bienes que tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas de los descritos en los artículos 368 a 372 de éste Código”, mientras que ahora se refiere, además, a los bienes que tengan su origen en “alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI”.

⁴⁰ E. Ruiz Vadillo, “El Blanqueo de capitales en el Ordenamiento jurídico español”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1641, 1992, pp. 645 y ss.

⁴¹ Así, E. Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, op. cit., p. 385. En contra, D. J. Gómez Iniesta, *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español*, op. cit., pp. 46 y ss., quien se mostraba partidario de un sistema restringido de “numerus clausus” o, en su caso, concretarlos a un catálogo de delitos determinados, como podían ser los de narcotráfico, delincuencia organizada o terrorismo, tal y como se preveían en la L. 19/1993, de 28 de diciembre.

⁴² Vid. M. Abel Souto, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, op. cit., p. 225.

⁴³ C. Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 2ª ed., Valencia, 2010, p. 531.

⁴⁴ M. García Arán, en Córdoba Roda, García Arán (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. II, Barcelona, 2004, p. 1155. Vid., igualmente, J. Del Carpio Delgado, op. cit., p. 14, donde pone de relieve un interesante ejemplo de incoherencia legislativa como consecuencia de la reforma en relación con los delitos urbanísticos y el delito previo.

⁴⁵ M. Abel Souto, op. cit., p. 8.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

f. Finalmente, en cuanto al 302.2, el precepto se sustituye por otro de nuevo cuño. En el texto hasta ahora vigente se podían acordar (con carácter facultativo) la adopción de distintas medidas, mientras que la nueva redacción dispone con carácter preceptivo las penas a imponer a las personas jurídicas que resulten responsables del delito.⁴⁶

Además de lo anterior, no puedo dejar de mencionar la entrada en vigor de la aludida Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo que, como ya hemos dicho, tiene un objeto distinto al del injusto típico del delito,⁴⁷ aunque ello no es óbice para que vuelva a reproducirse una vez más la indeseada superposición entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, con la particularidad añadida de que la Ley (cuya entrada en vigor se produce al día siguiente de su publicación, aunque la reforma del CP lo hizo el día 24 de diciembre de 2010), considera blanqueo de capitales la actividad de autoblanqueo: “Existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas en las letras precedentes sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes” (art. 1.2.d), previsión que ya se contempla indirectamente en unos párrafos precedentes (art. 1.2. a), por lo que hasta la entrada en vigor de la última reforma se daba la paradoja de que el autoblanqueo era una infracción administrativa, aunque no se trataba de un ilícito penal. Cosa distinta, sin embargo, es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo interpretara ya en esos mismos términos.⁴⁸

III. Análisis crítico de algunos aspectos de la ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo

Introducción

Como es sabido, la L. 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación

del terrorismo, transpone las Directivas comunitarias en la materia para adaptar la legislación española a la normativa europea.⁴⁹ La referida Ley transpone la Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, al igual que la Directiva 2006/70/CE, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE en lo relativo a la definición de personas del medio político y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente, así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada.

Ley, como las anteriores que trasponen las Directivas europeas, con un contenido material administrativo, en cuanto a la intervención del Estado en determinados ámbitos económicos que, como señala su Exposición de Motivos, prevé algunas disposiciones más rigurosas que la propia Directiva, ya que como se afirma en el art. 5: se trata de una norma de mínimos. La apuesta del legislador español por la rigurosidad preventivo administrativa del blanqueo está fuera de cualquier duda, al menos teóricamente. Otra cosa es que decisiones posteriores como 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 (en particular su Disposición Final Primera donde se trata específicamente la declaración tributaria especial: la amnistía fiscal), pongan en tela de juicio una normativa controvertida y excesivamente reglamentista en algunos ámbitos. O dicho de otra manera: a pesar de que la transposición normativa de la Directiva es más contundente que la propia disposición europea, el Gobierno ultimó un mecanismo que abrió la puerta no sólo a la amnistía fiscal sino, como veremos en su momento, a un blanqueo de capitales encubierto.

Ahora bien, si a ese rigorismo preventivo-administrativo con un alcance ilimitado —dado que tiene por objeto los bienes que tengan su origen en una (cualquiera) actividad delictiva—, que incorpora mo-

⁴⁶ Sobre esta última cuestión, *vid.* I. Bloan Cordero, *op. cit.*, pp. 846 y ss.

⁴⁷ T. Ruano Mochales, “Apuntes sobre el proyecto de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo”, *Diario La ley*, núm. 7352, 1 de marzo 2010, p. 12.

⁴⁸ Cobo del Rosal y Zabala López-Gómez, *op. cit.*, pp. 121 y ss., donde analizan la jurisprudencia contradictoria de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo.

⁴⁹ *Vid.*, ampliamente, J. A. Aliaga Méndez, *Normativa comentada de prevención de blanqueo de capitales*, Madrid, 2010, pp. 3 y ss.



dalidades de comportamiento ilícito como la “adquisición”, la “posesión” o la “utilización”, además de la “participación” en cualquier actividad o el “aconsejar” a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución, le añadimos la última reforma del Código penal mediante la L.O. 5/2010, de 22 de junio, no se puede concluir otra cosa que el legislador adopta una opción político criminal indiscutiblemente extensiva hasta el punto de desnaturalizar el delito dado que en él se pueden incluir una multitud de conductas subsumibles en el tipo de blanqueo de capitales: todo puede ser blanqueo.⁵⁰

La nueva tipificación del delito de blanqueo de capitales en el Código penal y las modalidades ilícitas previstas en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo

Con anterioridad me he referido a la nueva tipificación del delito de blanqueo de capitales en el Código penal español, destacando las diferencias en relación con la previsión anterior. Modificaciones que me parecen francamente discutibles ya que en algún caso propician aún más las dudas que se infieren de este delito. Una muestra de ello es que en la Disposición Final Sexta de la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del CP,⁵¹ donde se detallan las normas de la Unión Europea que se incorporan al Derecho español no se hace mención a la incorporación a nuestro Ordenamiento Jurídico de ningún texto normativo referido al blanqueo de capitales.⁵² Sin embargo, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, sí incorpora en su también Disposición Final Sexta la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, desarrollada por la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, de 1 de agosto de 2006. Ahora bien, lo anterior no es óbice para preguntarse si la incorporación de la mencionada Directiva hacía necesaria la reforma del delito de blanqueo de capitales. Modifi-

cación que tampoco estaba prevista en los anteriores proyectos de reforma del texto punitivo; luego, ¿qué es lo que propició la modificación del Código penal?

En todo caso, discutible o no, parece que el motivo no fue otro que armonizar los comportamientos ilícitos de la Ley 10/2010 con las previsiones del Código penal.⁵³ Otra cosa es cómo solventar el frecuente problema de la distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo ante el solapamiento de los comportamientos típicos; y que, en efecto, la coherencia normativa que pretendidamente se quería establecer se lograra.

Es cierto que la necesidad de armonización legislativa puede compartirse, pero el resultado obtenido no ha sido el deseado ya que las modalidades de blanqueo previstas en el Código penal y en la Ley de prevención del blanqueo no coinciden. Así, en el art. 1.2.c) de la Ley 10/2010, se consideran blanqueo de capitales, entre otras, las actividades de: “adquisición”, “posesión” o “utilización” de bienes, a sabiendas de su procedencia delictiva; en otras palabras, en el citado párrafo no se requiere ninguna finalidad, por lo que es suficiente que se conozca la procedencia delictiva de los mismos. Igualmente, en el art. 1.2.a) se considera blanqueo la “conversión” o la “transferencia” de bienes a sabiendas de su origen delictivo, pero únicamente tiene relevancia cuando tiene el propósito de “ocultar o encubrir” el origen ilícito de los bienes. En suma, una de las modalidades previstas en la Ley 10/2010 precisa de un elemento subjetivo adicional (“ocultar o encubrir”), mientras que de la otra deviene ilícita por la mera conducta de adquirir, poseer o utilizar bienes a sabiendas de su origen ilícito.

Por lo que respecta al Código penal, las modalidades de la acción en la descripción típica del delito de blanqueo de capitales posibilitan, a su vez, dos interpretaciones distintas. La primera de ellas entiende que sólo existe una conducta típica. Así, la adquisición, conversión o transmisión (tras la L.O. 5/2010 se incorpora la posesión y la utilización) se entiende que son comportamientos simplemente ejemplificativos, de modo que la conducta típica consiste en la realización de cualquier acto sobre los bienes procedentes de un delito previo, siempre que estos se dirijan a ocultar

⁵⁰ Vid. J. Dopico Gómez-Aller, “Si todo es blanqueo, nada es blanqueo”, <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/>

⁵¹ D. P. Arias Holguín, *op. cit.*, p. 244.

⁵² A. Manjón-Cabeza, “Receptación y blanqueo de capitales”, en F. J. Álvarez García, J. L. González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, p. 340.

⁵³ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 239.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

o encubrir su origen ilícito o ayudar a quien haya intervenido en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos.⁵⁴ Una opción interpretativa distinta, que suscribo, es la que entiende que la descripción típica del precepto está compuesta por dos modalidades de comportamientos ilícitos distintos. Una que se refiere a la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes, sabiendo que tiene su origen en una actividad delictiva previa, con independencia de la finalidad perseguida por el sujeto activo y alternativamente a lo anterior, se incluye una cláusula abierta en la que tiene cabida cualquier otro acto para ocultar, encubrir o el auxilio.⁵⁵

Como se puede observar, se trata de circunstancias que todavía generan más dudas acerca de qué debe de entenderse por blanqueo de capitales; es decir, si el propósito del legislador fue el de incorporar al Código penal las modalidades de la acción que se introducían en la Directiva Europea y en la Ley 10/2010, a pesar de que no estaba expresamente obligado a ello, parece que lejos de armonizar las previsiones normativas se ahondaron los problemas interpretativos.⁵⁶

Las dudas sobre el autoblanqueo en sede penal y en sede administrativa: el interrogante no resuelto normativamente

Una de las cuestiones polémicas que en los últimos tiempos han acompañado el delito de blanqueo de capitales son las relacionadas con el autoblanqueo. En efecto, el nudo gordiano ha residido en determinar si pueden ser también autores del delito de blanqueo quienes hayan intervenido como autores o como cómplices del delito previo cuyos bienes se blanquean.⁵⁷ En otras palabras, se trata de dilucidar si el denomi-

nado autoblanqueo es o no punible. Comentaba con anterioridad que se trata de una de las modificaciones más significativas introducidas en la nueva redacción del art. 301.1, ya que en ese párrafo se hace referencia a quien adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, “cometida por él o por terceras personas”. A lo que cabe añadir que el segundo párrafo del art. 1.2.d) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, establece de modo inequívoco que: “existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas en las letras precedentes sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes”. Parece que, a tenor de la nueva redacción del art. 301.1 del CP, así como de su previsión en la Ley 10/2010, de 28 de abril, se disipan las dudas acerca de la punición del autoblanqueo. Ahora bien, permítaseme matizar lo anterior ya que la tipificación penal del autoblanqueo no se infiere de su sanción en la Ley 10/2010, de 28 de abril, sino de su incriminación expresa en la nueva redacción del art. 301, lo cual no impide que siga siendo objeto de críticas por las dudas que suscita en relación a la vulneración del *non bis in idem*.⁵⁸

Es cierto que, previamente a ello, un autorizado sector doctrinal ponía en tela de juicio la punición del autoblanqueo al considerar que se trataba de un delito contra la administración de justicia y, por lo tanto, era un supuesto de autoencubrimiento impune⁵⁹ o, desde otro punto de vista, se entendía que se trataba de un acto copenado posterior que ya estaba incluido en el desvalor del delito precedente.⁶⁰ Controversia aparentemente ahora resuelta.⁶¹

Sin embargo, otro importante sector⁶² era del parecer que, puesto que el tipo no exigía —a diferencia

⁵⁴ Al respecto, J. Del Carpio Delgado, *op. cit.*, p. 167; E. Fabián Caparrós, *El delito...*, p. 173.

⁵⁵ Por todos, M. Abel Souto, *El delito de blanqueo en el Código penal español: bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre*, Barcelona, 2005, pp. 91 y ss. Comparte la misma opinión, entre otros, C. Martínez Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa*, 3ª ed., Valencia, 2011, pp. 489-490; C. Vidales Rodríguez, “Blanqueo, ¿qué es blanqueo? Estudio del art. 301.1 del Código penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 18, 2012, pp. 12 y ss.

⁵⁶ J. Del Carpio Delgado, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁷ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 246.

⁵⁸ D. J. Gómez Iniesta, *op. cit.*, pp. 104 y ss; A. Manjón-Cabeza, *op. cit.*, pp. 343-344.

⁵⁹ Cobo del Rosal y Zabala López-Gómez, *op. cit.*, pp. 97 y ss; C. Vidales Rodríguez, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1997*, Valencia, 1997, pp. 95 y ss.

⁶⁰ J. M. Palma Herrera, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000, pp. 390 y ss; del mismo autor, *Los actos copenados*, Madrid, 2004, pp. 48 y ss.

⁶¹ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 303.

⁶² Entre otros, J. Córdoba Roda, *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, Madrid, 2006, pp. 10 y ss. J. Del Carpio Delgado, *op. cit.*, pp. 225 y ss; E. Fabián Caparrós, p. 534; M. García Arán, en *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. II, *op. cit.*, p. 1154.



del delito de receptación y de encubrimiento— que el sujeto no hubiera intervenido ni como autor ni como cómplice, y de que se trataba de un delito autónomo, no existía inconveniente para la doble incriminación y, por lo tanto, era perfectamente viable atender a un concurso real de delitos. Por su parte, el TS mantenía una línea interpretativa contradictoria ya que en algún caso lo negaba (STS 115/2007, de 22 de enero): para que alguien pueda ser reputado autor o participe del delito previsto en el art. 301.1 CP 1995 —art. 546 bis f) CP 1973 — en relación con ciertos bienes, es necesario que, siendo ajeno a la acción de precedencia calificada de ilegal, opere con aquellos de alguna de las maneras descritas en el art. 301 CP 1995, pues otra cosa implicaría la vulneración del principio non bis in idem, que ha de entenderse comprendido en el art. 25.1 CE, íntimamente ligado al de legalidad penal...”; mientras que en otras sostenía la hipótesis de la doble incriminación y, por lo tanto, abundaba en la existencia de un concurso real de delitos (STS 1597/2005, de 21 de diciembre: “si se produce la coincidencia de autores en actividades de generación y blanqueo nos encontraremos ante un evidente concurso real y no ante un modalidad de absorción ya que las conductas adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y con bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados”).

Criterio que fue también el acordado por el TS en el Pleno no Jurisdiccional de 18 de julio de 2006, donde se concluye que: “El artículo 301 del Código penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente. Para el conocimiento de estos supuestos, la Sala Segunda, se constituirá siempre con un mínimo de cinco Magistrados”. Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional que suscita de inicio alguna reflexión. Así, nótese que lo acordado es la no exclusión del concurso real con el delito antecedente, pero no se hace ninguna otra mención, esto es, en qué supuestos cabe el concurso real y en cuáles no o, dicho de otra forma, el hecho de que no se excluya en todo caso el concurso real con el delito antecedente supone que sería posible que en otras hipótesis distintas en

las que éste cabría (aunque no se dice cuáles) no sería posible. No es eso todo ya que se acuerda también una composición especial de la Sala con un mínimo de cinco Magistrados en lugar de los tres que la conformaban hasta entonces para enjuiciar esos delitos, de lo cual se desprende —sin demasiado esfuerzo— que se pretende reforzar la composición de la Sala para tratar de evitar resoluciones con determinadas mayorías. Llama la atención, además de lo anterior, que en esa misma fecha, 18 de julio de 2006, se adoptara otro Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional en el que sorprendentemente se acordaba que: “Los Acuerdos de la Sala General (Pleno no Jurisdiccional) son vinculantes”.⁶³

En todo caso, y a pesar de las dudas que se desprenden de todo lo anterior, la polémica ha sido resuelta por el Legislador —aunque no por ello deje de suscitar desacuerdos— al adoptar una inequívoca decisión de política criminal que, como veremos en su momento, no está exenta de otros problemas derivados de la interpretación de la fórmula “actividad delictiva” que precede al origen de los bienes.⁶⁴

Objeto material: el bien o activo. El art. 1.2 d) de la Ley 10/2010

Tradicionalmente se ha interpretado el objeto material, los “bienes”, en un sentido amplio, esto es, desde la misma perspectiva en la que se han entendido los “bienes” susceptibles del alzamiento de bienes: muebles e inmuebles, corporales e incorpóreas, derechos o valores y, también, los créditos.⁶⁵ Opción que en términos, incluso, más amplios es la adoptada por la Directiva 2005/60, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, en cuyo artículo 3.3 se concluye que se trata de: “todo tipo de activos, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos”. Y que, por otro lado, la Ley 10/2010, de 28 de abril, reproduce literalmente con el añadido de que incluye en la caracterización anterior: “la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”. Cuestión

⁶³ A. Manjón-Cabeza, *op. cit.*, p. 345.

⁶⁴ J. A. Aliaga Méndez, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

⁶⁵ Entre otros, M. Abel Souto, *El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien Jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, Barcelona, 2005, p. 185; J. Del Carpio Delgado, *op. cit.*, p. 93; E. Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 301; C. Martínez-Buján, *Derecho penal económico y de la empresa*, 3ª ed. Valencia, 2011, pp. 483 y ss.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

que ha sido objeto de un vivo debate en la doctrina⁶⁶ y sobre lo que algún autor se mostraba abiertamente contrario, a lo que añadía la duda de si la colaboración que se presta a quien no pagó sus impuestos para que se realicen determinadas inversiones o negocios sería calificable como ayuda a la ocultación o encubrimiento del delito previo y, por lo tanto, se cuestionaba si era susceptible de ser inculcado por un delito de blanqueo. En todo caso, el hecho de que se haya incorporado a la Ley 10/2010, de 28 de abril, el párrafo alusivo a la cuota defraudada en los delitos contra la Hacienda Pública como idóneo para integrar la correspondiente infracción administrativa de la citada disposición, no supone que ese mismo criterio sea reproducible de forma automática en sede penal, ya que podría significar una infracción del principio de reserva de ley orgánica ya que es inviable que una ley ordinaria amplíe o modifique el comportamiento penalmente típico.⁶⁷

Bienes que, en todo caso, han de ser susceptibles de valoración económica y, por lo tanto, idóneos para ser incorporados al tráfico mercantil o económico así como al patrimonio.⁶⁸ En directa relación con lo anterior, los bienes *extra commercium*, por ejemplo: las drogas, no pueden integrar el comportamiento típico del delito de blanqueo de capitales (aunque sí sus transformaciones) dado que no lesionan la licitud de los bienes en el tráfico mercantil.⁶⁹

Por otro lado, téngase en cuenta que el párrafo tercero del art. 1.2.d) la Ley 10/2010 proporciona una definición auténtica de lo que debe entenderse por bienes procedentes de una actividad delictiva.⁷⁰ Así, en el precepto se hace una referencia expresa a las diversas formas que presentan los bienes con origen delictivo distintos del efectivo. En todo caso, parece

que el alcance que ha de darse a la expresión “activo” es en sentido económico o contable, de carácter real y actual, integrando con ello todo tipo de derecho de naturaleza económica producido por el delito.⁷¹

La fórmula “actividad delictiva” en el Código penal y en la Ley 10/2010

Se trata de otra de las modificaciones de enorme calado introducidas en el tipo de blanqueo que, a nuestro entender, puede interpretarse como una muestra del afán punitivista de un legislador que, quizá, no es consciente de los efectos o de las consecuencias que pueden derivarse de una opción técnico-legislativa desacertada. En todo caso, conviene recordar que la fórmula adoptada tiene su origen en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2008. En él se proponía que debía “aprovecharse la reforma para sustituir la referencia ‘delito’ como antecedente del blanqueo por la de ‘actividad delictiva’, dado que se corresponde mejor” —añadía— con la autonomía del delito de blanqueo y con la no exigencia de una resolución judicial que se pronuncie sobre un delito antecedente concreto conforme a lo dispuesto por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.⁷²

Sin necesidad de realizar una detallada evolución legislativa del delito de blanqueo,⁷³ se debe tener en cuenta que el ilícito se introdujo originariamente en el CP mediante una reforma de 1988, para vincularlo exclusivamente al blanqueo de dinero procedente del narcotráfico.⁷⁴ En el CP de 1995, por el contrario, se amplía el elenco del origen de los bienes para relacionarlos con los procedentes de un *delito grave*, que podía concretarse a la luz de lo previsto en de los arts. 13 y 33 del CP, en delitos que tuvieran aparejada una

⁶⁶ Entre otros, B. Del Rosal Blasco, “Delito fiscal y blanqueo de capitales”, *Diario La Ley*, Semana 24, 11 al 17 de febrero de 2013, pp. 13 y ss.; A. Manjón-Cabeza, “Un matrimonio de conveniencia: blanqueo de capitales y delito fiscal”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 37, 2012, pp. 30 y ss.; G. Quintero Olivares, “El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 698, 2006, pp. 1 y ss.

⁶⁷ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 393.

⁶⁸ C. Martínez-Buján, *op. cit.*, pp. 484-485.

⁶⁹ J. Del Carpio Delgado, “Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal”, *op. cit.*, p. 7.

⁷⁰ “A los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.”

⁷¹ J. A. Aliaga Méndez, *op. cit.*, p. 18.

⁷² J. Del Carpio Delgado, “Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo...”, *op. cit.*, p. 15. Igualmente, M. Abel Souto, “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, p. 5.

⁷³ *Supra* II.2.

⁷⁴ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 275.

pena privativa de libertad superior a los tres años. Sin embargo, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, modifica el tenor del delito de blanqueo y el delito previo es ahora, simplemente, un *delito*, texto hasta ahora vigente. Por lo tanto, con ello se amplían los hechos a supuestos en los que el objeto del delito previo pueden ser ilícitos a los que les corresponde una pena privativa de libertad a partir de los tres meses (arts. 30.1, en relación con el 13.2 y 33.2.a) del CP, lo cual ya supone una desmesurada ampliación del delito previo al blanqueo dado que, en ese caso, su objeto se perfila a partir de los ilícitos bagatela de índole patrimonial.⁷⁵

Sin embargo, como hemos dicho, el origen de los bienes se configura por aquéllos que tiene su origen en una “actividad delictiva”. ¿Cuál es el alcance de tal expresión? Como muy bien señala Manjón-Cabeza,⁷⁶ si de ello se infiere que “actividad delictiva” es cualquier tipo de infracción penal y por ello entendemos no sólo los delitos sino, también, las faltas, la conclusión de ello es incomprensible y contraria a cualquier lógica jurídica, ya que se castigaría con una sanción testimonial al autor material de una falta, mientras que el sujeto que lleve a cabo cualquiera de los comportamientos típicos, ya fuere el de “adquirir” o el de “utilizar”, sería castigado con una pena de prisión (de seis meses a seis años) que sería muy superior a la correspondiente al autor de la actividad delictiva previa. Interpretación que es perfectamente plausible pero que, necesariamente, ha de ser corregida para entender la afección *actividad delictiva* desde un criterio restrictivo.⁷⁷ En este mismo sentido, y ya tratando de fundamentar una interpretación restrictiva del término “delito”, recogida en el anterior art. 301, un sector doctrinal entendía que el vocablo “delito” no se interpretara como un hecho típico y antijurídico que fundamentara el proceso por blanqueo, sino que requiere la existencia de una sentencia penal firme por un delito distinto que acredite que los bienes blanqueados tienen su origen en ese delito.⁷⁸

En todo caso, tratando de encontrar una coherencia a la reforma, es posible que el Legislador haya asumi-

do la reciente opción interpretativa del Tribunal Supremo en el sentido de que: “la ausencia del requisito de previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan, es rigurosamente lógica desde una perspectiva de política criminal” (TS 449/2006, 17-4). Conclusiones que se han construido en base a la inferencia de una serie de indicios materiales para, en ese caso, presumir la existencia de un delito previo, lo cual puede generar serias dudas en cuanto a la vulneración del principio acusatorio y la inversión de la carga de la prueba ya que, a juicio del TS: “corresponde al acusado acreditar la procedencia legal de grandes cantidades de dinero usadas en el blanqueo” (TS 1504/2003, 25-2). Ahora bien, éste no ha sido el criterio unánimemente mantenido por la Jurisprudencia del TS, ya que en pronunciamientos anteriores manifestaba que: “el origen de tales bienes no tiene por qué tratarse de una concreta operación constitutiva de un delito de los previstos en los citados arts. 368 a 372, pues de ser así, ya se produciría una condena concreta por ellos, lo que no exige el precepto. Así lo expone la jurisprudencia de esta Sala. Dice la STS 266/2005, de 1 de marzo, siguiendo a la STS 575/2003 de 14-4, que pudiera pensarse, desde una óptica interpretativa estrictamente formalista, que sin condena por delito o en general, sin declaración judicial de la existencia de delito, no puede aplicarse el art. 301 CP”.

No obstante, como decimos, parece haberse impuesto una interpretación Jurisprudencial distinta con origen en la STS 1704/2001, de 29-9, donde se incide en que ni en el delito de blanqueo ni en la receptación “se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan [...]. puesto que, tratándose de combatir eficazmente un tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar, en la persecución penal de estas conductas, a que se declarase la responsabilidad de quien en el tráfico hubiera participado”.⁷⁹

La interpretación dispensada por el Tribunal Supremo tiene unos efectos francamente perturbadores

⁷⁵ M. Abel Souto, *El delito de blanqueo de capitales en el Código penal español*, op. cit., pp. 225, 231; del mismo autor, “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, op. cit., p. 3.

⁷⁶ A. Manjón-Cabeza, “Receptación y blanqueo de capitales”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, op. cit., p. 340.

⁷⁷ J. Del Carpio Delgado, op. cit., “Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal”, pp. 14-15. Igualmente, vid. M. Abel Souto, *El delito de blanqueo de capitales en el Código penal español*, op. cit., pp. 225, 231; del mismo, “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, op. cit., p. 4.

⁷⁸ Cobo del Rosal y Zabala López-Gómez, op. cit., pp. 82 y ss.; J. Córdoba Roda, *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, op. cit., pp. 64 y ss.

⁷⁹ J. Del Carpio Delgado, op. cit., p. 15, nota a pie página núm 53.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

ya que posibilita una expansión del ámbito típico del blanqueo que va mucho más allá de lo previsto en los documentos internacionales, como es el caso de la definición recogida en el art. 3 de la Decisión Marco del Consejo de 26 de junio de 2001, donde al referirse a “actividad delictiva” la vincula a todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses.⁸⁰

Además de lo anterior, seguidamente voy a exponer una serie de argumentos que permiten interpretar la fórmula “actividad delictiva” desde un punto de vista restrictivo para que desde el principio de unidad del ordenamiento jurídico nos permita concretar el ámbito material sobre el que recae el blanqueo de capitales, ya sea en sede penal o en sede administrativa. En este sentido, J. A. Aliaga Méndez señala que no sería fácil mantener una situación en el que la norma penal que define el blanqueo fuera más amplia que la administrativa, algo que parece incompatible con el principio de intervención mínima del Derecho penal.⁸¹

En primer lugar, en clave de bien jurídico es sabido que en el delito de blanqueo de capitales podríamos diferenciar dos grandes sectores en la doctrina. Uno que cuestiona con distintos argumentos su existencia como comportamiento ilícito. Así, desde los que discuten su existencia al entender que se trata de un comportamiento que carece de bien jurídico; o, en un sentido similar, quienes sostienen que se trata de una actividad penalmente irrelevante que, incluso, debería ser promocionada por el Estado, o, los que consideran que con su tipificación se produce una injerencia en negocios socialmente adecuados. A pesar de lo anterior, la mayoría de la doctrina es partidaria de su incriminación aunque, a la vez, las opiniones en cuanto a la determinación del bien jurídico son de lo más diverso. Así, hay quien sostiene que el bien jurídico objeto de protección es la Administración de Justicia en sentido estricto, otros que entienden que se trata del mismo bien jurídico lesionado con el delito previo, pasando por los que postulan que el objeto de

protección es el orden socioeconómico. No obstante, progresivamente se va consolidando el criterio de que nos encontramos ante un delito de carácter pluriofensivo,⁸² donde además de su indudable naturaleza socioeconómica, que puede concretarse en la idea de “la licitud de los bienes que circulan en el mercado, que debe ser protegida frente a la incorporación de bienes de procedencia delictiva”, se ha de tomar en consideración la Administración de Justicia, ya sea en su función preventiva o en su faceta de averiguación, persecución y castigo del delito.⁸³

Luego, ¿cómo cabe interpretar la fórmula “actividad delictiva”? A mi juicio, debe hacerse en estricta clave de afección material al bien jurídico protegido en estos ilícitos. Esto es, el punto de partida pasa por asumir en el blanqueo de capitales la existencia de un bien jurídico de carácter pluriofensivo que se encuentra en directa relación con la licitud de los bienes que circulan en el mercado (que debe protegerse frente a la incorporación de bienes de procedencia delictiva), lo cual, de forma simultánea, supone atribuir a la Administración de Justicia un carácter clave, ya sea en su función preventiva o en la de averiguación, persecución y castigo del delito. En suma, si la “actividad delictiva” no implica, ya sea por tratarse de una actividad de mínima trascendencia o de carácter irrelevante, una afección a la vertiente socioeconómica protegida en el delito de blanqueo de capitales se trataría de un comportamiento que no sería subsumible en el tipo. Propuesta que, obviamente, tiene como consecuencia una interpretación de la referida fórmula en sentido estricto para evitar con ello una indeseable y desmesurada ampliación de los bienes objeto de procedencia ilícita.

Por otro lado, la necesaria interpretación restrictiva de “actividad delictiva”, resulta materialmente avalada por la propia Ley 10/2010, de 28 de abril, ya que en el art. 1, cuando establece el objeto, definición y su ámbito de aplicación, es cierto que se refiere en todo momento a “actividad delictiva”, —arts. 2 a), 2 b), 2.c) y 2.d.)—, pero también lo es que el tercer párrafo

⁸⁰ A. Manjón-Cabeza, *op. cit.*, p. 341. *Vid.*, igualmente, I. Blanco Cordero, *op. cit.*, pp. 281 y ss.; G. Quintero Olivares, *op. cit.*, p. 9.

⁸¹ J. A. Aliaga Méndez, *Normativa comentada de prevención de blanqueo de capitales*, *op. cit.*, p. 13. *Vid.*, asimismo, nota a pie de página núm. 14 donde el citado autor pone de relieve que el art. 1 de la Ley 19/1993 limitaba el concepto de blanqueo al producido por delitos castigados con pena de prisión superior a tres años, mientras que en el ámbito penal el Código lo extendía a todo delito.

⁸² Entre otros D. J. Gómez Iniesta, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, *op. cit.*, p. 29. *Vid.*, detalladamente, C. Martínez-Buján, *Derecho penal económico y de la empresa*, pp. 476 y ss.

⁸³ En relación con las distintas posiciones doctrinales sobre el bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales. *Vid.*, por todos, I. Blanco Cordero, *op. cit.*, pp. 189 y ss.

del art. 2.d) establece una interpretación auténtica de actividad delictiva y la vincula específicamente con el delito. Así: “A los efectos de esta ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito”. En definitiva, a pesar de que la Ley utiliza la fórmula *actividad delictiva*, el propio texto reconduce esa interpretación para concluir que la actividad subyacente sea un delito y no una falta, para lo cual resulta absolutamente clarificador el párrafo aludido, ya que “equipara bienes procedentes de una actividad delictiva a bienes procedentes de un delito”.⁸⁴

Comportamiento típico

Al referirse al comportamiento típico previsto en el delito de blanqueo, Quintero Olivares advierte que hay un exceso de palabras que dan lugar a reiteraciones y superposiciones, a lo que añade que en él se recogen un “magma de acciones supuestamente diferentes”.⁸⁵ En efecto, se trata de un precepto que ha sido ampliamente criticado dada la superposición de comportamientos típicos, así como por su carácter abierto, de lo que se desprenden unos riesgos indiscutibles en relación con el principio de taxatividad penal; defectos que son extensivos al art. 1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, donde se dispone el objeto, definiciones y su ámbito de aplicación.⁸⁶

En todo caso, se pueden concretar las siguientes conductas:

- a) El adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes. Como dijimos en su momento, el “poseer” y el “utilizar” son modalidades del comportamiento incorporadas a la nueva redacción del precepto tras la LO 5/2010, de 22 de junio, que todavía contribuyen aún más a ahondar en los problemas interpretativos. En efecto, se trata de fórmulas que estaban previstas en el art. 344 bis i) del Código penal de 1973 que

no se incorporaron al Código Penal de 1995; modalidades de comportamiento que fueron objeto de duras críticas por parte del CGPJ al Anteproyecto de CP de 2008, al entender que quien posee o utilice los bienes conociendo su origen delictivo no son “conductas que resulten propiamente de blanqueo, ya que las conductas de poseer o utilizar no suponen necesariamente actos de disimulo del origen de los bienes, porque no comportan, siquiera, un cambio de titularidad real o aparente, como podría suceder en el caso de la adquisición”. Argumento al que cabe añadir que quien posee o utilice bienes producto de un delito en el que no ha participado, aunque conozca su origen delictivo, ni los encubre ni los oculta; es, en suma, una situación similar a la de la receptación civil (art. 122 CP), de la que únicamente se diferencia porque en ella se desconoce el origen delictivo y para la que el Código penal no prevé ninguna sanción penal, sino que le obliga a la restitución o resarcimiento.⁸⁷

El origen de incluir la “posesión” y la “utilización” no cabe ubicarlas exclusivamente en el texto del Anteproyecto de 2008 sobre el que se pronunció el CGPJ, sino que se remite a la Convención de Viena de 1988, donde en su art. 3.c preveía expresamente la punibilidad de esas modalidades.⁸⁸ Decisión política criminal muy controvertida dado que, con independencia de las acertadas críticas del CGPJ, una interpretación estrictamente gramatical de los términos implicaría la punición de lo que simplemente serían actos neutros de simple consumo. Comportamiento hasta ahora no sancionable dado que se entendía de forma pacífica que los actos de disfrute, y más cuando son de un tercero que no tiene conocimiento del origen ilícito de los bienes eran atípicos. Interpretación, por otro lado, avalada por el propio TS, quien en su Sentencia de 1 de octubre de 2007, llega más lejos dado que rechaza que sean punibles los actos de “disfrute” de los bie-

⁸⁴ J. A. Aliaga Méndez, *op. cit.*, p. 17.

⁸⁵ G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 4ª ed., 2005, pp. 1516-1517.

⁸⁶ D. P. Arias Holguín, *op. cit.*, p. 244.

⁸⁷ G. Quintero Olivares, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, núm. 12, 2010, pp. 3 y ss.

⁸⁸ Art. 3.c: “a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico: la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, 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 tales delitos”.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

nes, para acabar concluyendo que no responde por aceptación la esposa que conoce el origen ilícito de los bienes que su marido lleva al domicilio conyugal.⁸⁹

La interpretación contraria, la de atender a la relevancia de los comportamientos que consistan en la: “adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva”, por ser constitutivas de actividades de blanqueo de capitales, art. 1.2.c, Ley 10/2010, de 28 de abril, es una opción interpretativa que no comparto, dado que la consecuencia directa de ello es que si un sujeto conoce la procedencia ilícita de los bienes y simplemente los utiliza cabe entender que esa utilización es jurídicamente relevante.⁹⁰ Como muestra del absurdo a que ello nos conduciría, Abel Souto ejemplifica algunos casos para, atendiendo a una interpretación restrictivo-teleológica del tipo, descartar la relevancia sancionadora de conductas como las de usar un bien mueble o inmueble “teñido de delictuosidad”; como el de la vivienda construida cometiendo un delito urbanístico “conocido por su propietario o poseedor”; la de utilizar el coche del amigo corrupto “cuando se sabe que lo compró con el dinero de una dádiva”; o la esposa e hijos que ven su serie favorita en el televisor “a sabiendas de que el televisor lo sustrajo el marido y padre”.⁹¹ Evidentemente, el despropósito que supondría considerar típicas las conductas aludidas no podría ser mayor, por lo que no merece un mayor detenimiento.

En cuanto al resto de modalidades típicas, la doctrina concluye que en la *adquisición*, el adquirente, obtiene el dominio sobre los bienes de origen delictivo mediante una contraprestación. La *conversión* supone la transformación de esos mismos bienes en otros distintos, mientras que la *transmisión* es una modalidad contraria a la adquisición ya que viene caracterizada por la extracción de los bienes procedentes del delito en el patrimonio de un tercero.⁹²

b. La realización de cualquier acto para ocultar o encubrir su origen ilícito. Aquí nos encontra-

mos ante un comportamiento completamente abierto e indeterminado, criticable desde cualquier perspectiva atinente al principio de legalidad penal ya que permite la incriminación de toda conducta dirigida a ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes procedentes de una actividad delictiva.

- c. Realización de (cualquier otro acto) para ayudar a la persona que haya realizado la infracción para eludir las consecuencias legales de sus actos. Volvemos a encontrarnos frente a otra modalidad del comportamiento típico completamente abierta que viene presidida por la realización de todo acto de colaboración para que el autor del ilícito previo eluda la acción de la justicia; conducta que implica una superposición típica con el favorecimiento personal a resolver mediante el concurso de leyes,⁹³ dado que “tácitamente excluye el encubrimiento del 451, género del que el blanqueo es ley especial y de mayor gravedad” (TS 155/2002, 19-2).

Sobre este tema se plantea una interesante cuestión que adquiere especial relevancia con la entrada en vigor de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo, en relación con los abogados. Nos referimos a que el artículo 2 ñ) considera que los abogados son sujetos obligados, además de los procuradores u otros profesionales independientes, “cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compra-venta de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos”, a quienes en principio le son aplicables lo que la Ley denomina “medidas de diligencia debida”, y a quienes, por otro lado, les incumben determinadas obligaciones de información, lo cual plantea *a priori* una colisión con el deber de secreto profesional de los abogados. Sin embargo, la propia Ley, en su artículo 22, a diferencia del Anteproyecto donde no constaba, prevé

⁸⁹ D. De Alfonso Laso, “La modificación del delito de blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)”, en Quintero Olivares (dir.), *La reforma penal de 2010. Análisis y comentarios*, Pamplona, 2010, p. 256.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ M. Abel Souto, “La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, *op. cit.*, p. 12, en especial, las notas a pie de página 208 a 212, donde se documentan los ejemplos citados.

⁹² *Id.*, detalladamente, C. Martínez-Buján, *op. cit.*, pp. 484-485; y pp. 476 y ss.

⁹³ Calderón Cerezo, en Conde Pumpido (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. III, Madrid, 2007, p. 2285.



su exención en aspectos tan controvertidos como la información que reciban de sus clientes, “incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos” ya que, añade, en ese caso estarán amparados por el secreto profesional de conformidad con la legislación vigente. Exención que está en directa consonancia con la Directiva 91/308/CE y con la Directiva 2005/60/CE, dado que en el Considerando número 20 de esta última se establece que los abogados están sometidos al secreto profesional, salvo cuando su intervención esté directamente relacionada con actividades de blanqueo o de financiación del terrorismo.⁹⁴

Cabe añadir a lo anterior que para estos tres supuestos *a)*, *b)* y *c)*, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, se podrá imponer, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria de uno a tres años, además de acordar la clausura temporal —que no podrá exceder de cinco años— o definitiva del establecimiento.

d) Ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de su procedencia. (art. 1.2.b) Ley 10/2010, de 28 de abril; art. 301.2 CP).⁹⁵ Se trata de una previsión que tiene su antecedente inmediato en el artículo 344 bis h) del CP de 1973, que reprodujo literalmente el artículo 3.1 del Convenio de Viena sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 10 de diciembre de 1988 y que para un sector doctrinal es el tipo básico del delito de blanqueo a pesar de aparecer en el párrafo segundo del precepto, por lo que hubiera sido suficiente añadirle los actos de favorecimiento para dotar al ilícito de un contenido amplio de todas las conductas⁹⁶

Los sujetos obligados. El (práctico) agotamiento de las letras del abecedario en la Ley 10/2010, de 28 de abril

El art. 2 establece un inabarcable elenco de sujetos obligados,⁹⁷ a quienes les son exigibles distintos

⁹⁴ Ampliamente, *vid.* I. Blanco Cordero, *op. cit.*, pp. 549 y ss. Igualmente, T. Ruano Mochales, “Apuntes sobre el proyecto de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo”, *op. cit.* p. 12.

⁹⁵ D. P. Arias Holguín, *Aspectos político criminales y dogmáticos del tipo doloso del Blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, *op. cit.*, p. 302.

⁹⁶ G. Quintero Olivares, *Comentarios al Nuevo Código penal*, *op. cit.*, p. 1518.

⁹⁷ Artículo 2. Sujetos obligados.

1. La presente Ley será de aplicación a los siguientes sujetos obligados:

- a)* Las entidades de crédito.
- b)* Las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida y los corredores de seguros cuando actúen en relación con seguros de vida u otros servicios relacionados con inversiones, con las excepciones que se establezcan reglamentariamente.
- c)* Las empresas de servicios de inversión.
- d)* Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sociedades de inversión cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora.
- e)* Las entidades gestoras de fondos de pensiones.
- f)* Las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo y las sociedades de capital-riesgo cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora.
- g)* Las sociedades de garantía recíproca.
- h)* Las entidades de pago.
- i)* Las personas que ejerzan profesionalmente actividades de cambio de moneda.
- j)* Los servicios postales respecto de las actividades de giro o transferencia.
- k)* Las personas dedicadas profesionalmente a la intermediación en la concesión de préstamos o créditos, así como las personas que, sin haber obtenido autorización como establecimientos financieros de crédito, desarrollen profesionalmente alguna de las actividades a que se refiere la Disposición adicional primera de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al Sistema Financiero.
- l)* Los promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles.
- m)* Los auditores de cuentas, contables externos o asesores fiscales.
- n)* Los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.
- ñ)* Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

niveles de diligencia y con ello el cumplimiento de determinadas obligaciones establecidas en la Ley.⁹⁸

La primera cuestión a mencionar es que en el texto de la Ley se prevén tres niveles distintos de diligencia debida: “Medidas normales”, arts. 3-8; Medidas simplificadas, arts. 9-10; y, “Medidas reforzadas”, arts. 11-16, ya que se trata de operaciones y de personas que presentan —se afirma en la Ley— un alto riesgo de incurrir en conductas de blanqueo de capitales. Entre ellos cabe destacar los sujetos a los que se denominan “Personas con responsabilidad pública”, para quienes se establecen medidas reforzadas de control por parte de los sujetos obligados. Téngase en cuenta que ese grupo de personas, sin eufemismos, proclives a incurrir en conductas de blanqueo de capitales fueron objeto de tratamiento especial en la Directiva 2006/70/CE De la Comisión, de 1 de Agosto de 2006. Instrumento en el que se establecen las disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativo, entre otros, a la definición de personas del medio político.⁹⁹

Llegados a este punto debo recordar que, originalmente, los sujetos obligados se circunscribían en la Primera Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10

de junio de 1991, a las entidades de crédito y a los intermediarios financieros. Es más, en el Considerando Primero de la Directiva referida se afirma lo siguiente:

Considerando que la utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas (denominado en lo sucesivo blanqueo de capitales) puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y estabilidad de la entidad o institución en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto ocasionando con ello la pérdida de confianza del público

Como se puede observar, se desprende de la Directiva Comunitaria que la participación de los operadores financieros y bancarios en los procesos de blanqueo es involuntaria. Es más, parece que la adopción de las medidas de prevención contra el blanqueo que se adoptan en la Directiva comunitaria se llevan a cabo a instancia de las entidades de crédito y de las instituciones financieras y, desde luego, por los propios Estados ya que, como se dice en el Considerando siguiente, se trata de evitar que los Estados miembros adopten medidas incompatibles con el mercado único. Términos que, por otro lado, se

o) Las personas que con carácter profesional y con arreglo a la normativa específica que en cada caso sea aplicable presten los siguientes servicios a terceros: constituir sociedades u otras personas jurídicas; ejercer funciones de dirección o secretaría de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; facilitar un domicilio social o una dirección comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídicas; ejercer funciones de fideicomisario en un fideicomiso (“trust”) expreso o instrumento jurídico similar o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; o ejercer funciones de accionista por cuenta de otra persona, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y estén sujetas a requisitos de información conformes con el derecho comunitario o a normas internacionales equivalentes, o disponer que otra persona ejerza dichas funciones.

p) Los casinos de juego.

q) Las personas que comercien profesionalmente con joyas, piedras o metales preciosos.

r) Las personas que comercien profesionalmente con objetos de arte o antigüedades.

s) Las personas que ejerzan profesionalmente las actividades a que se refiere el artículo 1 de la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.

t) Las personas que ejerzan actividades de depósito, custodia o transporte profesional de fondos o medios de pago.

u) Las personas responsables de la gestión, explotación y comercialización de loterías u otros juegos de azar respecto de las operaciones de pago de premios.

v) Las personas físicas que realicen movimientos de medios de pago, en los términos establecidos en el artículo 34.

w) Las personas que comercien profesionalmente con bienes, en los términos establecidos en el artículo 38.

x) Las fundaciones y asociaciones, en los términos establecidos en el artículo 39.

y) Los gestores de sistemas de pago y de compensación y liquidación de valores y productos financieros derivados, así como los gestores de tarjetas de crédito o debito emitidas por otras entidades, en los términos establecidos en el artículo 40.

Se entenderán sujetas a la presente Ley las personas o entidades no residentes que, a través de sucursales o agentes o mediante prestación de servicios sin establecimiento permanente, desarrollen en España actividades de igual naturaleza a las de las personas o entidades citadas en los párrafos anteriores.

⁹⁸ I. Blanco Cordero, *op. cit.*, p. 525.

⁹⁹ Al respecto, *vid.* las interesantes reflexiones de J. Terradillos Basoco, “El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español”, *El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo*, *op. cit.*, p. 207.

recogen en los Principios de la Declaración de Basilea dado que

la confianza del público en los bancos y, por consiguiente, la estabilidad de éstos pueden verse perjudicadas por una publicidad desfavorable como consecuencia de la asociación involuntaria de los bancos por los delincuentes [...] bien porque se den pruebas de negligencia al aceptar clientes indeseables o bien por la complicidad de alguno de sus empleados con los delincuentes

Es indiscutible que progresivamente se pone de relieve que otros sectores de la actividad económica son “igualmente vulnerables”¹⁰⁰ al blanqueo de capitales y ese es el motivo por el que el núcleo de sujetos obligados se amplíe de una forma tan extensa, tratando de identificar así cualquier profesión o actividad “de riesgo” susceptible de asumir un comportamiento que podría subsumirse sin demasiadas dificultades en cualquiera de las formas de participación punible previstas en el Código penal.

En todo caso, vaya por adelantado que no suscribo el victimismo que se desprende de los textos internacionales relativo a esa pretendida instrumentalización del sector bancario por delincuentes.¹⁰¹ Ahora bien, entiéndaseme, no estoy afirmando la existencia de una conexidad intrínseca entre ambos, pero sí el hecho indubitado de que determinados ámbitos del sector bancario son partícipes necesarios del blanqueo de capitales,¹⁰² como también lo son otros sectores o sujetos especialmente obligados en la Ley 10/2010, de 28 de Abril.¹⁰³ Evidentemente el examen de todos ellos excede con creces el objeto de estas páginas, pero sí quisiera centrarme en dos que están íntimamente relacionados. Me refiero a los sujetos obligados previstos en el art. 2.1. l) y 2.1.n), esto es, los promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles,

además de los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles.

Los promotores inmobiliarios y quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compraventa de bienes inmuebles (art. 2.1.l)

La Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales,¹⁰⁴ que, como se recordará, transpone la Directiva 91/308/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, a diferencia de ésta en el que los sujetos obligados se circunscriben a las entidades de créditos e instituciones financieras, en su art. 2 incorpora un amplio elenco de sujetos obligados entre los que distingue a aquellos a los que exige unas obligaciones especiales (art. 2.2) aplicables a otros sujetos obligados no financieros, donde se encuentran las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividades de promoción inmobiliaria, agencia, comisión o intermediación en la compraventa de inmuebles, art. 2.2.b).¹⁰⁵

La Ley se desarrolla mediante el RD 925/1995, de 9 de junio, que aprueba su Reglamento.¹⁰⁶ Con independencia de las reformas posteriores de ambos textos (que no afectan al objeto de estudio), me interesa destacar que se establecen una serie de obligaciones especiales establecidas en el art. 16, relativos a la identificación de los clientes que efectúen operaciones por importes superiores a 8.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.

En todo caso, el art. 17 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, establece determinadas obligaciones de información para los sujetos obligados, entre ellas el deber de examen especial de cualquier operación compleja, inusual o sin propósito económico lícito o aparente, o que presente indicios de simulación o de fraude. A lo que debe añadirse que en el artículo siguiente se dispone la preceptiva comunicación al SEPBLAC de la existencia de cualquier hecho u operación, respec-

¹⁰⁰ J. A. Aliaga Méndez, *op. cit.*, p. 32.

¹⁰¹ *Supra* I.

¹⁰² *Supra* notas a pie de página 2 y 5 de este trabajo.

¹⁰³ Entre otros, *vid.* Álvarez Pastor, F. D-Eguidazu Palacios, *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales, op. cit.*, pp. 251 y ss., J.M. Peláez Martos, *Blanqueo de capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, Madrid, 2010, pp. 73 y ss.

¹⁰⁴ Modificada por la L. 19/2003, de 4 de junio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, añadiendo en su Disposición Adicional primera, dos nuevos apartados relativos a los sujetos obligados.

¹⁰⁵ *Vid.* J. M. Peláez Martos, *Blanqueo de capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley, op. cit.*, p. 254.

¹⁰⁶ Reformado mediante el RD 54/2005, de 21 de enero, para adecuarlo a las novedades introducidas en la Ley 19/2003, de 4 de julio.

La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España

to de la cual exista el indicio o la certeza de que se está relacionado con el blanqueo de capitales incluso, previene el texto, de que se trate de una simple tentativa. Como se puede observar las obligaciones de comunicación, de información al SEPBLAC, que le atañen al promotor inmobiliario o a quienes ejerzan profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación de bienes inmuebles, ante la existencia de la más mínima conjetura o sospecha de que la operación realizada está relacionada con el blanqueo de capitales es más que evidente. Incumplimiento del deber de comunicación por la existencia de indicio (art. 51.1, Ley 10/2010) que constituye una infracción muy grave y que puede ser sancionada con una multa cuyo importe mínimo es de 150.000 euros (art. 56.1.b, Ley 10/2010).

Pues bien, con independencia de lo anterior, esto es, de las obligaciones especiales y del deber de diligencia reforzado que se previene para estos profesionales, además de la gravedad de la cuantía de las sanciones previstas en la Ley 10/2010, no es ningún atrevimiento afirmar que la utilización del sector inmobiliario para el blanqueo de capitales es uno de los canales habituales manejados para ello; lo cual es más que evidente en determinadas zonas de nuestro país en las que se ha producido un intenso desarrollo de ese sector.¹⁰⁷ La relación entre la corrupción urbanística, la burbuja inmobiliaria y el blanqueo de capitales está en franca relación de causalidad, lo cual se constata con una simple y sonrojante ojeada a los reportorios de Jurisprudencia. Sin embargo, además de ello, lo que me preocupa extraordinariamente es que según los datos del SEPBLAC, en el año 2010 se produjeron únicamente 3.171 comunicaciones de operaciones sospechosas, descendiendo el número de las mismas a 2.975 en el año 2011, cuando en ese último año la totalidad de los sujetos obligados eran más de 20.000.¹⁰⁸ Llegados a este punto cabe preguntarse ¿cuántas operaciones dudosas se habrán materializado en España durante ese tiempo o en los años del *boom* inmobiliario? Una muestra de esa relación estrecha es el recientemente añadido párrafo 3 al art. 301.1 del Código penal, donde se contempla un tipo

agravado para el caso de que, entre otros, el origen de los bienes tenga relación con alguno de los ilícitos comprendidos en el Capítulo destinado a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

Permítaseme insistir: ¿cuántas operaciones sospechosas habrán detectado, intuido o constatado los promotores o los profesionales relacionados con la compraventa de bienes inmuebles? Sin embargo, las comunicaciones por la existencia de indicios no llegan a las tres mil para la totalidad de los sujetos obligados. ¿Tan complicada es la detección de este tipo de operaciones de blanqueo de capitales a través del sector inmobiliario? La utilización de intermediarios al frente de estructuras societarias mediante el desarrollo de determinadas operativas bancarias es una de las claves para oscurecer la titularidad de la inversión y dificultar el origen de los fondos.¹⁰⁹ Es más, se trata de sociedades residentes participadas por otras no residentes que habitualmente se encuentran domiciliadas en paraísos fiscales; así, mientras el propietario permanece oculto, la gestión corresponde al intermediario. Operativa perfectamente documentada, estudiada y/o, caracterizada;¹¹⁰ otra cosa es que se disponga de los medios y de la voluntad política para tomar decisiones que dificulten al máximo esas prácticas.

En todo caso y para concluir, creo que deberíamos reflexionar sobre si la medida anunciada por el Gobierno en la inminente Ley de Apoyo a Emprendedores donde se contempla que la adquisición de viviendas por ciudadanos extranjeros, de un importe aún por determinar, sea una de las causas para la concesión del permiso de residencia en España, es o no un “aliciente” para que ciudadanos extranjeros que disponen de capital de origen incierto lo inviertan-blanqueen en nuestro país. Al margen de lo cuestionable de la decisión gubernamental o de las (duras) críticas que se le pueden formular, me preocupa el hecho de que no se haya anunciado un aumento o una potenciación de los controles por parte del SEPBLAC para, al menos, requerir el cumplimiento de la obligación de informar sobre las operaciones con indicios de blanqueo o, en su caso, habilitar otros mecanismos.

¹⁰⁷ F. Álvarez Pastor, D-Eguidazu Palacios, *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, op. cit., p. 258.

¹⁰⁸ http://www.seplac.es/espanol/home_esp.htm

¹⁰⁹ J. M. Peláez Martos, *Blanqueo de capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, p. 299.

¹¹⁰ Al respecto, *vid.* el detallado trabajo de J. M. Peláez Martos, *Blanqueo de capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, op. cit., pp. 300 y ss., donde pormenorizan: “Catálogo ejemplificativo de operaciones de riesgo de blanqueo de capitales en las actividades de promoción inmobiliaria, agencia, comisión o intermediación de compraventa de inmuebles” (Fuente: SEPBLAC).



Los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles (art. 2.1.n)

Vaya por adelantado que a pesar de que el párrafo del art. 2.1.n) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, se refiere a notarios, registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, vamos a referirnos en exclusiva a los primeros. Así, conviene resaltar que en las Directivas Comunitarias el tratamiento de los notarios como sujetos obligados ha ido evolucionando a la vez que éstas reflejaban con mayor exactitud las prácticas internacionales y se detectaban otras actividades vulnerables. Así, la oscilación ha ido desde lo previsto en la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991 en la que no se les consideraba sujetos obligados, a la Directiva 2001/97/CE, de 4 de diciembre de 2001, que incorpora el art. 2 bis).5 para otorgarles el mismo tratamiento que a otros profesionales independientes del ámbito jurídico y con ello el de sujetos obligados cuando participen en operaciones financieras, empresariales o inmobiliarias, incluido el asesoramiento fiscal en las operaciones que exista el mayor riesgo de que se empleen indebidamente a fin de blanquear el producto de actividades delictivas. Un trato similar reciben en la Directiva 2005/60, de 26 de octubre, donde en su art. 2 establece su carácter de sujetos obligados (junto a otros profesionales independientes del Derecho) cuando participen, ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria, ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente.

Otro tanto sucede con la legislación preventiva española que transpone las Directivas comunitarias, ya que la Ley 19/1993, le otorga en su art. 16 la condición de sujeto colaborador, junto con el resto de autoridades y funcionarios; más tarde la Ley 19/2003 en su art. 2.2 d) los contempla como sujetos obligados en operaciones relativas al ámbito inmobiliario, sin perjuicio de que, a la vez, mantienen su condi-

ción de sujetos colaboradores dado que el art. 16 de la Ley 19/1993 no se modificó. Y, finalmente, la Ley 10/2010, en su art. 2.1.n) lo convierte en sujeto obligado para todas las operaciones de su actividad profesional.

Evidentemente el notario es un elemento clave para que una operación inmobiliaria se lleve a cabo y se precisa de éste en distintos momentos del proceso. Por supuesto, las obligaciones que pesan sobre el notario,¹¹¹ en su condición de fedatario público, son de mucha mayor entidad que las inherentes a los promotores o a los agentes inmobiliarios; por lo tanto, a mi juicio, los notarios tienen una función esencial para la detección de la existencia de indicios de que un hecho u operación está relacionado con el blanqueo de capitales, art. 18 de la Ley 10/2010. Es más, además de la obligación de identificar a todos los clientes, con independencia del importe de la operación (art. 10.3), se entenderá que existe una justa causa para negar o abstenerse en las actuaciones cuando existan varios indicadores de riesgo de los señalados por el órgano centralizado de prevención o bien cuando existen indicios de simulación o fraude de ley, art. 19 de la Ley 10/2010,¹¹² y, con ello, la obligación de comunicación al SEPBLAC.

El corolario de lo anterior es coincidente con el del epígrafe precedente dedicado al carácter de sujeto obligado de los promotores inmobiliarios, así como de aquellos que ejercen profesionalmente actividades de agencia, comisión o intermediación en la compra-venta de bienes inmuebles. Esto es, el carácter determinante de los notarios para negar o abstenerse de realizar cualquier operación de la que existan indicios de blanqueo, además de comunicarla a quien corresponde¹¹³, otra cosa es que se haga. Como dice Abel Souto, poniendo de relieve la limitada eficacia que posee el delito y/o la infracción administrativa por blanqueo de capitales, existe un riesgo más que notable de que se trate de una legislación puramente simbólica, “que no sirva más que para auto complacer a políticos o tranquilizar a electores”.¹¹⁴

¹¹¹ Al respecto, *vid.* Orden EHA/114/2008, de 29 de enero, reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

¹¹² Asimismo, *vid.* Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, reguladora del Órgano Central de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado.

¹¹³ J. M. Peláez Martos, *op. cit.*, p. 317. En este sentido, *vid.* el interesantísimo apartado 14.8: “Catálogo ejemplificativo de las operaciones de riesgo de blanqueo de capitales para Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles”.

¹¹⁴ M. Abel Souto, “Década y media de vertiginosa política criminal en la normativa 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”, *op. cit.*, p. 8.

IV. Excurso: la amnistía fiscal, ¿un blanqueo de capitales encubierto?

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, ha sido objeto de una importante polémica dado que su objetivo era aflorar activos ocultos de al menos 25.000 millones de euros y, con ello, recaudar aproximadamente unos 2.500 millones. El mecanismo establecido era el previsto en la Disposición adicional primera del citado Decreto-Ley, en el que se preveía una *Declaración Tributaria especial*, que contemplaba que el ingreso a realizar era el resultante de aplicar al importe o al valor de adquisición de los bienes o derechos un porcentaje del 10 por ciento con origen en rentas no declaradas en el impuesto del IRPF, en el Impuesto de Sociedades o en el Impuesto Sobre la Renta de los no Residentes. A lo anterior, debe añadirse lo dispuesto en la Disposición final primera que introducía un nuevo apartado 2 en el art 180 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, Ley General Tributaria, mediante el que se preveía que la regularización practicada exoneraría de responsabilidad penal al obligado tributario, aunque la infracción cometida pudiera ser constitutiva de un delito contra la Hacienda Pública, de modo que la Administración podría continuar con el procedimiento administrativo sin pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal.

Sobre el alcance, los efectos y las consecuencias de esa *Declaración Tributaria especial* (el Gobierno siempre utilizó ese término en lugar del de *amnistía fiscal*) se escribió mucho, de forma muy crítica, ya

fuere planteando las dudas que suscitaba por entenderse que se trataba de una auténtica amnistía fiscal encubierta mediante un Decreto-Ley sin control judicial;¹¹⁵ además de ponerse de relieve las serias dudas de constitucionalidad que generaba o, incluso, los efectos político-criminales de una decisión de esa naturaleza,¹¹⁶ o el hecho de que una medida de esas características podría convertir a nuestro país en una especie de “lavadora de dinero negro universal”.¹¹⁷ Cuestiones sobre las que no nos vamos a detener,¹¹⁸ aunque conviene realizar algunas puntualizaciones, dado que el art. 180.2 de la LGT, reformado por el Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, no hace ninguna referencia a la responsabilidad que pudiera surgir por un delito de blanqueo de capitales. En otras palabras, una cuestión es que se exonere al obligado tributario de responsabilidad penal por el delito contra la hacienda pública que pudiere haber cometido, pero otra cosa distinta es que, a su vez, la responsabilidad penal por un delito de blanqueo de capitales resulte incólume.¹¹⁹

Ante las dudas surgidas entre los asesores fiscales de los potenciales obligados tributarios en condiciones de llevar a cabo la denominada *Declaración Tributaria especial*, el Secretario General del Tesoro y Política Financiera hizo públicas dos “Notas”, datadas el 11¹²⁰ y el 24¹²¹ de mayo de 2012. En la primera de ellas fijaba unos criterios que parecían indubitados en cuanto a que la Disposición Adicional primera del Decreto-Ley 12/2012 era estrictamente tributaria y, por lo tanto no constituye título justificativo del origen de los fondos ni regulariza ni legitima potenciales actividades delictivas; mientras que la segunda “Nota” matiza lo anterior y abre la puerta a otras interpretaciones ya

¹¹⁵ F. Pérez Royo, “Amnistía fiscal mediante decreto ley y sin control judicial”, *El País*, 16 de mayo de 2012, http://elpais.com/elpais/2012/05/02/opinion/1335954418_297652.html

¹¹⁶ J. M. Paredes Castañón, “Amnistía fiscal: injusta, inconstitucional y político-criminalmente desastrosa”, 16 de mayo de 2012, <http://josemanuelparedes.blogspot.com.es/2012/05/amnistia-fiscal-injusta.html>

¹¹⁷ A. G. Turiel Martínez, “La cara oculta de la amnistía fiscal”, 13 de abril de 2012, <http://www.acordem.org/2012/04/13/la-cara-oculta-de-la-amnistia-fiscal>

¹¹⁸ Al respecto, *vid.*, ampliamente, J. Badás Cerezo, J. A. Marco San Juan, *Prevención del fraude y amnistía fiscal*, Valladolid, 2012; L. M. Cazorla Prieto, la llamada “amnistía fiscal”, estudio pormenorizado de la regulación fiscal especial (Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo), Pamplona, 2012; J. Martín Fernández (coord.), *La Amnistía fiscal*, Valencia, 2012.

¹¹⁹ *Vid.* B. Del Rosal Blasco, “Reflexiones de urgencia sobre la trascendencia penal de la regularización fiscal extraordinaria del Real Decreto-Ley 12/2002”, *Diario La Ley*, nº 7893, 3 de julio de 2012.

¹²⁰ “Consecuentemente, los sujetos obligados deberán continuar aplicando con el máximo rigor y diligencia las previsiones contenidas en la Ley 10/2010. En particular, la declaración tributaria especial establecida en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012 no constituye título justificativo del origen de los fondos ni regulariza ni legitima potenciales actividades ilícitas”.

¹²¹ “En este contexto resulta importante subrayar que el artículo 1 de la Ley 10/2010 exige que los bienes objeto de blanqueo de capitales procedan de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva”. Sin embargo, acto seguido añade y matiza lo anterior: “En consecuencia, al igual que ocurre con las operaciones financieras vinculadas a otras regularizaciones tributarias no resultará preceptiva ninguna comunicación cuando respondan únicamente a eventuales infracciones tributarias que deben reputarse regularizadas de conformidad con la disposición adicional primera del Real Decreto”.



que concluye: “no resultará preceptiva ninguna comunicación cuando respondan únicamente a eventuales infracciones tributarias que deben reputarse regularizadas de conformidad con la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012”. En todo caso, el nudo gordiano pasa por desentrañar las dudas sobre si el obligado tributario que presenta la *Declaración Tributaria especial* si bien queda exento de responsabilidad penal por el delito contra la hacienda pública puede no quedar exento por el delito de blanqueo de capitales. Cuestión nada intrascendente, que motivó la segunda “Nota” aclaratoria del Secretario General del Tesoro y Política Financiera ante la alarma suscitada en el sector por la anterior y que, a la postre, era la que iba a determinar el resultado del pretendido “afloramiento” de capitales que, como es sabido, se saldó con una recaudación que sólo alcanzó el 50% de los 2.500 millones previstos por el Ministerio de Hacienda.

Es una discusión a la que, además de los ya citados, se le han dedicado importantes trabajos que analizaban ambas opciones interpretativas derivadas del Real Decreto-Ley 12/2012, así como los paralelismos que pudieran existir con el art. 305.4 del CP,¹²² ya que éste contempla también la exención del obligado tributario por las posibles irregularidades contables cometidas además de por las falsedades instrumentales en relación con la deuda tributaria objeto de la regularización. Es decir, había que dilucidar si, como parecía, se trataba de un supuesto de hecho diferente que motivaba una aplicación para casos distintos o si por el contrario los efectos de ambos mecanismos podían ser similares.¹²³ Cuestión sobre la que no nos vamos a detener dada la extemporaneidad del debate, ya que éste tenía un plazo de caducidad que era el 30 de noviembre de 2012, fecha en la que finalizaba el plazo para la presentación de las declaraciones. Así, con independencia de la notable discusión jurídica que se deriva de una u otra opción, lo que me interesa es poner de relieve si con lo previsto en el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, el Gobierno ha posibilitado un blanqueo de capitales encubierto mediante la amnistía fiscal.

Situemos el punto de partida, éste no es otro que la primera “Nota aclaratoria” de 11 de mayo de 2012, en la que, como hemos visto, se afirma que el Real Decreto-

ley “no afecta, limita o excepciona en modo alguno las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo establecidas por la Ley 10/2010, de 28 de abril”. Sin embargo la “Nota” de 24 de mayo contraviene la anterior y señala que: “no resultará preceptiva ninguna comunicación” (al SEPLAC), lo cual tranquilizó al sector y, sin duda, animó a algún obligado tributario a presentar la *Declaración Tributaria especial*. Añádase a lo anterior que el GAFI, en sus nuevas recomendaciones de 2012, en el apartado destinado al lavado de activos (Recomendación 3) y decomiso (Recomendación 4), establece en la primera de ellas que: “los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinados”; mientras que en la segunda prevé la adopción de medidas que “permitan a sus autoridades competentes congelar o incautar y decomisar lo siguiente sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: a) bienes lavados”.

Sin embargo, más allá de si España cumple o no cumple las recomendaciones del GAFI, o de las interpretaciones que se derivan del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo o de las confusas “Notas” aclaratorias del Secretario General del Tesoro y Política Financiera, dado que la primera afirma que no se excepcionan las obligaciones derivadas de la Ley 10/2010, de 30 de marzo, mientras que en la segunda asevera que no será preceptiva ninguna comunicación, resulta sintomático el denominado “Informe sobre diversas cuestiones relativas al procedimiento de regularización derivado de la presentación de la declaración tributaria especial”. Creo que la clave se encuentra en un informe emitido por la Dirección General de Tributos el 27 de junio de 2012, donde en el apartado 17, destinado a la “Posibilidad de efectuar una comprobación aislada por la Administración tributaria de la propia declaración tributaria especial”, afirma: que no será procedente la comprobación de la declaración tributaria especial. ¿Había alguna duda?

En otras palabras: Hacienda no iba a vigilar a los defraudadores que se acogieran a la amnistía fiscal; de ello se extraen algunas conclusiones que confirman lo referido al inicio de estas páginas (Supra I), sobre las que no vamos a volver. Está todo dicho.

¹²² Vid. M. Abel Souto, “Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, REPCP 14-14, 2012, pp. 19 y ss.; Blanco Cordero, I., “Efectos penales de la regularización fiscal extraordinaria del Real Decreto-Ley 12/2012”, *La amnistía fiscal*, op. cit., pp. 127 y ss.

¹²³ Del Rosal Blasco, B., “Reflexiones de urgencia sobre la trascendencia penal de la regularización fiscal extraordinaria del Real Decreto-Ley 12/2002”, op. cit., p. 2.

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español*

Nicolás Rodríguez García

Universidad de Salamanca

RESUMEN: *El proceso penal del siglo XXI tiene que ser un instrumento de política criminal que coadyuve a crear una nueva justicia penal que proporcione una reparación integral del delito, siendo la mediación uno de los bastiones fundamentales.*

PALABRAS CLAVE: *Mediación penal, principio de oportunidad, proceso penal, justicia restaurativa.*

ABSTRACT: *The criminal process of the 21st century must be an instrument of criminal policy that contributes to the creation of a new criminal justice that provides full compensation of the crime, with mediation being one of the principal bastions.*

KEY WORDS: *Criminal mediation, Opportunity principle, Criminal proceedings, Restorative justice.*

SUMARIO: *I. Introito. II. Base jurídica. III. Concepto y elementos esenciales. IV. Clases. V. Principios. VI. Ámbito de aplicación. VII. Sujetos intervinientes. VIII. Procedimiento. IX. Epílogo.*

I. INTROITO

El anudar el término *crisis* con la situación jurídica y fáctica que vive la Administración de Justicia desde hace treinta años viene lastrando el quehacer del legislador español —e internacional— en los ámbitos orgánico, sustantivo y procesal, lo que ha derivado en multitud de reformas no exentas de fundadas críticas por su incoherencia, su falta de justificación, sus de-

fectos técnicos o la ausencia de recursos humanos y técnicos para poderlas implementar. Por tanto, se trata de un condicionante fáctico y jurídico de la máxima relevancia, sobre todo cuando esa situación se hace más aguda e insostenible —como sucede en nuestros días—, momentos en los cuales se produce siempre el repunte de planteamientos en los que se aboga por incorporar alternativas complementarias al proceso judicial como el arbitraje, la mediación y la concii-

* Este trabajo se enmarca en la investigación desarrollada en el marco del Proyecto de Investigación DER2012-32638 del Ministerio de Educación dirigido por el Prof. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. El autor es director, en la Universidad de Salamanca, del “Grupo de Estudio sobre la Corrupción” y del “Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global” (nicolas@usal.es).

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

liación, unas tendencias desjudicializadoras¹ que en última instancia reflejan en muchos casos la incapacidad o la falta de voluntad respecto a la consecución de la efectividad de la tutela que procuran los órganos jurisdiccionales.²

Ya en la “Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia” de 2000 se ponía de manifiesto como en el siglo XXI la sociedad española demanda una *Justicia más abierta que sea capaz de dar servicio a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia*, tratando con ello de paliar la situación descrita dos años antes en el *Libro Blanco de la Justicia*.³ Por tanto, sin ambages, se reconoce la relación directa existente entre el grado de insatisfacción ciudadana con el funcionamiento de los Juzgados y Tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional y las demandas prioritarias de resolución de los conflictos que les plantean en tiempos más breves, aunque sea a costa de ver flexibilizados —que no eliminados— algunos de los principios y garantías que tradicionalmente vienen informando el ejercicio de la función jurisdiccional por los tribunales ordinarios, muchos de ellos de rango constitucional.

Esta situación, predicable de todos los órdenes jurisdiccionales como ameritan los datos que anualmente se recogen en la Memoria que elabora el Consejo General del Poder Judicial, se evidencia con más virulencia en los ámbitos contencioso-administrativo y penal. Y es en este último donde la situación se torna más delicada en atención a los derechos e intereses que se trasladan a los órganos jurisdiccionales buscando una solución a las situaciones conflictuales que se le someten. Siendo así, no nos ha de extrañar cómo ya en 1987 el Comité de Ministros del Consejo de

Europa aprobó una Recomendación sobre *simplificación de la Justicia penal* en la que se listaban paquetes de medidas conocidas por todos y aplicadas en mayor o menor medida por diferentes ordenamientos jurídicos:

a) Aumento de la inversión pública en los órganos jurisdiccionales, proporcionándoles más medios personales y materiales. Una opción nunca seguida, sino todo lo contrario: no sólo no hay correspondencia entre la partida de los Presupuestos Generales del Estado dedicados a la Administración de Justicia y los incrementos de litigiosidad experimentados en los últimos años, sino que además los ciudadanos sufren en primera persona las limitaciones del acceso y disfrute de una eventual concesión del derecho a asistencia jurídica gratuita o la necesidad de tener que pagar determinadas tasas judiciales para ejercitar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

b) Con el fin de reducir el número de asuntos que llegan a conocimiento de los órganos jurisdiccionales,⁴ medidas en el campo sustantivo, las cuales debieran pasar por generosos movimientos descriminalizadores y despenalizadores, visto además que el sistema penológico se muestra desafortunado en la difícil tarea de resocialización y rehabilitación del infractor.⁵ Así, tenemos ahora mismo en el Parlamento la propuesta legislativa de eliminar el reproche penal a las faltas dando entrada a una nueva categoría de *delitos leves*, cuyo enjuiciamiento el legislador remite al juicio de faltas. De nuevo, esta recomendación choca con el *populismo punitivo* que estamos viviendo y que se traduce en un incremento de delitos y de penas, en especial en relación con aquellas conductas que general mayor alarma social —corrupción, cri-

¹ Hace más de medio siglo P. Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. E.J. Couture, Buenos Aires, p. 159, calificó a la conciliación como un “infanticidio procesal” que provoca la muerte prematura del proceso.

² Cfr. M.C. Calvo Sánchez, “El proceso y sus alternativas: el procedimiento arbitral”, VV.AA., *Arbitraje, mediación y conciliación*, Madrid, 1995, p. 220.

³ En la *Introducción* al mismo, el propio Consejo General del Poder Judicial reconoce sin ambages que según los datos de los que dispone, a partir de estudios promovidos por el consejo o por otras instituciones, muchos de ellos ampliamente divulgados y comentados por los medios de comunicación social, conducen a estimar que “se está desarrollando en la sociedad española una creciente y generalizada desconfianza en la Justicia y en la capacidad de Jueces y Tribunales para resolver adecuadamente los conflictos ante ellos planteados, y para garantizar, en suma, la correcta aplicación de la ley”. *Vid.*, además, J.J. Toharía Cortés, J.J. García de la Cruz Herrero, *La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Madrid, 2005.

⁴ C. Domínguez Domínguez, “La crisis actual del sistema de justicia penal: la necesaria modernización del sistema”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 2013, núm. 5, p. 4, denuncia como hoy en día “el Derecho Penal ha pasado de ser complemento a fundamento del sistema preventivo-sancionador en demasiadas materias, alejándose así del carácter fragmentario y de última respuesta que tradicionalmente lo ha caracterizado”.

⁵ M.A. Cano Solé, “La mediación penal como método de resolución de conflictos. Posibilidades de aplicación a los delitos de violencia de género y doméstica”, *La Ley Penal*, núm. 109, 2014, p. 91. Por este motivo J.F. Mejías Gómez, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid, 2009, p. 24, al definir la mediación penal, arguye que la misma es un “mecanismo de rehabilitación social del delincuente”.



men organizado, blanqueo de capitales, terrorismo, atentados contra el medio ambiente, etcétera—.⁶

c) Cambios sustanciales en el modelo procesal penal actual, existiendo el consenso generalizado de que ya es la hora definitiva de elaborar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que, acorde con el Código Penal y la legislación penitenciaria, lleve a la práctica una *política criminal de Estado* —y no de Gobierno— acorde con la realidad criminológica de la segunda década del siglo XXI. Así, de manera acorde a las experiencias en países europeos y latinoamericanos, en los dos textos de nuevo Código presentados en 2011 (Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal)⁷ y 2013 (Borrador de Código de Proceso Penal)⁸ parece que hay consenso en apostar por el cambio hacia un sistema acusatorio⁹ en el que el rol protagonista lo tenga el Ministerio Fiscal, en el que la fase principal del proceso penal sea el juicio oral, en el que existan procedimientos simplificados y alternativos al ordinario para hacer frente a la pequeña y mediana criminalidad, en el que se potencien los órganos judiciales unipersonales, en el que se generalice el uso del principio de

oportunidad y en el que la víctima tenga una adecuada protección.¹⁰

Tomando como referente fundamental esa preocupación por la víctima del delito, y al igual que se ha venido haciendo en otros órdenes jurisdiccionales con los denominados *métodos alternativos de resolución de los conflictos* (ADR),¹¹ cuya proliferación ha llevado incluso a plantear mutar la denominación disciplinar de “derecho procesal” por “derecho de los medios de tutela del ciudadano”,¹² en el campo penal se pretende abandonar las tradicionales fórmulas jurisdiccionales por ineficaces, injustas y poco garantistas: la pena es ineficaz como elemento disuasorio, el penado se ve estigmatizado y su condena está lejos de alcanzar efectos resocializadores, y la víctima neutralizada,¹³ sufre importantes problemas procesales —la llamada *victimización secundaria*— y pocos efectos reparadores.¹⁴ En esencia, que tenemos un sistema de Justicia penal lleno de carencias e incoherencias y que genera un enorme coste social para alcanzar unos limitados resultados,¹⁵ siendo éste el caldo de cultivo en el que cada día son más los partidarios de fomentar el que con base en la autonomía de la voluntad se puedan

⁶ Vid. M.L. Cuerda Arnau, “La expansión del Derecho penal versus la eficacia del modelo de justicia”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 2013, núm. 5, pp. 2 y ss., quien estudia cómo la modernización y la expansión del Derecho Penal no son conceptos necesariamente equivalentes.

⁷ En adelante A_LECR.

⁸ En adelante B_CPP.

⁹ J. S. Martín Ostos, “Reflexiones sobre la justicia penal en España”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2012, núm. 2, p. 28, considera que se está produciendo una “desenfrenada carrera hacia el modelo acusatorio puro (en cuyo interior, cual caballo de Troya, pueden esconderse inconfesables objetivos, más próximos a un control estatal que al verdadero sentimiento liberal, aunque las apariencias parezcan mostrar otro panorama)”, de manera tal que para sus partidarios “el proceso inquisitivo (con el que, sin paliativos, identifican a cuanto se opone a sus pretensiones) representa el pasado, la decadencia, el oscurantismo, unido al autoritarismo más trasnochado, mientras que el acusatorio constituye el futuro, la libertad y el progreso (todo ello, sin cortapisas)”.

¹⁰ En desarrollo de esta idea, no sólo para cumplir los compromisos supranacionales e internacionales adquiridos en esta materia —en especial de la Unión Europea—, sino para salvar una vez más la más que probable no aprobación de un nuevo Código de Proceso Penal, el Ministerio de Justicia español ha registrado en el Parlamento el 1 de agosto de 2014 el “Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito”, en el que se incluyen disposiciones concretas en relación con la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa, un plus de protección y tutela especializada para la víctima que va más allá de las referencias normativas a la existencia de un trámite de mediación en el ámbito penal. Sobre el mismo vid. J.L. Manzanares Samaniego, “Estatuto de la víctima. Comentario a su regulación procesal penal”, *Diario La Ley*, núm. 8351, 2014, pp. 1 y ss.

¹¹ Pese a las notables diferencias que puede presentar la justicia penal con los conflictos que se resuelven en otros órdenes jurisdiccionales, la doctrina concibe la mediación penal como una manifestación de las ADR, pese a su carácter *complementario* y no *alternativo*. Vid. V. Magro Servet, C. Hernández Ramos, J.P. Cuéllar Otón, *Mediación penal. Una visión práctica desde dentro hacia fuera*, Alicante, 2011, pp. 34 y ss.; L.F. Gordillo Santana, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, 2007, pp. 133 y ss.

¹² S. Barona Vilar, “De cómo la incorporación de las ADR convierte el derecho procesal en derecho de los medios de tutela de los ciudadanos”, J. Gómez Colomer, S. Barona Vilar, P. Calderón Cuadrado (coords.), *Juan Montero Aroca. El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango*, Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños, Valencia, 2012, pp. 193 y ss.

¹³ Así vienen calificando su situación general en el sistema penal W. Hassermer, F. Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, p. 29.

¹⁴ Vid. E. Giménez-Salinas Colomer, “La conciliación víctima-delincuente: hacia un derecho penal reparador”, vv. AA., *La mediación penal*, Barcelona, 1999, pp. 69 y ss., quien enmarca la mediación penal y los objetivos que trata de satisfacer dentro del movimiento general de *redescubrimiento* de las víctimas y de diseño del papel que puede jugar en el sistema penal.

¹⁵ Seguramente porque como señala J. Nieva Fenoll, “La mediación: ¿una ‘alternativa’ razonable al proceso judicial?”, *La Ley. Práctica de Tribunales*, núms. 98-99, 2012, p. 48, al proceso jurisdiccional se le valora simplemente en términos económicos y temporales, y además porque se ve al proceso como una especie de *guerra* o de *batalla* al menos.

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

resolver —y prevenir— conflictos penales más allá de la actuación exclusiva de los Juzgados y Tribunales ordinarios. En definitiva, desde la normatividad se busca abrir una nueva *vía* para dar respuesta desde el Estado de Derecho a los ilícitos penales,¹⁶ devolviendo el protagonismo y la capacidad para resolver conflictos a la sociedad¹⁷ y en particular a los directamente afectados por el mismo, es decir, a la víctima¹⁸ y al presunto delincuente,¹⁹ lo cual, de manera indirecta, supondrá limitar las zonas de *discrecionalidad implícita*²⁰ en las que el actor dominante es el Ministerio Fiscal.

A nuestro juicio, el plantearse la virtualidad práctica que pueda tener en el ámbito penal la mediación requiere tener presente en todo momento:

a) Las funciones del Derecho Penal: por un lado, proteger los bienes jurídicos tutelados y reconocidos en el Código Penal, y además, de la forma en que en el mismo se recoge; y por otro, la motivación de los ciudadanos en la protección de esos bienes jurídicos, de manera tal que se haga frente a la indiferencia social frente a determinados ilícitos, lo que en última instancia no hace nada más que provocar alarma social y sentimientos de impunidad.

b) Las funciones de la pena: junto a la clásica retribución, que atiende al pasado de los hechos y que hunde sus raíces en la ética y la moral, hay que dar mucha más cancha a la prevención, signo de la modernidad y de la consolidación del Estado de Dere-

cho, que piensa en el futuro de la conducta de los sujetos con una clara finalidad utilitarista en sus dos dimensiones especial —dirigida al infractor— y general —frente a la sociedad—.

c) Las funciones del Derecho Procesal penal: además de la tradicional aplicación del *ius puniendi* del Estado, proteger el derecho a la libertad de los imputados, procurar su rehabilitación y tutelar los derechos e intereses de la víctima.

Todas estas funciones enumeradas no son excluyentes las unas de las otras dentro de una misma dimensión, sino que desde la Constitución el legislador en los últimos años está tratando de atemperar el rigor de los sistemas penales retributivos con las bonanzas de un modelo de justicia restaurativa o reparadora, en el que la mediación se erige como uno —no el único— de los principales baluartes²¹ por cuanto favorece el protagonismo de la víctima, la solución y pacificación material del conflicto, la reparación del daño, y todo ello a partir de una actuación dialogada de los intervinientes. Siendo así, no estamos ante un par alternativo o excluyente sino ante un *complemento*²² en pro de un sistema de Justicia penal, acorde con los principios del Estado de Derecho, que no altera la garantía jurisdiccional en la aplicación del Derecho Penal,²³ pero que sí necesita que muchos de sus derechos y garantías sean reformulados.²⁴

Plantearse si en el ámbito penal cabe o no hacer uso de la mediación como mecanismo complementario de

¹⁶ Cfr. A. Martínez Arrieta, “La mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal”, *VV.AA., Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino*, Madrid, 2010, pp. 57 y ss.

¹⁷ Cfr. J.C. Ríos Martín, “Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 2008, núm. 3, pp. 53 y ss.

¹⁸ Vid. P. García Álvarez, *La víctima en el Derecho penal español*, Valencia, 2014, pp. 31 y ss., quien de manera sumaria expone los peligros del *retorno* a la víctima.

¹⁹ A. Carrizo González-Castell, “La mediación penal en España”, en F. Martín Diz (coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho Penal. Estudios y análisis*, Santiago de Compostela, 2011, p. 233.

²⁰ Así calificados por V.M. Moreno Catena, “La resolución jurídica de conflictos”, en H. Soletto Muñoz (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, 2.ª ed., Madrid, 2013, p. 54.

²¹ Por ello nos parece muy acertada la última afirmación que sobre la mediación penal realiza en legislador en la Exposición de Motivos del B_CPP: “La mediación no es un fin, sino un instrumento para alcanzar ciertos fines en los que ocupan un primer lugar los intereses de la víctima”.

²² Con relación a esta concepción *vid.* por todos F. Martín Diz, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid, 2010.

²³ Cfr. S. Barona Vilar, *Mediación penal: Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, 2011, pp. 237 y ss. Sin embargo, en sentido más crítico, *vid.* P. Galain Palermo, “Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces”, *Revista Penal*, núm. 24, 2009, pp. 71 y ss.; I. Álvarez Sacristán, “¿Por qué la mediación penal?”, *Diario La Ley*, núm. 7699, 2011, p. 14; N. Cabezedo Rodríguez, “El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal”, *La Ley Penal*, núm. 86, 2011, pp. 74 y ss.; J. Muerza Esparza, “La autonomía de la voluntad en el proceso penal: perspectivas de futuro”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 9, 2011, pp. 196 y ss.

²⁴ *Vid.* G. Varona Martínez, “El derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos: avanzado más allá de la mediación penal en la construcción de un derecho restaurativo interdisciplinar”, en J.F. Etxeberria Guridi (dir.), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Cizur Menor, 2012, pp. 353 y ss.



resolución de los conflictos penales es un tema actual y de la máxima relevancia científica, al cuestionar los principios e instituciones tradicionales del Derecho Penal y del Derecho Procesal penal. Y también nada pacífico en su análisis dogmático, quizá porque su planteamiento denota un cierto planteamiento ideológico.²⁵ Ahora bien, todo se torna más *fácil* cuando el legislador nacional toma partido en el debate y decide implementar en el ordenamiento jurídico-penal la mediación, desplazándose los argumentos hacia todos y cada uno de los puntos que debieran vertebrar su regulación positiva por ser controvertidos y requerir de una toma de posición por parte de los estudiosos: los principios reguladores, su coste, el ámbito material de aplicación, los sujetos intervinientes, el estatuto jurídico del mediador, los efectos de un eventual acuerdo para el proceso penal, etcétera.

En conclusión, que aunque en línea de principios el posicionamiento individual pueda ser crítico con relación a la mediación penal, como es nuestro caso, la tozudez de los preceptos legales obliga a tratar de explicar el ser y el deber ser de esta institución, aventurando si en su promoción y defensa en un país y en un concreto momento pesa más la esencia del modelo restaurativo o las *mutuas ventajas* que todos los operadores jurídicos —y la sociedad— pueden recibir de un uso generalizado, porque nunca se puede olvidar que con su realización efectiva se descarga al Estado y a los Tribunales del trabajo que supone el proceso penal.²⁶

II. BASE JURÍDICA

En la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 no encontramos ningún precepto en el que se haga alusión a la mediación como mecanismo complementario de resolución de los conflictos penales. Sin embargo, si encontramos menciones en otros dos cuerpos legales, una en positivo y otra en negativo:

a) En el art. 19 de la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores²⁷ se posibilita el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, limitado a que el hecho imputado al menor constituya un delito menos grave o falta.²⁸

b) En los arts. 87.ter.5 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial, y 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género, se veda la mediación en el orden penal cuando sean competentes los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.²⁹

Como se puede constatar, en la actualidad la mediación penal en la justicia penal de adultos a no debiera tener virtualidad práctica. Y lo planteamos en términos condicionales por cuanto en los últimos diez años se puede constatar cómo a pesar de que Justicia es una materia de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6.º Constitución) en algunas demarcaciones judiciales, con la colaboración del Consejo General del Poder Judicial, de la Fiscalía General del Esta-

²⁵ J.L. Manzanares Samaniego, “La mediación, la reparación y la conciliación en el derecho penal español”, *Diario La Ley*, núm. 7232, 2009, p. 1.

²⁶ Cfr. M. Heredia Puente, “Perspectivas de futuro de la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley*, núm. 7257, 2009, p. 2.

²⁷ Y en el art. 51.3, el cual es objeto de desarrollo por el art. 15 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

²⁸ Más ampliamente *vid.* L.A. Cucarella Galiana, “Justicia restaurativa y menores infractores de la ley penal”, en P.M. Garcíandía González, H. Soletto Muñoz (dirs.), *Sobre la mediación penal (Posibilidades y límites en un entorno de reforma del proceso penal español)*, Cizur Menor, 2012, pp. 547 y ss.; P. Francés Lecumberri, “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, núm. 4, pp. 3 y ss.; E. González Pillado, P. Grande Seara, “La mediación en la justicia penal de menores: posibilidades, presupuestos y efectos”, P.M. Garcíandía González, H. Soletto Muñoz (dirs.), *Sobre la mediación penal...*, *op. cit.*, pp. 571 y ss.; M.D. Fernández Fustes, “La mediación en el proceso penal de menores”, en Soletto Muñoz, H. (dir.), *Mediación y...*, *op. cit.*, pp. 575 y ss.; A. Rodríguez Álvarez, “La mediación en el proceso penal de menores: Una perspectiva procesal”, en R. Castillejo Manzanares (dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, Madrid, 2013, pp. 397 y ss.; A.M. Sanz Hermida, “La mediación penal: El sistema de justicia de menores y posibles propuestas de futuro”, en I.C. Iglesias Canle (coord.), *Mediación, Justicia y Unión Europea*, Valencia, 2014, pp. 187 y ss.

²⁹ Sobre esta controvertida prohibición, su alcance y límites, *vid.* M. del Pozo Pérez, “¿Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004?”, en F. Martín Diz (coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho penal. Estudios y análisis*, Santiago de Compostela, 2011, pp. 283 y ss.; V. Domingo de la Fuente, “Justicia Restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto...”, *Diario La Ley*, núm. 7701, 2011, pp. 1 y ss.; S. Oubiña Barbolla, “La distancia que les separa, la distancia que nos separa: Mediación en casos de violencia doméstica en España y en otros sistemas”, en P.M. Garcíandía González, H. Soletto Muñoz (dirs.), *Sobre la mediación penal...*, *op. cit.*, pp. 179 y ss.; E. Martínez García, “El proceso penal, mediación y violencia de género: ¿Hacia un nuevo modelo de Justicia penal?”, en J. F. Etxeberria Guridi (dir.), *Estudios sobre el significado...*, *op. cit.*, pp. 391 y ss.; M.A. Cano Solé, “La mediación penal...”, *op. cit.*, pp. 96 y ss.

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

do y de Colegios de Abogados, se vienen realizando prácticas de mediación penal *de facto*,³⁰ sin cobertura legal.³¹ Así acontece en Cataluña, País Vasco, Madrid, La Rioja, Comunidad Valenciana, Castilla y León, etcétera.³²

Dejando a un lado este dislate forense, cuya experiencia es calificada por el legislador como *alentadora y fructífera*,³³ un hecho cierto es que cuando el legislador procesal español se viene planteando regular la mediación penal ha tenido que hacerlo por dos cuestiones:

a) Por un lado, el cuerpo legal en el que regular —de manera autónoma, como en materias civil y mercantil— o incluir las previsiones necesarias sobre la mediación penal, habiendo optado por hacerlo en el texto procesal penal básico de referencia. Así lo ha hecho en los recientes Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (arts. 157-161) y, de forma más sucinta y *querida*,³⁴ el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (arts. 143-147).³⁵ Ello no obsta para que si algún día —parece que no cercano— llega a cuajar parlamentariamente un nuevo Código de Proceso Penal haya que realizar modificaciones oportunas, al menos, en el Código Penal, en la legislación penitenciaria y en la de menores, así como desarrollar reglamentariamente muchos de los aspectos básicos de la mediación penal (estatuto del mediador penal, ámbito de aplicación, salvaguardas a la confidencialidad, implicaciones de la gratuidad de la mediación, rol a desempeñar por el Ministerio

Fiscal y por los órganos judiciales, canalización de los efectos del acuerdo de mediación y alcance de los mismos), sin que a nuestro juicio baste con efectuar remisiones a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.^{36, 37}

b) Por otro lado, el *modelo* de mediación penal a adoptar, acorde con los principios e instituciones procesales nacionales, por cuanto ni en las iniciativas internacionales que vienen propugnando su regulación ni en las experiencias de Derecho comparado encontramos un posicionamiento unánime respecto a los elementos basilares de esta forma de resolución de las controversias. Veamos por qué.

En la generación de una *cultura* internacional favorable a la mediación penal ha contribuido en primer término Naciones Unidas, que desde comienzos de los ochenta del siglo pasado aprobó diferentes Declaraciones y Resoluciones proclives al uso de mecanismos oficiosos de solución de las controversias en las que los delincuentes no sólo reconocieran su responsabilidad por los hechos cometidos ante las víctimas y la sociedad en general, sino que además se comprometieran a repararlas.

A nivel supranacional de nuevo el Consejo de Europa, por medio de numerosas Recomendaciones, ha liderado el diseño de una política criminal orientada, en general, a definir el rol de la víctima en los sistemas de justicia penal y a prever mecanismos para su asistencia y prevención de la victimización, y en particular a definir la mediación penal, así como su

³⁰ En relación con el papel que vienen desempeñando las Comunidades Autónomas en España en el desarrollo de la mediación en todos los ámbitos, incluido el penal, *vid.* J.C. Ortiz Pradillo, “La mediación como método de solución de conflictos en el Estado de las Autonomías”, en I.C. Iglesias Canle (coord.), *Mediación, Justicia..., op. cit.*, pp. 69 y ss.

³¹ Incluso, no puede argüirse como base jurídica supletoria la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, por la que España implementa la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, puesto que de manera expresa en su art. 2 excluyen de su ámbito de aplicación la mediación penal.

³² En la web del Consejo General del Poder Judicial se encuentran mapeados y actualizados todos los órganos judiciales que en España ofrecen mediación penal: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados/Juzgados_que_ofrecen_mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion_Penal. *Vid.* C. Sáez Rodríguez, “Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España, 1998-2010”, *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 37, 2011, pp. 147 y ss., quien realiza un análisis cuantitativo y cualitativo del impacto de la mediación penal en España.

³³ Así se pronuncia en la Exposición de Motivos del B_CPP, a la vez que enmarca esas experiencias en un contexto de “anomia normativa”.

³⁴ De hecho, en la Exposición de Motivos del B_CPP el propio legislador defiende que presenta una legislación sobre mediación penal “escasa en preceptos —no es necesario más detalle— pero rica en lo que comporta de introducción de una nueva perspectiva en el Derecho procesal penal”.

³⁵ Puesto que somos conscientes y críticos con la regulación tan *básica* y llena de *lagunas* de la mediación penal que se presentan en ambos textos, utilizaremos los mismos a lo largo de los distintos epígrafes en un intento de aprovechar las bonanzas de ambos textos, y también sus deficiencias, para ir pergeñando un *modelo* de mediación penal.

³⁶ En adelante LMCM.

³⁷ Eso es lo que precisamente hace el art. 144.1 B_CPP para determinar algunos de los principios informadores de la mediación —voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad— y no otros —confidencialidad—, el régimen jurídico aplicable al mediador y a las instituciones de mediación, algunas cuestiones sobre el procedimiento de mediación y la ejecución de los acuerdos.



fundamento y principios generales. Así, constituye un hito fundamental la Recomendación No. R (99) 19 del Comité de Ministros de los Estados miembros relativa a la mediación en materia penal.

No les ha ido muy a la zaga la Unión Europea, que pese a que su ámbito de actuación está limitado a veintiocho países su producción normativa, si bien *de mínimos*, destaca por ser vinculante para los Estados, que en los plazos marcados están obligados a implementar sus disposiciones. En este orden de cosas destaca la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, en la que se determina que los Estados miembros tienen que procurar e impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones penales que a su juicio se presten a este tipo de medidas, debiendo los Estados velar porque en las causas penales puedan tenerse en cuenta los acuerdos que hayan alcanzado las víctimas y los imputados en el procedimiento de mediación (art. 10). Estas obligaciones legislativas, por mor del art. 17, deberían ser cumplidas por los países miembros antes del 22 de marzo de 2006, cosa que hasta la fecha España no ha hecho. Más recientemente, en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos, y que deroga la citada Decisión Marco de 2001, se alude a la mediación entre víctima e infractor como una manifestación de justicia reparadora (art. 2.1.d), la cual se desarrollará a partir de unos servicios rodeados de medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias (art. 12.1).³⁸

Tratando de hacer suyas estas recomendaciones, principios y obligaciones, según los casos, muchos países europeos —Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Suiza— y latinoamericanos —Chile, Colombia, Ecuador, México, Uruguay— han modificado sus normativas penales y procesales penales introduciendo modalidades de conciliación o mediación en el ámbito penal, en las que no encontramos un patrón o denominador común.³⁹ Una variedad legislativa similar a la que podemos encontrar cuando estudiamos la implantación en el sistema penal de manifestaciones del principio de oportunidad, con el que la mediación penal guarda un vínculo especial,⁴⁰ como va a quedar reflejado en los siguientes apartados.

III. CONCEPTO Y ELEMENTOS ESENCIALES

Con la finalidad de fijar los elementos esenciales a cualquier modelo de mediación penal, creemos oportuno tomar el concepto recogido en el art. 2.1.d) de la Directiva de 2012, según la cual es “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con ayuda de un tercero imparcial”.⁴¹

Como podemos comprobar, esta definición la integran distintos elementos:

a) Es un trámite, o un conjunto de actuaciones, o incluso un procedimiento, pero lo que de ninguna forma puede ser es catalogarlo como un *proceso*, término reservado en exclusiva para el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial.

³⁸ En relación con la misma, *vid.* M.D. Blázquez Peinado, “La Directiva 2012/29/UE. ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 46, 2013, pp. 897 y ss.; A.M. Chocrón Giráldez, “La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de delitos”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 12, 2013, pp. 37 y ss.

³⁹ *Vid.* L. F. Gordillo Santana, *La justicia restaurativa...*, *op. cit.*, pp. 261 y ss.; en S. Barona Vilar (coord.), *La mediación penal para adultos: Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Valencia, 2009.

⁴⁰ Si bien, como acertadamente se destaca en la Exposición de Motivos del B_CPP, “ni toda mediación ha de acabar en la aplicación del principio de oportunidad o una conformidad, ni éstas reclaman necesariamente una mediación previa”. Sobre esta relación, *vid.* L. del Río Fernández, “El reto de la mediación penal: el principio de oportunidad”, *Diario La Ley*, núm. 6520, 2006, pp. 1 y ss.; E. Borja Jiménez, “Conformidad y mediación penal. Conformidad con o sin mediación”, *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 5, 2008, pp. 1 y ss.; L. Durbán Sicilia, “Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal”, *La Ley Penal*, núm. 73, 2010, pp. 44 y ss.; T. Martínez Soto, “La mediación penal y la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El principio de oportunidad como instrumento de simplificación procesal”; P. M. Garciandía González, en H. Soletto Muñoz (dir.), *Sobre la mediación penal...*, *op. cit.*, pp. 359 y ss.; T. Armenta Deu, “Colaborando a superar la crisis (proceso penal)”, *Cuadernos Digitales de Formación*, 2013, núm. 5, pp. 1 y ss.

⁴¹ De manera similar el art. 143 B_CPP señala que “se entiende por mediación penal, a los efectos previstos en este Título —y en todo el Código y en todo el sistema de justicia penal español, añadimos nosotros—, al procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo”.

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

b) Los esenciales protagonistas son la víctima —el ofendido y el perjudicado—⁴² y el infractor, puesto que no en vano estamos ante una solución autocompositiva de la disputa penal.

c) Se requiere de estos dos sujetos una participación activa, puesto que sin la voluntad e interés de ambos en zanjar el conflicto de una forma mutuamente satisfactoria, cuando menos al inicio del procedimiento de mediación, la misma carece de sentido.

d) La finalidad principal de la mediación es solucionar el conflicto, lo cual puede producirse previa negociación entre víctima e infractor, o también por la aceptación de uno de ellos por la postura expresada por el otro;⁴³ y lo que es igualmente importante, la solución no tiene que pasar siempre por una reparación económica, o al menos no siempre a cargo del infractor.⁴⁴

e) La intervención de un tercero ajeno a esos dos sujetos, y por ende imparcial, es necesaria, y sobre él pivota la responsabilidad de orientar, asistir, informar a los intervinientes, pero dejando que ellos por sí mismos pongan fin a la mediación, con o sin acuerdo, sin que en ningún caso ese mediador tenga que ser el que dé la solución al conflicto, ya que no estamos ante una solución heterocompositiva del mismo como sí sucede en el proceso judicial y en el arbitraje.

IV. CLASES

Para clasificar las principales modalidades de mediación penal con las que nos podemos encontrar dos criterios nos pueden servir de utilidad: el ámbito subjetivo de aplicación en atención a la edad del imputado, y el ámbito temporal en el que pueda realizarse la mediación.

Si atendemos en primer término a la edad del imputado, de forma paralela a la diferenciación del enjuiciamiento por Juzgados y Tribunales del orden penal nos encontramos con la mediación *de menores* —entre 14 y 18 años—, que en España como hemos ya refe-

renciado sí es objeto de regulación en la Ley Orgánica 5/2000 con base en los principios de intervención mínima y tutela del interés superior del menor; y la mediación *de adultos*, la cual más allá de las iniciativas aisladas comentadas está pendiente de ser regulada con carácter general para todo el país.

Centrándonos ahora en el momento en el que víctima e imputado pueden solucionar los problemas resultantes de la infracción penal tenemos: la mediación *preprocesal*, que tiene lugar antes del inicio del proceso penal, y cuyo eventual resultado positivo evita la realización del mismo, con el consiguiente beneficio jurídico y económico particular —de los implicados y del resto de operadores jurídicos— y general —de la sociedad en su conjunto—; la mediación *procesal*, a realizar pendiente la terminación del proceso penal, el cual puede tener lugar en la investigación, en el juicio oral y en los recursos; y la mediación *penitenciaria*, legalizada⁴⁵ y justificada para hacer frente con base en los mismos principios, garantías e incentivos tanto a la forma y contenido de cumplimiento de la condena como a los conflictos interpersonales que aparezcan durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad y que han dado lugar a la incoación de un procedimiento disciplinario.

Como se puede observar, deliberadamente rehusamos la utilización del término *extrajudicial* por cuanto en todas las modalidades expuestas, incluidas las dos últimas, se realizan sin la intervención de un órgano judicial en la consecución —o no— del acuerdo, lo que no obsta para que en función del desarrollo del procedimiento ese acuerdo pueda tener efectos sobre el proceso y sobre las consecuencias jurídicas derivadas del ilícito penal, lo que requerirá la actuación —matizada como veremos— del órgano judicial competente.

Nosotros vamos centramos este análisis en la mediación penal de adultos y que además no se plantee en la fase de ejecución de la pena, esto es, excluyendo también la mediación penitenciaria.⁴⁶

⁴² Vid. J.L. Manzanera Samaniego, “Estatuto de la víctima...”, *op. cit.*, pp. 4 y ss., quien acertadamente a nuestro juicio critica como en el “Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito” —y en el Proyecto posterior que ha ingresado en las Cortes Generales— se utilice un concepto de víctima restrictivo que no alcanza al perjudicado por el delito.

⁴³ Vid. M. Aguilera Morales, “La mediación penal: ¿Quimera o realidad?”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 9, 2011, p. 131, quien destaca cómo no se puede equiparar mediación con conciliación y reparación, pese a que entre ellos exista una relación medio-fin.

⁴⁴ Vid. R. Castillejo Manzanera, “El nuevo proceso penal. La mediación”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 23, 2010, p. 81, quien pone de manifiesto el peligro de que la mediación penal provoque una *justicia de clase*.

⁴⁵ Así la prevé el art. 158.5 A_LECR, por resolución del órgano judicial competente —Juez de Vigilancia Penitenciaria o Juez Central de Vigilancia Penitenciaria—, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

⁴⁶ Sobre la misma, *vid.* L. González, J. Ríos, C. Sáez, R. Sáez, “La mediación penal y penitenciaria. Un programa para su regulación”, en C. Sáez Rodríguez (coord.), *La mediación familiar. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para*

V. PRINCIPIOS

Como no puede ser de otra forma, cuando el legislador plasme de manera definitiva en una norma la mediación penal tendrá que aplicar los principios propios a la mediación en cualquier materia, dándoles los matices y revistiéndolos de las cautelas acordes con la naturaleza penal del conflicto que se trata de solucionar con la misma. De manera sucinta, relacionamos los más importantes:

a) Voluntariedad: este principio general, predicable tanto de la víctima como del infractor,⁴⁷ tiene que estar presente:⁴⁸

- en el momento que tomen la decisión de someter el conflicto a mediación,⁴⁹ por lo cual, somos contrarios a que la misma sea impuesta por la Policía, la Fiscalía o un órgano judicial, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, ni a que una negativa a someterse a la misma por cualquiera de ellos pueda tener consecuencias desfavorables en la defensa de sus derechos e intereses en el proceso judicial;

- en el desarrollo de la mediación, lo que supone que en cualquier momento el infractor o la víctima pueden dar por terminada su participación en la misma, enviándose el conocimiento del asunto a la autoridad judicial competente;

- en la terminación de la misma, ya sea sin acuerdo, opción no descartable pese a la voluntad inicial de ambos litigantes a dialogar y arreglar el conflicto, o con él, en cuyo caso el contenido tiene que ser querido por ambos tanto en las prestaciones como en el tiempo a ser realizadas.

Para que esta voluntariedad sea real y efectiva una de las primeras actuaciones a realizar es informar a los partícipes, con anterioridad a que consideren la posibilidad de someter el conflicto a mediación, de sus derechos con o sin la mediación, el procedimiento a seguirse y las consecuencias derivadas de su sometimiento al mismo.

b) Bilateralidad: principio inherente a la autocomposición como mecanismo de solución de los conflictos, que hace que a nuestro juicio salvo el mediador haya que excluir la participación de otros sujetos, incluidos los abogados, por mucho que se trate de argumentar que serían terceros que están para auxiliar a las partes en orden a alcanzar una solución pactada y pacífica del conflicto.

c) Carácter personalísimo: que significa que cada parte debe actuar de manera personal y con plena capacidad, por lo que se excluyen los casos en los casos de representación legal —de menores e incapaces—, necesaria —de personas jurídicas— o voluntaria.

d) Contradicción: se tiene que garantizar que en el trámite de mediación ambos sujetos partícipes vayan a ser escuchados, en presencia del mediador, puesto que no en vano lo que se busca es una solución dialogada del conflicto, lo que no obsta para que la actitud más colaborativa de uno de los sujetos —en especial el infractor— pueda allanar y aligerar el desarrollo de la actuaciones.

e) Igualdad: exigencia que debe regir dentro de la mediación como complemento necesario a la contradicción entre los dos partícipes,⁵⁰ teniendo al mediador como garante de que la misma es efectiva.

su regulación, Cizur Menor, 2008, pp. 311 y ss.; F. Lozano Espina, “Mediación penitenciaria”, VV.AA., *Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino*, Madrid, 2010, pp. 103 y ss.; J.L. Segovia Bernabé, “Experiencia de la mediación penitenciaria”; P.M. Garciandía González, en H. Soletto Muñoz (dir.), *Sobre la mediación penal...*, op. cit., pp. 289 y ss.; VV.AA., *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, 3.^a ed., Madrid, 2012, pp. 169 y ss.

⁴⁷ Ambas van a ser reputadas como *partes*, término que no debe ser entendido en sentido procesal —no estamos ante un proceso, como hemos señalado—, sino, como indica S. Barona Vilar, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Valencia, 2013, pp. 212-213, ante la existencia de diferencias entre al menos dos personas que acuden a la mediación para alcanzar un acuerdo.

⁴⁸ El art. 6.1 LCMCM, que coloca el carácter voluntario de la mediación como el primero de sus principios informadores, reconoce su vigencia *tan sólo* en dos momentos: en el mantenimiento de las partes en el procedimiento de mediación, y en el momento de conclusión de un acuerdo (art. 6.3 LCMCM). Este hecho es ensalzado por J.A. Torres Lana, “Principios rectores de la mediación”; F. López Simó, F.F. Garau Sobrino (coords.), *Mediación en materia civil y mercantil*, Valencia, 2014, pp. 125-126, por alejarse de la tendencia legislativa por la que en determinados supuestos el legislador establece con carácter obligatorio —o sugerido— el acudir a la mediación civil.

⁴⁹ G. Varona Martínez, “El derecho a la tutela judicial efectiva a través de procesos restaurativos: avanzado más allá de la mediación penal en la construcción de un derecho restaurativo interdisciplinar”, en J. F. Etxeberria Guridi (dir.), *Estudios sobre el significado...*, op. cit., pp. 362 y ss., habla de la posible existencia de un *derecho de acceso a la justicia restaurativa* que debe entenderse como social o prescricional.

⁵⁰ Por ello el art. 7 LCMCM dispone que en el desarrollo del procedimiento de mediación hay que garantizar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio de sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista que vayan a mantener.

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

f) Imparcialidad y neutralidad: garantías exigibles de manera absoluta al mediador,⁵¹ tanto cuando acepta el encargo de actuar en un concreto asunto por no tener ningún interés objetivo o subjetivo, como cuando desarrolla su función, ya que está obligado a mantener una actuación neutral con relación a la defensa de sus intereses por las partes.⁵²

g) Inmediación: determina que las actuaciones se tienen que desarrollar con la presencia física de las partes ante el mediador, las cuales se comunicarán de manera oral.

h) Concentración: supone que el procedimiento de mediación tendrá la duración más breve posible, por lo que sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.⁵³

i) Confidencialidad: configurada como presupuesto básico de la mediación⁵⁴ para evitar los recelos de acudir a la misma, en especial por parte del infractor, la cual tiene un doble alcance: una en el interior del trámite de mediación con relación al contenido del diálogo establecido entre la víctima y el infractor, en presencia del mediador, y otra exterior referido a que lo afirmado,

alegado, aportado, admitido o acreditado por las partes en la tramitación de la mediación no debe afectar de ninguna forma a las actuaciones judiciales posteriores que tengan que realizarse, tanto para resolver el conflicto cuando la mediación no haya terminado con acuerdo como cuando haya que dar efectos al acuerdo convenido por el infractor y la víctima. En este punto, mostramos nuestras reservas a que las propias partes puedan renunciar a esta confidencialidad,⁵⁵ ni tan siquiera de forma expresa, reiterada y controlada su voluntariedad, y menos a que una resolución judicial pueda terminar con la misma a los efectos de obtener información a aplicar en el proceso penal. Incluso más allá de las simples aseveraciones relativas a la vigencia de la confidencialidad se nos antoja complicado determinar legalmente la extensión de este deber —deslindar en cada actuación si la misma es consecuencia o no de lo actuado en la mediación—, los efectos de su incumplimiento en el proceso judicial⁵⁶ y las consecuencias jurídicas negativas para su responsable, y todo ello sin lesionar el derecho de defensa del infractor⁵⁷ y de la víctima, a quienes también alcanza la confidencialidad.⁵⁸

⁵¹ Previstas de manera expresa en los arts. 7 *in fine* (“sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas” —las partes—) y 8 (“Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación”) LMCM, al igual que el art. 14 LMCM al que se remiten, el cual establece el régimen de responsabilidad de los mediadores: “La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben”.

⁵² De forma expresa y tajante abordan esta cuestión los apartados 4 y 5 del art. 13 LMCM, que también deberá regir en la mediación penal según el B_CPP:

a) por un lado, se señala que el mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad;

b) por otro, obliga a que el mediador, antes de iniciar o continuar con su tarea, deba revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad, o bien generar un conflicto de intereses. Estas circunstancias están referidas, al menos, a las siguientes situaciones personales y jurídicas: todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes; cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; y que el mediador, o el miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En estos casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad, y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente. Además, el deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

⁵³ Así previsto en el art. 20 LMCM, de aplicación también a los conflictos penales sometidos a mediación, según el B_CPP.

⁵⁴ Con esta dimensión es regulada en el art. 9 LMCM, si bien inexplicablemente su regulación, según el B_CPP, no es aplicable a la mediación a desarrollar en materia penal, y ello pese a que en el apartado 2.b) se establece la posibilidad de que en ese ámbito una resolución judicial motivada de un Juzgado o Tribunal puede acabar con la confidencialidad de la mediación civil y mercantil, y de su contenido, obligando a que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación tengan que declarar o aportar documentación sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo.

⁵⁵ Lo cual sí está previsto en el caso de la mediación en conflictos civiles y mercantiles, según establece el art. 9.2.a) LMCM.

⁵⁶ En el campo civil y mercantil el art. 9.3 LMCM se limita a señalar que “la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico”.

⁵⁷ Como muy bien destaca P.M. Garcíandía González, “La regulación de la mediación penal en España: opciones legislativas y contenidos mínimos”, en J.L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar, P. Calderón Cuadrado (coords.), *Juan Montero...*, *op. cit.*, pp. 1024-1025, en este punto se suele olvidar que aunque suponga limitar el alcance que en el proceso penal tiene el derecho de defensa del imputado, el principio de confidencialidad debe impedir que se reconozca efectos probatorios a los argumentos procedentes del procedimiento de mediación que puedan servir de descargo de la responsabilidad penal del imputado.

⁵⁸ En esta cuestión nos parece más adecuado utilizar expresamente el término *confidencialidad*, exigible a todos los intervinientes en la mediación, que reconducirlo al deber de *secreto profesional*, predicable sólo del mediador. Así lo hace erradamente a nuestro juicio el

j) Antiformalismo: principio que hay que referir al lugar de realización de la mediación, a la forma de relacionarse la víctima y el infractor⁵⁹ —y ambos con el mediador—,⁶⁰ y también al mismo devenir de la mediación.⁶¹

k) Gratuidad para los dos intervinientes: un incentivo más para que acepten al menos participar en esta vía que si termina con acuerdo redundará en un ahorro de costes no sólo para ellos sino para la propia Administración de Justicia. Acorde con ello, y con el carácter público del Derecho Penal y del conflicto que se somete a mediación, que sea el propio Estado el que asuma todos los costes de la mediación, empezando por la infraestructura y por la remuneración del mediador.

VI. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El determinar dentro de los ilícitos recogidos en el Código Penal qué delitos y/o faltas se pueden someter a mediación es uno de los puntos en los que más variaciones se producen en los regímenes jurídicos de otros países, pudiendo encontrar ejemplos en los que todos los conflictos penales son mediables a otros en los que aparece reducido a las conductas bagatelarias, dándose en ambos escenarios exclusiones legales en atención a determinados bienes jurídicos, a caracteres personales del infractor y de la víctima, a las relaciones previas entre esos dos mismos sujetos, a los antecedentes penales del infractor, a los efectos del delito, a las circunstancias en las cuales se han producido los hechos, etc. Con ello, partimos del hecho de que cada ordenamiento jurídico va a efectuar libremente una selección de conductas en atención a su concepción de la mediación penal y su inserción en el sistema de justicia penal, puesto que además ninguno de los acuerdos internacionales que en esta materia pudieran condicionarle en su actividad legislativa marca ni tan siquiera unos mínimos a respetar por cada Estado.⁶²

Abogamos porque sea la legislación reguladora de la mediación penal la que determine expresamente su ámbito de aplicación, siguiendo la manera de proceder que por ejemplo hace meses ha determinado la configuración legal en España de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo tanto, razones de seguridad jurídica, de previsibilidad, de igualdad, aconsejan a nuestro juicio que la selección de las conductas redirigibles a la mediación no se deje a criterio del propio mediador, del Ministerio Fiscal o de un órgano judicial, lo que no obsta para que primero el mediador, y posteriormente el Fiscal y el Juez o Tribunal competente, tengan que realizar un control de legalidad de las infracciones delictivas y de las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en cada caso.

Sin que lleguemos a esbozar una propuesta cerrada en este punto, aportamos varios datos cuya intelecación en conjunto pueden ayudar en la tarea de fijar expresamente el ámbito de aplicación de la mediación penal:

- Debido a una mayor vigencia del principio positivo, es indudable que la mediación sí debe servir para tratar de resolver conflictos derivados de faltas o de delitos privados.

- En la normativa reguladora de la violencia de género, como hemos señalado, se excluye expresamente la mediación. E incluso, aunque no se estableciera así, nos encontraríamos con el obstáculo de que de manera obligatoria el art. 57.2 CP establece como pena accesoria la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

art. 144.4 B_CPP, que se centra únicamente en el sometimiento a secreto profesional del mediador, a consecuencia de lo cual no podrá declarar sobre los hechos de los que tenga conocimiento con ocasión de su intervención en el procedimiento.

⁵⁹ No estaría de más que el B_CPP hubiera previsto que a las partes sujetas a la mediación penal les rigen también los principios fijados en el art. 10.2.I LMCM: lealtad, buena fe y respeto mutuo. Con relación a los mismos, *vid.* F. López Simó, “Las partes en la mediación”, en F. López Simó, F.F. Garau Sobrino (coords.), *Mediación en materia civil...*, *op. cit.*, pp. 171 y ss.

⁶⁰ Y ello porque el art. 10.3 LMCM, con vigencia también en la mediación penal, fija la obligación para las partes de “prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad”.

⁶¹ Según el art. 10.1 LMCM, aplicable a la que se vaya a desarrollar en el campo penal, la mediación se va a organizar “del modo que las partes tengan por conveniente”.

⁶² De hecho, en el art. 10.1 de la Decisión Marco de 2001 se disponía que los Estados miembros “procurarán” impulsar la mediación en las causas penales “para las infracciones que a su juicio *se presten* a este tipo de medidas”.

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

- También para no dar cobertura jurídica a una teórica desigualdad entre las partes la mediación penal no debería ser posible en los delitos de atentado, resistencia, los cometidos por los funcionarios públicos y los que tengan como víctima a los trabajadores.

- Si la mediación penal requiere una actividad personalísima del infractor y de la víctima, no debiera tener cabida cuando cualquiera de ellos fuera menor o incapaz, ya que obligaría a que tuvieran que actuar por ellos sus representantes. O cuando sea una persona jurídica o un ente sin personalidad jurídica pero que sea responsable penal por sus actos,⁶³ quien para actuar en el proceso necesita de un representante necesario,⁶⁴ tanto sea infractor como cuando sea víctima —situación comúnmente olvidada—.

- De igual forma deberían estar excluidos los denominados “delitos sin víctima”, en los que no es posible individualizar a una víctima concreta y además, debido a su carácter pluriofensivo, su presencia en la mediación debería canalizarse a través de mecanismos de representación alterando el principio de la intervención individualizada y personal de la víctima.

- Por la misma razón deberían excluirse también los delitos —y las faltas— contra el interés público.

- Para evitar situaciones de abuso de derecho, tampoco debiera permitirse acudir a la mediación a infractores con antecedentes penales,⁶⁵ ya sea en la misma categoría de delitos o en otra diferente, y sobre todo cuando los hechos sean especialmente graves por el bien jurídico afectado o porque los mismos se hayan llevado a cabo con violencia o intimidación.

- Si la regulación de la mediación penal aparece anudada, directa o indirectamente, con la vigencia

del principio de oportunidad en el proceso penal, sus manifestaciones aparecen limitadas a aquellos hechos que tengan señalada una pena privativa de libertad inferior a cinco años. Y además, al igual que se hace con los reincidentes, no cabría permitirse la mediación con infractores que se hayan beneficiado anteriormente de la aplicación por razón del delito de uno de los supuestos de oportunidad.⁶⁶

- En la justicia de menores es factible la mediación cuando el hecho imputado al menor constituya un delito menos grave o una falta.

En conclusión, que las faltas y los delitos que puedan ser resueltos a través de la mediación son una parte más del modelo de mediación y de sus principios rectores por los que apueste el legislador, debiendo ser coherente con ambos, en especial cuando los ilícitos penales tienen naturaleza jurídica pública.

VII. SUJETOS INTERVINIENTES

Al haber hecho la relación de los principios inherentes a la mediación en el ámbito penal hemos dejado clara nuestra postura de que la misma se va a desarrollar de manera contradictoria entre dos partes, el infractor y la víctima, en presencia de un tercero imparcial, el mediador, figura clave en todo el sistema y sobre la cual el legislador tendrá que determinar:

a) Su individualización y composición, es decir, si va a ser un órgano colegiado —propriadamente el mediador, y además un equipo de apoyo con asistentes sociales, psicólogos, médicos— o un sujeto individual —aunque forme parte de una persona jurídica—, opción por la que nos decantamos⁶⁷ y que como con-

⁶³ Sin embargo, a favor de esta posibilidad se manifiestan J. A. Díaz López, “Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2011, núm. 3, pp. 29 y ss.; S. Barona Vilar, “La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España”, en M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, 2013, pp. 104 y ss.

⁶⁴ Destacar que no sólo son dificultades de personación las que a nuestro juicio se oponen a que en la mediación penal pueda tener participación activa o pasiva una persona jurídica, sino también porque carecería de virtualidad práctica la reparación o compensación simbólica a la víctima que pudiera acordarse, quedando por tanto reducida a un uso utilitarista en la que sólo se esperara la obtención de una reducción de la pena, fin que por otro lado la persona jurídica puede obtener colaborando con la justicia por medio de la utilización del principio de oportunidad y la conformidad.

⁶⁵ Este punto tampoco es pacífico en la doctrina, como se puede constatar en M.I. González Cano, “La mediación en el proceso penal. Especial consideración de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI)”, en J.F. Etxeberria Guridi (dir.), *Estudios sobre el significado...*, op. cit., pp. 323 y ss.

⁶⁶ Así se establece en el art. 149.2.c) A_LECR.

⁶⁷ En este mismo sentido se ha expresado el legislador con relación a la mediación civil y mercantil en el art. 11.1 LCMC, de aplicación extensiva al ámbito penal: por un lado, “pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión”; y por otro se deja la posibilidad abierta para que las personas jurídicas se puedan dedicar a la mediación —sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico—, si bien en este caso “deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley”.

secuencia deriva en unos mayores niveles de profesionalidad y formación en el mediador, en especial en materia jurídica.

b) Su número, que a nuestro juicio debe ser uno por procedimiento de mediación, no entendiendo que pueda haber supuestos en los cuales haya que admitir una pluralidad de mediadores, máxime si somos consecuentes con el ámbito de aplicación señalado en el punto anterior.⁶⁸

c) Su naturaleza jurídica pública —mejor que privada—, en atención al carácter indisponible de los derechos e intereses que hay en juego y cuya solución consensuada para ser eficaz necesita canalizarse a través de un proceso judicial. Así, lo lógico es pensar en la creación de un servicio oficial de mediación en la órbita del Ministerio de Justicia, obligado por ende a financiarlo.⁶⁹

d) Los niveles de vinculación que tenga con los operadores del sistema judicial, con quien necesita estar debidamente coordinado y conectado, termine la mediación con o sin acuerdo.

e) Su estatuto jurídico, siendo necesario concretar para un profesional de esta clase al que se le encomiendan funciones tan relevantes al menos:

- el tipo y nivel de formación que se le va a exigir, tanto jurídica como en otras disciplinas;⁷⁰

- las facultades de actuación (recabar toda la documentación sobre el asunto a mediar que considere necesaria y que esté en poder de la policía, de la fiscalía o de un órgano judicial; convocar a las partes a la mediación en el lugar, día y hora que determine —o no hacerlo, de manera motivada, si a la vista de la documentación considera que la misma no es apta para cumplir su fin, o que hay una posición de desequilibrio entre los intervinientes que es insalva-

ble—; facilitar la comunicación entre las partes y velar porque las mismas dispongan de la información y el asesoramiento suficientes;⁷¹ dirigir la mediación desarrollando una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes;⁷² controlar el contenido del acuerdo y la forma en la que se ha llegado al mismo —pudiendo incluso rechazarlo—; etcétera).

- los derechos (como su remuneración con cargo al Ministerio de Justicia o las Administraciones públicas competentes; o el poder renunciar a llevar a cabo la mediación encomendada);⁷³

- las obligaciones (abstenerse cuando concurra una circunstancia objetiva o subjetiva que cuestione su imparcialidad; aceptar y cumplir con diligencia en el desempeño de la función mediadora asignada en cada caso; guardar y hacer guardar en todo el trámite la confidencialidad de las actuaciones);

- las prohibiciones;

- las incompatibilidades; y

- el régimen de responsabilidad derivado de sus actuaciones⁷⁴ (cuando injustificadamente no acepta el cargo, o cuando de la misma forma renuncia al mismo sin haber terminado la mediación, o si en el desarrollo de la mediación no garantiza de manera efectiva los principios expuestos con anterioridad, etcétera).

Hasta aquí, defendemos una mediación con una actuación individual y personalísima de tres sujetos: el infractor, la víctima y el mediador. Por ello, teniendo presente la simplificación, celeridad y efectividad que se busca con la mediación, la misma no debería ser posible cuando como infractor figurara más de una persona, ya quisieran todas someterse a la mediación —obligaría a replicar tantos trámites de mediación como personas, sin tener que hacerse ante el mismo mediador, con la eventualidad que unos ter-

⁶⁸ Por tanto, no nos parece correcto aplicar en el ámbito penal, como hace el B_CPP, el art. 18 LCMCM, que permite que la mediación pueda ser llevada a cabo por un mediador, o por varios en atención a la complejidad de la materia o por la conveniencia de las partes, situación en la cual todos los que intervengan deberán actuar de forma coordinada.

⁶⁹ En este sentido el art. 12 LCMCM responsabiliza al Ministerio de Justicia y a las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, el fomentar y exigir la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos.

⁷⁰ El art. 11.2 LCMCM señala que el mediador tiene que estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior, no necesariamente de perfil y contenido jurídico, y contar con una formación específica para ejercer la mediación la cual se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional. Más ampliamente *vid.* S. Cavanillas Múgica, “El mediador y las instituciones de mediación”, en F. López Simó, F.F. Garau Sobrino (coords.), *Mediación en materia civil...*, *op. cit.*, pp. 219 y ss.

⁷¹ Así recogido en el art. 13.1 LCMCM

⁷² Previsto de esta forma en el art. 13.2 LCMCM.

⁷³ En estas situaciones, según el art. 13.3 LCMCM, obliga a que el mediador entregue un acta a las partes en la que conste su renuncia, si bien no establece, como sería deseable a nuestro juicio, que la misma sea motivada.

⁷⁴ Ya señalado el contenido del art. 14 LCMCM, el art. 11.3 LCMCM establece para el mediador la obligación de suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

minaran con acuerdo y otros no, o con acuerdos de contenido distinto— o no, supuesto en el cual, y ello si hay acuerdo como si no se llega al mismo, podría comprometer el derecho de defensa y la presunción de inocencia de los demás imputados.

En este punto volvemos a posicionarnos en contra de la posibilidad de que el infractor y la víctima no sólo que *deban* sino que *puedan* hacerse asistir y defender en los trámites de mediación por un abogado. Y lo hacemos por razones de simplificación, economía procesal y coherencia con el espíritu y finalidad de la mediación, en la cual, si verdaderamente se quiere provocar la terminación con acuerdo, se tiene que generar un diálogo sin formalismos, tecnicismos y estrategias jurídicas que anticipen el contenido de los posicionamientos a esgrimir en sede judicial. En caso contrario, habría que despejar cuestiones relevantes tales como quién puede ser ese abogado —de confianza de cada parte o de oficio—, y si obligatoriamente tiene que ser el mismo que defiende a la parte en el proceso judicial; el carácter obligatorio o voluntario de su intervención, supuesto último en el cual la lógica determina que ante la ausencia de designación por parte de una de las partes —en especial el infractor— el mediador debiera recabar del Colegio de Abogados el nombramiento de un abogado del turno de oficio;⁷⁵ quien tiene que remunerar a ese abogado, puesto que el pago de sus honorarios es contrario al carácter gratuito de la mediación, e incluso si en caso de terminar la mediación sin acuerdo si cabe aplicar la regulación de las costas judiciales del proceso judicial posterior; si el litigante del derecho a la asistencia jurídica gratuita puede ser extendido el alcance de las prestaciones a este asesoramiento legal en la mediación; si ese o esos abogados están alcanzados por el deber de secreto profesional y guardar la confidencialidad de las actuaciones en las que hayan tomado parte; si para que el acuerdo derivado de la mediación es necesario que los abogados de la víctima y el infractor suscriban el mismo, etc. Más allá de todo ello, el obligar —o permitir— contar con un abogado afecta al nivel de cualificación profesional de quien vaya a actuar como mediador, puesto que lo que siempre será necesario es que *alguien* tenga conocimientos jurídicos para tratar de garantizar no sólo el desarrollo de los trámites de mediación conforme a

parámetros legales sino que el acuerdo que suscriban los intervinientes pueda producir efectos en el posterior proceso judicial. Por último, si interviene, sobre él también se extenderá el deber de confidencialidad que afecta al infractor, a la víctima y al mediador.

VIII. PROCEDIMIENTO

De nuevo el legislador, bien en la regulación principal de la mediación penal, bien en el desarrollo reglamentario de la misma, tendrá que marcar los puntos básicos con base en los cuales se tienen que desarrollar los trámites de la mediación y que se refieren a:

1) Lugar: en la sede donde desempeñe sus funciones el mediador, no debiendo ser una dependencia perteneciente a los órganos jurisdiccionales si se quiere aislar el procedimiento de mediación del entorno judicial.

2) Tiempo: aspecto esencial a determinar en su máximo, de forma explícita o implícita —como expresiones como *plazo razonable*, *tiempo necesario* y similares, a concretar por el mediador—, así como las razones de una o más eventuales prórrogas y la necesidad o no de que para su adopción tengan que estar de acuerdo los dos intervinientes, puesto que no podemos perder de vista el hecho de que mientras se desarrolla la mediación el proceso judicial principal se va a paralizar, debiendo vigilar el mediador por frenar actitudes dilatorias por parte del infractor o de la víctima que a la postre pudiera incidir en el derecho a no sufrir dilaciones indebidas, o diera cabida a una prescripción.

3) Forma: flexible, a determinar en cada caso por el propio mediador y en cualquier caso distinta a las exigencias con las que se tiene que desarrollar la actuación jurisdiccional y que al menor para la víctima en muchas ocasiones se convierte en un factor de victimización secundaria. Y además, actividad desarrollada de forma oral, siendo la esencia de la misma la comunicación directa y dialogada entre la víctima y el infractor.

4) Contenido: teniendo como fin primordial que el trámite de mediación termine con un acuerdo, la regulación *vertical* que se haga del procedimiento a seguir por el mediador y los dos participantes tiene que ser muy de mínimos, y será éste quien conforme vaya

⁷⁵ Incluso otra opción sería, en caso de que la mediación se llevara a cabo por un *equipo* o una *institución* de mediación, que la misma tuviera adscritos letrados para actuar de manera neutral en el asesoramiento jurídico del infractor y la víctima, y también del mediador.



acumulando experiencia en su trabajo vaya acuñando pautas de actuación en cuanto a horarios y duración de cada sesión, manera de relacionarse con y entre los intervinientes, forma y contenido del acta, comunicación con las autoridades judiciales de la terminación de la mediación, etc. Más allá de ello, consideramos que al menos se deberán dar las siguientes cuatro fases:

a) Inicio de la mediación con una sesión constitutiva,⁷⁶ que consideramos que siempre tiene que producirse a iniciativa de ambas partes, quienes libre y voluntariamente deciden hacer uso de este mecanismo complementario de resolver su conflicto; o de una de ellas —normalmente la víctima— con la aquiescencia posterior de la otra.⁷⁷ Esta postura permite ser mantenida en cualquiera de las modalidades de mediación comentadas, y además evita las dudas acerca de qué valor dar a la negativa de uno o ambos intervinientes a participar en la mediación cuando la misma se activa a propuesta del Ministerio Fiscal o del órgano judicial competente en la fase del proceso judicial en la que la planteen. Cuando mucho, cabría dejar como posibilidad la opción de que o bien el Fiscal o bien el juez o tribunal encargado del proceso judicial sean

quienes canalicen la voluntad originaria de la víctima y el infractor, supeditando la remisión del asunto a mediación solamente⁷⁸ a que la misma cumpla con todos los presupuestos previstos legalmente relacionados con los hechos y con los sujetos.

b) Información a los participantes de sus derechos, deberes, la naturaleza del procedimiento, la forma de desarrollarse las sesiones y los efectos de la conclusión de la mediación con o sin acuerdo.⁷⁹

c) Desarrollo de la mediación, en tantas sesiones como sea necesario mientras se sigan manteniendo opciones de que la misma puede terminar con un acuerdo, y siempre dentro del plazo temporal fijado legalmente o acordado por las partes con el mediador.⁸⁰ El inicio de la mediación también tiene efectos directos sobre los actos procesales que componen el proceso penal, puesto que quedarán suspendidos hasta la conclusión de la mediación, si bien cuando la misma se produzca en la en la fase de investigación no eximirá de la práctica de las diligencias indispensables para la comprobación del delito.⁸¹

d) Terminación de la mediación,⁸² siendo reflejada en un acta las dos opciones con sus implicaciones:

⁷⁶ Así es denominada por el art. 19 LMCM, en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos: a) la identificación de las partes; b) la designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes; c) el objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación; d) el programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación; e) la información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos; f) la declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas; g) el lugar de celebración y la lengua del procedimiento. De esta sesión constitutiva habrá que levantar un acta en la que consten estos aspectos, la cual será firmada tanto por las partes como por el mediador —o mediadores—. En otro caso, dicha acta declarará que la mediación se ha intentado sin efecto.

⁷⁷ Se plantearán problemas cuando la mediación tenga lugar en el juicio oral y en el proceso estén personadas como partes acusadoras acusaciones particulares y/o populares, a quienes no se les va a dar participación en los trámites de mediación y a quienes no se les debería dar opción para oponerse a la remisión del conflicto a la mediación, por lo que no compartimos el tenor del art. 160.I A_LECR que condiciona el sometimiento del proceso a mediación cuando “todas las partes” lo soliciten.

⁷⁸ Con ello estamos defendiendo la idea de que el acudir a la mediación como mecanismo complementario para resolver conflictos penales es un *derecho* del infractor y de la víctima, que no puede ser tamizado o negado ni por la policía, ni por el Ministerio Fiscal ni por el órgano judicial competente cuando concurran los presupuestos previstos legalmente. Siendo así, el legislador tiene que dejar claro qué valor hay que darle a ese acuerdo inter partes cuando se alcanza de manera espontánea entre ellas y cómo canalizarlo jurisdiccionalmente para que tenga efectos judiciales y jurídicos.

⁷⁹ Este deber de información, sin especificar a quien incumbe, estaba previsto en el art. 157.3 A_LECR.

⁸⁰ Algunos otros aspectos puntuales de este desarrollo de las actuaciones de mediación están previstos en el art. 21 LMCM, extensible en su aplicación al ámbito penal por mor del B_CPP:

a) El mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado.

b) Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas.

c) El mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. El mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta.

⁸¹ Así se establece en el art. 158.I.II A_LECR.

⁸² Con independencia del resultado final de la mediación, con la terminación del procedimiento se devolverán a cada parte los documentos que hubiere aportado. Con los documentos que no hubieren de devolverse a las partes, se formará un expediente que deberá conservar y custodiar el mediador o, en su caso, la institución de mediación, una vez terminado el procedimiento, por un plazo de cuatro meses (art. 22.I.II LMCM de aplicación en la mediación penal según el B_CPP).

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

- sin acuerdo,⁸³ y las circunstancias que lo han motivado, supuesto en el cual se retoman —o inician, en el caso de la mediación preprocesal— las actuaciones en sede judicial como si la mediación no se hubiera producido; o

- con acuerdo, situación en la cual además de tenerse que documentar el mismo⁸⁴ de manera clara y comprensible,⁸⁵ y con la participación material —en su elaboración— y formal —con su firma—⁸⁶ del infractor, la víctima y el mediador, todos los cuales recibirán una copia del mismo y serán informados de su carácter vinculante⁸⁷ y de las causas que se podrían oponer para negarse a cumplir su contenido,⁸⁸ hay que determinar los efectos jurídicos que se despliegan para la resolución final del conflicto a consecuencia del mismo, y con intervención de qué sujetos y haciendo uso de qué facultades.

La concreción de estos efectos sobre el proceso y/o sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la asunción de responsabilidad por el infractor, resultantes de una mediación que haya terminado de forma

exitosa, va a depender del momento procedimental en el que se haya realizado la mediación.

Cuando la mediación se produce antes de iniciarse el proceso penal implícitamente el alcanzarse un acuerdo, y cumplirse en el tiempo y la forma pactada, va a suponer la renuncia a que el mismo comience, lo que nos conduce a limitar estos supuestos a cuando los hechos ilícitos estén catalogados como faltas o delitos privados o semiprivados en los cuales el principio dispositivo permite a la víctima del delito renunciar a su persecución por el hecho de no formular querrela o denuncia —en el caso de los delitos semipúblicos, al ser una condición de procedibilidad—; y en caso de que la hubieran presentado en los delitos privados podrán abandonarla con posterioridad produciéndose los mismos efectos, al ser una causa de extinción de la responsabilidad criminal.⁸⁹

En caso de que el proceso se esté desarrollando, aunque sea de manera incipiente en la fase de investigación, por mor del principio de legalidad procesal⁹⁰ ni la Fiscalía ni los órganos judiciales tendrán margen

⁸³ A consecuencia de una variedad de situaciones, como las que pone de relieve el art. 22.1 LCMCM que alguna de las partes haya abandonado la mediación; o por transcurso del tiempo máximo fijado para el desarrollo del procedimiento, sin que sea razonable la prórroga del mismo; o cuando el mediador aprecie de una manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concorra otra causa que determine su conclusión. Incluso también, según el art. 22.2 LCMCM, cuando no haya sido posible nombrar un nuevo mediador en los casos en los que el previamente designado haya renunciado a continuar el procedimiento o cuando las partes hayan rechazado al mismo.

⁸⁴ Según el art. 23 LCMCM, el acuerdo de mediación puede versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación, y en el mismo hay que hacerse constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes, quienes recibirán una copia del mismo, reservándose otra el mediador para su conservación.

⁸⁵ Así es exigido por el art. 22.3 LCMCM.

⁸⁶ Sorprende en este punto como el art. 22.3.II PMCM no supedita la producción de efectos jurídicos de la mediación a que el acta sea firmada por todos los intervinientes, ya que abre la opción para que alguna de las partes no quiera firmar el acta —o recibir una copia de la misma, no cual es menos relevante—, circunstancia —y su motivación, si es expresada— que deberá quedar reflejada en la misma.

⁸⁷ Además, según el art. 23.3.II LCMCM, el mediador tiene también que informar a las partes de que pueden instar la elevación del acuerdo a escritura pública al objeto de configurarlo como un título ejecutivo. Cuando opten por ello, el art. 25 LCMCM señala que el acuerdo de mediación se presentará por las partes ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador. Para llevar a cabo la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho. Además, cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea. Y si el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación. En este punto, coincidimos con Magro Servet, V., “La nueva regulación de la mediación penal en el nuevo Código Procesal Penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013, núm. 5, p. 215, en la poca virtualidad práctica que en el campo penal tiene esta genérica previsión, por cuando la mediación habitualmente incluirá un pacto indemnizatorio que se ejecutará voluntariamente por el infractor y cuando así no sea a través del proceso de ejecución penal ante el órgano judicial competente.

⁸⁸ Reducidas, como indica el art. 23.4 LCMCM, a las causas que invalidan los contratos, aducibles ejercitando una acción de nulidad frente al acuerdo.

⁸⁹ En este caso, como se refleja en el contenido del art. 701 A_LECR, todo el protagonismo lo tiene el órgano judicial, encargado de suspender el procedimiento y someter el conflicto al sistema de mediación, de reanudar el procedimiento si transcurre el plazo otorgado para el desarrollo de la mediación y las partes no alcanzan un acuerdo —o por el mismo motivo deciden abandonarlo—, y de archivar el procedimiento sin más trámites cuando la mediación termine con acuerdo o avenencia.

⁹⁰ Entendemos que éste debe de ser el fundamento de la limitación contenida en el art. 146 B_CPP, en el que más allá de la incorrección de señalar que la “ventaja” no puede derivarse del hecho de “someterse” a un procedimiento de mediación y no de alcanzarse en él un acuerdo, que deriva cualquier efecto procesal o material a que el mismo esté previsto en la Ley; esto es, que en la mediación *intraprocesal* por un delito



para *ofrecer*⁹¹ beneficios al infractor por el hecho de resolver el conflicto en un procedimiento de mediación al margen de la normativa penal, procesal y penitenciaria. Siendo así, pareciera que al menos en la fase de investigación y en el juicio oral el acuerdo de mediación debería ser judicializado a través o de la atenuante de reparación del art. 21.5.^a CP,⁹² o de la atenuante genérica del art. 21.7.^a CP,⁹³ o de la institución de la conformidad en cualquiera de sus versiones,⁹⁴ provocando, por una parte, una terminación abreviada del procedimiento, con un auto de sobreseimiento o con una sentencia de conformidad, y por otra, la concesión de un *premio* al infractor por su colaboración pero siempre dentro de los márgenes legales,⁹⁵ condicionando su aprobación a que la víctima sea debidamente reparada.⁹⁶

Procediéndose así, el informe del mediador sobre el resultado positivo alcanzado en la mediación y el acta de reparación con los acuerdos a que hubieran llegado el infractor y la víctima condicionará⁹⁷ la actuación de los principales actores institucionales del proceso penal: del Ministerio Fiscal a la hora de elaborar su escrito de acusación, unilateral o redactado

de manera conjunta con la defensa, o en su caso las calificaciones definitivas; del Juez o Tribunal competente para el enjuiciamiento, cuando tenga que dictar sentencia; y del órgano judicial de vigilancia penitenciaria en la ejecución de la condena cuando se haya acordado algún beneficio penitenciario, la sustitución de la pena o la suspensión de la ejecución.

IX. EPÍLOGO

En la actualidad el sistema penal español está ayuno de una regulación jurídica *en positivo* de la mediación, lo que no ha impedido que determinadas Comunidades Autónomas, y algunos partidos judiciales en otras Autonomías, vengán haciendo uso de la *filosofía mediadora* para resolver algunos conflictos penales. Una situación fáctica que a pesar de las bondades con las que se nos trata de *vender* a nuestro juicio es de todo punto errática, desequilibrada, desigual, desproporcionada, ambigua. Por ello, nos felicitamos por la existencia de las sucesivas propuestas legislativas que abogan por su incorporación sin ambages, pero desde la legalidad; en caso de producirse, deberá llevarse a

público —o semipúblico— los efectos beneficiosos para el infractor generados a partir del acuerdo de mediación tienen que estar previstos en el Código Penal —márgenes punitivos, atenuantes y sustitución de la pena o suspensión de la ejecución— o en las normas procesales a partir de la vigencia de las manifestaciones del principio de oportunidad —principalmente la conformidad—. De hecho, en la Exposición de Motivos del B_CPP se establece que “el modelo restaurativo que se implanta respeta el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional”.

⁹¹ No compartimos que ellos tengan que realizar ese ofrecimiento, al no tomar parte en el desarrollo de la mediación. Pero tampoco que no se vayan a dar alicientes jurídico-penales al infractor, explícitos o implícitos, para mostrarse proclive a explicar a la víctima lo sucedido, a pedirle perdón y a repararla de manera pronta y adecuada, puesto que de no ser así, y si todo al final termina en la aplicación de las opciones legales en los campos penales, procesales y penitencias señaladas, al menos en los delitos públicos las posibilidades de generalizar como mecanismo complementario en la resolución de los conflictos penales la mediación se nos antoja complicada. De hecho, en el Preámbulo del B_CPP la situación no se presenta tan cerrada: “Para el infractor la mediación sólo tendrá las consecuencias favorables procesales o materiales que del acuerdo se deriven, en su caso”.

⁹² En concreto, que el culpable haya procedido a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad de la celebración del acto del juicio oral. Curiosamente ésta es la única de las opciones que ha manejado el legislador en el art. 160.III A_LECR.

⁹³ Útil para superar las limitaciones de la atenuante de reparación, cuando menos en cuanto al momento temporal en el que puede llevarse a efecto el acuerdo de reparación, ya que como hemos señalado también puede tener lugar en fase de juicio oral.

⁹⁴ Vid. N. Rodríguez García, *El consenso en el proceso penal español*, Barcelona, 1997.

⁹⁵ Vid. D. Perulero García, “Mecanismos de viabilidad para la mediación en el proceso penal”, en H. Soletto Muñoz (dir.), *Mediación y...*, op. cit., pp. 560 y ss., quien organiza en ocho grupos los supuestos legales con contenido restaurativo de los que se puede beneficiar el infractor por la terminación exitosa del procedimiento de mediación. Y también vid. Cervelló Donderis, V., “Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico”, *Revista Penal*, 2013, núm. 31, pp. 22 y ss.

⁹⁶ De hecho, al día de hoy en la normativa procesal vigente y en la regulación más actualizada que se hace de una de las modalidades de la conformidad, esto es, la que se puede producir en los juicios rápidos, además de que la prestación de la conformidad ante el Juzgado de Guardia cumpliéndose con los requisitos del art. 801.1 LECR supone para el acusado una reducción en un tercio de la pena solicitada por la acusación pública, y ello aunque suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal, para acordar la suspensión de la pena privativa de libertad basta con el “compromiso” del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el Juzgado de Guardia fije, en el entendido de que en caso de incumplir el mismo se alzaría automáticamente la suspensión.

⁹⁷ Aunque no *obligará*, tal y como ya se puso de manifiesto en la Decisión Marco de 2001 ya referenciada, en la que sólo se hablar de “tomar en consideración” el acuerdo al que hayan llegado el inculpado y la víctima con ocasión de la mediación, hecho que reduce sensiblemente los alicientes a acudir a la mediación penal y que *complica* fundamentalmente el actuar del Ministerio Fiscal, por mucho que pueda hacer uso del principio de oportunidad, tal y como destaca A. Armengot Vilaplana, “La incorporación de la mediación en el proceso penal español”, *La Ley Penal*, 2014, núm. 106, pp. 94 y ss.

Perspectivas inciertas para la mediación en el sistema penal español

cabo tomando en consideración las líneas directrices que desde Europa se han marcado en 2001 y 2012 con unos instrumentos normativos que no son *soft law* y en los que su letra —y su espíritu— piensan en la necesidad general de que mejore la calidad de la Justicia penal —no sólo en términos de eficacia y eficiencia— y, en particular, la situación de la víctima que pasa por ella.

En este nuevo escenario, la mediación —e incluso las manifestaciones del principio de oportunidad— tienen que ser sólo una parte del ideal general de Justicia penal restaurativa en el Estado de Derecho, que para que cale, para que se convierta en una *cultura social* generalizada, requiere de años, de educación pedagógica, de inversión y, sobre todo, de una adecuada regulación jurídica.

Problemática de las leyes penales en blanco en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente

María del Mar Rodríguez Medina

Universidad Complutense

RESUMEN: Las leyes penales en blanco necesarias por el momento histórico en que vivimos (alto grado de desarrollo industrial, técnico y económico ágil, rápido, cambiante y variado al que el Derecho penal debe dar respuesta y existencia de determinadas materias, como la medioambiental, con tal variedad de matices a la hora de la realización del hecho punible, que resulta muy difícil recogerlos en un único texto articulado, dada la gran precisión que requiere su tratamiento), presentan problemas que serán analizados en este artículo, especialmente en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente.

PALABRAS CLAVE: Leyes penales en blanco, medio ambiente, reenvío.

ABSTRACT: The blank penal law needed at present time due to the historical moment that we live (high levels of industrial, technical and economic development distinguished by the speed, agility and changing of its nature, which requires a Criminal Law that rules some matters like the environmental one with so many nuances in the accomplishment of the punishable act that become really difficult to compile in a single text due to the extremely precision requires in its treatment) reveals a series of problems analyzed in this paper, especially in the field of environmental crimes.

KEY WORDS: Blank penal law, environment, forwarding.

1. PROBLEMÁTICA DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

1.1. Concepto y origen

La denominación “ley penal en blanco” se refiere a aquellos supuestos en que una disposición deja todo o parte del supuesto de hecho sin enunciar, remitiéndose a otras disposiciones que son las que lo completan.

Mir Puig lo explica señalando que la mayoría de las proposiciones jurídico-penales no expresan normas penales completas en cuanto a su contenido, “ello es posible, sin que la disposición deje de ostentar la estructura necesaria en toda proposición jurídica, a través de la remisión a otras disposiciones a las que se encarga ‘rellenar’ el vacío existente en el precepto remitente”. Éste es el caso de las “leyes penales en blanco”¹ o, también, “se habla de leyes penales en blanco para referirse a ciertos preceptos penales

¹ Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires, B de F, 2003, p. 36.

Problemática de las leyes penales en blanco en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente

principales que, excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos”.² Bacigalupo, por su parte, se refiere a ella señalando que “la teoría y jurisprudencia españolas utilizan el concepto de ley penal en blanco, entendiendo por tal los casos en los que la prohibición o el mandato de acción se encuentra en disposiciones distintas de la ley que contiene la amenaza penal”.³ Muñoz Conde y García Arán simplifican, conceptuando las leyes penales en blanco como aquellas “cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una norma de carácter no penal” o, de manera menos escueta, las describen como aquellas leyes en que parte de su estructura “(generalmente, parte de la definición del supuesto de hecho) no se contiene en la propia ley penal sino que ésta se remite a una norma distinta”.⁴

Elisa Moreu, en la definición que hace de las leyes penales en blanco, ya introduce el elemento que va a resultar el generador de la polémica sobre la posible ilegalidad, e incluso inconstitucionalidad, de su uso: “A través de esta técnica, el legislador penal tipifica delitos cuyos supuestos de hecho quedan deferidos (como remisiones de distinto alcance) a otras instancias normativas que pueden ser de rango inferior al legal, lo que plantea importantes problemas de legitimidad constitucional”.⁵ Más adelante ahondaremos en este conflicto.

El uso de esta técnica legislativa resulta tan controvertido que el propio Tribunal Constitucional ha dado su definición:

Se trata, pues, de una ley penal de las denominadas por la doctrina “en blanco”, que impone taxativamente la consecuencia jurídica, pero cuyo supuesto de hecho no se encuentra totalmente previsto en ella, sino que requiere de un complemento previsto en otra norma; la norma penal se remite a otra norma de naturaleza no penal, que se integra de este modo en la definición del delito o falta.⁶

Declarando más recientemente lo que ha de entenderse por norma penal en blanco en las SSTC 57/2010, de 4 octubre, a cuyo tenor

el actual art. 305 del Código Penal de 1995 se configura como un “tipo penal en blanco”, esto es, como una norma penal incompleta en la que “la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en ella, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta”, en la que los términos de la norma penal “se complementan con lo dispuesto en Leyes extrapenales”.⁷

y en la 101/2012, de 8 de mayo:

Estamos, en consecuencia, ante un precepto que presenta una innegable estructura de ley penal en blanco, por cuanto la definición de la conducta típica incorpora un elemento normativo (la caza o pesca de especies no autorizadas expresamente) cuyo significado, en lo que ahora exclusivamente nos importa, sólo puede precisarse acudiendo a las normas específicas que determinan cuáles son las especies cinegéticas autorizadas de modo expreso.⁸

Esta técnica legislativa procede del Derecho alemán y en concreto fue Binding quien recurre por primera vez al término “leyes penales en blanco” (*blankettstrafgesetze*) para explicar los casos de delegación y autorización de la autoridad imperial, esto es, de la ley del Imperio (Código penal del Reich) sobre la estatal de los Länder o Estados federales, en Alemania. El problema a solucionar, por tanto, era el de la jerarquía de fuentes entre distintas instancias legislativas. Es decir, la ley penal en blanco en su origen fue concebida por Binding como la delegación o autorización que un órgano legislativo superior realiza respecto a otro/s de inferior jerarquía.

Más adelante, se da otro paso y se amplía el concepto, sobre todo con Mezger, quien añade dos posibilidades más: una, que la norma que complementa a

² Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., Barcelona, Reppertor, 2001, p. 66.

³ Enrique Bacigalupo, *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 193.

⁴ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte general*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 38 y 162.

⁵ Elisa Moreu Carbonell, “Relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho penal en la protección del medio ambiente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 87, 1995, p. 387.

⁶ SSTC 120/1998, de 15 de junio, FJ 2, 87/2001, de 2 abril, FJ 8 y 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3.

⁷ STC 57/2010, de 4 octubre, FJ 4. *Vid.* también SSTs 127/1990, de 5 de julio, FJ 3, 62/1997, de 7 de abril, FJ 4, 24/2004, de 24 de febrero, FJ 3, 283/2006, de 9 de octubre, FJ 7 y 8.

⁸ STC 101/2012, de 8 de mayo, FJ 4.

la ley penal en blanco se encuentre en la misma ley o bien, dos, que se encuentre en otra ley que emana de la misma instancia legislativa.⁹

En estos tres supuestos Mezger (el señalado por Binding más estas otras dos posibilidades) entiende que nos encontramos ante una ley penal en blanco *strictu sensu*, pues, al fin y al cabo, sólo se trata de modos singulares de técnica legislativa ya que el complemento necesario forma parte del tipo y una vez el tipo esté completo cumple las mismas funciones que en el caso de las leyes normales.¹⁰

En realidad, la controversia en torno a las leyes penales en blanco empieza desde el momento en que se pretende dar una definición o concepto de las mismas, lo que ha dado lugar a multitud de clasificaciones. No obstante, la adoptada mayoritariamente por la doctrina es la que distingue una doble clasificación: leyes penales en blanco propias o en sentido estricto y leyes penales en blanco impropias o en sentido amplio, por un lado, y leyes total o parcialmente en blanco, por otro.¹¹ En cuanto a la primera clasificación son leyes penales en blanco propias o en sentido estricto, aquellas en las que el tipo se complementa con remisiones a normas de rango inferior a la ley; mientras que en las normas penales en blanco impropias o en sentido amplio, ese complemento se encuentra en otra ley —reenvío externo— o en la misma ley —reenvío

interno—. En segundo lugar, las leyes penales totalmente en blanco son aquellas en que el tipo penal se caracteriza por una total ausencia de concreción, relegándose la determinación de todo el ámbito punible a una instancia inferior; por su parte, en las leyes parcialmente en blanco, sólo se remiten algunos elementos del tipo. Existe unanimidad doctrinal en no admitir las leyes penales totalmente en blanco, por suponer un claro quebrantamiento del principio de legalidad.¹²

Rodríguez Devesa y Serrano Gómez consideran a las leyes penales en blanco como leyes necesitadas de complemento, señalando que “las posibilidades de remisión son tres: a) la ley se remite a otro precepto contenido en la propia ley penal, b) la ley se remite a otra distinta y, c) la ley se remite a una disposición de rango inferior, por ejemplo a un reglamento”.¹³

Aunque existen autores que defienden la concepción amplia de las leyes penales en blanco,¹⁴ la inmensa mayoría de la doctrina niega tal carácter a aquellos supuestos en el que el complemento se halla en el mismo cuerpo legal, pues, como razona Mir Puig, “es mera cuestión de técnica legal el número de artículos que se utilice para expresar una norma dentro de una misma ley”.¹⁵

En mi opinión, ley penal en blanco es un concepto que únicamente debería referirse a aquellos casos en que una norma penal se remite para ser completa-

⁹ Vid. Santiago Mir Puig, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 66. Antonio García-Pablos de Molina, *Introducción al Derecho penal*, 4ª ed., Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 407 y 409.

¹⁰ Mezger distingue entre tipos cerrados y tipos que necesitan un complemento, refiriéndose éstos últimos a las leyes penales en blanco. Así distingue Mezger los distintos tipos de leyes: “Por tipos cerrados, entendemos los tipos que llevan en sí mismos todas las características del hecho punible correspondiente. Casi todas las disposiciones de la parte especial se refieren a este grupo de tipos. [...] Por leyes penales en blanco, entendemos en cambio, aquellos tipos que en la forma externa (y no, por lo tanto, por necesitar una valoración como ocurre en el caso previsto en el N.I, 2b) remiten a complementos que se encuentran fuera de ellos. Esta técnica legal es frecuente en las leyes jurídico-penales accesorias [...]. Se distinguen: a) leyes penales en blanco en sentido amplio, en las cuales el necesario complemento está contenido en la misma ley o, por lo menos, en otra ley emanada de la misma autoridad legislativa [...]. b) leyes penales en blanco en sentido estricto, en las cuales el necesario complemento está contenido en una ley emanada de otra autoridad legislativa, por ejemplo, una sanción penal establecida en una ley del Reich contra una infracción a normas de los Estados”. Edmund Mezger, *Derecho Penal. Libro de estudio. Parte general*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958, p. 154.

¹¹ Vid., entre otros: Mercedes García Arán, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 16, 1992-1993, p. 66; Santiago Mir Puig, *Introducción...*, op. cit., pp. 37-39; José Ángel Brandariz García, “La problemática de las normas penales en blanco”, en Patricia Faraldo Cabana (ed.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 106.

¹² García-Pablos distingue tres posiciones respecto a las leyes penales en blanco: 1) la *extensiva*, que incluye todos los casos en que la norma penal no incorpora su presupuesto de hecho, incluso si el complemento se encuentra en otro artículo de la misma ley. A García-Pablos esta tesis no le convence porque confunde ley incompleta con ley penal en blanco. 2) La *restrictiva* en la que lo definitorio para que una ley sea considerada “en blanco” es que la remisión se haga a una norma de rango inferior y no que haya de ser complementada. 3) La *intermedia* —y mayoritaria—, en que lo determinante para que una ley se considere “en blanco”, es que el supuesto de hecho se encuentre fuera de la disposición misma, con independencia del rango de la norma que haya de completarla. Esta última es la opción por la que este autor se decanta. Antonio García-Pablos de Molina, op. cit., pp. 414 y ss.

¹³ José Ma. Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez, *Derecho Penal Español. Parte General*, 18ª ed., Madrid, Dykinson, 1995, pp. 188 y 189.

¹⁴ *Idem*: “En los tres casos, por más que algunos consideren como ley penal en blanco en sentido propio tan sólo al último”.

¹⁵ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 67.

da a otra norma extrapenal, es decir, no contenida en el mismo cuerpo legal de la norma incompleta, con independencia del rango jerárquico de la misma. Lo importante, a mi modo de ver, para calificar o no una ley penal en blanco es que la norma penal contemple un supuesto de hecho que deba ser explicitado fuera de ella. Es decir, como elementos esenciales para hablar de ley penal en blanco deben darse dos: norma penal incompleta y remisión para su “terminación”.

En cuanto a la disquisición sobre si cuando un precepto remite a una “disposición de carácter general”, hay que entender sólo remisión a reglamentos o también a actos administrativos, coincido con la totalidad de la doctrina en que sólo deben ser consideradas lícitas las remisiones a reglamentos, sin siquiera cuestionarse si el reenvío se puede referir o no a un acto administrativo.

Los grandes problemas se suscitan en el ámbito de las remisiones a normas de inferior jerarquía y a la normativa autonómica. También en los requisitos que debe mínimamente cumplir toda ley penal en blanco.

1.2. Justificación y crítica doctrinal y jurisprudencial

1.2.1. Justificación

La justificación de esta técnica legislativa ya no se circunscribe al fundamento originario que concibió Binding, esto es, una autorización a una instancia inferior en un Estado federal.

Hoy día, la justificación se encuentra en nuestra concreta situación histórica, pues nos encontramos ante un alto grado de desarrollo industrial, técnico y económico muy ágil, muy rápido, cambiante y variado, y el Derecho penal debe adaptarse a las actuales circunstancias.

Hay determinadas materias reguladas en nuestro Código penal —especialmente la medioambiental, que es el caso que nos ocupa, aunque también otras

como la salud, la laboral o el orden económico, por ejemplo— que son muy complejas y cambiantes, con tal variedad de matices a la hora de la realización del hecho punible, que resulta muy difícil recogerlos en un único texto articulado dada la gran precisión que requiere su tratamiento. Por ello, los autores justifican la utilización de las leyes penales en blanco y su remisión a una norma administrativa (el reglamento). Entre otros argumentos se alega que ello puede proporcionar mayor seguridad jurídica, ya que la conducta queda perfectamente concretizada en el reglamento, lo que proporciona mayor seguridad que la utilización por el Código penal de términos vagos e indeterminados.¹⁶

También se alega que la actividad legislativa en los sectores anteriormente citados es incesante por lo que si se incluyeran las conductas que forman el supuesto de hecho en la misma redacción de la norma penal habría que estar modificando continuamente el Código penal o quedaría sin aplicación.¹⁷ De esta manera el Derecho penal puede reaccionar rápidamente “frente a las novedades que aporta el derecho tecnológico y científico, asumir los cambios económicos que se producen y afrontar, sobre todo, la evolución del contexto social en su conjunto”,¹⁸ ya que el Derecho administrativo cuenta con la posibilidad de regular con mayor celeridad todas estas nuevas necesidades normativas que el Derecho penal, lo que permite, gracias a estas remisiones que el Derecho penal esté siempre al día.

García Pablos llega a considerar “imprescindible” la utilización de las leyes penales en blanco como instrumento de “apertura y coordinación del Derecho penal hacia los distintos sectores y subsistemas del ordenamiento donde los nuevos bienes jurídicos emergentes encuentran su *prima ratio* jurídica”.¹⁹ E incluso, otros autores, la consideran la técnica más adecuada para integrar el Derecho penal con las normas extrapenales dada la carencia, por parte del legislador penal, de una exhaustiva descripción de los tipos penales. Así, Quintero Olivares considera que

¹⁶ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *op. cit.*, p. 113; Cándido Conde-Pumpido Tourón, “Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho penal”, en Celsa Picó Lorenzo (ed.), *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, Madrid, CGPJ, 1997, p. 444.

¹⁷ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *op. cit.*, p. 38.

¹⁸ Antonio Vercher Noguera, “Delitos contra el medio ambiente: consideraciones sobre la dependencia y el principio *non bis in idem* en la relación derecho penal-derecho administrativo”, en Manuel Ramón Llamas Madurga (ed.), *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económico*, Madrid, Mundi-Prensa Libros, 2003, pp. 181-182. Sostiene este autor, que precisamente por esta cuestión “la hoy inevitable relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo posiblemente siga siendo igual de inevitable en el futuro”.

¹⁹ Antonio García-Pablos de Molina, *op. cit.*, p. 413.

la ley penal en blanco aparece como una técnica legislativa necesaria para la apertura del Derecho penal a los distintos ámbitos de regulación, donde estos bienes jurídicos encuentran su “*prima ratio*” jurídica (derecho medioambiental, derecho urbanístico y de ordenación territorial, derecho de las sociedades mercantiles, etc.). En este sentido, puede indicarse que la ley penal en blanco constituye un mecanismo de integración o interrelación del Derecho penal en los modelos institucionales de organización y control de determinados sectores complejos de actividad²⁰

1.2.2. Críticas

Volviendo al tema que nos ocupa, las leyes penales en blanco, aunque es cierto que se reconoce el fundamento para su utilización no es menos cierto que la misma genera una cantidad enorme de críticas y cuestionamientos, sobre todo cuando la remisión para la complementación de la norma se realiza a una norma jerárquicamente inferior que ya no emana del Poder Legislativo (único autorizado a emitir normas con carácter de ley), sino del Poder Ejecutivo (encargado de la redacción de los reglamentos).

Así, las principales críticas que se oponen a la utilización de esta técnica son fundamentalmente su

posible conculcación con los principios de legalidad, competencia y seguridad jurídica.

Respecto al principio de legalidad, se argumenta que dejar en manos de las autoridades administrativas la determinación de parte de un supuesto de hecho típico vulnera la reserva de ley reconocida constitucionalmente en materia penal, y también supone la ruptura con el principio de división de poderes propia de un Estado de Derecho.²¹

Entre quienes más duramente critican la utilización de la técnica legislativa de las leyes penales destacan Cobo del Rosal y Quintanar Díez que llegan a calificarlas como un “método de elusión del monopolio de la ley”, y es que, para ellos, las mayores agresiones al principio de legalidad proceden de la propia ley. En concreto, al hablar de este tema, consideran que debe ser una Ley Orgánica la que describa el tipo penal en sus caracteres esenciales sin que se pueda remitir ninguno de los elementos estructurales del tipo a una norma de rango inferior. Para este autor la admisibilidad de las normas penales en blanco “siempre, y en todo caso, vulnera el principio de legalidad en la medida en que la reserva absoluta de Ley orgánica impide cualquier remisión normativa”. Para este autor las leyes penales en blanco representan “negaciones del principio de legalidad, que con-

²⁰ Gonzalo Quintero Olivares *et al.*, *Manual de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Aranzadi, 2002, p. 63.

²¹ Doctrina y Jurisprudencia coinciden en señalar que el reconocimiento del principio de legalidad está contenido en el art. 25.1 CE, a cuyo tenor: “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Sin embargo, dada la escueta redacción del mencionado precepto, cuesta *a priori* “ver” el concreto mandato que especifique que la materia penal únicamente podrá ser regulada por ley. Así, se hace necesario acudir a la interpretación y explicación que del mismo hace nuestro Tribunal Constitucional, quien ha abordado este tema, entre otras, en las siguientes sentencias: La STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4, reconoce que “los principios de legalidad y tipicidad [están] recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución”. En la STC 6/1981, de 30 de marzo, FJ 3, señala que “por su parte el artículo 25.1 de la Constitución constitucionaliza el principio de legalidad penal de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas (Título IV, capítulo segundo de la Constitución)”, y en su FJ 4, que “el principio de legalidad penal contenido en el artículo 25.1 exige que la tipificación del delito y la fijación de la pena se hagan por norma legal y, por consiguiente, que la eventual extinción o modificación del tipo o la alteración de la pena hayan de realizarse asimismo por norma de igual rango”. La STC 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7, dictamina que “el «principio de legalidad» [...] se traduce en la «reserva absoluta» de Ley”. Por último seguimos viendo esta misma concepción en su más reciente jurisprudencia. Así, la STC 126/2011, de 18 de julio, en su FJ 16 dispone que “El tercer motivo de la demanda de amparo se funda en la lesión de los principios *non bis in idem*, de legalidad y de tipicidad del art. 25 CE”. La STC 77/2010, de 19 de octubre, en su FJ 4a reitera lo dicho en la STC 2/1981, afirmando que “Ya en la STC 2/1981, de 30 de enero, se situó el principio *non bis in idem* bajo la órbita del artículo 25.1 CE, a pesar de su falta de mención expresa, dada su conexión con las garantías de tipicidad y legalidad de las infracciones”. En la STC 91/2009, de 20 de abril, FJ 7, podemos leer: “En el último motivo de amparo invoca nuevamente el demandante el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE)”. Por último, podemos citar la STC 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3a, según el cual, “Desde la STC 2/1981, de 30 de enero, hemos afirmado que el principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones”. Por su parte, los artículos 1, 2 y 3 de nuestro Código penal también recogen este principio de reserva de ley en materia penal, al disponer que “no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración” (art. 1.1 CP); “No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad” (art. 2.1 CP); “No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”. Vid. Luis Arroyo Zapatero, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8 (1983), pp. 9 y ss.

Problemática de las leyes penales en blanco en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente

ducen, sin ninguna duda a la negación de la seguridad jurídica y a la aparición del denominado por Bettioli *terror penal*”.²²

En el mismo sentido, Casabó Ruíz opina que

la loable idea de extender el principio de legalidad a las infracciones administrativas ha conducido a un claro debilitamiento de la garantía penal [...]. Se ha sacrificado, pues, una de las manifestaciones fundamentales del principio de legalidad, cual es la reserva de ley, es decir, que sólo una norma con rango de ley pudiera delimitar las conductas constitutivas de delito²³

También se muestra muy crítico con este método, aunque entiende su utilización en determinadas ocasiones, Luzón Peña, quien considera que “el recurso a tal técnica ha de ser absolutamente excepcional por resultar estrictamente necesario, imprescindible, y no meramente conveniente, para completar la descripción típica”. Reconoce este autor que hay determinados campos (y cita entre los ejemplos, precisamente el del medio ambiente) en que la complejidad técnica o el carácter altamente cambiante de los avances técnicos o de investigación no permite más recurso que el de la remisión. Sólo en estos supuestos considera que no vulnera el principio de legalidad tal y como viene recogido en la Constitución. Ahora bien, critica que el Tribunal Constitucional (TC) no se haya mostrado suficientemente estricto y preciso al formular los requisitos que debe cumplir toda norma penal en blanco para considerar que respeta el principio de legalidad, requisitos que veremos más adelante. Además, para él, la mera conveniencia o flexibilidad, por muy ventajosa que sea, no basta para justificar una excepción o limitación material al mandato de reserva de ley. Mucho más inflexible se muestra en la no aceptación de aquellos supuestos en que la remisión se produzca únicamente por pereza legislativa o por voluntad de dejar a merced de la potestad reglamentaria lo que

debería, y podría, ser definido por el legislador penal. Y añade que, si fuese estrictamente necesaria la remisión, la ley remitente debería seleccionar y concretar la clase de normas a que remite y precisar cuál es su finalidad.²⁴

Álvarez García, haciendo referencia al abandono de la codificación como técnica de tipificación penal a favor de la legislación especial, sostiene que “el principio de legalidad se verá, en esa legislación, más fácilmente vulnerado, mediante el recurso a tipos indeterminados, abiertos, e, incluso, la alegación indisimulada a la analogía creadora, así como por el reconocimiento de un amplísimo, excesivo, arbitrio judicial”.²⁵

Gran parte de la doctrina transige resignadamente con esta técnica —sobre todo a partir de que el Tribunal Constitucional, como veremos más adelante, la admite con unos determinados requisitos—, aunque matizando que sólo debería ser usada en casos excepcionales. Como manifiesta Brandariz García: “cabe intuir en tales planteamientos una cierta orientación pragmática”. Ciertamente, se asume que determinadas materias imposibilitan el completo acotamiento de las actuaciones prohibidas, por lo que ha de acudir-se, en mayor o menor medida, a la remisión normativa a través de las leyes penales en blanco.²⁶

Arroyo Zapatero, por ejemplo, sólo entiende admisible la ley penal en blanco cuando es el “resultado de la necesidad y no de la mera conveniencia”.²⁷

En el mismo sentido, Rodríguez Mourullo expresa que “fuera de los casos en los que la propia naturaleza de las cosas impone semejante técnica legislativa [la remisión normativa], el principio de legalidad prohíbe reenviar al Poder Judicial o Ejecutivo el trazado de las fronteras de lo punible”.²⁸

De la misma manera Cerezo Mir, al referirse a las leyes penales en blanco, afirma que “esta técnica sólo es aceptable cuando sea necesaria por razones de técnica legislativa (por resultar en otro caso la regulación

²² Manuel Cobo del Rosal y Manuel Quintanar Díez, *Instituciones de Derecho penal español. Parte general*, 2ª reimpr., Madrid, CESEJ, 2008, pp. 83 y ss.

²³ José R. Casabó Ruíz, “La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente”, *Estudios penales y criminológicos*, V, 1980-1981, p. 249.

²⁴ Diego-Manuel Luzón Peña, *Curso de Derecho penal, parte general*, I, 1ª ed., 3ª reimpr., Madrid, Universitas, 2010, pp. 150-153.

²⁵ Francisco Javier Álvarez García, *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 121.

²⁶ José Ángel Brandariz García, *op. cit.*, pp. 106-119.

²⁷ Luis Arroyo Zapatero, “El “non bis in idem” en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social”, en Celsa Picó Lorenzo (ed.), *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador* (CGPJ, Madrid, 1997), pp. 9 y ss.

²⁸ Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Derecho penal, parte general*, Madrid, Civitas, 1978, p. 62.



legal excesivamente casuística y farragosa) o por el carácter extraordinariamente cambiante de la materia objeto de la regulación que exigiría una revisión muy frecuente de las acciones prohibidas u ordenadas”.²⁹

En lo que toda la doctrina coincide³⁰ y estoy también absolutamente de acuerdo es en considerar inconstitucionales aquellas leyes penales en blanco que supongan una remisión en bloque o *in toto*, es decir, que constituyan una habilitación del reglamento para definir delitos, una habilitación normativa genérica e indeterminada que no ponga límites en la fijación del ilícito penal.³¹

El TC en su sentencia 127/1990 ha zanjado esta discusión con la admisión de la técnica de la remisión a reglamentos, pero siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: que el reenvío sea expreso, que dicho reenvío esté justificado en razón del bien jurídico protegido, que la norma penal, además de establecer la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y que la norma penal necesite del complemento indispensable de la norma extrapenal única y exclusivamente para una total precisión. Dice el FJ 3b de la mencionada STC 127/1990:

Las exigencias expuestas no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agota-

doramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada Sentencia 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada³²

Queda, por tanto, solucionado y admitido por el TC el uso de las leyes penales en blanco, aunque no por ello ha de considerarse una técnica legislativa idónea o adecuada. Creo, al igual que los autores antes mencionados, que esta técnica implica un peligro de resquebrajamiento de la división de poderes que ha de suponer todo Estado de Derecho al dejar en manos del Poder Ejecutivo cuando las remisiones se realizan a disposiciones de carácter general —entendiéndose por tales únicamente los Reglamentos y no los actos administrativos—, en lugar de estar únicamente en manos de quien corresponde: el Poder Legislativo. Por ello, debería acudirse a ellas únicamente en aquellos supuestos en que así lo exija la complejidad de la materia a tratar.

Otra cuestión que se suscita respecto al principio de legalidad es si la reserva de ley que éste implica, en cuanto a las normas sancionadoras penales, se entiende suficientemente observada con una ley ordinaria o es

²⁹ José Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 191.

³⁰ Vid. Susana Huerta Tocildo, “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 24; Mercedes García Arán, “Remisiones...”, *op. cit.*, pp. 65 y ss.; y Antonio Doval Pais, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 167, quien mostrándose de acuerdo con esta autora, defiende que “la caracterización esencial de la prohibición penal sólo se puede alcanzar mediante la descripción de todos los elementos que dotan de un sentido singular al injusto típico”. En el mismo sentido: José Brandariz García, *op. cit.*, p. 117; José Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, pp. 191 y ss.; Juan Carlos Carbonell Mateu, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 122; Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho de la UCM, 1981, p. 185; Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *op. cit.*, pp. 113-114; Francisco Manuel García Costa, “A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código Penal”, en Jaime Miguel Peris Riera (dir.) y Pablo Cuesta Pastor (coord.), *La tutela penal del agua*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 301.

³¹ Vid. Luis Arroyo Zapatero, “Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente”, *Estudios jurídicos en memoria del profesor dr. d. José Ramón Casabó Ruiz. Vol. I*, Valencia, Universidad de Valencia. Instituto de Criminología, 1997; y Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *op. cit.*, p. 114.

³² STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3b. Doctrina reiterada en las SSTs 101/2012, de 8 de mayo, FJ 4, 45/1994 de 15 de febrero, FJ 3 y 62/1994, de 28 de febrero, FJ 3.

Problemática de las leyes penales en blanco en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente

necesario que revista el carácter de Ley Orgánica. Dicho con otras palabras, si el principio de legalidad en materia penal ha de traducirse en una reserva de Ley Orgánica o basta la reserva de una norma con rango de ley formal, ya que ni el art. 25 ni el 9.3 CE lo exponen con claridad, al no precisar qué rango ha de tener la “ley” a que se refieren. Como bien señala García-Pablos “aspectos fundamentales del principio de legalidad, como la reserva absoluta de ley (ley formal) y la reserva de ley *orgánica* tampoco encuentran en la Constitución una plasmación explícita e inequívoca”.³³

La Jurisprudencia del TC no da una respuesta unívoca, sino que ha optado por distinguir aquellos supuestos en que la reserva de ley, que lleva aparejado el principio de legalidad en materia penal, se satisface con una ley ordinaria, de aquellos otros —vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el art. 81 CE y/o penas privativas de libertad— en que dicha reserva de ley comporta la exigencia de una ley orgánica. Así, en su STC 25/1984, de 23 de febrero establecía que

la “legislación” en materia penal o punitiva se traduce en la «reserva absoluta» de ley. Ahora bien, que esta reserva de ley en materia penal implique reserva de ley orgánica, es algo que no puede deducirse sin más de la conexión del artículo 81.1 con el mencionado artículo 25.1. El desarrollo al que se refiere el artículo 81.1 y que requiere ley orgánica, tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los “derechos fundamentales”, un supuesto que, dados los términos en que la cuestión de constitucionalidad ha sido planteada, no nos corresponde aquí determinar.³⁴

En las SSTs 140/1986, de 11 de noviembre, señalaba que

la formulación del principio de legalidad respecto de las normas sancionadoras penales contenido en el art. 25.1 de la CE, supone la exigencia del rango de Ley formal para este tipo de normas; pero no implica, por sí sola, la necesidad de que asuman los caracteres de las Leyes Orgánicas.³⁵

Y en la STC 160/1986, de 16 de diciembre: “[la] garantía legal del derecho a la libertad, se traduc[e], en virtud de las previsiones del art. 81.1 de la Constitución, en la exigencia de que las normas penales que previeran sanciones de privación de libertad asumieran carácter de Ley Orgánica”.³⁶ Lo que a *contrario sensu* permite deducir que sí es posible una reserva de ley ordinaria cuando no se trate de penas privativas de libertad. También podemos ver esta doble distinción en la STC 127/1990, de 5 de julio:

el derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía: por una parte, de carácter formal, vinculada a la necesidad de una ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado en los bienes jurídicos de los ciudadanos, que exige el rango necesario para las normas tipificadoras de las conductas punibles y de previsión de las correspondientes sanciones, que en el ámbito penal estricto, que es del que se trata en el presente supuesto, debe entenderse como de reserva absoluta de ley, e, incluso, respecto de las penas privativas de libertad de ley orgánica.³⁷

Y en la STC 118/1992, de 16 de septiembre:

respecto al derecho a la legalidad penal, este Tribunal ha manifestado que comprende una doble garantía: Por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (*lex certa*), y por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley: Exigencia que, en el ámbito penal estricto, en el que nos movemos en el presente supuesto, debe implicar la reserva absoluta de Ley [SSTC 160/1986, 122/1987, 3/1988 y 29/1989, entre otras muchas]. Esta exigencia de Ley formal para las normas penales, que resulta del art. 25.1 CE no implica, por sí sola, la necesidad de que las normas penales hayan de revestir rango de Ley orgánica (STC 25/1984). Pero sí existe reserva constitucional en favor de la Ley orgánica, de confor-

³³ Antonio García-Pablos de Molina, *op. cit.*, p. 483. Continúa manifestando este autor que “el amplio y equívoco término ‘legislación’ (art. 25.1 CE) —introducido deliberadamente para extender la garantía al ámbito administrativo— necesita un correctivo”.

³⁴ STC 25/1984, de 23 de febrero, FJ 3.

³⁵ STC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5.

³⁶ STC 160/1986, de 16 de diciembre, FJ 4.

³⁷ STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3A.

midad con lo dispuesto en el art. 81.1, en relación con el art. 17.1 CE, respecto de las normas penales que establezcan penas privativas de libertad.³⁸

En consonancia con esta dualidad a la hora de entender la reserva de ley penal se muestra Madrid Conesa quien, después de afirmar “que la Constitución española recoge una reserva absoluta de ley para la materia penal”, distingue, para dilucidar si la reserva ha de ser de ley ordinaria u orgánica entre los bienes jurídicos a proteger y la naturaleza de las penas a imponer:

En primer lugar, cuando por el bien jurídico protegido o por la naturaleza de la pena resulte afectado un derecho fundamental o una libertad pública de las reconocidas en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, la reserva de ley hará referencia a una reserva absoluta de ley orgánica. En segundo lugar, cuando por el bien jurídico protegido o por la naturaleza de la pena resulte afectado uno de los derechos a los que se refiere el art. 53.1 de la Constitución, esta reserva será de ley ordinaria y tendrá también, como se ha visto, el carácter de reserva absoluta.

Aunque, como él mismo admite después, la diferencia entre esta postura y la de los autores que defienden la reserva de ley orgánica siempre en materia penal hoy día tiene un alcance meramente teórico, pues con el art. 53 CP la pena de multa puede derivar en responsabilidad personal subsidiaria, lo que hace necesario que la misma se imponga por ley orgánica.³⁹ De Vicente Martínez opina que

a pesar de la distinción establecida por el Tribunal Constitucional se puede afirmar que el mismo no ha negado la existencia de reserva de ley orgánica para esta materia, simplemente no se ha pronunciado y que hace es acoger

la demanda de amparo en cuanto las sentencias imponen una pena de privación de libertad prevista por una ley que no tiene el carácter de ley orgánica.⁴⁰

Sin embargo, en líneas generales, la doctrina penalista parece más inclinada a la exigencia de la reserva de Ley Orgánica cuando se trate de normas penales.

Así, García-Pablos justifica esta exigencia de Ley Orgánica —a la que considera, “sin duda más que justificada”—⁴¹ haciéndola derivar del art. 81 CE en relación con el art. 53.1 CE.⁴²

Álvarez García estima equivocada la tesis del TC “primero, porque todas las sanciones penales conllevan, directa o indirectamente, privación de libertad [...]. Segundo, porque [...] todo tipo penal supone una coerción, una limitación de la libertad y [...] debería ser contemplada por la reserva de ley orgánica del artículo 81”.⁴³

Muñoz Conde y García Arán entienden esta exigencia no únicamente porque sus sanciones puedan implicar directa o indirectamente privación de libertad, sino también porque

la ley penal expresa los intereses que la sociedad considera más importantes para la convivencia, destinando a su protección el instrumento más grave de que dispone. La legitimación exclusivamente atribuida al legislador para elaborar la ley penal debe ejercerse con el máximo consenso posible en torno a su elaboración y promulgación, lo que resulta favorecido por la exigencia de la mayoría cualificada propia de las leyes orgánicas.⁴⁴

Cobo del Rosal subraya que “el tipo penal en sus caracteres esenciales debe estar descrito por Ley Orgánica sin que pueda ninguno de los elementos estructurales del tipo ser remitido a normas de rango inferior”.⁴⁵

³⁸ STC 118/1992, de 16 septiembre, FJ 2.

³⁹ Fulgencio Madrid Conesa, *La legalidad del delito*, Valencia, Universidad de Valencia, 1983, pp. 54-56.

⁴⁰ Rosario de Vicente Martínez, *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 128.

⁴¹ “Exigencia, sin duda, más que justificada” según Antonio García-Pablos de Molina, *op. cit.*, p. 483.

⁴² Art. 81 CE: “1. Son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las Leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”.

Art. 51.1 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a”.

⁴³ Francisco Javier Álvarez García, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 23.

⁴⁴ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *op. cit.*, p. 105.

⁴⁵ Manuel Cobo del Rosal y Manuel Quintanar Díez, *op. cit.*, p. 85.

Problemática de las leyes penales en blanco en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente

Arroyo Zapatero considera de manera contundente que

la materia penal, es objeto de reserva de ley orgánica del art. 81. Pero, aún más, este resultado exegético se *integra* necesariamente en el art. 25.1 y éste aparece como una regulación especial de la general reserva de Ley del Derecho Público, de tal modo que el art. 25.1 debe leerse así: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta, según ley *orgánica* vigente en aquel momento, o infracción administrativa, según ley vigente en aquel momento, ley que habrá de ser orgánica si la infracción o sanción administrativa limita derechos fundamentales”.

En cuanto a las leyes penales en blanco y las remisiones a reglamentos entiende este autor que “debe entenderse que en materia de reserva de ley orgánica la reserva ha de ser absoluta, ya que, si en este ámbito la Constitución rechaza la delegación recepticia y los Decretos-leyes, más aún ha de considerarse proscrita la remisión a reglamentos, una vez que los controles para el ejercicio de la potestad reglamentaria son menos estrictos que en los anteriores supuestos”.⁴⁶

También de manera categórica defiende la exigencia de ley orgánica Boix Reig en los siguientes términos: “Existe, pues, una reserva absoluta, que es de Ley Orgánica en materia penal, no siendo óbice a su funcionalidad práctica las leyes de contenido mixto (contenido propio de Ley Orgánica y contenido propio de Ley Ordinaria)”.⁴⁷

Para Doval Pais

la elusión de los cauces previstos para la emanación de la materia penal no sólo conlleva la mera vulneración de la formal reserva de ley orgánica, sino que comporta inmediatamente un ataque a las *razones* materiales que existen para reservar, concretamente a esa forma de regulación —y no a otra— dicha materia. Estas razones son los derechos fundamentales de los ciudadanos.⁴⁸

García Costa tampoco duda sobre esta cuestión, pues opina que

admitido que las leyes penales desarrollan derechos fundamentales, podemos afirmar claramente y sin ambagages que existe una reserva absoluta y sustancial de ley orgánica en materia penal que resulta incompatible con la posibilidad de que las leyes penales en blanco remitan la determinación de la conducta típica a otra categoría normativa que no sea la regulada en el art. 81 CE.⁴⁹

No se muestra de acuerdo con la tesis defendida por nuestro Tribunal Constitucional Ruiz Robledo quien considera que “el razonamiento de negar que el art. 25.1 de la Constitución exige ley orgánica y remitirlo a otros artículos del Capítulo II crea más problemas que los que resuelve y complica innecesariamente el ordenamiento. [...] Por eso, creemos que es más lógico considerar que el art. 25.1 en relación con el 81 establece una reserva de ley orgánica para las normas penales”.⁵⁰

De la misma opinión es Bustos Ramírez quien considera que “el término ‘legislación’ del art. 25.1 CE equivale a ley orgánica”.⁵¹

Siempre existen voces discordantes como la de Lamarca, quien se muestra contraria tanto a entender la reserva de ley diferenciada según los supuestos en reserva de ley ordinaria y reserva de ley orgánica como de entenderla exclusivamente a favor de la ley orgánica, ya que para esta autora “la incidencia de las leyes orgánicas en el ámbito penal ni favorece la seguridad jurídica ni incrementa de modo sustancial el sistema de garantías individuales”.⁵²

En mi opinión, la reserva de ley, cuando se trate de normas penales, debe venir referida a una ley orgánica. Las normas penales están ordenadas a la defensa de los bienes e intereses jurídicos más importantes, más dignos de protección, aquellos que se consideran más valiosos para hacer posible la convivencia, la paz y el orden social. Puesto que el Derecho penal es el encargado de tal trascendental misión, y no sólo por

⁴⁶ Luis Arroyo Zapatero, “Principio de legalidad...”, *op. cit.*, pp. 30 y 32.

⁴⁷ Javier Boix Reig, “El principio de legalidad en la Constitución”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho. Universidad de Palma de Mallorca*, núm. 4, 1983, p. 24.

⁴⁸ Antonio Doval Pais, *op. cit.*, p. 134.

⁴⁹ Francisco Manuel García Costa, *op. cit.*, p. 290.

⁵⁰ Agustín Ruiz Robledo, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 127-129.

⁵¹ Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal, *Lecciones de Derecho penal, vol. I*, Madrid, Trotta, 1997, p. 83.

⁵² Carmen Lamarca Pérez, “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 20, 1987, p. 135.



el hecho de que la norma penal pueda llevar acarreada la pena más dura (privación de libertad), creo que debe exigirse que esa defensa y protección se realice con leyes dotadas de una categoría superior y las leyes orgánicas tienen esa superior categoría respecto de las ordinarias.⁵³ Además y, como sostiene Madrid Conesa, las leyes orgánicas tienen “el carácter de ser leyes dotadas de una especial legitimación democrática, debido al mayor quórum exigido para su aprobación, lo que implica que con respecto al contenido será necesario un acuerdo más amplio que respecto a las leyes ordinarias” y suponen una garantía mayor de estabilidad pues implican una mayor vinculación del legislador para el futuro, ya que se exige otra ley orgánica para modificar o derogar la ya existente.⁵⁴

La segunda cuestión problemática que se plantea con el uso de las leyes penales en blanco es su afectación al principio de seguridad jurídica ya que la remisión a otras instancias supone la existencia de disposiciones penales incompletas en las que el tipo no está formulado taxativa y pormenorizadamente, lo que dificulta el conocimiento de la materia de prohibición dañando, por tanto, a la seguridad jurídica. Así sucede en materia medioambiental, pues comprende una cantidad ingente de normativa extrapenal prácticamente inmanejable para el ciudadano, de manera que éste no podrá conocer de antemano qué está prohibido y qué está permitido. No sólo eso, sino que también vulnera la función de prevención general de las normas penales, ya que si los ciudadanos no pueden conocer exactamente cuál es la conducta objeto de reproche penal, tampoco conocerán su desvalor y difícilmente se podrá frenar la tendencia a su realización.⁵⁵

Algunos autores han justificado la falta de una exhaustiva descripción de los tipos penales para evitar el casuismo excesivo que se produciría con la delimitación pormenorizada de los tipos y en que, en reali-

dad, se consigue una mayor seguridad jurídica ya que con las normas extrapenales se logra esa descripción detallada y exhaustiva de las conductas típicas. Sin embargo, rebate García Costa tales argumentos aduciendo que el principio de taxatividad, entre otros, se creó, precisamente, para evitar resultados a los que ahora se están llegando: “es posible que un ciudadano actúe contraviniendo alguna de las múltiples normas de carácter general en materia medioambiental a pesar, incluso, de que se hubiera preocupado diligentemente de conocerlas”.⁵⁶ Octavio de Toledo también considera el principio de taxatividad necesario para la seguridad jurídica al entender que

si la ley penal describiera con vaguedad o amplitud excesiva los delitos y las penas, en cierto sentido se cumpliría formalmente el principio de legalidad, pero, en realidad, se estarían vulnerando *materialmente* sus exigencias mínimas, pues la necesidad de determinación previa de los delitos y de las penas para su conocimiento por los ciudadanos quedaría burlada al no poder éstos, ante normas redactadas de semejante modo, conocer con precisión qué conductas resultarían abarcadas por las mismas y qué penas aparejaría la realización del comportamiento prohibido. De lo que se sigue que el principio de legalidad impone una técnica legislativa al servicio de la precisión en las normas penales.⁵⁷

También a este problema ha dado respuesta nuestro Alto Tribunal en su STC 181/2008, en la que se refiere al delito de intrusismo profesional tipificado en el art. 403 Cp, al señalar en su FJ 5 que

la conclusión de que estamos ante “una estructura de Ley penal en blanco” está “avalada por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo” y “sostenida no sólo en el incuestionable carácter jurídico de

⁵³ Jorge de Esteban y Luis Guerra López, *El régimen constitucional español. Tomo I*, Barcelona, Labor, 1984, p. 267; Manuel Martínez Sospedra, *Aproximación al Derecho constitucional español: La Constitución de 1978*, 2ª ed. corregida y aumentada, Valencia, Fernando Torres, 1983, pp. 184-187; Adolfo Carretero Pérez, “Concepto constitucional de las fuentes del Derecho”, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, vol. I, 1979, p. 406; Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “Constitución y fuentes del Derecho”, *La Constitución española y las fuentes del Derecho. Vol. I*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, p. 659; Luis Sánchez Agesta, “La jerarquía normativa en la Constitución de 1978”, *La Constitución española y las Fuentes del Derecho. Vol. III*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, pp. 1900-1903; Fernando Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 1344 y 1350.

⁵⁴ Fulgencio Madrid Conesa, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁵ *Vid.* José Ángel Brandariz García, *op. cit.*, pp. 106-119; Francisco García Costa, *op. cit.*, p. 300; Susana Huerta Tocildo, “Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código penal”, *Revista Penal*, núm. 8 (2001), p. 44.

⁵⁶ Francisco Manuel García Costa, *op. cit.*, pp. 300 y 301. Octavio de Toledo también considera el principio de taxatividad necesario para la seguridad jurídica.

⁵⁷ Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, *op. cit.*, p. 326.

Problemática de las leyes penales en blanco en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente

los elementos a que remiten nociones como “título oficial” o que “habilite legalmente para su ejercicio”, sino esencialmente debido a que el régimen español de las profesiones tituladas —materia que conforma el sustrato de regulación del delito de intrusismo y cuyos aspectos más esenciales (“títulos oficiales”, “actos propios de una profesión”, etc.) son los que han de servir de complemento exegético al mismo— se configura como un sistema cerrado de reglamentación, con una consiguiente vinculación entre títulos y la actividad profesional correspondiente que, con mayor o menor concreción, debe ser legalmente determinada, tal como viene a establecer el artículo 36 CE al exigir que sea la Ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas. En esa medida, habrán de ser precisamente normas jurídicas las que determinen qué deban ser actos propios de una profesión para cuyo ejercicio habilite un título oficial” (F. 7).

No es ciertamente la propia técnica de tipificación del precepto sancionador aplicado la cuestionada ex principio de legalidad, sino el resultado impreciso de la integración del precepto legal sancionador que se aplicaba. Y cuestionado con razón. Ni la vaga alusión de las resoluciones administrativas al Real Decreto 127/1984 —sólo en la referencia a la imputación en los antecedentes de la primera resolución—, ni la más concreta de la Sentencia a su art. 1 y a su anexo configuran una norma que transmita con una precisión mínima qué actividades médicas son propias de la Cirugía Plástica y Reparadora y en qué casos su realización exige el título correspondiente de Médico Especialista. Dicho artículo establece que “[el] título de Médico, Especialista expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, sin perjuicio de las facultades que asisten a los Licenciados en Medicina y Cirugía, será obligatorio para utilizar, de modo expreso, la denominación de Médico Especialista, para ejercer la profesión con este carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas con tal denominación. En el Ministerio de Sanidad y Consumo existirá un Registro Nacional de Médicos Especialistas y de Médicos Especialistas en formación”; por su

parte el anexo, en la redacción vigente en el momento de los hechos, tenía, en lo que ahora importa, el siguiente contenido: “Especialidades que requieren básicamente formación hospitalaria: [...] Cirugía Plástica y Reparadora”. Es notorio que la integración de estos dos textos en el precepto sancionador no alcanza a configurar un tipo de infracción suficientemente determinado pues “el citado Real Decreto no recoge un elenco de las actividades médicas que habrían de corresponder a cada una de las especialidades, limitándose a formular con carácter genérico, en su artículo 1, la obligatoriedad de obtener el título de médico especialista para ejercer la profesión con dicho carácter” (STC 283/2006), F. 7)

En suma, la norma finalmente aplicada no expresa con la determinación constitucionalmente requerida en qué consistía la infracción (intrusismo en el ámbito de la cirugía plástica y reparadora) por la que se le sancionó al recurrente, que debe por ello ser ahora amparado.⁵⁸

Es decir, el TC exige, para la admisibilidad de una ley penal en blanco, que la norma a que ésta remite y que va a ser finalmente la aplicada sea clara, precisa y taxativa, proscribiendo los supuestos en que aquella resulte imprecisa o indeterminada.

Por ello, en principio, no parece revestir real importancia este problema pues si la norma a aplicar por remisión no es clara, es decir “no expresa con la determinación constitucionalmente requerida en qué consistía la infracción”, será declarada inconstitucional y el ciudadano podrá ser amparado por ello. Aunque, en realidad, volvemos al problema de antes: estamos dejando en manos del poder Ejecutivo material que es propio del Poder Legislativo, pues el administrado depende de unas normas emanadas del Ejecutivo y después de que éstas sean o no declaradas inconstitucionales.

El tercer problema con el que nos encontramos al tratar sobre las leyes penales en blanco es que la remisión para su complemento se produzca en materias cuya competencia corresponde a las Comunidades Autónomas^{59, 60} (caso del medio ambiente). En este caso,

⁵⁸ STC 181/2008, de 22 de diciembre [RTC 2008\181], FJ 5.

⁵⁹ En realidad, la remisión a normas extrapenales puede producirse a instancias tanto superiores como inferiores diferentes del nivel estatal. En el primer caso, nos estamos refiriendo a los reenvíos a normas comunitarias, pero dado que, como unánimemente acepta la doctrina, este supuesto no plantea problemas de uniformidad ni de competencias ya que está establecido en numerosos tratados suscritos por España la cesión de competencias legislativas y de ciertas parcelas de su soberanía a la Unión Europea, me referiré únicamente al supuesto problemático que constituye la remisión a normativa autonómica.

⁶⁰ Ya que, en palabras de Silva Sánchez, “la potestad legislativa de que gozan las Comunidades Autónomas hace que el ordenamiento tenga una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional”. Jesús Ma. Silva Sánchez, “Las “normas de complemento” de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas”, *Revista del Poder Judicial*, 4ª época, núm. 52, 1998, p. 491.



dos son las críticas que se formulan: en primer lugar, que se produce una vulneración de la distribución de competencias entre los diferentes entes territoriales fijada en el art. 149.1.6 CE que establece la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal y, en segundo lugar, que ello supone un atentado contra el principio de igualdad ante la ley, ya que una misma conducta puede ser o no delictiva dependiendo de la Comunidad Autónoma en que se realice.

Desde un punto de vista formal sí se respeta la reserva constitucional a favor de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal (las Cortes aprueban la ley penal en blanco), pero desde un punto de vista material es controvertido.⁶¹ En este tema la doctrina aparece dividida, y así algunos autores como Casabó, rechazan de plano la constitucionalidad de las remisiones a normativa extrapenal autonómica porque vulneran la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal.⁶² También Mestre muestra un rechazo frontal a esta posibilidad argumentando que supone la vulneración de la uniformidad de la legislación penal.⁶³ Moreu Carbonell habla de “dispersión” y aduce problemas de inseguridad jurídica y de ilegalidad, así como de atentado contra la competencia exclusiva del Estado en materia penal y contra el principio de igualdad.⁶⁴

Otros autores abogan por la posibilidad de que una norma extrapenal autonómica pueda completar supuestos de hecho creados por leyes penales estatales. Así, Muñoz Conde que considera que “una vez asumida legalmente la competencia por la Comunidad Autónoma, ésta pueda ejercerla dentro de sus límites y con todas las consecuencias sin necesidad de atender a los problemas que puedan derivarse de las remisiones que la legislación penal efectúe a dicha normativa específica”.⁶⁵

Más directo se muestra Cerezo Mir, para quien “no supone un menoscabo de la competencia exclusiva

del Estado en materia penal, pues las leyes penales en blanco emanan de las Cortes Generales”, y entiende que no se vulnerará el principio de igualdad si las discordancias en el ámbito de las conductas punibles o en la gravedad de las penas no estuvieran fundadas en la diversidad de las circunstancias existentes en las diferentes Comunidades Autónomas.⁶⁶ De la misma opinión es Silva Sánchez.⁶⁷

Para Colás Turégano lo importante no es la remisión a normas autonómicas sino si dicha remisión está o no formulada correctamente, pues si la norma simplemente colabora en la precisión del contenido del tipo del injusto, éste permanece igual en todo el territorio y, por tanto, se respeta la uniformidad en la materia objeto de prohibición.⁶⁸

Como en los anteriores problemas, el Tribunal Constitucional ha resuelto la polémica, expresando en su jurisprudencia la conformidad constitucional de la complementación del supuesto de hecho de una norma penal estatal por una autonómica siempre que el diferente tratamiento de una misma materia en las diversas Comunidades Autónomas esté fundamentado en las diferentes circunstancias que en cada territorio se verifiquen en relación a la protección de determinados intereses y que no supongan una afrenta del principio de igualdad.⁶⁹ A este respecto, destaca la ya mencionada STC 120/1998, de 15 de junio, en la que podemos leer en su FJ 4b lo siguiente:

Ahora bien, en el presente caso el problema planteado no es [...] si el órgano judicial puede integrar el tipo penal con una norma autonómica de naturaleza administrativa o, expresado con otros términos, si la norma autonómica puede servir de complemento a la ley penal en blanco. Para dar una respuesta adecuada a esta cuestión, es menester partir de que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado una estructura compuesta, en la que están llamadas a coexistir la legislación estatal y la legislación

⁶¹ Antonio García-Pablos de Molina, *op. cit.*, p. 420.

⁶² José R. Casabó Ruiz, *op. cit.*, p. 260.

⁶³ Esteban Mestre Delgado, *Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1998, p. 518, nota 62.

⁶⁴ Elisa Moreu Carbonell, *op. cit.*, pp. 391 y 393.

⁶⁵ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *op. cit.*, p. 115.

⁶⁶ José Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español. Parte general...*, *op. cit.*, p. 193.

⁶⁷ Cfr. Jesús Ma. Silva Sánchez, “Las normas...”, *op. cit.*, pp. 483-496.

⁶⁸ Asunción Colás Turégano, “Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el c.p. de 1995 (C.III del T. XVI del L. II)”, *Estudios jurídicos en memoria del profesor dr. d. José Ramón Casabó Ruiz. Primer volumen*, Valencia, Universidad de Valencia. Instituto de Criminología, 1997, p. 427.

⁶⁹ José Ángel Brandariz García, *op. cit.*, pp. 106-119.

Problemática de las leyes penales en blanco en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente

autonómica. La función que corresponde al Estado de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 149.1.1.^a CE), no puede ser entendida de tal manera que vacíe de contenido las competencias que las Comunidades Autónomas asuman al amparo del art. 148 de la Constitución y de sus propios Estatutos de Autonomía, que han de ser respetadas en sus propios términos

Ahora bien, la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.^a de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino que, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales (SSTC 37/1987, fundamento jurídico 10, y 43/1996, fundamento jurídico 2.^o).

De estas consideraciones se desprende que el órgano judicial puede seleccionar como complemento válido de la ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias. En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el art. 25.1 de la CE y que no “introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio”.

A pesar de lo que nuestro Alto Tribunal argumenta, no estimo conveniente la remisión a normas autonómicas, toda vez que se ha considerado lo suficientemente importante la legislación penal para que sea objeto de reserva absoluta estatal por parte de nuestra Constitución. Las materias que trata el Derecho penal son materias esenciales para el correcto desenvolvimiento en sociedad, necesarias, de primera magnitud e importancia trascendental. No considero, pues, oportuno dejar su desarrollo, aunque sólo sea parcialmente, a normativas fragmentarias, que sólo son obligatorias en una parcela específica del territorio español. Creo que si algo es importante como

para considerarlo digno de protección penal debe ser importante, y por tanto, único o unificado, en todos sus componentes. Se corre el peligro de burlar a la ley simplemente a base de realizar la conducta tipificada en una u otra parte del territorio nacional. Opino, por ello, que se conculca el principio de igualdad, el de reparto competencial reconocidos constitucionalmente y el de legalidad en su vertiente de reserva de ley orgánica en materia penal.

1.3. Leyes penales en blanco y delitos medioambientales

Doctrina y Jurisprudencia son unánimes al considerar el delito contra el medioambiente del art. 325 CP como un claro ejemplo de norma penal en blanco ya que incorpora en su tipo la cláusula siguiente: “el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”. Llama la atención que el legislador haya optado por la fórmula “disposiciones generales” y no por la de “reglamentos”, utilizada anteriormente al actual Código penal. Ello es así no por excluir a las órdenes o decretos, sino por incluir las disposiciones generales del Derecho comunitario, junto a las nacionales y autonómicas, en el ámbito espacial de la remisión y por permitir la inclusión de normas que, sólo de modo impropio, pueden considerarse reglamentos, como por ejemplo, los planes de urbanismo.⁷⁰ La reglamentación administrativa deviene fundamental para la determinación del supuesto de hecho típico: si el proceder no está previsto y prohibido por ella o se produce dentro de sus límites autorizados no será de aplicación el art. 325 CP. Se reduce, de esta manera, según Mendo Estrella, el problema respecto a la naturaleza jurídica de la contravención de las normas protectoras del medio ambiente, a dilucidar si debe tratarse cómo una condición objetiva de perseguibilidad o como elemento normativo del tipo.⁷¹ Responde a esta disyuntiva Muñoz Conde considerando que se convierte en un elemento normativo del tipo que debe ser abarcado por el dolo, suponiendo su desconocimiento, normalmente, la imputación a título de im-

⁷⁰ Jesús Ma. Silva Sánchez, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 81 (Colección Justicia Penal). Ignacio Rodríguez Fernández y Miguel Olvedo Cardenete, “Artículo 325”, en Manuel Cobo del Rosal (ed.), *Comentarios al Código penal. Segunda época. Tomo X (Vol. II) Libro XVI, de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (Artículos del 319 al 340)*, Madrid, CESEJ, 2006, p. 205. Álvaro Mendo Estrella, *El delito “ecológico” del artículo 325.1 del Código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 83.

⁷¹ *Ibidem*, p. 101.

prudencia,⁷² mientras que para un sector minoritario, encabezado por Rodríguez Devesa, se trata de una condición objetiva de perseguibilidad, ya que, a su juicio, si para la persecución de la conducta se exige la constatación de la infracción administrativa y ésta corresponde a la Administración, “de modo tácito, pero ineludible, la ley establece con este requisito una condición objetiva de perseguibilidad”.⁷³

En cuanto a la problemática específica de los delitos medioambientales como leyes penales en blanco se plantean las mismas cuestiones de posible vulneración de los principios de legalidad, seguridad jurídica y competencia a que nos hemos referido antes.

Respecto al principio de legalidad, como hemos visto antes, la jurisprudencia constitucional avala el empleo de las leyes penales en blanco como respetuosas con dicho principio siempre que cumplan con unos determinados requisitos; la cuestión es si el art. 325 CP cumple o no con ellos.

Queda, en el aire la cuestión de si el art. 325 es conforme al principio de legalidad. Ya que en el caso de que entendamos que este principio en materia penal supone una reserva de ley *orgánica*, incluso la remisión a una ley ordinaria podría vulnerarlo.⁷⁴ Puede considerarse aquí repetido todo lo dicho anteriormente sobre esta materia en el capítulo precedente, que podemos resumir diciendo que si el Derecho penal es el más alto comisionado para la defensa de los valores que se consideran esenciales para garantizar la paz y convivencia sociales y que, por lo mismo, cuenta con los métodos más “brutales y expeditivos”,⁷⁵ debe entenderse una reserva de ley absoluta en el ámbito penal y sus normas deben revestir la forma de mayor categoría, entendiéndose por tales, en este caso, a las leyes orgánicas.

Ahora bien, dado que el Tribunal Constitucional, como vimos antes, admitió por un lado, que la reserva de ley penal no tenía por qué suponer necesariamente una reserva de ley orgánica⁷⁶ y, por otro, la remisión

que las leyes penales en blanco suponen, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia consideran que el art. 325 cumple con los requisitos de legalidad requeridos por nuestro Alto Tribunal. Por ejemplo, Casabó Ruiz entiende que, puesto que el medio ambiente no está contemplado dentro de los denominados Derechos Fundamentales “estrictos” a que hace referencia el art. 81.1 CE, sino que lo hace en el art. 45 CE la protección ambiental no está reservada a ley orgánica. Conde-Pumpido, por su parte, afirma “en el caso del delito ecológico nos encontramos ante un tipo que cumple los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional”.⁷⁷ Arguyen estos autores que se trata de una remisión expresa (leyes y disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente), justificada en razón del bien jurídico protegido (debido a lo vasto de la materia medioambiental que no podrían contenerse con la debida minuciosidad en el tipo regulado en el código penal), señala la pena (prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años) y contiene el núcleo esencial de la prohibición: no se puede negar el carácter altamente exhaustivo del art. 325 a la hora de enumerar las conductas objeto de punición (emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales), lo que le hace cumplir con el último requisito: la “exigencia de certeza, que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite”.

Así lo ha reconocido también el Tribunal Constitucional, aunque refiriéndose al art. 347 bis del ACP

⁷² Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 537. Jesús María Silva Sánchez, *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 93. También defienden la consideración de la remisión como elemento normativo del tipo y núcleo esencial del injusto Álvaro Mendo Estrella, *op. cit.*, p. 83; Norberto de la Mata Barranco, “El papel del Derecho penal para la correcta aplicación de la normativa comunitaria”, en Agustín García Ureta (ed.), *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 284.

⁷³ José Ma. Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez, *op. cit.*, p. 1107.

⁷⁴ Álvaro Mendo Estrella, *op. cit.*, p. 87.

⁷⁵ Francisco Manuel García Costa, *op. cit.*, p. 290.

⁷⁶ José R. Casabó Ruiz, *op. cit.*, p. 252.

⁷⁷ *Vid.* Cándido Conde-Pumpido Tourón, *op. cit.*, p. 446. Francisco Manuel García Costa, *op. cit.*, p. 294. Álvaro Mendo Estrella, *op. cit.*, p. 94.

Problemática de las leyes penales en blanco en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente

en su STC 62/1994, de 28 de febrero, donde en el FJ 3 estima que

en consonancia con ello, es de apreciar que el art. 347 bis del Código Penal, como ya hemos dicho en la STC 127/1990, reúne los requisitos de *lex praevia, certa y scripta* exigido constitucionalmente, puesto que formula una remisión expresa y completa a normas específicas y define el núcleo esencial de la conducta prohibida (provocar o realizar emisiones o vertidos que pongan en peligro grave la salud o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, etc.) remitiéndose solamente para completar el tipo a una circunstancia, o sea, la de que aquellos actos se realicen contraviniendo leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, con lo cual queda definido asimismo de modo suficiente este elemento, consistente en una infracción administrativa de normas que tengan aquella finalidad.⁷⁸

Huerta Tocildo se muestra en desacuerdo con tales consideraciones. No le cabe duda de que el art. 325.1 cumple el primero de los requisitos exigidos: remisión expresa y justificada por razón del bien jurídico ya que, entiende esta autora, dado el carácter cambiante y complejo del bien jurídico que nos ocupa, es preferible dejar su regulación al Derecho administrativo, que es más ágil. Sin embargo, no está tan segura en cuanto a los restantes requisitos, a los que considera “diferentes pero no inconexos”. No cree que el art. 325 contenga dentro de sí el núcleo esencial de la prohibición, pues si el cumplimiento de normas extrapenales forma parte del injusto, al dejar dichas normas en manos de la Administración se le está otorgando el poder de configurar un elemento normativo del tipo penal cuya presencia resulta esencial para la tipificación de la conducta prohibida, es decir, se delega en la potestad reglamentaria un poder de conformación del injusto penal que constitucionalmente no le corresponde porque, por muy grave que sean los actos contaminantes que se realicen, si no contravienen normativa reglamentaria extrapenal no serán objeto de sanción. Critica Huerta que el Tribunal Constitucional no guardara “la debida coherencia entre, por una parte, su alto nivel de exigencia representado por el requisito de que el ‘núcleo esencial de la prohibición’ sea conteni-

do obligatorio de la norma penal remitente, y, por otra parte, sus conclusiones acerca de la compatibilidad con el art. 25.1 CE de un supuesto claro de remisión *in toto* a normas reglamentarias para la determinación de un elemento típico y, por ello mismo, esencial”. Lo que esta autora considera es que no hay congruencia entre los requisitos exigidos por la STC 127/1990 para que las leyes penales en blanco sean consideradas respetuosas con el principio de legalidad recogido en el art. 25.1 CE y el fallo que declara la constitucionalidad del desaparecido art. 347 bis CP.

En cuanto al último de los requisitos demandados, tampoco lo considera cumplido por el artículo objeto de estudio. Estima que nos encontramos ante una “remisión en bloque a una normativa administrativa cuyo ingente caudal y diversa procedencia hacen que sea prácticamente imposible de controlar, la inseguridad sobre el ámbito de lo prohibido habrá de resultar por fuerza directamente proporcional a la magnitud y complejidad de las normas remitidas, con la consiguiente imposibilidad para el ciudadano de conocer de antemano cuál es la ‘actuación penalmente conminada’”.⁷⁹ Ello conecta directamente con el segundo problema que plantean las leyes penales en blanco: la posible vulneración del principio de seguridad jurídica.

Efectivamente, el art. 325 CP ha de integrarse por infinidad de normas, dispersas, fragmentarias y variadas, que, en materia de medio ambiente emanan de otra gran variedad de órganos. Se argumenta a favor de considerar el art. 325 CP respetuoso con el principio de seguridad jurídica por dos motivos, uno de carácter práctico: evitar el excesivo casuismo que se produciría con la delimitación pormenorizada de los tipos en esta disciplina, y otro de carácter jurídico: hay una mayor seguridad jurídica ya que con las normas extrapenales, especialmente las de carácter administrativo, la conducta típica está perfectamente pormenorizada y detallada. Discrepa García Costa, para quien tal profusión de normas puede hacer que el ciudadano, a pesar de su diligente intención de conocerlas, no llegue a conseguirlo y las contravenga.⁸⁰ Como bien señala Huerta Tocildo, el dilema es eficacia vs. garantía, y se ha resuelto a favor de la primera.⁸¹

Por último, el problema que se plantea es la posible vulneración del art. 325 con el principio de igual-

⁷⁸ STC 62/1994, de 28 de febrero [RTC 1994\62], FJ 3.

⁷⁹ Susana Huerta Tocildo, *op. cit.*, pp. 44-48.

⁸⁰ Francisco Manuel García Costa, *op. cit.*, pp. 300-301.

⁸¹ Susana Huerta Tocildo, *Principios básicos...*, *op. cit.*, p. 51.

dad, dado que las competencias en materia de medio ambiente están trasferidas a las CC.AA., con lo que las disposiciones a contravenir varían según se esté en una parte u otra del territorio nacional. Se argumenta a favor de la constitucionalidad de esta técnica que los delitos ecológicos sólo pueden configurarse si se atiende a normativa administrativa y que la diferente postura jurídica que puede ocasionarse dentro de un mismo estado se debe a que pueden existir necesidades de protección distintas en una u otra zona del territorio, lo que explica la mayor o menor intensidad en las normas protectoras de los diferentes elementos e intereses protegidos, ya que conductas prácticamente iguales pueden tener una trascendencia muy distinta en uno u otro lugar.⁸²

Mestre, sin embargo, lo considera inadmisibles por que con esta técnica la realización un vertido que ponga en grave peligro la salud de las personas o pueda perjudicar gravemente las condiciones medioambientales, podría ser considerado atípico “tan sólo porque su autor no hubiera contravenido ningún texto, legal o reglamentario, protector del medio ambiente”,⁸³ y es que el problema surge cuando una Comunidad Autónoma dicta las normas adicionales de protección y otras no.⁸⁴ También manifiesta su discrepancia Huerta Tocildo con estas palabras: “No es el acabado de citar, sin embargo, el único precepto constitucional con el que el art. 325 CP puede entrar en tensión. La misma posibilidad de incidencia de regulaciones de naturaleza autonómica en este tipo penal —por vía de su remisión a disposiciones administrativas de carácter general protectoras del medio ambiente— puede ocasionar el resultado indeseable de que la conducta definida como delito ecológico varíe según sea el lugar de su comisión, con la consiguiente quiebra del principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 14 CE”.⁸⁵ García Costa también se muestra contrario a “que exista la posibilidad de que unas conductas sean constitutivas de delito en una parte del Estado, mientras que en otro no”.⁸⁶ Y Casabó Ruiz concluye que “la materia de legislación penal es competencia exclusiva del Estado, [...] que pese a la competen-

cia de las Comunidades en materias concernientes al medio ambiente, sus disposiciones sólo podrán tener, a efectos de la ley penal estatal, un carácter meramente técnico y ejecutivo, aparte de que no podrá afectar al bien jurídico protegido por la misma y que las Comunidades Autónomas en materia de defensa ecológica sólo pueden establecer infracciones y sanciones de carácter administrativo”.⁸⁷

No es sólo el principio de igualdad, sino también el de legalidad, y su vertiente de reserva de ley orgánica en materia penal, quien queda afectado. A este respecto, considera Arroyo Zapatero a las leyes de las Comunidades Autónomas como “fuentes legales que vulneran el mandato de ley orgánica en materia penal”.⁸⁸ Sin entrar a repetir de nuevo debates doctrinales —que ya han quedado plasmados anteriormente—, si consideramos que toda la materia penal debe quedar revestida con una reserva de ley orgánica, la remisión a la legislación autonómica es inadmisibles, ahora bien, si consideramos que sólo debe serlo la materia penal que afecta a los derechos mencionados en el art. 81.1 CE, el medio ambiente no quedaría reservado a una ley orgánica y, por tanto, sí tendrían capacidad normativa sobre él las Comunidades Autónomas. A mi modo de ver, aunque el derecho al medio ambiente “sólo” esté contemplado en el cap. III del Tít. I de la CE, es un derecho fundamental esencial, pues, como veremos, en el capítulo dedicado a los bienes jurídico-penales, está situado en una posición preeminente en la escala de importancia de los bienes jurídicos, ya que es primordial para una buena calidad de vida y digno de los más altos estándares de protección, por lo que debería regularse mediante ley orgánica.

Volviendo al principio de igualdad, la Jurisprudencia se decanta por considerar constitucional y compatible con el mismo la remisión a normas autonómicas para completar el art. 325. Según la STC 37/1981, de 16 de noviembre

El primero de tales principios es el de igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional. Es obvio, sin embargo,

⁸² Cándido Conde-Pumpido Tourón, p. 447; Jesús Ma. Silva Sánchez, “¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?”, *La Ley*, núm. 1 (1993), pp. 967-968; Jesús Ma. Silva Sánchez, *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 89.

⁸³ Esteban Mestre Delgado, *op. cit.*, p. 524.

⁸⁴ Jesús María Silva Sánchez, *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 86.

⁸⁵ Susana Huerta Tocildo, *Principios básicos...*, *op. cit.*, p. 50.

⁸⁶ Francisco Manuel García Costa, *op. cit.*, p. 313.

⁸⁷ José R. Casabó Ruiz, *op. cit.*, p. 260.

⁸⁸ Luis Arroyo Zapatero, “Principio de legalidad...”, *op. cit.*, pp. 36 y 44.

Problemática de las leyes penales en blanco en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente

que tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del derecho privado y, con la reserva ya antes señalada respecto de la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente de nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional. Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado (artículos 53 y 149.1, 1, de la Constitución), cuyas normas, además, son las únicas aplicables en las materias sobre las que las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa, prevalecen en caso de conflicto, y tienen siempre valor supletorio (149.3).⁸⁹

Y, más recientemente, en la STC 247/2007, de 12 de diciembre, se establece que

Por tanto, según hemos avanzado, alcanzamos ya una primera conclusión: el art. 139.1 CE no contempla una uniformidad absoluta del régimen de los derechos constitucionales en todo el territorio nacional, sino un principio de igualdad sustancial susceptible de modulaciones diferenciadas en mayor o menor grado en las Comunidades Autónomas, según el tipo de derecho de que se trate y el reparto competencial en la materia implicada.⁹⁰

A pesar de estos planteamientos, un sector de la doctrina sigue sin estar de acuerdo con estos argumentos, por lo que se han propuesto diferentes soluciones.

Abogan muchos autores, para resolver este problema, por la promulgación de una ley general del medio ambiente, a la que se pueda remitir el tipo penal, con un contenido preciso que sea el que integre el injusto penal y se deje únicamente la regulación de las cuestiones adicionales o accidentales a las disposiciones normativas de rango inferior. De esta manera, según dichos autores, se observaría el principio de legalidad, pues la norma emanaría también del Poder Legislativo y no de la Administración, el de seguridad jurídica, pues la remisión sería a un texto específico, y el de igualdad, pues sería la misma norma aplicable a todo el Estado español. Esta solución ha sido objeto de críticas por cuanto se considera que no sólo no reduciría los conflictos de competencias ante el TC en esta materia sino que los aumentaría, pues no podría más que incluir principios generales poco operativos que remitirían a leyes sectoriales de tutela ambiental.⁹¹

Moreu Carbonell propone dejar al Derecho penal el castigo de las conductas más graves para la salud humana o el medio ambiente, estableciendo prohibiciones absolutas e independientes de disposiciones administrativas (resalta el carácter auxiliar del Derecho penal) y que las CC.AA. se limiten a las sanciones administrativas. De esta manera, asegura, no se infringirían el principio de reserva de ley en materia penal ni la competencia exclusiva del Estado.⁹² No estoy de acuerdo con esta solución, pues se parte de la idea de que, en materia medioambiental, el Derecho penal únicamente ha de tener un carácter auxiliar y que dicha materia debe ser reglada y protegida primordialmente por el Derecho administrativo, cuando, a mi entender, el medio ambiente es un bien jurídico de los más importantes y prioritarios, necesitado, por tanto, de protección penal y merecedor del calificativo de bien jurídico-penal, por lo que quien debe tener una categoría auxiliar en esta materia ha de ser el Derecho administrativo. Reconozco, no obstante, como ya dije en su momento, la accesoriedad limitada en esta materia, necesaria para una protección más eficaz del medio ambiente.

⁸⁹ STC 37/1981, de 16 de noviembre [RTC 1981\37], FJ 2.

⁹⁰ STC 247/2007, de 12 de diciembre [RTC 2007\247], FJ 13 a).

⁹¹ Álvaro Mendo Estrella, *op. cit.*, p. 100; Fermín Morales Prats, "La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro", en José Manuel Valle Muñiz (ed.), *La protección jurídica del medio ambiente*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 237 y ss.; Ma Yolanda García Hernández, "Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", en Juan Antonio Martos Nuñez (ed.), *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y el medio ambiente*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1997, p. 54.

⁹² Elisa Moreu Carbonell, *op. cit.*, p. 397.

Una tercera solución es la del “doble estándar”, denominada así porque para la configuración del delito de contaminación se parte de una doble valoración: por un lado del “valor de contaminación” que justifica la intervención del Derecho administrativo sancionador y, por otro, del “valor límite o intolerable” (con una cota más alta que el anterior) que justifica la entrada en escena del Derecho penal. Una vez que este límite se supere, el legislador penal puede por él mismo considerarlo reprobable penalmente sin necesidad de valoración por el poder ejecutivo.⁹³ De esta manera, arguye Prats Canut, se cumple el principio de seguridad jurídica a los efectos de taxatividad y los de carácter fragmentario y ofensividad del Derecho penal, pues “a la infracción menos grave —superar el valor de contaminación— le corresponde la sanción administrativa y a la infracción más grave —superar el valor límite— le corresponde la sanción penal”.⁹⁴ Ahora bien, se le censura a esta solución que quien fija los límites es la Administración, con lo que volveríamos a toda la problemática estudiada respecto a este tema. Proponen los defensores de esta fórmula para solventarlo que el encargado de fijar dichos estándares sea un organismo independiente. Prats Canut cita como ejemplo el caso de Estados Unidos, donde dichos valores son fijados por la Environmental Protection Agency, que delega en un comité de expertos independientes altamente legitimados y cualificados para este cometido, y lo que habría que buscar son cauces adecuados para que sus propuestas fueran introducidas en nuestro Ordenamiento Jurídico, y comenta que, con diversas formulaciones, empieza a introducirse en la legislación de algunos países como, además de Estados Unidos, Japón, Dinamarca o Suiza.⁹⁵

Ciertamente, es esta una materia tan compleja que cuesta encontrar una solución factible que convenza a todos. Nuestra jurisprudencia parece haberla encontrado al considerar que el artículo 325 CP cumple con las exigencias constitucionales de respeto a los principios de legalidad, taxatividad, igualdad y competencia. Sin embargo, como he manifestado anteriormente, creo que sí existe vulneración a estos

principios, fundamentalmente en la cuestión derivada de la transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas. En otras cuestiones, como la mayoría de la doctrina, acepto resignada la técnica de la remisión normativa dada la complejidad y magnitud de la materia, pero la considero insegura en determinados aspectos. Estoy de acuerdo con Mestre en que sería totalmente injusto dejar sin castigo una acción contaminante porque la administración de alguna Comunidad Autónoma no hubiera previsto su tipificación, así como que las mismas conductas sean objeto de diversa sanción por realizarse en un lugar o en otro. Si es cierto que la protección de determinados elementos es más acuciante en unos lugares que en otros, piénsese, por ejemplo, en el agua, no es lo mismo la necesidad de agua en Murcia que en Asturias, pero eso no deja de ser accesorio, porque, por seguir con este ejemplo, el agua es necesaria para el desarrollo del ser humano en cualquier lugar. Es decir, lo que podemos considerar integrado dentro del concepto de medio ambiente precisa protección, y además penal, con independencia de la ubicación geográfica en la que nos encontremos. No podemos arriesgarnos a que quede desprotegido.

Una buena solución, a mi entender, sería una mezcla de las propuestas primera y tercera: una ley general de medio ambiente, que siguiendo mis argumentos precedentes, debería revestir la forma de ley orgánica,⁹⁶ en la que el legislador esté asesorado por expertos que le señalen los estándares adecuados para la debida preservación de nuestros recursos naturales y nuestro entorno. De esta manera conjugo la idea de ley general medioambiental con la del doble estándar, aunque con un solo estándar establecido por el legislador penal. Así, se observarían los principios de legalidad y de reserva de ley orgánica en el ámbito penal (la materia estaría fijada en una norma con rango de ley y además de ley orgánica), taxatividad (los preceptos incluirían los estándares propuestos por expertos), seguridad (la remisión se haría a una norma concreta y específica sin que quepa la dispersión) y competencia (se regularía por una norma emanada por las Cortes Generales).

⁹³ Álvaro Mendo Estrella, *op. cit.*, p.104.

⁹⁴ José Miguel Prats Canut y María Marqués i Banqué, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (eds.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Navarra, Aranzadi, 2005, pp. 1728-1729.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 1729.

⁹⁶ El principio de legalidad en materia penal debería llevar aparejado una reserva de ley orgánica puesto que es el orden jurisdiccional encargado de la protección y aseguramiento de los más importantes bienes jurídicos. Y el medio ambiente, como se verá en el capítulo dedicado a ello, tiene tal entidad e importancia, que debe ser considerado bien jurídico-penal.

Bibliografía

- Álvarez García, Francisco Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- , *Sobre el principio de legalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Arroyo Zapatero, Luis, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 8, 1983.
- , “Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente”, *Estudios jurídicos en memoria del profesor dr. d. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, Universidad de Valencia/Instituto de Criminología, 1997.
- , “El *non bis in idem* en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social”, en Celsa Picó Lorenzo (ed.), *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, Madrid, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 11, 1997.
- Bacigalupo, Enrique, *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- Boix Reig, Javier, “El principio de legalidad en la Constitución”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Universidad de Palma de Mallorca, núm. 4, 1983.
- Brandariz García, José Ángel, “La problemática de las normas penales en blanco”, en Patricia Faraldo Cabana (ed.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- Bustos Ramírez, Juan J., y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones de Derecho penal*, vol. I, Madrid, Trotta, 1997.
- Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Carretero Pérez, Adolfo, “Concepto constitucional de las fuentes del Derecho”, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979.
- Casabó Ruiz, José R., “La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente”, *Estudios penales y criminológicos*, V, 1980-1981.
- Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2004.
- , *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2004.
- Cobo del Rosal, Manuel y Quintanar Díez, Manuel, *Instituciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª reimp., Madrid, CESEJ, 2008.
- Colás Turégano, Asunción, “Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995 (C.III del T. XVI del L. II)”, *Estudios jurídicos en memoria del profesor dr. d. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, Universidad de Valencia/Instituto de Criminología, 1997.
- Conde-Pumpido Tourón, Cándido, “Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho penal”, en Celsa Picó Lorenzo (ed.), *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, Madrid, CGPJ, 1997.
- De Esteban, Jorge y Guerra López, Jorge Luis Esteban y Luis Guerra López, *El régimen constitucional español*, t. I, Barcelona, Labor, 1984.
- De la Mata Barranco, Norberto, “El papel del Derecho penal para la correcta aplicación de la normativa comunitaria”, en Agustín García Ureta (ed.), *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- De Vicente Martínez, Rosario, *El principio de legalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Díez Picazo y Luis Ponce de León, “Constitución y fuentes del Derecho”, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979.
- Doval Pais, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- García-Pablos de Molina, Antonio, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.
- García Arán, Mercedes, “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 16, 1992-1993.
- García Costa, Francisco Manuel, “A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código penal”, en Jaime Miguel Peris Riera (dir.) y Pablo Cuesta Pastor (coord.), *La tutela penal del agua*, Madrid, Dykinson, 2011.

- García Hernández, Ma. Yolanda, “Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en Juan Antonio Martos Nuñez (ed.), *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y el medio ambiente*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1997.
- Garrido Falla, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001.
- Huerta Tocildo, Susana, “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letradados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- , “Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código penal”, *Revista Penal*, núm. 8, 2001.
- Lamarca Pérez, Carmen, “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 20, 1987.
- Luzón Peña, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal, parte general, I*, 1ª ed., 3ª reimpr., Madrid, Universitat, 2010.
- Madrid Conesa, Fulgencio, *La legalidad del delito*, Valencia, Universidad de Valencia, 1983.
- Martínez Sospedra, Manuel, *Aproximación al Derecho constitucional español: La Constitución de 1978*, 2ª ed. corregida y aumentada, Valencia, Fernando Torres, 1983.
- Mendo Estrella, Álvaro, *El delito “ecológico” del artículo 325.1 del Código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- Mestre Delgado, Esteban, “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1998.
- Mezger, Edmund, *Derecho Penal. Libro de estudio. Parte general*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958.
- Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires, BdF, 2003.
- , *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Barcelona, Reppertor, 2011.
- Moreu Carbonell, Elisa, “Relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho penal en la protección del medio ambiente”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 87, 1995.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- , y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte general*, 8ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho de la UCM, 1981.
- Prats Canut, José Miguel y Marquès i Banqué, María, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (eds.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Navarra, Aranzadi, 2005.
- Quintero Olivares, Gonzalo et al., *Manual de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Aranzadi, 2002.
- Rodríguez Devesa, José Ma. y Alfonso Serrano Gómez, *Derecho Penal Español. Parte general*, 18ª ed., Madrid, Dykinson, 1995.
- Rodríguez Fernández, Ignacio y Miguel Olmedo Cardenete, “Artículo 325”, en Manuel Cobo del Rosal (ed.), *Comentarios al Código penal. Segunda época. Tomo X (Vol. II) Libro XVI, de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (Artículos del 319 al 340)*, Madrid, CESEJ, 2006.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal, parte general*, Madrid, Civitas, 1978.
- Ruiz Robledo, Agustín, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- Sánchez Agesta, Luis, “La jerarquía normativa en la Constitución de 1978”, *La Constitución española y las Fuentes del Derecho*, vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979.
- Silva Sánchez, Jesús Ma., “¿Competencia “indirecta” de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?”, *La Ley*, núm. 1, 1993.
- , *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, Barcelona, Atelier, 2012 (Colección Justicia Penal).
- , “Las normas de complemento de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas”, *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, núm. 52 (cuarto trimestre de 1998).
- Vercher Noguera, Antonio, “Delitos contra el medio ambiente: consideraciones sobre la dependencia y el principio *non bis in idem* en la relación derecho penal-derecho administrativo”, en Manuel Ramón Llamas Madurga y Pedro Brufao Curiel (eds.), *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económico*, Madrid, Mundi-Prensa Libros, 2003.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

Pablo Andrés Rojas Pichler

Universidad de Salamanca

RESUMEN: *El delito de enriquecimiento ilícito es en la actualidad una importante herramienta jurídico-penal de combate contra la corrupción. Sin embargo, esta figura penal ha sido objeto de un arduo análisis por parte de la doctrina que no ha tardado en presentar un fuerte rechazo a este planteamiento político criminal debido a su controvertida constitucionalidad. A pesar de ello, el delito de enriquecimiento ilícito ha adquirido una dimensión internacional sin precedentes, puesto que ha sido previsto e impulsado en varios convenios internacionales sobre corrupción, bajo la condición de que fuese acompañada de una cláusula de salvaguarda que subordina su tipificación en la legislación penal de los Estados, a que el mismo se adecue a la Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Este trabajo examina los elementos con los cuales los principales convenios internacionales sobre corrupción definen y caracterizan al delito de enriquecimiento ilícito, como también el contenido y efectos de la cláusula de salvaguarda que tiene adherida.*

PALABRAS CLAVE: *Corrupción, política criminal internacional, enriquecimiento ilícito, cláusula de salvaguarda, Convención Interamericana contra la Corrupción, Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la Corrupción, Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.*

ABSTRACT: *The unlawful enrichment crime is in current days a relevant legal and juridical tool to fight against corruption. Although, this kind of crime has acquired an unprecedented international dimension because has been considered and prompted in many international conventions against corruption, accompanied by a safeguard clause that subordinate the crime specification in criminal law to its conforms to the Constitution and the fundamental principles of its juridical system. This paper analyzed the mainly topics used by the international conventions to define and characterized the unlawful enrichment crime, as the content and effects of the safeguard clause attached.*

KEY WORDS: *Corruption, international criminal policy, unlawful enrichment, safeguard clause, Interamerican Convention against Corruption, African Union Convention to Prevent and Fight Corruption, United Nations Convention against Corruption.*

SUMARIO: *1. Los incrementos patrimoniales injustificados en la función pública y su respuesta jurídico-internacional 2. Principales documentos internacionales en materia de corrupción que incluyen al delito de enriquecimiento ilícito. 3. La cláusula de salvaguarda y su procedimiento de aplicación. 4. Estado actual sobre la aplicación del delito de enriquecimiento ilícito por los Estados contratantes de los convenios internacionales contra la corrupción. 5. Conclusiones.*

1. Los incrementos patrimoniales injustificados en la función pública y su respuesta jurídico-internacional

Antes de la década de los noventa del siglo pasado si una persona era preguntada acerca de si la corrupción debía ser combatida por medio de herramientas internacionales, ella misma o a lo mejor su propio gobierno nos daría una respuesta negativa, quizás alegando la expresión popular “los trapos sucios se deben lavar en casa”. Existían en aquellos tiempos muchas voces que argumentaban que se trataba solamente de un tema del ámbito exclusivo, restringido e interno de cada uno de los países y que no había campo para la acción internacional en la materia.¹ La inflación, la confusión económica y la necesidad de combatir el terrorismo habían oscurecido a la corrupción, pero este fenómeno siempre estuvo presente en la sociedad. Después de terminada la guerra fría y la disminución del terrorismo local (porque desde entonces se incrementó el terrorismo internacional), los ciudadanos de todos los países del mundo se dieron cuenta del peligro que ocasionaba la corrupción a sus respectivos modos de vida, más aún, en aquellos que sufrían pobreza y limitaciones. Poco a poco se fue evidenciando que las consecuencias de este fenómeno tenían repercusiones más allá del ámbito nacional, puesto que debilitaba las estructuras de los Estados y sus bases democráticas, lo que ocasionaba un efecto en cadena que iba de continente a continente hasta el punto en que llegó a globalizarse.

La globalización ha hecho que los mercados, la prestación de servicios y los bienes se hayan incrementado, lo que ha traído efectos positivos como mayores cotas de bienestar e igualdad en ciertos países, pero también otros muchos negativos. En un mundo altamente globalizado la interacción de personas, empresas, instituciones y Estados crece de manera rá-

pidamente, generando condiciones extraordinarias para la aparición y desarrollo de comportamientos irregulares y sistemas de corrupción pública.

Estas condiciones fueron muy bien aprovechadas por personas vinculadas a actividades criminales, lo que hizo posible en gran medida que la corrupción haya adquirido contornos a nivel internacional. En ese sentido, se ha pronunciado la ONU al sostener que en el contexto de la globalización, los delincuentes sacan partido de la fácil circulación de capitales, de los adelantos de la tecnología y del aumento de la movilidad de las personas y los productos, así como de la considerable diversidad de las disposiciones jurídicas de las diferentes jurisdicciones.² De esta manera, se ha evidenciado que en ambos niveles, tanto en el nacional como en el internacional, la lucha contra la corrupción ha adquirido prioridad con el consecuente esfuerzo de los Estados del mundo por concretar directrices colectivas que prevengan la delincuencia y favorezcan la transparencia y el Estado de Derecho.

La aparición de grandes casos de corrupción dentro de los gobiernos y la correspondiente expansión mundial de este fenómeno,³ fueron algunas de las razones que sensibilizaron a la comunidad internacional a afrontar el problema mediante la adopción a nivel global de directrices coordinadas y planificadas, con el fin de crear una cultura de rechazo ante las prácticas corruptas y fomentar la implementación de medidas preventivas.⁴ En efecto, sostiene Manfroni que la comunidad internacional tiene el deber moral de intervenir en aquellas materias que resultan demasiado graves y sensibles a los gobernantes como para sospechar que ellos no tendrán las fuerzas suficientes como para dar garantías de paz, integridad y respeto a su propio pueblo o a los pueblos vencidos.⁵

Los cambios culturales, ideológicos, políticos y económicos acontecidos en los últimos tiempos produjeron una metamorfosis en las finalidades del

¹ Carlos Manfroni, *The Inter-American convention against corruption*, Lexington Books, año 2003, p. 1; Juan Lozano, Valeria Merino Dinari, *La hora de la transparencia en América Latina*, Transparencia Internacional Latinoamérica y el Caribe, Berlín, 1998, p. 209; Susan Rose-Ackerman, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Madrid, Siglo XXI, 2001, p. 243.

² *Guía legislativa para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Nueva York, 2004, p. 41.

³ Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Ana Isabel Pérez Cepeda, “El Derecho penal en el ámbito internacional (Lección 6)”, en Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, t. I, Madrid, Iustel, 2010, p. 163. “Junto a la delincuencia organizada, debe mencionarse a la corrupción política y de funcionarios, como un tipo de delincuencia específica de la globalización que cobra especial importancia. El éxito de toda esta macrocriminalidad internacional es difícilmente imaginable al margen de las burocracias administrativas estatales y, por ello, sin la cooperación de funcionarios y agentes estatales”.

⁴ Antonio Núñez García-Saucó, *La convención de naciones unidas contra la corrupción*, en Nicolás Rodríguez García, Eduardo Fabián Caparrós (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado*, Salamanca, Ratio Legis, 2004, p. 13.

⁵ Carlos Manfroni, *Soborno transnacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 26.

Derecho penal que ahora se preocupa por crear mecanismos que se encargan de prevenir los peligros creados por determinados sectores de riesgo.⁶ En el caso de la corrupción, las nuevas políticas criminales tienden a crear desde el punto de vista nacional e internacional iniciativas legales que tratan de controlar y disciplinar no sólo al sujeto principal que participa en los actos de corrupción pública (funcionario público), sino también al espacio de peligro generado por el colectivo referido. El gran efecto negativo de este fenómeno es que ha ocasionado que la función pública se haya convertido en un sector de riesgo como consecuencia de las constantes conductas desviadas de los funcionarios públicos que ponen en peligro los bienes e intereses materiales que prestan los poderes del Estado a la sociedad.

El primer país en sancionar una ley interna contra la corrupción ha sido los Estados Unidos de Norteamérica a través de su famosa Foreign Corrupt Practices Act de 1977. A partir del año 1994 los instrumentos internacionales contra la corrupción fueron en aumento, impulsados desde varias regiones del globo que complementaban las legislaciones nacionales con un sinnúmero de políticas y medidas de carácter global, con el fin de armonizar los respectivos sistemas jurídicos internos. Este drástico cambio de actitud con respecto al fenómeno de la corrupción pública ha tenido como uno de sus motivos el interés por descubrir y recuperar los fondos económicos obtenidos ilícitamente por funcionarios públicos corruptos.

Es importante destacar que estos sujetos, al mismo tiempo de formar parte y ostentar una función dentro del Estado, participan y actúan en el tráfico económico de un país resultando de evidente importancia para el correcto funcionamiento del orden socioeconómico, la confianza y la transparencia de un Estado, que los bienes y capitales que circulan por el patrimonio de estas personas sean de carácter lícito y de acuerdo a sus posibilidades económicas. Es práctica común que las organizaciones criminales recurran frecuentemente a la utilización de funcionarios públicos en sus

operaciones ilícitas, ya que a través de ellos reducen sus riesgos, aumentan sus ganancias y tienen menos probabilidades de ser descubiertos, o también porque éstos tienen la posibilidad de obstruir procesos judiciales, de intimidar testigos y víctimas o interferir en los procesos de cooperación internacional. De esta forma, se demuestra la íntima relación que existe entre el blanqueo de capitales y las redes de corrupción.

Una de las consecuencias que más representa a los actos de corrupción realizados por funcionarios públicos es la transferencia de activos que afectan sus patrimonios. Por “transferencia” puede entenderse como el paso o conducción de una cosa de un punto a otro, y de un modo más cercano a nuestro objeto de estudio, como remisión de fondos de una cuenta a otra, sea de la misma persona o diferentes. Estas transferencias, aparte de suponer un aumento patrimonial apreciable y repentino, posibilitan al funcionario la adquisición, utilización o administración de bienes que antes no poseía, que luego pueden ser convertidos en otros objetos o negocios jurídicos, todo ello, con el fin de dar apariencia legítima a esos bienes de origen criminal.

Como es lógico, estas conductas no podrían llevarse a cabo sin la participación de los sistemas legales, puesto que los funcionarios corruptos se benefician de las herramientas jurídicas previstas en los ordenamientos jurídicos, y de esta manera consiguen ocultar el origen ilícito de los bienes que entran a su patrimonio, encubriendo así a otras personas que han participado en la comisión de delitos previos o dejan impunes las consecuencias de sus propios actos ilícitos. Estas circunstancias han coadyuvado a dificultar el descubrimiento del carácter ilícito de los capitales provenientes de los actos de corrupción y a tornar ineficaces las políticas internas de los Estados sobre la material.⁷

Ante esta situación, los organismos supranacionales preocupados por las consecuencias indeseables que producen las constantes transferencias de activos de origen ilícito, tomaron conciencia sobre sus efec-

⁶ Guillermo Portilla Contreras, *El Derecho penal entre el cosmopolismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 36.

⁷ El Secretario de la ONU en el año 2001 señaló que las adquisiciones o transferencias de fondos obtenidos ilícitamente de prácticas corruptas realizadas por funcionarios públicos, especialmente aquellos de alta jerarquía gubernamental, ocasionan a los Estados problemas particularmente inquietantes que afectan a sus políticas en esta materia al comprender habitualmente: a) inmensas cantidades de riqueza que representan una proporción comparativamente grande de los recursos del país víctima, b) la transferencia de riquezas dentro o fuera del país, c) un alto nivel de incertidumbre fáctica respecto de los países y las cuentas donde está depositada la riqueza transferida ilícitamente y d) la imposibilidad de identificar correctamente al beneficiario o legítimos titulares de esos activos. Véase Informe E/CN.15/2001/3 del Secretario General de la ONU de fecha 2 de abril, apartado 194.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

tos y se propusieron a crear instrumentos jurídicos a nivel internacional que contemplen medidas tendientes a prevenir, detectar y perseguir estos actos y activos ilícitos, como también a sus infractores. Por impulso de la ONU se adoptó en el año 2003 la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante CNUCC) cuyo preámbulo expresa que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, requiriéndose un enfoque amplio y multidisciplinario para su prevención y combate. La política criminal de este convenio está dirigida en gran medida a perseguir los bienes obtenidos ilícitamente a través de los actos de corrupción, y entre sus medidas se encuentra la tipificación del blanqueo de capitales, siendo conocido este hecho como el proceso o conjunto de operaciones mediante el cual se intenta ocultar el origen ilícito de bienes o dinero resultante de actividades delictivas, con el fin de integrarlos en el sistema económico y financiero, y así darles una apariencia lícita.⁸

Estas operaciones de ocultamiento se desarrollan en el contexto de cualquier delito, pero asumen especial importancia en el tráfico ilícito de armas y drogas, en el contrabando y en la corrupción pública, ya que posibilitan a las organizaciones criminales la obtención de grandes sumas de dinero que luego son utilizadas en la consecución de sus fines sin despertar sospechas sobre su origen ilícito.

No obstante, la CNUCC contempla de igual forma que la Convención Interamericana contra la Corrupción (en adelante CICC) otra conducta penal que persigue la obtención de bienes ilícitos derivados de actividades criminales, cuyo campo de aplicación se circunscribe de forma más específica al ámbito de la corrupción pública: el *delito de enriquecimiento ilícito*. La especialidad de esta figura criminal radica en que tiene como sujeto activo a un funcionario público que es tentado a corromperse por otros sujetos u organizaciones criminales, o es el mismo funciona-

rio quien se corrompe en atención a unos intereses particulares que hacen que se desvíe de los deberes y obligaciones legales de su cargo público. Este rasgo hace que el enriquecimiento ilícito se diferencie de otras figuras que persiguen la propiedad, tenencia, transferencia y ocultación de activos ilícitos, ya que éstas no reducen su ámbito de aplicación a un grupo de posibles sujetos especiales (funcionarios públicos), sino que se extiende a cualquier sujeto posible o grupo organizado criminal. Este delito castiga *a todo funcionario público que no puede justificar los excesivos incrementos producidos en su patrimonio por la adquisición de bienes o introducción de activos que no guardan una relación económica razonable con sus ingresos legítimos*.

Al igual que en el blanqueo de capitales, los actos patrimoniales realizados por el sujeto activo no pueden ser considerados *per se* hechos ilícitos en atención a que utiliza instrumentos legales y al sistema económico para realizar sus movimientos de capitales, por lo que la ilicitud de este comportamiento descansa en la *incapacidad financiera para poder afrontar el valor de los bienes adquiridos, es decir, en la imposibilidad de justificar la introducción de capitales a su patrimonio de acuerdo a la capacidad económica que le permite los ingresos legales que ha afirmado tener en su declaración jurada de bienes y rentas*. Al no poder el funcionario público explicar razonablemente el origen lícito de los bienes que posee y que escapan de su realidad económica, surge la sospecha que tales bienes pudieron ser obtenidos a través de fuentes económicas provenientes de algún delito funcional cometido previamente,⁹ sin que resulte fácil determinar la comisión de un delito en concreto.

Se deduce fácilmente que la ilicitud del hecho no recae en las conductas que ocasionan el incremento patrimonial, sino en la falta de pruebas sobre el origen lícito de los bienes que constituyen dicho enriquecimiento. Esta circunstancia nos demuestra que esta conducta penal contiene una *presunción de*

⁸ Julio 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 Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo (coords.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, 2009, p. 23; Eduardo Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Codex, 1998, p. 76.

⁹ Al analizarse las posibles conductas corruptas en el quehacer casuístico, siempre salta a la vista el dato característico de un enriquecimiento patrimonial indebido del funcionario público. Esto coincide con la definición de corrupción que hemos propuesto en este trabajo, siendo la expectativa de obtener un beneficio económico indebido el motivo que lleva al funcionario a quebrantar sus deberes funcionales. En ese sentido, Nieto sostiene que las prácticas corruptas comportan normalmente un enriquecimiento patrimonial, o bien del sujeto que desde su posición de poder toma decisiones administrativas, o bien de alguna organización a la que pertenece (partido político) o con la que mantiene relaciones (empresa) el funcionario o autoridad (Alejandro Nieto, *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 87).

ilegalidad sobre la procedencia de los bienes cuya desvirtuación es una carga que corresponde exclusivamente al funcionario público, afirmación que se sustenta por el simple hecho de que si logra probar el origen lícito de los bienes que incrementan su acervo patrimonial, su conducta sería atípica a efectos del tipo penal de enriquecimiento ilícito, sin perjuicio de que pueda ser considerada ilícita por otros medios de control formal.

Los redactores de los convenios internacionales sobre corrupción, al igual que los legisladores nacionales, han tenido que recurrir a la utilización de presunciones legales debido a que en muchos casos de corrupción es difícil establecer una relación causal entre los bienes excesivos que posee un funcionario y un determinado delito cometido por él en el ejercicio de su cargo,¹⁰ que determinaría la ilicitud de esos bienes. De esta manera, la respuesta penal que se ha dado a la exhibición impune de riquezas de origen inexplicable por los miembros de la función pública consiste en presumir delitos no conocidos o probados cuando se acreditan en el funcionario dos hechos concretos: *la excesiva desproporción entre el enriquecimiento de su patrimonio y sus ingresos legales, y la falta de una explicación razonable sobre el origen lícito de ese enriquecimiento*. Tal como expresa Quintero Olivares, la equiparación entre lo inexplicable y lo delictivo es tenida como la única manera no ingenua de afrontar la lucha contra la criminalidad de nuestro tiempo.¹¹

Para comprender este delito cabe señalar que sería el resultado de dos hechos delictivos entrelazados, un hecho anterior, con el cual el sujeto obtiene capitales indebidos y supone un acto de corrupción enmarcado

en cualquiera de los delitos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, pero que no puede ser descubierto; y otro posterior, con el que el sujeto introduce esas rentas ilícitas a su patrimonio, bien sea tal como las recibió, o bien transformándolas en bienes de diversa índole.¹² La imposibilidad de descubrimiento y persecución judicial del hecho generador de la riqueza ilícita es otro rasgo trascendental del enriquecimiento ilícito que lo diferencia del blanqueo de capitales, puesto que en éste último es necesario si no existe una sentencia firme que acredite un determinado delito previo, por lo menos la prueba circunstancial e indiciaria que haga inferir su existencia. Por lo tanto, en el enriquecimiento ilícito *el hecho previo es siempre indeterminado*.

Asimismo, la CNUCC demuestra claramente la necesidad de que este delito tenga un tratamiento a nivel global como importante herramienta jurídica contra la corrupción, no sólo al incluirlo en el art. 20 como medida represiva a ser tipificada por los países signatarios, sino también al establecer en su preámbulo de que los países parte están convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito de los funcionarios puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley. Sin embargo, tal como menciona Blanco Cordero, el problema fundamental que plantea el delito de enriquecimiento ilícito es su compatibilidad con las normas de derechos humanos por vulnerar la presunción de inocencia al invertir la carga de la prueba en contra del funcionario, que es quien debe probar que los bienes que posee tienen un origen lícito, pues si no lo hace resulta sancionado penalmente.¹³

¹⁰ Señala Quintero Olivares que la relación causal entre bienes o provechos obtenidos y una actividad delictiva, precisa que el actor obtenga algo que no tenía antes del delito y que es valioso en términos de dinero, que efectivamente produce un incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes. De esta manera, para establecer la ilicitud de unos bienes o provechos, no es tan importante elaborar una lista de los provechos obtenidos —dinero, joyas, casas, coches, barcos, etc.—, sino situar la obtención en una relación causal con un suceso delictivo (Gonzalo Quintero Olivares, *El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 698, 2006, p. 5).

¹¹ Gonzalo Quintero Olivares, “Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 12-r, 2012, p. 4.

¹² Una vez cometidos los hechos de corrupción el funcionario se encuentra con una gran cantidad de dinero, pero a diferencia de las organizaciones criminales, éste no tiene la infraestructura necesaria para realizar el complicado proceso que constituye el lavado de activos. La acumulación de papel moneda confiere un gran problema al funcionario ya que sólo puede gastarlo en transacciones económicas de poca cuantía sin que levante sospechas sobre su procedencia ilícita. De ahí que la única solución que posee el funcionario corrupto es transformar dichos fondos ilícitos en otros activos más cómodos que luego serán introducidos en su patrimonio o en los de sus allegados, gracias a los mecanismos que le ofrece el sistema jurídico. En este sentido, véanse: Demelsa Benito Sánchez, “Iniciativas internacionales en la lucha contra el blanqueo”, en Nicolás Rodríguez García, Eduardo Fabián Caparrós (coords.), *Corrupción y delincuencia económica*, Bogotá, Ibáñez, 2008, p. 298.

¹³ Isidoro Blanco Cordero, “Armonización-aproximación de las legislaciones en la unión europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito”, en Coral Arangüena Fanego (dir.) *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, Valladolid, Nova, 2010, p. 369.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

La propia convención ha sido consciente de la posibilidad de que este delito pueda no ajustarse a los principios constitucionales y democráticos de los respectivos países, de ahí que haya sido previsto en una norma de aplicación condicionada —es decir, no obligatoria directamente al momento de su ratificación— por una *cláusula de salvaguarda* que expresa que cada Estado de acuerdo a su Constitución y a los principios fundamentales que rigen su ordenamiento jurídico, considerará la posibilidad de tipificar al enriquecimiento ilícito como delito. Esta circunstancia había sido considerada con anterioridad por la CICC, incluyendo esta misma cláusula condicional al acto de corrupción de enriquecimiento ilícito previsto en el art. IX del citado cuerpo normativo, a los efectos de que cada Estado latinoamericano ratificante considere previamente si esta figura se adecua a su Constitución y a los principios que rigen su ordenamiento jurídico antes de ser tipificada en su legislación penal.

A pesar de las posibles incompatibilidades constitucionales que pudiera acarrear, el delito de enriquecimiento ilícito ha tenido una notable fama en los países latinoamericanos, siendo algunos de ellos los verdaderos impulsores de su proyección e inclusión en las CICC y CNUCC. De hecho, muchos de estos países ya tenían tipificado este delito en sus ordenamientos penales mucho tiempo antes de la sanción de los citados instrumentos internacionales, como Paraguay (1940), El Salvador (1959), Argentina (1964), Perú (1981), Colombia (1984), entre otros. Lo cierto es que este delito ha perdurado en el tiempo y actualmente es una herramienta jurídica relevante contra la corrupción, hasta algunos países han referenciado en sus constituciones al enriquecimiento injustificado de los funcionarios públicos,¹⁴ tanto para legitimar toda disposición que tenga por fin prevenir este hecho como también para ocultar o alivianar las duras críticas que recibe por parte de la doctrina acerca de su constitucionalidad.¹⁵

2. Principales documentos internacionales en materia de corrupción que incluyen al delito de enriquecimiento ilícito

2.1. Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)

En el contexto latinoamericano la CICC constituye el primer tratado internacional vinculante en la historia en materia de corrupción y el primero en contemplar al delito de enriquecimiento ilícito como mecanismo preventivo contra este fenómeno.¹⁶ Este documento jurídico internacional fue elaborado a instancias de la Organización de Estados Americanos (OEA) y aprobada el 29 de marzo de 1996 en la ciudad de Caracas (Venezuela), siendo firmado por 23 Estados miembros, aunque abierta a otros países ajenos a la organización.

Es tanta la importancia que ha recibido este instrumento jurídico que gracias al interés y apoyo por parte de los Estados y gobiernos de la región americana ha ejercido una notable influencia en la posterior adaptación de acuerdos internacionales sobre la materia. Partiendo del hecho de que América Latina históricamente ha sido un espacio geográfico que ha funcionado como caldo de cultivo fértil para las prácticas corruptas,¹⁷ los Estados de la región reconocieron que la corrupción no es un problema interno de cada gobierno, sino que es un problema de trascendencia internacional cuya erradicación o disminución debería realizarse mediante acciones conjuntas y colectivas. Este anhelo de los pueblos latinoamericanos hizo posible la negociación y adopción del citado tratado mediante el cual el conjunto de Estados de la OEA asumieron el compromiso político y jurídico de enfrentar el flagelo de la corrupción y prestarse la más amplia asistencia mutua, lo que constituyó todo un hito en ese campo.¹⁸ Así, el preámbulo de la CICC consagra que los Estados suscriptores tomarán todas

¹⁴ Las constituciones de Argentina (art. 36), Colombia (art. 34), El Salvador (art. 240) y México (art. 109) incluyen disposiciones que hacen referencia a los incrementos patrimoniales indebidos de los funcionarios públicos.

¹⁵ María Fernanda Saumell, Néstor Jesús Conti, “El delito de enriquecimiento ilícito y una profusa violación a las garantías y principios constitucionales”, en Juan Alberto Ferrara (dir.), *Temas de Derecho penal argentino*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 802.

¹⁶ *Talleres de divulgación e implementación de la convención interamericana contra la corrupción*, Universidad Pontificia Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 1999, p. 22. Para Huber una de las particularidades de la CICC es que este convenio va más allá del acuerdo básico sobre la punibilidad del cohecho pues incluye el enriquecimiento ilegítimo que consiste en un aumento repentino de los bienes de un funcionario cuya procedencia no puede aclarar y que por ello es punible (Barbara Huber, “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”, *Revista Penal*, núm. 11, 2003, p. 42).

¹⁷ Daniel Mendonca, *Un estudio sobre la corrupción en el Paraguay*, Asunción, Continental, 2005, p. 9.

¹⁸ César Gaviria, *La OEA. 1994-2004. Una década de transformación*, OEA, Washington, 2004, p. 169.

las medidas necesarias y apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados a su ejercicio, así como a los bienes productos de dichos ilícitos.

El valor indiscutible de la convención radica en que recoge un importante listado de medidas preventivas de carácter no penal dirigidas a los funcionarios para el correcto desempeño de sus cargos públicos entre las que se destacan normas de conducta funcionariales, declaraciones patrimoniales de bienes y rentas, sistemas de contratación de bienes y servicios, controles contables; y por otro lado, se centra fundamentalmente en la definición uniforme de los actos de corrupción en la medida de lo posible con criterios claros, todo ello, para la persecución efectiva de estos hechos. Sin embargo, la corrupción contemplada en la CICC es exclusivamente aquella que tiene lugar en la función pública, es decir, se enfoca a la corrupción pública, no abordando la corrupción en el sector privado.¹⁹

En cuanto a su estructura, la convención consta de 28 artículos, además de un preámbulo. Tales artículos no se encuentran divididos en títulos, capítulos o secciones, por lo que cualquier clasificación de sus normas no tiene su origen en el texto. Según Lagos, en el cuerpo normativo de la convención pueden distinguirse: *a)* normas dirigidas al plano interno (medidas preventivas, art. III), *b)* aquellas que tienen un carácter obligatorio o facultativo (actos de corrupción, arts. VI al IX), *c)* las que rigen para el ámbito multilateral (arts. XIV al XVI), y *d)* incluso podría añadirse una categoría adicional para las disposiciones destinadas a promover el desarrollo progresivo concebidas como un mecanismo de perfeccionamiento continuo de los compromisos adoptados (art. XI).²⁰

2.1.1. El delito de enriquecimiento ilícito en la CICC, Art. IX

El art. IX de la CICC contempla como acto de corrupción al delito de enriquecimiento ilícito expresando:

Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados partes

que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

La inclusión de esta figura penal a la convención fue propuesta por el representante del Estado argentino y apoyada por varios representantes como los de Perú, Venezuela, México y Colombia, pero encontró resistencia en los países de tendencia anglosajona cuyos representantes sostenían que este delito podría tener problemas de constitucionalidad. En un principio la propuesta que obtuvo más adeptos fue la de Colombia, que definía al enriquecimiento ilícito como “el incremento injustificado obtenido por una persona que ejerce una función pública, por razón de su posición o cargo, y en detrimento del patrimonio del Estado”. Sin embargo, fue rechazada debido a los problemas que podía generar la prueba del detrimento patrimonial del Estado, puesto que un funcionario no siempre tiene a su disposición fondos públicos y además puede enriquecerse personalmente a través de actividades que no se relacionan con su cargo público.²¹ Después de varias conversaciones fuera de las discusiones generales se llegó a un acuerdo con los países de tendencia anglosajona, aceptándose el cuestionado precepto con la exclusión del detrimento patrimonial del Estado como elemento objetivo del delito y con la inclusión de una salvaguarda constitucional (con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico).

2.1.2. Requisitos objetivos

De la lectura del art. IX de la CICC, se observa que la conducta que describe el acto de enriquecimiento ilícito posee tres requisitos objetivos que deberán ser tenidos en cuenta por los Estados que decidan tipificarlo como delito o en su reforma si ya lo tenían anteriormente previsto en su legislación penal. Estos son: *1)* que exista un incremento del patrimonio de un funcionario público, *2)* que este incremento resulte

¹⁹ José Luis de La Cuesta Arzamendi, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, núm. 17, 2003, p. 13.

²⁰ Enrique Lagos, *El futuro de la convención interamericana contra la corrupción*, Conferencia sobre transparencia y desarrollo en América Latina y el Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo, 2000, p. 3. Véase: <http://www.iadb.org/leg/Documents/Lagos%20Spa.pdf>.

²¹ Carlos Manfróni, *The Inter-American convention against corruption*, op. cit., p. 68.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

excesivo respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y 3) que no pueda ser razonablemente justificado.

2.1.2.1. Incremento del patrimonio de un funcionario público

Se entiende que un funcionario ha incrementado su patrimonio cuando éste experimenta una ventaja por la adquisición de una cosa o derecho (en referencia a todos los derechos reales y personales en sentido amplio), como así también por la transformación de las cosas que ya poseía y que le resulta una plusvalía en su valor original. Es decir, a los efectos de la convención resulta necesaria la modificación de la parte activa del patrimonio a causa del ingreso de uno o varios bienes que pueden ser materiales (inmuebles, vehículos, dinero) o inmateriales (acciones, títulos bancarios o servicios), no siendo compatible con el término “enriquecerse” otros signos de riqueza tal como es el caso de un excesivo gasto personal.²² Esta omisión puede objetarse a los redactores de la convención, pues el enriquecimiento no sólo se considera verificado de forma positiva, sino también cuando se evita la disminución del pasivo por medio de la cancelación de deudas manteniendo incólume el acervo patrimonial, o por la realización de gastos desmedidos, suntuosos o modos de vida desacordes con la realidades económicas del sujeto.

El enriquecimiento patrimonial queda generalmente al descubierto cuando el funcionario no hace constar los movimientos y adquisiciones de capital que realiza en su declaración jurada de bienes, a pesar de que su actualización anual es una obligación legal que se corresponde con el ejercicio del cargo público. La declaración jurada destaca como medio probatorio en los casos de corrupción y especialmente en la per-

secución del enriquecimiento ilícito, pues los indicios que hacen surgir un supuesto incremento patrimonial injustificado normalmente se exteriorizan de forma total o parcial en la prueba documental de las declaraciones y de los exámenes de las mismas. Por eso, este documento es de gran importancia en el combate contra la corrupción, porque en términos generales los actos corruptos son difíciles de comprobar, por lo que el descubrimiento de los mismos se realiza a través de datos o evidencias indiciarias que la propia declaración ofrece a los investigadores cuando su contenido no guarda relación con la entidad real y manifiesta del patrimonio del funcionario.²³

Queda claro que para la detección de los incrementos patrimoniales de los miembros de la función pública, el Estado debe tener un organismo público de control eficiente que registre las declaraciones juradas y que además tenga a su cargo la proyección de su contenido, debiendo contener de manera general la nómina detallada de los ingresos legales y bienes propios del declarante en el país o en el extranjero, los bienes de su cónyuge o conviviente y de los hijos menores si los hubiere, como así también el detalle pormenorizado de sus deudas y gastos.²⁴

De lo expuesto puede afirmarse que el delito de enriquecimiento ilícito guarda una estrecha relación con la declaración jurada de bienes y rentas, es más, existen tipos penales como el previsto en el art. 401 del Código penal de Perú que lo integra como parte del mismo. Además, es importante destacar que la declaración jurada de bienes y rentas es una medida preventiva innovadora que ha sido incluida en el art. III. 4. de la CICC,²⁵ siendo considerada un mecanismo que no sólo ayuda a que los actos estatales cumplan con los principios de publicidad y transparencia, sino también previene hechos de corrupción pública y fortalece el correcto y adecuado cumplimiento de las

²² Dino Carlos Caro Coria, “El delito de enriquecimiento ilícito”, en César Eugenio San Martín Castro, Dino Carlos Caro Coria, José Leandro Peschiera, *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, Jurista, 2002, p. 121.

²³ En ese sentido, destaca Volosin que el control de la evolución patrimonial de los funcionarios mediante el sistema de declaraciones juradas puede ser muy significativo si se lo utiliza para generar sinergias con la investigación judicial del enriquecimiento ilícito. Natalia Volosin, “Medidas para prevenir y detectar transferencias del producto de la corrupción pública en la Argentina. III Medidas para controlar el incremento patrimonial de los funcionarios públicos”, en Guillermo Jorge (dir.), *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Del Puerto, 2008, p. 301.

²⁴ Emilio Cárdenas, Héctor Chayer, *Corrupción judicial. Mecanismos para prevenirla y erradicarla*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 72.

²⁵ Art. III de la CICC: “A los fines expuestos en el Artículo II de esta convención, los Estados partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda”.



funciones públicas.²⁶ En este sentido manifiesta Manfróni que el delito de enriquecimiento ilícito combinado con un buen sistema de declaración jurada de bienes que incluya todo el movimiento patrimonial del funcionario (donaciones, venta, locación, adquisición de bienes, etc.), es un arma extremadamente útil para combatir la corrupción y el lavado de dinero.²⁷

2.1.2.2. Incremento patrimonial excesivo con respecto a los ingresos legales del funcionario durante el ejercicio de sus funciones

Para la constatación de este elemento objetivo, también es de suma importancia la participación del procedimiento de declaración jurada de bienes. Este documento público debe contener, aparte de la enunciación de los bienes registrables, todos los ingresos legales que posea el funcionario, entendiéndose dicho término como: *a)* toda remuneración que reciba por razón del cargo, *b)* por cualquier actividad económica compatible con su función (por ejemplo, la docencia), y *c)* otros ingresos obtenidos lícitamente (rentas provenientes de acciones o títulos bancarios, regalías y dinero obtenido por sorteo o lotería, todos comprobados mediante escritura pública); como también, el detalle pormenorizado de su pasivo, es decir, todas las obligaciones contraídas antes y durante el ejercicio de su cargo público.

El contenido de la declaración jurada de bienes y rentas manifiesta la situación o realidad económica del funcionario antes y durante el ejercicio de su cargo, y mediante la correspondiente pericia técnico-contable se determinará si los bienes que el funcionario ha ingresado a su patrimonio se corresponden con la evolución económica normal de sus bienes y rentas conoci-

das.²⁸ En caso contrario, si se demuestra que el valor de dichos bienes es superior a los ingresos legales que posee el funcionario, se tendría que probar —además— que dicha diferencia es “apreciable o excesiva”. De esta manera, a los efectos de la convención, serían atípicos los incrementos patrimoniales cuyo valor exceda de forma mínima desde la perspectiva de la capacidad económica del funcionario público.²⁹

La excesividad del incremento patrimonial es contemplada en la convención como un elemento normativo en blanco, pues no establece ningún parámetro que determine cuándo la desproporción entre el valor de los bienes adquiridos y los ingresos legales del funcionario es relevante a los fines del tipo. Esto indica que la convención otorga facultad a cada Estado para que al momento de tipificar la conducta de enriquecimiento ilícito, establezca el criterio que determine cuándo la desproporción entre bienes adquiridos e ingresos es notablemente excesiva, y por consiguiente, ilícita (penalmente relevante). Cabe resaltar que los Estados que en sede legislativa no determinen este criterio de ilicitud en sus respectivos tipos penales de enriquecimiento, estarían dejando al juez dicha determinación a su entera discrecionalidad, lo que podría generar un gran margen de inseguridad jurídica.

Además, la norma prevista en el art. IX de la CICC establece un espacio temporal en el que debe materializarse el incremento patrimonial: *durante el ejercicio de las funciones públicas*. Como puede observarse, la convención establece un ámbito temporal específico que comprende el periodo que va desde que el funcionario hace posesión de su cargo, hasta que cesa en sus funciones. Esta decisión parte de la consideración de que si el funcionario público incrementa excesivamente su patrimonio fuera de sus posibilida-

²⁶ Emilio Cárdenas y Héctor Chayer, *Corrupción judicial. Mecanismos para prevenirla y erradicarla*, op. cit., p. 70. “El tema de la información pública, su accesibilidad y disponibilidad ocupa un lugar cada vez más importante en las agendas de las sociedades democráticas, por su importancia para generar un entorno de transparencia. Simultáneamente, la rendición de cuentas de modo amplio y público, tanto a nivel institucional, como de cada uno de los miembros de los tres poderes del Estado, es un mecanismo preventivo crucial”. Por otro lado, no faltan autores quienes sostienen que los Estados, conforme a sus objetivos, dirigen la aplicación de la declaración jurada de bienes y rentas a uno de estos dos enfoques. De esta manera, existen países que la usan en función de un propósito de transparencia en las funciones de los empleados públicos como es el caso de los Estados Unidos y Argentina, y aquellos que utilizan la declaración fundamentalmente como instrumento para detectar el enriquecimiento ilícito como es el caso de los países centroamericanos y Colombia (Julio Piza Rodríguez, *Ley modelo sobre declaración de ingresos, pasivos y activos por parte de quienes desempeñan funciones públicas*, OEA. Vid. www.oas.org/juridico/spanish/preventivas/guate_docs/Dr._Julio_Roberto_Piza_Rodríguez.htm).

²⁷ Carlos Manfróni, *The Inter-American convention against corruption*, op. cit., p. 69.

²⁸ Carlos Fontán Balestra, *Tratado de Derecho penal*, t. VII, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, p. 357. “Para determinar el carácter del enriquecimiento se deberá realizar el análisis de la proporción que resulte al relacionar el volumen del enriquecimiento con las entradas y bienes de fortuna que se le conocen al funcionario; de modo que el aumento pueda ser considerado como normal o no en la evaluación económica de ese patrimonio.”

²⁹ Dino Carlos Coria, *El delito de enriquecimiento ilícito*, op. cit., p. 209.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

des económicas durante el ejercicio de su cargo, es porque se presume que dicho aumento de riqueza fue posible gracias a las ganancias indebidas provenientes de actos ilícitos en los que utiliza su cargo público. Sin embargo, los legisladores nacionales latinoamericanos han adoptado tres enfoques en la determinación del ámbito temporal penalmente relevante: uno coincidente con el ejercicio de las funciones públicas (adoptado por la mayoría), otro abarcado por un término limitado después de haber cesado el agente sus funciones, y por último, un criterio más amplio. En relación a estos dos últimos criterios puede citarse a los Estados de Argentina y Colombia que han ampliado el periodo de imputación del enriquecimiento excesivo del funcionario público a momentos posteriores de la finalización de las funciones públicas. El tipo penal de enriquecimiento ilícito en estos países posibilita que la investigación de las modificaciones patrimoniales significativas de los funcionarios se amplíe hasta dos años en el caso argentino y hasta cinco años en el colombiano, después de que el sujeto haya cesado en sus funciones.

2.1.2.3. Que no pueda ser razonablemente justificado

El último requisito que integra la figura del enriquecimiento ilícito es el que más controversias ha generado al momento de su tipificación dentro de la comisión redactora. Según la convención, no sólo hace falta que el excesivo incremento experimentado por el patrimonio del funcionario no guarde relación con sus ingresos legítimos, sino que se requiere, además, que esta desproporción no pueda ser justificada razonablemente a través de una probada y creíble explicación (por ejemplo, que unos amigos pudientes hayan concedido un préstamo en largas y cómodas cuotas fácilmente ajustables a la realidad económica del funcionario), o por alguna fuente lícita debidamente comprobada (donación, herencia, legado o adjudicación judicial).

La razón de la inclusión de este elemento normativo radica en la posibilidad de que los bienes que incrementaron el patrimonio del funcionario hayan podido ser en verdad adquiridos por el funcionario por medio de alguna fuente económica que no consignó

en su declaración jurada de bienes (que en todo caso podría constituir una falta administrativa leve o grave según el ordenamiento disciplinario), desvirtuando la sospecha de cualquier origen espurio de esos bienes y justificando su posesión lícita cuando así le sea requerido. Por ejemplo, se podría descubrir que un funcionario ha adquirido un automóvil lujoso cuyo valor ronda los 50.000 euros, siendo en principio imposible que pueda solventarlo con la retribución que recibe del Estado. Sin embargo, al ser requerido su justificación puede bien acreditar mediante sentencia de adjudicación que el automóvil lo obtuvo a través de un juicio sucesorio.

Así también, la interpretación de la no justificación del incremento patrimonial ha dividido a la doctrina acerca de su naturaleza comisiva u omisiva del delito de enriquecimiento ilícito, lo que ha hecho que el mismo sea catalogado como un delito complejo.³⁰ Para un sector doctrinal esta figura delictiva se encuadraría dentro de los delitos de omisión, puesto que el delito se consumaría en el momento que el funcionario omite justificar su enriquecimiento patrimonial. Según esta forma de interpretación, es necesaria la participación de un órgano del Estado que realice previamente el requerimiento de justificación al constatarse *prima facie* un enriquecimiento que reúna los caracteres ya descritos, por lo que una vez efectuada y omitida por el funcionario se consuma el delito. Pero el criterio mayoritario sostiene que es una figura de naturaleza comitiva, pues contiene un mandato que pretende evitar que los funcionarios utilicen sus cargos para aumentar indebidamente sus patrimonios. Además, no se podría concluir que la norma se sustente en el mero silencio del funcionario, en atención a que éste es un derecho reconocido en varios pactos internacionales y contemplado de forma general en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados.³¹

2.1.3. Aciertos y desaciertos en la configuración del Art. IX de la CICC

La comisión redactora ha hecho bien en incluir en su texto al art. XII cuyo contenido normativo tiene una relevante conexión con todos los delitos previstos en

³⁰ Jorge Mikkelsen-Loth, *Enriquecimiento ilícito*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 52.

³¹ El derecho a abstenerse a declarar forma parte del derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable dispuesto en los arts. 8.g. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.g. del Pacto Intencional de Derechos Civiles y Políticos.

la convención y, especialmente, con el delito de enriquecimiento ilícito. Este precepto expresa: “Para la aplicación de esta convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado”. La disposición de este precepto ha sido tenida en cuenta en la redacción del delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art. IX, ya que describe una conducta peligrosa para la función pública que se exterioriza en el injustificado incremento patrimonial de un funcionario público, no requiriendo para su consumación un detrimento patrimonial al Estado.

La posible razón que ha llevado a que el detrimento patrimonial estatal no constituya un elemento objetivo de delito de enriquecimiento ilícito, sería la difícil demostración de la relación de causalidad entre el enriquecimiento del funcionario y un acto ilícito que produzca un detrimento patrimonial al Estado, pues casuísticamente el funcionario puede enriquecerse por medio de un sinnúmero de actividades lícitas e ilícitas. Además, si se llegase a demostrar que el incremento patrimonial tuvo su origen en un acto ilícito que tuvo como resultado la obtención indebida de caudales públicos (en detrimento del erario), el delito de enriquecimiento ilícito sería desplazado por otros delitos contra las funciones públicas cuyo injusto castiga tanto la deshonestidad del funcionario como el perjuicio económico al Estado, tal como lo hace el delito de malversación de caudales públicos.

Como se ha señalado anteriormente, el art. IX peca al tener en cuenta solamente el enriquecimiento en su modalidad positiva (ingreso efectivo de bienes al patrimonio), omitiendo referencia alguna sobre el enriquecimiento negativo que consiste en evitar la disminución del patrimonio por la cancelación de deudas u obligaciones contraídas. Así, podría darse el caso de un funcionario que pudo haber contraído préstamos a plazos cuyas cuotas las iba pagando mensualmente a medida que percibía sus remuneraciones legales, pero posteriormente se descubre que ha cancelado todas sus deudas de una sola vez, lo cual resulta razonablemente inviable debido a que su remuneración estatal o, en su caso, la totalidad de sus ingresos, no tenía la capacidad suficiente para pagar totalmente

sus deudas. Actualmente, existe consenso en entender que un patrimonio se enriquece cuando su titular logra eliminar las cargas (deudas u obligaciones) que gravan a sus activos, manteniendo incólume su acervo patrimonial. Es por ello que las citadas modalidades (activa y pasiva) deberían haber sido conductas equiparables de enriquecimiento a los efectos del tipo penal previsto en el art. IX de la convención.

Por último, cabe señalar que el departamento jurídico interamericano, ante las dudas que suscitaba la tipificación del soborno transnacional y del enriquecimiento ilícito (delitos que están condicionados a ser incluidos en la legislación interna de los Estados por una cláusula de salvaguarda), aprobó el 22 de agosto de 1998 la “Legislación modelo sobre enriquecimiento ilícito y soborno transnacional”, con dos artículos que exclusivamente se enfocan al soborno transnacional, aclarando qué ha de entenderse por soborno transnacional, por funcionario público, por función pública, qué tipo de sanciones deben imponerse a los responsables de este delito, como también otras cuestiones relativas a aspectos jurisdiccionales, de asistencia y cooperación internacional.³² Sin embargo, dicho documento no dice nada, ni contempla precepto alguno sobre la tipificación del enriquecimiento ilícito, a pesar de que su contenido expresa que es una guía para el legislador sobre la aplicación de este delito.³³ No se sabe exactamente por qué la citada dependencia de la OEA creó un documento que no refiere norma alguna sobre uno de los preceptos que indican su objeto y contenido, pero lo cierto es que este instrumento jurídico carece de disposiciones sobre aplicación e interpretación del delito de enriquecimiento ilícito, que en caso contrario, hubiera contribuido a una mejor determinación típica en las legislaciones internas y a disipar en cierto modo las controversias y criterios dispares que existen sobre esta figura delictiva en la doctrina.

2.2. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)

Los antecedentes de la CNUCC pueden encontrarse en la magnitud que habían adquirido la delincuencia orga-

³² Demelsa Benito Sánchez, *Notas sobre la Corrupción transnacional. Sus efectos y su combate*, op. cit., p. 247.

³³ Esta afirmación puede corroborarse observando el texto del documento “Legislación modelo sobre enriquecimiento ilícito y soborno transnacional” emitido por el comité jurídico interamericano dependiente de la OEA. Véase <http://www.oas.org/juridico/spanish/legmodel.htm>.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

nizada transnacional y la corrupción a nivel mundial. A comienzos del siglo XXI, la ONU había hecho enormes esfuerzos para contrarrestar los efectos nocivos de estos fenómenos a través de la creación de instrumentos jurídicos de carácter global, entre los que se destaca la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada firmada en el año 2000 en Palermo (Italia). Poco tiempo después, la asamblea general aprueba la resolución 55/61 en la cual se reconoce la conveniencia de contar con un instrumento jurídico internacional contra la corrupción independiente de la convención de Palermo. Asimismo, en el mismo documento se solicita al secretario general que constituya un grupo intergubernamental de expertos que examine, prepare y negocie el proyecto del futuro instrumento jurídico contra la corrupción.³⁴ El resultado de las negociaciones fue la adopción y firma en la ciudad de Mérida (México) de la CNUCC el 31 de octubre de 2003.

La CNUCC constituye el primer instrumento jurídico internacional de carácter universal que establece políticas preventivas, represivas y de cooperación contra la corrupción pública y privada,³⁵ tanto doméstica como internacional. Este instrumento expresa la política mundial contra la corrupción estableciendo una serie de estrategias amplias dirigidas a los sectores políticos, sociales y económicos de nuestras sociedades. Estas estrategias tienen como objetivo la inclusión y activa participación de todas las instituciones de los Estados en la lucha contra la corrupción, ya sean las entidades fiscalizadoras superiores, los ministerios públicos, la policía, las instituciones de supervisión financiera, la administración pública, el sector privado y la sociedad civil.

La convención está compuesta por 71 artículos y se estructura en ocho capítulos, siendo los siguientes: 1) disposiciones generales, 2) medidas preventivas,

3) penalización y aplicación de la ley, 4) cooperación internacional, 5) recuperación de activos, 6) asistencia técnica e intercambio de información, 7) mecanismos de aplicación y 8) disposiciones finales. En relación a su normativa, los legisladores nacionales y los encargados de introducir las políticas dispuestas en la convención deben tener presente que dicho documento ha establecido un orden de prioridad en sus disposiciones, ya que no todas tienen el mismo grado de aplicación. En general, las disposiciones pueden agruparse en tres categorías: *a)* medidas obligatorias, que consisten en obligaciones de legislar, *b)* medidas que los Estados parte deben considerar o procurar aplicar y *c)* medidas que son facultativas.³⁶

2.2.1. El delito de enriquecimiento ilícito en la CNUCC. Art. 20

La CNUCC establece al enriquecimiento ilícito como un delito cuya penalización debe ser considerada por los Estados partes, lo que significa que su tipificación dentro de legislaciones internas no es obligatoria. La convención es el segundo instrumento a nivel internacional que contempla el delito de enriquecimiento ilícito, y en virtud a su carácter mundial ha posibilitado que muchos países que no forman parte del continente americano (cuyos países en su mayoría tienen tipificado al enriquecimiento ilícito como delito en sus códigos penales) fueran paulatinamente introduciendo este acto de corrupción dentro de sus ordenamientos penales. Además, la incorporación de este delito al citado documento internacional implica la extensión al mismo de las consecuencias jurídicas de todas las instituciones que incluye, como son la prescripción, la incriminación de los diversos grados de participación, la cooperación internacional y la recuperación de activos.

³⁴ Resolución de la asamblea general de la ONU-A/RES/51/61 de fecha 4 de diciembre de 2000, "Un instrumento jurídico internacional contra la corrupción".

³⁵ Uno de los rasgos novedosos de la convención es que prevé medidas legislativas para combatir a la corrupción privada las cuales se encuentran enumeradas en su art. 12. La razón de este precepto es el reconocimiento de que hoy en día el fenómeno de la corrupción ha superado lo público para introducirse en el sector privado, especialmente, el relacionado con las bases del sistema económico de los Estados. Por ello se insta a los Estados parte de la convención a adoptar medidas civiles, administrativas y la sanción de tipos penales para la combatir la corrupción privada con la finalidad de contrarrestar las distorsiones que este fenómeno produce en los principios de apertura y libertad de los mercados, en la competencia legal y en la transparencia del comercio internacional. Según un informe del Instituto Max Planck se puede distinguir hasta cuatro perspectivas diferentes de la corrupción privada: 1) la laboral, 2) la que se efectúa a partir del derecho de la competencia, 3) la que se centra en las implicaciones penales del proceso de privatización de la administración y 4) la que atiende a los aspectos patrimoniales de la corrupción (Adán Nieto Martín, "La corrupción en el sector privado. Reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado", *Revista Penal*, núm. 10. 2002, p. 56).

³⁶ *Guía legislativa para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la corrupción*, Nueva York, Naciones Unidas, 2006, p. 26.



Puede decirse que la tipificación como delito del incremento patrimonial excesivo e injustificado de un funcionario público ha adquirido en los últimos años una notable relevancia como medida a ser adoptada para combatir la corrupción, afirmación que se refleja en el propio texto de la convención que la refiere en dos partes concretas. La primera mención aparece en el preámbulo de la convención, que señala expresamente que los Estados parte están convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito del funcionario es un comportamiento particularmente nocivo para las tres bases fundamentales sobre las que se sustenta un Estado, que son la economía, la ley y las instituciones democráticas. El hecho de que el enriquecimiento ilícito haya sido reconocido en la misma exposición de motivos de la CNUCC (circunstancia que no ocurre con otros delitos contra la corrupción) demuestra la importancia que se le da a los efectos negativos que puede producir la posesión de riqueza inexplicable en los miembros de la función pública, dañosidad que subyace en la idea de que la obtención injustificada de bienes sólo es posible mediante beneficios económicos ilícitos provenientes de la comisión de delitos graves en los que se ha utilizado un cargo público. La segunda mención está dada en la norma del art. 20, que establece la descripción del delito de enriquecimiento ilícito a los efectos de la convención.

2.2.2. Consideraciones acerca de los requisitos objetivos

El art. 20 de la CNUCC expresa:

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Como puede observarse, los redactores de la CNUCC han descrito al acto de corrupción de enriquecimiento ilícito siguiendo el mismo criterio adoptado en el art. IX de la CICC, salvo con algunas diferencias puntuales. En cuanto a las semejanzas, el injusto del tipo penal descansa de la misma forma que el art. IX en tres requisitos objetivos: 1) *el incremento significativo del patrimonio del funcionario*, 2) *respecto de sus ingresos legítimos* y 3) *que no pueda ser razonablemente justificado por él*.³⁷ Así también, introduce una cláusula de salvaguarda (con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito) que funciona a modo de filtro con respecto a las obligaciones de los Estados parte en caso de que existan normas constitucionales o fundamentales en conflicto con esas obligaciones.³⁸

Esta cláusula otorga a la norma prevista en el art. 20 la categoría de “medida cuya aplicación debe ser considerada por los Estados”, y se justifica en la posibilidad de que la construcción jurídica del delito de enriquecimiento ilícito tal vez pueda estar en contradicción con normas y principios constitucionales de los Estados partes al momento de su introducción a sus ordenamientos penales,³⁹ especialmente los que se refieren al principio de legalidad, el de culpabilidad y la inversión de la carga de la prueba. La adecuación o no del delito de enriquecimiento ilícito a los parámetros constitucionales depende del propio sistema jurídico de cada país, y aunque su tipificación no sea obligatoria, no debe olvidarse que la propia cláusula de salvaguarda conlleva a cada Estado que suscriba y ratifique la convención, el deber de realizar un estudio serio y real en el plano legislativo y judicial acerca de la compatibilidad de este delito con su ordenamiento jurídico. En ese sentido, Costa Rica es uno de los países que ha cumplido el trámite inscrito en la cláusula de salvaguarda, pues el Congreso de esa nación, a través de la herramienta jurídica de la consulta legislativa facultativa de constitucionalidad,

³⁷ De acuerdo a que el art. 20 de la CNUCC posee básicamente el mismo contenido normativo que el previsto en el art. IX de la CICC, nos remitimos a los comentarios que hemos realizado en los apartados 2.1.2.1, 2.1.2.2. y 2.1.2.3.

³⁸ *Guía legislativa para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la corrupción*, op. cit., p. 4, párr. 13.

³⁹ Gustavo Bruzzone, Hernán Gullco, “Acerca de la controvertida adecuación constitucional del tipo penal de enriquecimiento ilícito de funcionario público”, en Gustavo Bruzzone, Hernán Gullco (coords.), *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 10. “La convención se pliega a la convención interamericana cuando la supedita a la Constitución y a los principios fundamentales del ordenamiento de cada Estado, lo que revela la existencia de opiniones en la comunidad internacional en el sentido de que la incriminación de esta figura podría hallarse en pugna con tales normas.”

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

ha remitido el proyecto de la actual Ley N° 8422/04 “Contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito” a la Corte Suprema de Justicia para que estudie y se expida acerca de su constitucionalidad antes de sancionarlo como ley.

En cuanto a las diferencias con el art. IX de la CICC, el art. 20 de la CNUCC no introduce en la figura de enriquecimiento ilícito referencia alguna sobre el periodo en el cual debe ocurrir el o los actos que posibilitan el incremento patrimonial del funcionario (en la CICC el enriquecimiento debe producirse durante el ejercicio del cargo). Llama la atención que los redactores de la convención hayan omitido integrar a la estructura del comportamiento punible un elemento espacio-temporal que conecte el acto corrupto con la lesividad de la función pública, pues sin este elemento el art. 20 sólo estaría describiendo un simple hecho patrimonial llevado a cabo por un funcionario carente de relación alguna con el ejercicio deshonesto y arbitrario de un cargo público, que es el núcleo central de todo delito de funcionario público. Un hecho con las características señaladas no puede ser considerado ilícito y menos constitutivo de delito, porque los mismos Estados estimulan y permiten dentro de su territorio la adquisición y circulación de bienes entre sus ciudadanos como un aspecto clave de sus políticas económicas, y hasta incluso puede considerarse actualmente un derecho fundamental de toda persona.

Ahora bien, el rasgo más importante que posee el art.20 es que antepone a los elementos objetivos que describen la conducta punible del enriquecimiento ilícito un elemento subjetivo que se expresa mediante la frase “*cuando se cometa intencionalmente*”. Es sabido que generalmente los códigos penales poseen un precepto que expresa que todo delito sólo puede cometerse de forma dolosa o imprudente, y que un comportamiento punible sólo puede comprender una modalidad imprudente cuando el tipo penal permita taxativamente dicha posibilidad en su marco legal. Con la inclusión de este elemento subjetivo adicional, todo Estado que decida introducir el delito de enriquecimiento ilícito a su legislación interna sólo lo podrá tipificar en su forma dolosa, lo que quiere decir

que la convención veda por completo cualquier posibilidad de establecer un tipo imprudente.⁴⁰ En otras palabras, la convención sólo considera punible que un funcionario realice actos patrimoniales de adquisición de bienes con el propósito directo de enriquecerse, a sabiendas de que su valor sobrepasa excesivamente el límite de la capacidad económica que le proporciona sus ingresos legales.

La implementación del enriquecimiento ilícito como medida legislativa ha sido tomada en cuenta por los Estados partes de varias formas. Lo normal es la tipificación de este acto de corrupción como delito dentro de sus ordenamientos penales, pero algunos Estados lo han introducido en sus legislaciones internas como medidas administrativas de carácter preventivo no penal. De hecho, la Oficina contra la Droga y el Delito de la ONU ha señalado como alternativa a la incriminación del enriquecimiento ilícito la posibilidad de que esta conducta sea prevista como sanción administrativa que no requiere la incondicional presunción de inocencia y no trae consigo el estigma de la pena de prisión. Así, las sanciones a ser aplicadas serían la destitución del cargo de funcionario público, la pérdida de licencias o inhabilitación para realizar contratos públicos y la exclusión de ciertas profesiones.⁴¹

Brasil ha seguido esta alternativa tipificando al enriquecimiento ilícito como un ilícito no penal en la Ley 8422/92 “De improvidade administrativa” que establece para aquellos funcionarios públicos que obtienen para sí o para otro, en el ejercicio de mandato, cargo o empleo público, bienes de cualquier naturaleza cuyo valor sea desproporcional a la evolución de su patrimonio u otra renta, sanciones administrativas (multa, pérdida del cargo público), civiles (pérdida de los bienes obtenidos ilícitamente, resarcimiento del daño) y políticos (suspensión de los derechos políticos de ocho a diez años).

Lo más llamativo sobre el art. 20 es que la propia guía legislativa para la aplicación de la CNUCC reconoce al enriquecimiento ilícito como un mecanismo legislativo útil para disuadir a los funcionarios de cometer actos de corrupción, sino también para *superar las dificultades que tienen los fiscales a la hora de de-*

⁴⁰ Este es el criterio adoptado por la convención en relación con los actos de corrupción previstos en los arts. 15 al 25, ya que un funcionario o un particular no podría realizar dichas conductas inintencionalmente (*Notas interpretativas para los documentos oficiales de la negociación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Travaux Préparatoires*, párrafo 27, p. 5. Véase A/58/422/Add.1).

⁴¹ *The global programme against corruption. Anti-corruption toolkit*, Viena, Naciones Unidas, 2004, p. 456.



*mostrar que un funcionario ha solicitado o aceptado sobornos (aunque debe admitirse que también pueden ser otros delitos funcionariales) en los casos en que su enriquecimiento es tan desproporcionado respecto de sus ingresos legítimos que puede establecerse prima facie que se ha cometido un acto de corrupción.*⁴² Esto supone un reconocimiento expreso de la naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito de otros delitos funcionariales que no pueden ser probados, cuyas ganancias ilícitas serían las fuentes económicas que permiten el enriquecimiento patrimonial del funcionario.

Por otra parte, la guía también admite que en este delito es el funcionario quien debe justificar razonablemente el incremento significativo de su patrimonio, lo que en algunas jurisdicciones puede ser contrario al derecho a la presunción de inocencia, pero afirma que no existe una presunción de culpabilidad ya que la carga de la prueba la tiene el fiscal quien tiene que demostrar que el enriquecimiento del acusado es superior a sus ingresos legítimos. En todo caso —sostiene la guía— puede considerarse como un presunción refutable, pues hecha la acusación el funcionario puede presentar una justificación razonable o creíble.⁴³

A esta última afirmación se le puede dirigir dos críticas. En primer lugar, en un Derecho penal garantista y respetuoso con los derechos fundamentales no puede admitirse preceptos que establezcan responsabilidades por hechos presuntos, aunque de por sí fueran refutables o *iuris tantum*, pues estas construcciones sustantivas serán siempre nulas y sin valor por ser contrarias a la presunción de inocencia. En segundo lugar, el funcionario acusado no tiene obligación de presentar ningún tipo de justificación sobre lo que se le acusa, puesto que le asiste el derecho a abstenerse a declarar, silencio que nunca podrá ser tenido en su contra.

2.3. Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la Corrupción (CUAC)

Este convenio fue impulsado y adoptado por la organización de la Unión Africana que agrupa a todos los

países del continente africano (menos Marruecos), el 11 de julio de 2003 en Maputo, Mozambique. El documento consta de 28 artículos, y entre sus objetivos se destaca la cooperación entre los países firmantes a fin de promover y fortalecer el desarrollo de mecanismos para prevenir, detectar, castigar y erradicar la corrupción y otros delitos conexos en África, y garantizar la efectividad de esas medidas. La convención se centra en cuatro vías principales para combatir la corrupción: prevención, castigo, cooperación y educación. En particular, fortalece las leyes de corrupción con una lista de delitos que pueden ser castigables en la legislación local, esboza medidas a ser tomadas para permitir la detección e investigación de delitos de corrupción, indica mecanismos para la confiscación y decomiso de los frutos de los actos corruptos y delito conexos,⁴⁴ entre otras medidas.

El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra previsto en la CUAC, en el art. 8, que expresa:

1. Con sujeción a las disposiciones de sus derechos internos, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para establecer en su legislación el delito de enriquecimiento ilícito.
2. Para los Estados parte que hayan tipificado el enriquecimiento ilícito como delito en su legislación interna, tal delito se considerará un acto de corrupción o delito conexo a los efectos de la presente convención.
3. Todo Estado parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito como delito deberá, en la medida en que sus leyes lo permitan, proporcionar asistencia y cooperación a cualquier Estado requirente con respecto a este delito según lo dispuesto en este convenio

Como es habitual, y siguiendo el mismo criterio de las CICC y CNUCC el art. 8 de la CUAC contiene al principio una cláusula de salvaguarda que se expresa con la frase “con sujeción a las disposiciones de sus derechos internos”. Esta cláusula fue incluida por las objeciones de los grupos críticos de la CUAC que veían a la disposición sobre enriquecimiento ilícito como una erosión del principio de presunción de inocencia del Derecho penal. En este sentido, Muna señala que en un caso de enriquecimiento ilícito, que implica rique-

⁴² Guía legislativa para la aplicación de la convención de las naciones unidas contra la corrupción, *op. cit.*, p. 87, párr. 296.

⁴³ *Ibidem*, párr. 297.

⁴⁴ El comité redactor decidió agregar a lo largo de esta convención las palabras “y delitos conexos” para superar los problemas de definición y discrepancias en los sistemas legales de los distintos Estados parte. Akere Muna, “La convención de la unión africana contra la corrupción”, en *Transparencia Internacional. Informe global de la corrupción*, Berlín, 2004, p. 149.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

za no justificable, normalmente la fiscalía corre con la carga de la prueba y por lo tanto debe demostrar más allá de toda duda razonable que la riqueza adquirida no está justificada por los ingresos de un funcionario. Sin embargo, bajo la convención, la fiscalía no está legalmente obligada a demostrar más allá de toda duda razonable que la riqueza excede de los ingresos del funcionario público, ni tampoco debe demostrar que los ingresos injustificados son resultado de actos de corrupción, dado que se presume automáticamente que los ingresos injustificados provienen de una fuente corrupta. De esta manera, es probable que la disposición que contempla este delito enfrente cuestionamientos legales, particularmente en países donde la presunción de inocencia está establecida constitucionalmente.⁴⁵

Si bien el art. 8 de la CUAC recomienda a los Estados africanos castigar el delito de enriquecimiento ilícito, es llamativo que los redactores no hayan establecido en dicho artículo qué significa el enriquecimiento ilícito y cuáles son sus elementos objetivos, sino que lo han hecho en el art. 1 (que acoge algunas definiciones a efectos de la convención) definiéndolo como el incremento de los bienes de un empleado público o de cualquier persona que no pueda explicar razonablemente en relación a sus ingresos. De la definición expuesta se deduce que, a efectos de la convención, el enriquecimiento ilícito es una figura criminal que puede ser realizada tanto por un funcionario público, como también por “cualquier otra persona”, lo que deja abierta la posibilidad de que los Estados firmantes puedan introducir en sus legislaciones internas, a parte del delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, el de particulares, tal como lo hace Colombia.

La decisión de que el sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito también lo pueda ser un sujeto privado, es porque la convención ha adoptado un enfoque común acerca de la corrupción, ya que entiende

que en los delitos que derivan de ella el funcionario público no es el principal infractor, admitiendo que su comisión puede ser llevada a cabo con y por agentes del sector privado.⁴⁶

3. La cláusula de salvaguarda y su procedimiento de aplicación

Todo compromiso asumido por un Estado a través de un convenio internacional tiene fuerza obligatoria según la conocida regla imperativa de Derecho internacional o de *ius cogens pacta sunt servanda*,⁴⁷ que constituye un principio tan estricto que ningún Estado puede justificar el incumplimiento de un tratado aunque se vean afectadas disposiciones de su derecho interno.⁴⁸ La obligatoriedad de las normas internacionales encuentra su fundamento en la convicción de los Estados de que las mismas les convienen para la solución de sus problemas e intereses comunes, resultando necesario que esas normas se cumplan y que su cumplimiento sea exigible sobre la base del consentimiento manifestado por los Estados, más aún cuando ellos son sus principales creadores y destinatarios.⁴⁹ Estas normas producen efectos de derecho que consisten principalmente en la creación, modificación, extinción de obligaciones y derechos subjetivos dentro del ordenamiento jurídico del Estado firmante, siendo un claro ejemplo el compromiso de tipificar conductas criminales previstas en acuerdos internacionales.

En las convenciones internacionales contra la corrupción, una de las obligaciones más importantes asumidas por los Estados miembros es la referida a la introducción en sus legislaciones internas de medidas legislativas en materia penal relativas a la tipificación de una serie de delitos contra la corrupción, en la medida en que ya no estén definidos como tales en sus ordenamientos penales. Las citadas convenciones han optado por el mismo criterio de establecer normas obligatorias en cuanto a su penalización, pero

⁴⁵ Akere Muna, *La convención de la unión africana contra la corrupción*, op. cit., p. 150.

⁴⁶ Akere Muna, *La convención de la unión africana contra la corrupción*, op. cit., p. 149.

⁴⁷ Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986): “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

⁴⁸ Art. 27.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986): “Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En ese sentido, sostiene Pastor Ridruejo que los tratados deben observarse aunque sean contrarios al derecho interno de alguno de los Estados parte, y afirma que el tribunal de La Haya se ha manifestado categóricamente a este respecto argumentando que un Estado no puede sustraerse a las obligaciones que le imponen los tratados invocando su derecho, constitución o leyes internas (José Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 120).

⁴⁹ Fernando Mariño Menéndez, *Derecho internacional público*, Valladolid, Trotta, 1999, p. 252.



las han dividido en dos grandes grupos de acuerdo a su grado de cumplimiento. En la primera se aglutinan delitos cuya penalización es obligatoria y deben ser incluidas sin más dentro de las legislaciones penales de los Estados (soborno, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones públicas, blanqueo de capitales, encubrimiento y obstrucción de Justicia). En la segunda se contemplan delitos que tienen una construcción jurídica que podría estar en contradicción con los principios constitucionales y fundamentales de los Estados contratantes. Entre estos delitos se encuentra el enriquecimiento ilícito cuya tipificación no es de cumplimiento obligatorio e inmediato, porque su penalización es considerada por los convenios como una medida a ser considerada por los Estados contratantes. Sin embargo, la cláusula de salvaguarda que posee el delito de enriquecimiento ilícito obliga a los Estados a realizar el correspondiente test de constitucionalidad a fin de corroborar su compatibilidad con su ordenamiento jurídico, para que en el eventual caso de que sea contrario, pueda excusarse de su cumplimiento.

Como se ha venido señalando, es constante el debate en la doctrina y jurisprudencia sobre los problemas de índole dogmático y constitucional que emanan del tipo penal de enriquecimiento ilícito por su supuesta contradicción con varios principios sustantivos y procesales de naturaleza penal que actualmente tienen consideración constitucional como son el de inocencia, legalidad, culpabilidad e inversión de la carga de la prueba. Por esa razón, los proyectistas de los convenios contra la corrupción han establecido en el delito de enriquecimiento ilícito una cláusula de salvaguarda.⁵⁰ En una primera aproximación, puede decirse que las cláusulas de salvaguarda surgen como mecanismos de flexibilización *ab intra*, es decir, se encuentran dentro de los tratados para suavizar o matizar las previsiones convencionales contenidas en ellos con miras a garantizar los intereses soberanos de los Estados.⁵¹ Estas cláusulas son previstas en ciertas disposiciones de acuerdos internacionales cuando del cumplimiento de las mismas se previera un posible

conflicto entre un interés particular en juego del Estado contratante y el interés perseguido por el tratado, el cual se encuentra exteriorizado en la obligación convencional. Esto significa que los Estados que participan en la elaboración de un tratado han alcanzado un compromiso político al introducir una cláusula de salvaguarda en una obligación contractual previendo en qué casos debe prevalecer el interés del Estado o del tratado.

En los tres convenios que se han estudiado, las partes contratantes han convenido introducir una cláusula de salvaguarda en la disposición que describe la conducta del delito de enriquecimiento ilícito que se individualiza mediante una frase que en mayor o menor medida refiere “con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”, la cual advierte de un posible conflicto de intereses de índole constitucional y legal como consecuencia de su introducción en las legislaciones penales. Así también, señala que el interés estatal será superior cuando se verifique que del cumplimiento de la obligación convencional (tipificación del delito) surja un menoscabo grave a los derechos fundamentales de índole constitucional que amparan a toda persona sometida a proceso. Por lo tanto, la cláusula de salvaguarda constituye en una vía de escape pactada anticipadamente por los Estados que suscriben un convenio internacional para abstenerse a cumplir con una obligación prevista en el mismo.⁵²

Desde el punto de vista jurídico se entiende por “cláusula de salvaguarda” a la disposición que faculta a un Estado, en el marco de un acuerdo internacional, a abstenerse en todo o en parte del cumplimiento de ciertas obligaciones previstas, siempre que existan condiciones y circunstancias que justifiquen su puesta en práctica. En este sentido, Manin sostiene que son disposiciones contenidas en ciertos acuerdos internacionales que ofrecen la facultad a los contratantes que las invocan de derogar temporalmente, en todo o en parte, disposiciones que comportan dichos acuerdos en el momento y mientras existan condiciones particulares que justifiquen su aplicación.⁵³ Por su parte,

⁵⁰ Pablo Martín Rodríguez, *Flexibilidad y tratados internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 187: “Este tipo de estipulación convencional ha ido adquiriendo con el paulatino asentamiento de la experiencia convencional en la sociedad internacional un grado notable de perfeccionamiento y generalización. No en vano, en las cláusulas de salvaguarda se han encontrado estrechos vínculos con las instituciones de flexibilización más clásicas del Derecho internacional”.

⁵¹ Pablo Martín Rodríguez, *Flexibilidad y tratados internacionales*, *op. cit.*, p. 144.

⁵² Carlos Manfroni, *Soborno transnacional*, *op. cit.*, p. 100.

⁵³ A. Manin, “A propos des clauses de sauvegarde”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 1, París, 1970, p. 4.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

Gori dice que las cláusulas de salvaguardas son aquellas que, por vía de excepción, permiten excepciones al funcionamiento normal de la convención, en particular con vistas a permitir a cada parte contratante remediar las dificultades que resultan de la puesta en práctica de la reglamentación normal establecida por la convención o que están estrechamente conectadas con ella.⁵⁴

En la doctrina existe consenso de que las cláusulas de salvaguarda facilitan la ejecución de los acuerdos internacionales, pues al contar con el respaldo de la salvaguarda los Estados se sienten proclives a firmar cualquier compromiso internacional y a asumir las obligaciones que derivan de ellos, confiados en que podrán excluirse de determinados efectos no queridos que afecten su sistema jurídico sin vulnerar el principio *pacta sunt servanda*.⁵⁵ Es importante destacar que la cláusula de salvaguarda prevista en los arts. IX de la CICC y 20 de la CNUCC se diferencian en gran medida de las contempladas en convenios y acuerdos internacionales de índole económico porque éstas se caracterizan por ser abiertas, vagas y, a veces, indeterminadas,⁵⁶ en cambio, las previstas en los convenios contra la corrupción son más específicas por estar referenciadas exclusivamente a un posible conflicto de orden constitucional o legal que podría causar la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito. De esta manera, lo positivo de las cláusulas de salvaguarda descansa en que actualmente se las considera un mecanismo fundamental que trata y ofrece soluciones a futuros conflictos que pueden derivar de la aplicación de los tratados internacionales, pero su lado negativo se demuestra en su difícil comprensión y en la complejidad que conlleva su procedimiento de aplicación efectiva.

En cuanto al procedimiento que debe realizar un Estado para abstenerse de cumplir la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, Manfroni sostiene que al ser la cláusula de salvaguarda una posibilidad de exclusión pactada en el mismo tratado cuya condición o motivo se establece en la propia cláusula, cualquier Estado que manifiesta que el delito en cuestión resulta contrario a su Constitución o principios fundamentales daría la facultad de dejar de tipificarlo sin la necesidad de realizar ningún tipo de reserva o manifestación al respecto.⁵⁷ Según la opinión de este autor, si un Estado concluye que la figura del enriquecimiento ilícito se opone a sus principios constitucionales automáticamente estaría legitimado para no tipificarlo sin que sus órganos representativos tengan la necesidad de emitir una declaración que justifique tal decisión.

No se comparte este argumento, ya que todo Estado que no cumpla alguna disposición prevista en un acuerdo internacional debe remitir al organismo encargado de su cumplimiento las explicaciones acerca de tal omisión, pues de lo contrario incurriría en un acto ilícito internacional. El Estado que no desee tipificar el delito de enriquecimiento ilícito contenido en las convenciones debe hacer efectivo la cláusula de salvaguarda, cuya aplicación requiere el cumplimiento de una serie de requisitos sustantivos y procedimentales previos, en razón a que esta facultad no es irrestricta, sino jurídicamente limitada. En primer lugar, todo convenio o acuerdo internacional suscrito por un país debe posteriormente ser objeto de discusión parlamentaria por parte del Poder Legislativo a los efectos de dar el trámite legal correspondiente para su ratificación e ingreso dentro de su ordenamiento jurídico, y asimismo, para que dicha institución estatal debata sobre la congruencia del respectivo delito

⁵⁴ Pablo Martín Rodríguez, *Flexibilidad y tratados internacionales*, op. cit., p. 188.

⁵⁵ Al respecto, Martín Rodríguez señala que la naturaleza convencional de la flexibilidad *ab intra* es trascendental para afirmar su pertinencia como instrumento de modulación de la normativa convencional. Si respecto a otros mecanismos más generales es argumentable una cierta oposición con el principio *pacta sunt servanda*, en el caso de la flexibilidad *ab intra* debe excluirse cualquier atisbo en ese sentido. La naturaleza convencional de los mecanismos de flexibilización *ab intra* significa que en ningún caso la existencia o el contenido de la flexibilidad puede considerarse un ataque al principio *pacta sunt servanda* (Pablo Martín Rodríguez, *Flexibilidad y tratados internacionales*, op. cit., p. 143).

⁵⁶ Es práctica común que en los acuerdos internacionales de intercambio comercial entre países o bloques de países existan cláusulas de salvaguarda que garanticen a los Estados la adopción de medidas temporales que tiendan a corregir efectos imprevistos dentro de su mercado, especialmente, en cuanto a lo que se refiere a la eliminación o restricción de una preferencia arancelaria a un cierto producto. Estas medidas se adoptan para reparar o prevenir un daño grave a la economía nacional de un determinado país. Dada la amplitud de situaciones que se pueden dar en el comercio, existen diferentes modalidades de cláusulas de salvaguarda según las cuales, es posible reconocer una amplia diversidad de procedimientos y de causales susceptibles de ser invocadas. En ese sentido, la Organización Mundial del Comercio ha creado en base al art. XIX del GATT el "Acuerdo sobre salvaguardas", a fin de armonizar en un instrumento único, las condiciones, procedimientos y causas que ameritan la aplicación de una cláusula de salvaguarda. El texto del acuerdo puede consultarse en la web: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/25-safeg.pdf.

⁵⁷ Carlos Manfroni, op. cit.



con la Constitución y los principios legales que rigen en su territorio.⁵⁸ Si del debate parlamentario se concluye que el delito que posee la cláusula de salvaguarda no contradice la Constitución y los principios del ordenamiento jurídico del país contratante, el Poder Legislativo asume la obligación de introducir dicho delito en su legislación penal siempre que no lo haya tipificado con anterioridad. En caso contrario, si se declara la contrariedad de la figura criminal con los principios del ordenamiento jurídico, se debe emitir una declaración oficial que establezca las circunstancias que acreditan tal contradicción y justifican la decisión de no tipificarlo como delito, para que luego el correspondiente órgano del Estado formule las debidas manifestaciones sobre esta determinación al momento de presentar la ratificación del convenio o acuerdo internacional en el organismo encargado de su seguimiento y aplicación.⁵⁹

Esta es la nueva dimensión que adquiere el acto de ratificación por causa del constitucionalismo, teniendo actualmente la finalidad de ejercer el control parlamentario de las relaciones exteriores mediante la autorización que el Poder Legislativo otorga al Ejecutivo para que éste pueda manifestar en el ámbito internacional el consentimiento de un Estado a quedarse obligado por el contenido de un tratado,⁶⁰ y de expresar en dicho momento, las debidas consideraciones o exclusiones a una o varias disposiciones del mismo.

En segundo lugar, la determinación adoptada por el Estado de no tipificar el delito de enriquecimiento ilícito debe ser comunicada por escrito y a través de los conductos diplomáticos al organismo encargado del

tratado, a fin de que proceda a aprobar la decisión del Estado involucrado y sea aplicada efectivamente la cláusula de salvaguarda. Este acto de convalidación tiene su fundamento en que todo mecanismo jurídico que permite a un Estado incumplir una norma prevista en un acuerdo internacional tiene que estar regulado y controlado de una manera segura por el órgano encargado de dicho documento, pues si la aplicación de este mecanismo se dejase a la entera discrecionalidad de los Estados sería como un canto a la desaparición de la obligación convencional.⁶¹

En relación con este aspecto, puede observarse que los textos de las CICC y CNUCC no contemplan un procedimiento específico para hacer efectivos los efectos que otorga la cláusula de salvaguarda incluida en el delito de enriquecimiento ilícito, y ante este vacío normativo muchos de los Estados que decidieron abstenerse de cumplir la obligación contenida en los arts. IX y 20 de ambos convenios han procedido según su propio arbitrio para no tipificar este delito, tal vez porque han llegado a la misma conclusión hecha por Manfroni de que cualquier Estado que manifieste la incongruencia del delito de enriquecimiento ilícito con sus principios constitucionales podría dejar de tipificarlo sin la necesidad de realizar ningún tipo de procedimiento, manifestación o reserva al respecto.

Por esa razón, si un Estado concluye que la figura del enriquecimiento ilícito transgrede los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y no desea tipificarlo en su legislación interna, debe realizar el procedimiento antes señalado (discusión parlamentaria, manifestación de la decisión y aceptación por

⁵⁸ En ese sentido, destaca la constitución de Colombia al disponer que luego de que el poder legislativo haya dado su acuerdo a un tratado internacional, se remita dicho instrumento al máximo órgano judicial para que se expida sobre su constitucionalidad. Así, el art. 241 expresa: “A la Corte constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones, ... 10) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulado la correspondiente reserva”.

⁵⁹ Esta facultad concedida a todo Estado parte de un tratado internacional se encuentra prevista en el art. 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986) que dice: “Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él”. También en el art. XXIV de la CICC: “Los Estados partes podrán formular reservas a la presente convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósitos de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas”.

⁶⁰ Art. 2.1.b. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986). Para Remiro Brotons “son varias las razones que postulan la sumisión de ciertas decisiones de la política exterior, y entre ellas se encuentra la prestación del consentimiento en obligarse mediante tratados, no ya a los medios generales de control político sino a una específica intervención parlamentaria de significación propia-jurídica. Esas razones dimanar de las competencias básicas que las constituciones reconocen a las cámaras: el ejercicio de la potestad legislativa y presupuestaria y el control de la acción del gobierno” (Antonio Remiro Brotons, *Derecho internacional público. Derecho de los tratados*, t. II, Madrid, Tecnos, 1987, p. 116).

⁶¹ Pablo Martín Rodríguez, *Flexibilidad y tratados internacionales*, op. cit., p. 204.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

el órgano internacional) a fin de que la cláusula de salvaguarda le conceda la legitimidad necesaria para dejar de cumplir la disposición que contempla dicho delito, debiendo mantenerse intactos los efectos de las demás disposiciones y partes del instrumento internacional en sus relaciones *inter se*.⁶²

Por último, para que se entienda mejor las cláusulas de salvaguarda y exista una mayor claridad en la aplicación de los convenios internacionales, resulta necesario que la comunidad internacional introduzca el procedimiento de aplicación de las salvaguardas como un complemento accesorio al texto del documento a fin de que los Estados contratantes —en caso de que decidan no tipificar un delito previsto en una norma internacional— posean reglas claras para llevar a cabo tal decisión. En ese sentido, Pablo Martín Rodríguez manifiesta que las salvaguardas no son *per se* un cheque en blanco, ya que toda liberación convencional debería estar prevista y reglamentada por el propio tratado y, en muchos casos, supervisada por órganos internacionales.⁶³

4. Estado actual sobre la aplicación del delito de enriquecimiento ilícito por los Estados contratantes de los convenios internacionales contra la corrupción

Habiendo establecido el grado de obligatoriedad de la norma que contiene el delito de enriquecimiento ilícito en las CICC y CNUCC, como asimismo el procedimiento correcto que debería realizarse para su inaplicación, es momento de examinar las conductas de los diversos Estados que han celebrado y ratificado dichos documentos en relación con siguientes puntos de análisis: *a)* cuántos de ellos han procedido a introducir el delito de enriquecimiento ilícito dentro de sus ordenamientos jurídicos internos, *b)* cuántos han decidido no hacerlo (ajustándose a un procedimiento de exclusión) y *c)* cuántos de ellos simplemente omi-

tieron hacer acto alguno respecto a la norma jurídica internacional y las consecuencias que ocasiona tal omisión. Este análisis es sumamente importante para medir las relaciones entre el Derecho internacional —que origina la creación de tratados internacionales— y los derechos internos de los Estados contratantes, ya que la eficacia real del primero depende en gran medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conforman a las disposiciones internacionales y les dan efecto.⁶⁴

Según constan en las fuentes de la OEA, la CICC fue firmada por 34 países, siendo ratificada posteriormente por 33.⁶⁵ En desarrollo de la obligación de considerar la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito dispuesta en el art. IX del citado convenio, se tiene constancia de que la mayoría de los países latinoamericanos de raíz jurídica continental ya lo tenían tipificado en su legislación penal antes de la convención. Actualmente los países que cuentan con esta figura penal son: Antigua y Bermuda, Argentina, Belice, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana y Venezuela.

Por otra parte, la CNUCC ha sido firmada por 140 países y ratificada en la actualidad por 169.⁶⁶ En relación a lo dispuesto en el art. 20 del citado documento internacional se tiene constancia de que los mismos países latinoamericanos citados anteriormente, más 35 países situados en otros continentes han introducido el enriquecimiento ilícito como delito dentro de sus legislaciones penales: En África, Argelia, Angola, Benín, Botswana, Burundi, Etiopía, Egipto, Lesoto, Madagascar, Malawi, Nigeria, Ruanda, Senegal, Sierra Leona, Gabón, Uganda y Zambia; en Asia, Bangladesh, Bután, Brunei, China (continental, Hong-Kong y Macao), Camboya, India, Malasia, Nepal, Pakistán, Yemen, Jordania, Filipinas y Cisjordania; y en Europa,⁶⁷ Albania, Chipre y Macedonia.⁶⁸

⁶² Art. 21.2. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986).

⁶³ Pablo Martín Rodríguez, *Flexibilidad y tratados internacionales*, op. cit., p. 192.

⁶⁴ José Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, op. cit., p. 173.

⁶⁵ Este es el status de firmas y ratificaciones de la CICC a fecha 15 de septiembre de 2014.

⁶⁶ Este es el status de firmas y ratificaciones de la CNUCC a fecha 15 de septiembre de 2014.

⁶⁷ El Informe CAC/cops/irg/2013/10 dictado en el marco de la conferencia de los Estados parte de la CNUCC de fecha 12 de marzo de 2013, sostiene que la mayoría de los países europeos informaron que las limitaciones constitucionales han impedido la tipificación del enriquecimiento ilícito como delito en sus respectivas legislaciones penales. En concreto, los obstáculos se relacionaban con la carga de la prueba, la presunción de inocencia y otras particularidades de sus ordenamientos jurídicos.

⁶⁸ Véase Lindy Muzila, Michelle Morales, Marianne Mathias, Tammar Berger, *On the take. Criminalizing illicit enrichment to fight corruption*, Stolen Asset Recovery Initiative, Banco Mundial-UNODC, 2012, pp. 67-88.

Sin embargo, países signatarios de los convenios internacionales antes señalados como los de Canadá y Estados Unidos, al notificar la ratificación y aceptación formal de ambos documentos a sus respectivos organismos de control, han manifestado la intención de no tipificar el enriquecimiento ilícito debido a que la sanción de este delito podría vulnerar sus respectivas constituciones al implicar una inversión de la carga de la prueba, decisión que se ha materializado a través de la presentación de expresas reservas. Puede definirse a la reserva como una declaración unilateral hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación con ese Estado.⁶⁹ Esta institución se encuentra regulada normalmente en un apartado de cada instrumento internacional, y en su defecto por las disposiciones que existen al respecto en los arts. 19 al 23 de la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados.

En ese sentido, el gobierno de Canadá ha manifestado en las reservas presentadas en ambos convenios que si bien es una obligación de un Estado parte tipificar el delito de enriquecimiento ilícito “con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”, no aplicaría el delito previsto en los arts. IX de la CICC y 20 de la CNUCC en razón a que obraría en contra de la presunción de inocencia garantizada por la Constitución de Canadá y los principios de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá.⁷⁰ De igual modo, los Estados Unidos de Norteamérica ha realizado reservas a los respectivos arts. IX y 20, en las que enfatiza primeramente la importancia de combatir el enriquecimiento indebido de los funcionarios, pero señala que actualmente cuenta con leyes penales para impedir o castigar dicha conducta. Además, manifiesta que esas leyes obligan a los funcionarios superiores del gobierno federal a presentar declaraciones financieras verdaderas, obligación que de no cumplirse está sujeta a sanciones penales. Estas

leyes permiten el enjuiciamiento de los funcionarios del gobierno federal que han evadido impuestos sobre riqueza obtenida ilícitamente. Sin embargo, el delito tal y como se establece en los convenios impone —según este país— la carga de la prueba sobre el demandado, lo cual es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales de su sistema jurídico, por lo que de esa manera no se encuentra obligado a establecer un nuevo delito penal de enriquecimiento ilícito dentro de su ordenamiento penal interno.

Como puede observarse, estos dos Estados han optado por aplicar el procedimiento de las reservas con el fin de abstenerse de cumplir la obligación de tipificar el delito de enriquecimiento ilícito dentro de sus legislaciones internas. Es destacable la intención de estos Estados de utilizar a las reservas para expresar la decisión de sus respectivos congresos de no tipificar el referido delito, pero cabe puntualizar que aunque la cláusula de salvaguarda y las reservas son declaraciones unilaterales para excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado, ambas son instituciones diferentes con procedimientos propios. La primera diferencia que existe entre la reserva y la cláusula de salvaguarda, es que la reserva se manifiesta como un acto unilateral exterior al texto del tratado que se le añade “desde afuera” al acto convencional⁷¹ y forma parte de los mecanismos de flexibilización *ab extra*. En cambio, las cláusulas de salvaguarda son mecanismos de flexibilización *ab intra*, es decir, son estipulaciones que los Estados incorporan dentro de los tratados con el fin de suavizar el grado de rigor de una obligación convencional.

La segunda diferencia radica en que las reservas se pueden interponer a cualquier disposición del tratado, siempre y cuando dicha facultad no esté prohibida o limitada por el propio tratado,⁷² y las cláusulas de salvaguarda sólo producen sus efectos de acuerdo a la disposición convencional a la que está unida. La tercera diferencia se refiere a la admisibilidad de la

⁶⁹ Javier Quel López, *Las reservas a los tratados internacionales*, Bilbao, Servicio Editorial del País Vasco, 1991, p. 23. Del mismo modo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986) define a las reservas en su art. 2.1.d.

⁷⁰ Reservas de Canadá. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen. *Vid.* www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories-declarations-reservations. Así también, en: Convención Interamericana contra la Corrupción. Informe B-58 Ratificaciones y Reservas. *Vid.* <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-58.html>.

⁷¹ Fernando Mariño Menéndez, *Derecho internacional público*, *op. cit.*, p. 279.

⁷² Art. 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986): “Un Estado o una organización internacional podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, a menos: a) que esté prohibida por el tratado, b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figura la reserva de que se trate, o c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

reserva o aceptación. Toda reserva interpuesta a un tratado deberá ser aceptada por el órgano competente encargado del convenio o tratado, y surtirá efectos cuando ningún Estado o la misma organización internacional no formule objeción acerca de ella.⁷³ Para la aplicación de las cláusulas de salvaguarda todo Estado debe realizar primeramente un debate legislativo cuya conclusión emita los fundamentos jurídicos sobre la decisión de no dar cumplimiento a una disposición convencional y surte sus efectos a una vez que el órgano encargado del tratado reciba oficialmente dicha manifestación.

Por lo que se refiere a los demás países contratantes que han ratificado las CICC y CNUCC y no hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, como tampoco realizado el procedimiento de aplicación de la cláusula de salvaguarda, estarían incurriendo —según nuestra opinión— en una grave violación a las disposiciones de los arts. IX y 20 de ambos convenios. Se puede entender que existe una disconformidad entre la conducta omisiva desplegada por estos Estados y la exigida en la obligación internacional, situación que amerita la imputación a los mismos de un hecho ilícito internacional⁷⁴ que generaría desde ese momento la aplicación de las normas jurídicas sobre responsabilidad internacional de los Estados.⁷⁵ Esta consecuencia resulta de una idea aceptada en la comunidad internacional de que los incumplimientos de los tratados no presentan particularidad alguna con respecto a la de cualquier ilícito internacional, por lo que en esta rama jurídica no puede hablarse de la distinción existente en los sistemas jurídicos internos de los Estados entre una responsabilidad contractual (derivada de los tratados internacionales) y una responsabilidad extracontractual.⁷⁶

La desventaja que presenta el sistema jurídico de ambos convenios es que carecen de medios para sancionar a los países que incumplen el mandato establecido en la norma internacional que contempla el delito de enriquecimiento ilícito (la tipificación de este delito o, en su defecto, la aplicación del procedimiento tendiente a hacer efectivo la cláusula de salvaguarda). Esta circunstancia refleja que los convenios internacionales sobre corrupción requieren una urgente revisión y modificación de su texto, siendo necesaria la introducción de normas imperativas sancionadoras y órganos competentes que ejerzan el control y verificación del cumplimiento de las disposiciones normativas por parte de los Estados contratantes, y en caso de incumplimiento, impongan las debidas sanciones. De ahí que los Estados partes de un tratado y la propia organización internacional que lo impulsa deben convenir y procurar en el futuro la creación de un órgano competente que posea el ejercicio del poder de control de las disposiciones del tratado.

Actualmente, las CICC y CNUCC sólo cuentan con un sistema de control administrativo consistente en un mecanismo de seguimiento que analiza el grado de cumplimiento interno en cada Estado parte, y los resultados son regulados y debatidos en el seno de conferencias de Estados parte. En relación a ello, la CICC ha creado el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), siendo una herramienta de carácter gubernamental que apoya a los Estados parte en la implementación de las disposiciones de la convención mediante evaluaciones recíprocas que luego son analizadas por un comité de expertos en reuniones periódicas llamadas “rondas”.⁷⁷

⁷³ Antonio Remiro Brotons. *Derecho internacional público, op. cit.*, p. 208. “Con la reserva se comunica a través del depositario, mera correa de transmisión, a los demás sujetos contratantes y facultados para llegar a ser partes, con el propósito de informarles y, en la generalidad de los casos, a dar pie a su reacción”. En ese sentido, el art. 20.5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1986) expresa: “A menos que el tratado disponga otra cosa, se considerará que una reserva ha sido aceptada por un Estado o una organización internacional cuando el Estado o la organización internacional no ha formulado ninguna objeción a la reserva dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior”.

⁷⁴ Cesáreo Gutiérrez Espada, *El hecho ilícito internacional*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 39. “Un hecho ilícito internacional es un comportamiento de un sujeto de Derecho internacional que incumple una obligación, de hacer o no hacer, que le impone una norma internacional en vigor”.

⁷⁵ Miguel Ángel Martín López, *El incumplimiento de los tratados internacionales*, Córdoba, Servicio Editorial de la Universidad de Córdoba, 2003, p. 9.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 10.

⁷⁷ Sobre el MESICIC, *vid.* www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_intro_sp.htm. Actualmente participan del MESICIC los siguientes países: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Sin embargo, este mecanismo presenta dos debilidades. En primer lugar, evidencia la ausencia de una metodología común para la realización de evaluaciones, a lo que debe sumarse que no todos los países que forman parte de la MESICIC informan exhaustivamente sobre la acciones que desarrollan para combatir la corrupción; y en segundo lugar, se evalúa la puesta en práctica de las recomendaciones sugeridas pero no los efectos que de ellas se derivan⁷⁸.

Por su parte, la CNUCC ha establecido la realización de conferencias de Estados parte como órgano de control de la aplicación de las normas de la convención en los países que lo han ratificado, según lo dispone el art. 63 del citado convenio internacional⁷⁹. Sin embargo, este método de control ha resultado insatisfactorio, en primer lugar, debido a que los países que han firmado la CNUCC no han llegado a un acuerdo sobre cómo evaluar de forma independiente el avance los países en la aplicación de la convención;⁸⁰ y en segundo lugar, si un Estado incumple alguna disposición del citado convenio, su órgano de control y seguimiento sólo se limita a emitir recomendaciones sin fuerza coercitiva, por lo que su correcto cumplimiento depende de la exclusiva voluntad del Estado infractor. Por ello, se insiste en la implementación en las CICC y CNUCC de normas coercitivas y órganos de control que las apliquen, los cuales tendrían la misión de prevenir el incumplimiento de sus disposiciones mediante la posibilidad de imponer sanciones a los Estados que los hayan ratificado, siendo un ejemplo importante de esta propuesta lo dispuesto en los arts. 227⁸¹ y 228⁸² del Tratado de la Unión Europea. Esto sin duda ejercerá una presión sobre los Estados contratantes que incumplan disposiciones obligatorias,

lo cual hará que los mismos corrijan sus conductas y las adecuen al patrón normativo que se estima aplicable.⁸³

5. Conclusiones

Conscientes de que los enriquecimientos patrimoniales injustificados de los funcionarios constituyen un grave problema para todos los países y sus democracias, las distintas organizaciones internacionales han aceptado la necesidad de otorgar una respuesta contundente a estos hechos socialmente indeseables más allá de los contornos nacionales promoviendo la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito a través del Derecho internacional. Sin embargo, y a pesar de que en la actualidad existen instrumentos internacionales regionales y universales que prevén esta figura penal, no puede negarse el carácter controvertido de la misma en la comunidad internacional ya que muchas iniciativas sobre corrupción no la han previsto en sus textos, tal como ocurre en varios convenios relevantes sobre la materia impulsados por el Consejo de Europa y la Unión Europea que no exigen ni proponen su tipificación.

La falta de aceptación global del delito de enriquecimiento ilícito demuestra las reticencias y desacuerdos que han existido en algunas organizaciones internacionales acerca de las supuestas virtudes político criminales que depara su tipificación como delito, en contrapartida a otras figuras penales cuya inclusión en los convenios internacionales ha sido más pacífica, como el cohecho y el blanqueo de capitales, que sí han tenido un amplio consenso y respaldo político por parte de la comunidad internacional.

⁷⁸ Juana López, José Alfonso Alonso, "Respuestas normativas a escala internacional", en José Antonio Alonso, Carlos Mulás-Granados (coords.), *Corrupción, cohesión social y desarrollo*, Fondo de Cultura Económica de España, 2011, p. 84.

⁷⁹ Art. 63. 1. de la CNUCC: "Se establecerá una Conferencia de los Estados Parte en la Convención a fin de mejorar la capacidad de los Estados parte y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos enunciados en la presente Convención y promover y examinar su aplicación".

⁸⁰ Juana López, José Alfonso Alonso, *op. cit.*, p. 92.

⁸¹ Art. 227 del Tratado de la Unión Europea: "Cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente tratado".

⁸² Art. 228 del Tratado de la Unión Europea: "1. Si el Tribunal de Justicia declare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia. 2. Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha tomado tales medidas, emitirá, tras haber dado al mencionado Estado la posibilidad de presentar sus observaciones, un dictamen motivado que precise los aspectos concretos en que el Estado miembro afectado no ha cumplido la sentencia del Tribunal de Justicia. Si el Estado miembro afectado no hubiere tomado las medidas que entraña la ejecución de la sentencia del Tribunal en el plazo establecido por la Comisión, ésta podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia. La Comisión indicará el importe que considere adecuado a las circunstancias para la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado. Si el Tribunal de Justicia declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva".

⁸³ Fernando Mariño Fernández, *Derecho internacional público*, *op. cit.*, p. 416.

El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción

Esta circunstancia se aprecia en el hecho de que estas conductas delictivas se encuentran prácticamente en todas las iniciativas supranacionales sobre corrupción y las normas que las contemplan obligan a los países firmantes a tipificarlas en su derecho interno una vez realizado el acto de ratificación, exigencia que no ocurre con el delito de enriquecimiento ilícito por ser considerada en los convenios que la incluyen como una medida cuya tipificación debe ser considerada por los Estados, es decir, se sustenta en una norma de aplicación condicionada.

Además, cabe destacar que en las iniciativas internacionales que sí contemplan el delito de enriquecimiento ilícito (CICC, CUAC y CNUCC), su inclusión no ha estado exenta de polémicas debido a la controvertida

constitucionalidad y cuestionada naturaleza jurídica que presenta su tipo penal, por lo que desde un principio no tuvo una acogida favorable de todos los Estados que han participado en las discusiones previas a la redacción del texto definitivo de dichos instrumentos. Sólo se pudo lograr un consenso cuando las partes pactaron introducir una cláusula de salvaguarda en el precepto que define el enriquecimiento ilícito que exime a los Estados dar cumplimiento efectivo a lo dispuesto en él, siempre y cuando la tipificación de este delito conlleve un grave conflicto con los principios fundamentales de su ordenamiento interno. De esta manera, puede decirse que la previsión de la cláusula de salvaguarda ha permitido la proyección internacional del cuestionado delito de enriquecimiento ilícito.

Cómo suscribirse

Revista

Penal MÉXICO

Seleccione la opción de suscripción que mejor le convenga:



• **Envíe un correo a 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:**

- ◆ 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

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) 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 núm. 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.

Revista Penal México, editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), cuya dirección postal se encuentra en calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Del. Tlalpan, C.P. 14000, en México, Distrito Federal, publica artículos sobre temas relacionados con las ciencias penales, en su carácter general y especial, así como el proceso penal, la parte criminal y aspectos afines a estas disciplinas que son el resultado de una investigación científica original, cuyo objetivo es difundir e impulsar la investigación científica mediante el intercambio de opiniones, estudios y análisis en dichas materias, que pueden ser extrapolables a otros países.



ENVÍO ELECTRÓNICO

Los artículos pueden enviarse en formato Word y por correo electrónico a la siguiente dirección: jferreolive@gmail.com, publicaciones@inacipe.gob.mx



ESPECIFICACIONES

Los artículos deben ser textos originales que no hayan sido publicados en ningún otro medio; la primera página del documento incluirá el título del artículo, nombre completo, adscripción institucional y correo electrónico del o los autores, así como un resumen analítico en español e inglés (100 palabras aproximadamente) y de 5 a 7 palabras clave en los idiomas antes mencionados. La extensión será de mínimo 10 cuartillas y máximo de 50; esta cantidad, en casos extraordinarios, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen correspondiente o por acuerdo entre el autor y los codirectores. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apearse a las normas ISO 690:2010, consultables en <http://goo.gl/DuRX4x>



CALENDARIO

La fecha límite para la recepción de los artículos será de dos meses antes de la temporalidad de la publicación, por lo tanto, dado que la *Revista Penal México* es una revista semestral, la cual comprende los periodos de septiembre a febrero y de marzo a agosto, los trabajos se recibirán en julio, para el primer número del año, y en enero, para el segundo.



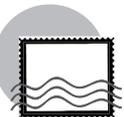
PROCESO DE DICTAMINACIÓN

Posteriormente, los artículos se someterán a un proceso de evaluación siguiendo el sistema doble ciego. Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante el resultado del dictamen, el cual puede ser “publicable”, “no publicable” o “publicable con observaciones”. Dicha información se hará llegar a los colaboradores un mes antes de la periodicidad de la revista, esto es, en agosto, para el primer número anual, y en febrero, para el segundo. La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del número de la publicación correspondiente.



DERECHOS

Es condición indispensable para la publicación que el autor o autores cedan a la revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si acaso surgieran peticiones del autor o de terceros para la reproducción o traducción completa o parcialmente de los artículos, será competencia del Consejo de Reacción la autorización de dicha solicitud. En este sentido, se deberá indicar que la obra ha sido publicada previamente en el correspondiente número de la revista.



DOMICILIO POSTAL

Los artículos se recibirán únicamente por correo electrónico, pero podrán recibirse en un disco, e impreso, como respaldo, a la siguiente dirección postal: calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Del. Tlalpan, C.P. 14000, México, Distrito Federal.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal

PGR

PROCURADURÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



INACIPE