

Luces y sombras de la reforma penal y procesal penal en Iberoamérica

Serie • Ciencias Penales y Criminológicas • Diciembre de 2017 • 11

Libro Homenaje al profesor
Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar

Coordinador
Dr. Arnel Medina Cuenca

Serie indexada en la plataforma jurídica Global vLex.com



Coordinador: Dr. Arnel Medina Cuenca (Cuba)

Edición y corrección: Dr. Arnel Medina Cuenca

Diseño interior y de cubierta: Di. Mario Villalba Gutiérrez

Emplane digital: MSc. Daylín Rodríguez Javiqué

Sobre la presente edición:

© Dr. Arnel Medina Cuenca (Cuba), 2017.

© Editorial UNIJURIS, 2017.

Luces y sombras de la reforma penal y procesal penal en Iberoamérica
Libro Homenaje al Prof. Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar

Serie: Ciencias Penales y Criminológicas No. 11, de diciembre de 2017.

ISBN 978-959-7219-49-1

Unión Nacional de Juristas de Cuba

Sociedad cubana de Ciencias Penales

Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana

Redacción y Administración

Calle 21 No. 552, esq. D, Apartado Postal 4161, Plaza, C.P. 10400,

La Habana, Cuba. 11 de diciembre de 2017.

Teléfonos: (53)7832-9680/7832-7562; Email: unjc@unjc.co.cu

Web: www.unjc.co.cu

Publicado con la colaboración de la Fundación Friedrich-Ebert (FES Caribe)



El contenido del libro no refleja necesariamente los puntos de vista de la Fundación Friedrich Ebert.

ÍNDICE

Prefacio / VII

Dra. Mayda Goite Pierre

DE LO SUSTANTIVO

Problemas actuales de la reponsabilidad penal de las personas jurídicas / 1

Dr. Lorenzo Morillas Cueva

Partidos políticos y corrupción política. Algunas estrategias político-criminales / 30

Dr. h.c. Juan M. Terradillos Basoco

Punición de partidos políticos por financiación ilegal. Una visión desde España y América Latina / 57

Dra. Belén Macías Espejo

Familia y Mujer en la Constitución de 1812 / 77

Dra. M^a Dolores Pérez Jaraba

El Pacto de Estado Español contra la violencia de género de 2017: Luces y sombras desde el Proceso y el Derecho penal / 96

Dra. María Acale Sánchez

La violencia sobre la Mujer: Avanzar sin retroceder / 120

Dra. Pilar Fernández Pantoja

La omisión legislativa para tipificar como delito el ataque a la dignidad de la mujer dentro del hogar / 135

Dr. Gonzalo Armienta Hernández

La responsabilidad penal de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad / 147

Dr. David Lorenzo Morillas Fernández

La prisión permanente revisable en el Código Penal español / 174

Dra. Eva M^a Domínguez Izquierdo

Las causas de exclusión de la pena / 199

Dra. Cristina Callejón Hernández

Crimen Organizado Transnacional: Normativas globales para su combate / 221

Dra. Lizbeth García Montoya

Dr. Ismael Camargo González

La persecución penal de la explotación de los inmigrantes ilegales y la transformación del Derecho penal laboral. Análisis de la regulación española / 238

Dra. Esther Pomares Cintas

La protección del inversor: (Una visión comparativa del fraude de inversores español con el modelo italiano. Delito de falsedad en el folleto -*falso in prospetto*-) / 268

Dr. Ignacio Lledó Benito

La reforma penal cubana de la segunda mitad de la década de los ochenta del siglo XX. Un análisis de las penas treinta años después / 304

Dra. Mayda Goite Pierre

Dr. Arnel Medina Cuenca

La teoría del delincuente de cuello blanco y sus necesarias adecuaciones al contexto de la sociedad cubana actual / 342

Dr. Jorge Luis Barroso González

Rebelión ciudadana y Derecho penal. Sobre la conversión del ejercicio de derechos en delitos e ilícitos administrativos / 370

Dr. Guillermo Portilla Contreras

El dopaje como un nuevo ámbito de intervención penal / 410

Dr. José María Suárez López

La necesaria declaración de responsabilidad civil en sentencia previa para condenar por el delito del artículo 257.2 del Código Penal español / 430

Dra. Nuria Castelló Nicás

DE LO PROCESAL

La Reforma de la Justicia Penal en América Latina como política de largo plazo / 445

Dr. Alberto Martín Binder

El andamiaje para la transformación de la justicia penal mexicana / 488

Dra. Yesenia Guadalupe Crespo Gómez

Principio de Oportunidad y reforma procesal en Cuba / 501

Dra. Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez

El Juicio Oral desde una dimensión política / 527

Dr. Gonzalo Rúa

Justicia Transicional y Derecho a la Paz en Colombia: Aportes teóricos para su fundamentación / 554

Dr. Omar Huertas Díaz

Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional / 582

Dr. Ramón Ruiz Ruiz

Las sentencias interpretativas como instrumento de reforma penal más allá del legislador. El caso de las armas prohibidas / 599

Dra. María José Cruz Blanca

Prefacio

El 5 de enero de 1728 nació de la mano de los frailes dominicos, la real y pontificia Universidad de la Habana, lo que significa que dentro de unos días cumpliremos 290 años, de cultura, historia, revolución, transformaciones, impacto y desarrollo, esa la de entonces, no es la misma universidad de hoy porque casi 300 años importan otra mirada y como Alma Mater de la educación superior cubana más que nunca se encuentra comprometida con su tiempo y el progreso de una sociedad a la que se imponen nuevos retos y tiene el desafío de encararlos sin perder las conquistas, es esa misma universidad la que entre el 10 y el 14 de julio de 2017, abrió sus puertas nuevamente a la ESCUELA DE VERANO DE LA HABANA SOBRE TEMAS PENALES CONTEMPORANEOS, esta vez en su XIII edición y dedicada al profesor Dr. Ignacio Benítez Ortúzar y en cuyo marco sesionan el Fórum Iberoamericano de Derecho económico y el Congreso de la Sociedad cubana de Ciencias Penales.

Hace solo unos días Enrique Iglesias quien fuera Presidente del Banco de Desarrollo de América Latina (CAF), durante una intervención en ocasión del Primer seminario del *London School economy*, y la Universidad de La Habana, exponía que vivimos en pleno desconcierto y que tres de los sucesos ocurridos en éste 2017, nos impiden ver con claridad el futuro de la humanidad, a saber, por las respuestas que a las preguntas a los ciudadanos no son coherentes: “Sí” al Brexit dijo el pueblo inglés, “No” a los acuerdos de Paz dijo el pueblo colombiano y finalmente “Sí” Mrs Trump, y si a ello le unimos los conflictos raciales, el terrorismo, el trato a los inmigrantes, la venta de esclavos en la Libia, “liberada” por las tropas de la OTAN, los ataques en pleno corazón de Francia e Inglaterra, la volatilidad económica, la corrupción, entonces el panorama es aún más oscuro.

En ese contexto se desarrollaron los trabajos de nuestra Escuela de Verano, por ello podemos compartir la idea de que, la etapa actual del Derecho penal y la Criminología es tormentosa marcada por vaivenes en su diseño y por el constante cuestionamiento de sus instituciones básicas. El pensamiento criminológico de Zaffaroni que es para América Latina el más lúcido en estas primeras dos décadas del Siglo XXI, considera que en estos momentos se abarcan conceptos y teorías que se iniciaron en el siglo pasado, maduraron con vocación de permanencia y otras que son consecuencia de aquellas y del avance de fenómenos y conceptos que impactan cualquier análisis desde la Criminología; a saber: Sociedad

globalizada y la Sociedad de Riesgo, de las que ya hemos hablado con mucha frecuencia en los encuentros anteriores. En la edición del 2017, se trató de verificar sus efectos y analizar tendencias surgidas de sus discursos y posicionamiento social, que se erigen en “teorías” para tratar de explicar y sobre todo describir más que solucionar el fenómeno criminal del tercer milenio.

Derechos humanos y Criminología

El discurso sobre la protección de los Derecho Humanos, no es “joven” pero sí actual¹, cada día se reclama más protección de los ciudadanos hacia esos derechos, visto éste en su acepción más amplia.

Esa mirada trae consigo lo que el profesor Zaffaroni alerta desde hace mucho tiempo, cuando se pronuncia por la necesidad de poner fin a las posibles arbitrariedades de los Estados², relacionado con los hechos de tortura, lesiones, desapariciones forzadas, abuso de autoridad, entre otras conductas que parten del poder, no se puede perder de vista entonces que los Derechos Humanos son la base para el desarrollo de una sociedad que permita la articulación de las políticas públicas, y sobre todo que la ausencia de estos Derechos, dañe de manera sensible a la sociedad.

Gino Ríos Patio³ considera que para hacer efectivo el binomio derechos humanos-criminología, se debe entender que la legislación

¹ En la Conferencia sobre Educación en Derechos Humanos y Democracia, promovida por la UNESCO y realizada en Montreal en el año 1993, se manifestó el concepto de la cultura de los derechos humanos como uno de los objetivos prioritarios para el siglo XXI. Posteriormente, la noción aparece en la Declaración y Plan de Acción de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de Viena en el año 1993; en el Plan de Acción de las Naciones Unidas para el Decenio de la Educación en Derechos Humanos de 1994; y en la Declaración y Plan de Acción de la 44° Conferencia Internacional de Educación de la UNESCO del año 1994. La idea central del concepto es propiciar una manera de vivir juntos basada en los derechos humanos o en ubicar al hombre en el centro del desarrollo sostenible, en razón de que es un fin y no un medio o un instrumento, lo que supone la consagración definitiva del respeto y la protección de la dignidad humana.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Crímenes de masa*, Ediciones madres de plaza de mayo, Buenos Aires, 2010. Disponible en: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/zaffaroni-crimenes-madres-buenos-aires-380144902>, consultado el 24/11/2017, a las 13.46.

³ RÍOS PATIO, Gino, “Persona humana y política criminal”, *Revista Electrónica del Centro de estudios de Criminología, Tercera Edición*, Facultad de Derecho Universidad de San Martín de Porres, USMP, Lima, 2009, p. 2. Disponible en:

penal por sí sola no satisface los presupuestos constitucionales relativos a la política penal y la política criminológica, por lo que resulta imprescindible demostrar la necesidad de que los derechos humanos deben ser la fuente de la criminología para que la política criminológica sirva mejor a su finalidad; insistir en que la educación es el principal medio idóneo para convertir al hombre; e instar en que el sistema penal no es un instrumento por sí solo eficaz para que el estado afronte la tarea de prevenir, controlar y reducir la criminalidad.

Generalmente el tema de los Derechos Humanos en los estudios criminológicos ha estado vinculado a los sistemas penitenciarios y algunos supuestos procesales como por ejemplo las medidas cautelares, pero generalmente estos análisis se realizan tras el cumplimiento o no de los instrumentos internacionales, sin embargo, el binomio derecho humano-criminología debe ser más profundo, abarcador y analítico con la finalidad de preservar los derechos y garantías conquistados por los ciudadanos, teniendo como base que los fenómenos que abordamos están indisolublemente vinculados a los Derechos humanos, miremos solo algunos de los que impactan la criminalidad contemporánea, a saber: “Sociedad de riesgo”, “desarrollo sostenible”, “seguridad e inseguridad ciudadana”, “ciberespacio”, “género”, “organización criminal”, “impacto mediático del delito”, que permiten además reorganizar y sistematizar el conocimiento criminológico, cuya vinculación encamina una Criminología de los Derechos Humanos.

Teoría de la Securitización

Término devenido de los estudios realizados por la denominada “Escuela de Copenhague⁴, a new framework for Analysis⁵; acuñada con esa

http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Persona_Humana_Politica_Criminal.pdf, consultado el 24/11/2017, a las 14.32.

⁴ BARRY, Buzan y Lene, HANSEN, *The evolution of international security studies*, Published in the United States of America by Cambridge University Press, New York, 2009. Disponible en: [http://uluslararasigundem.com/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/44_BARRY_BUZAN_AND_LENE_HANSEN-THE_EVOLUTION_OF_INTERNATIONAL_SECURITY_STUDIES-CAMBRIDGE_UNIVERSITY_PRESS_\(2009\).PDF](http://uluslararasigundem.com/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/44_BARRY_BUZAN_AND_LENE_HANSEN-THE_EVOLUTION_OF_INTERNATIONAL_SECURITY_STUDIES-CAMBRIDGE_UNIVERSITY_PRESS_(2009).PDF), consultada el 23/11/2017, a las 21.14.

⁵ BARRY, Buzan, Ole WAEBER y Jaap, DE WILDE, *A new Framework for Analysis*, Colorado, 1998. Disponible en: https://www.uni-erfurt.de/fileadmin/public-docs/Internationale_Beziehungen/BA_Einfuehrung_in_die_IB/BUZAN%20+%20WAE-

denominación para los fines de la seguridad por McSweeney⁶, la que, junto con la Escuela de Gales y la Escuela de París, engloban un conjunto de corrientes de estudios críticos de “seguridad”⁷ y la secularización es una de sus principales contribuciones. Ole Waever, uno de sus exponentes, suscribe el Manifiesto del colectivo “Critical Approaches to Security in Europe”⁸ (Peoples and Vaughan-Williams, 2010).

Aunque buena parte de las discusiones ya se inician en la década ochenta, la renovación de los debates sobre seguridad no se produce hasta los años noventa, y en particular hasta el fin de la guerra fría y la subsiguiente toma de conciencia sobre las limitaciones presentes en los enfoques clásicos de los estudios estratégicos, los estudios de seguridad y las relaciones Internacionales para responder a las dinámicas de cambio estructural que supone la desaparición del escenario bipolar. Por un lado, frente a las visiones estrictamente militaristas, emerge un gran debate en torno a la ampliación de la agenda de la seguridad incluyendo otros ámbitos como, por ejemplo, el desarrollo o el medio ambiente. Y,

VER+%20WILDE_%201998_Security_CH%201+2.pdf, consultada el 23/11/2017, alas 16.46.

⁶ MCSWEENEY, Bill, *Security, Identity and Interests. A Sociology of International Relations*, New York, USA, Cambridge University Press, 1999. Disponible en: <http://rinslab.com/wp-content/uploads/2017/02/8.-security-identity-and-interests.pdf>, consultado el 28/11/2017, a las 16.40.

⁷ NA: Aunque buena parte de las discusiones ya se inician en la década ochenta, la renovación de los debates sobre seguridad no se produce hasta los años noventa, y en particular hasta el fin de la guerra fría y la subsiguiente toma de conciencia sobre las limitaciones presentes en los enfoques clásicos de los estudios estratégicos, los estudios de seguridad y las Relaciones Internacionales para responder a las dinámicas de cambio estructural que supone la desaparición del escenario bipolar. Por un lado, frente a las visiones estrictamente militaristas, emerge un gran debate en torno a la ampliación de la agenda de la seguridad incluyendo otros ámbitos como, por ejemplo, el desarrollo o el medio ambiente. Y por otro lado, en un mundo crecientemente globalizado e interdependiente, y tras el mencionado informe del PNUD (1994) en el que se acuña el concepto de seguridad humana, surgen voces que apelan a la profundización de la seguridad y la toma en consideración del individuo como objeto de referencia de la seguridad en contraposición a las visiones estatocéntricas que han predominado hasta entonces y que tienen al Estado como único objeto de referencia (Booth, 2007)(Fierke, 2007) (Perez De Armíño & Mendia, 2013).

⁸ SECURITY DIALOGUE, “Critical approaches to security in Europe. A network manifestó”, 2006. pp. 443–487. Disponible en: <http://oro.open.ac.uk/9426/>, consultado el 23/11/2017, a las 13.45.

por otro lado, en un mundo crecientemente globalizado e interdependiente, y tras el informe del PNUD sobre Desarrollo Humano, de 1994, en el que se acuña el concepto de seguridad humana⁹, surgen voces que apelan a la profundización de la seguridad y la toma en consideración del individuo como objeto de referencia de la seguridad en contraposición a las visiones estatocéntricas que han predominado hasta entonces y que tienen al Estado como único objeto de referencia.

Los discursos de la securitización como todo lo relacionado con la criminología tiene un trasfondo político deslegitimador de un sector de la población causalmente, el pobre, obrero, negro, inmigrante, en fin selectivo y discriminatorio, lo que en este caso van de la mano de potentes discursos políticos, que enarbolan una “política del miedo” y construyen el imaginario social hacia el enemigo solo recordemos ejemplo: George Busch 11-S¹⁰, Afganistan, Irak, España, 11-M, los discursos del Reino Unido del 2007 al 2014 frente a la ola de inmigrantes rumanos, Africa y Medio Oriente, son “causantes del mal”¹¹. La Estrategia Europea de seguridad como documento, es la versión para Europa de la Estrategia Nacional de los Estados Unidos, publicado en el 2002, en el primer aniversario del 11-S¹².

⁹ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, PNUD, “Informe sobre Desarrollo Humano, Nueva York, 1994, Impreso en México. Disponible en: <https://derechoalaconsulta.files.wordpress.com/2012/02/pnud-informe-1994-versic3b3n-integral.pdf>, consultado el 23/11/2017, a las 14.26. <https://derechoalaconsulta.files.wordpress.com/2012/02/pnud-informe-1994-versic3b3n-integral.pdf>, consultado el 29/11/2017, a las 15.32.

¹⁰ NA: Desde el 11-S, la generalización del discurso de la seguridad está normalizando formas de hacer política internacional para las que tradicionalmente se había reservado un carácter extraordinario, de excepción severamente restringida, debido a los especiales poderes que acarrea su condición temporal de emergencia. Muestra de ello son las detenciones de sospechosos de terrorismo en la base militar de Guantánamo, en flagrante violación de la legislación internacional, que han quedado diluidas en la legitimación moral de la defensa preventiva de EEUU ante la amenaza potencial de otro ataque terrorista.

¹¹ TELLO, Susana, “Revisando la securitización de la agenda internacional: La normalización de las políticas de pánico”, *Revista académica Grupo de estudios de Relaciones internacionales*, No. 18, octubre de 2011. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/677580/RI_18_13.pdf?sequence=1, consultada el 23/11/2017, a las 13.55.

¹² Fabián CALLE, Fabián y Federico MERKE, “La Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos en la Era Unipolar”, *Agenda Internacional*

¿Qué se va a entender por Teoría de la securitización? Con ella se pretende ofrecer elementos de cómo un determinado asunto se convierte en una “amenaza” para la seguridad. Para la Escuela de Copenhague, la seguridad supone desplazar la política a un ámbito que se encuentra más allá de las reglas de juego establecidas, al enmarcar, identificar o definir un asunto como amenaza y por lo tanto como una cuestión “especial” que se sitúa fuera o más allá del juego político ordinario y que por ello requiere medidas excepcionales¹³. Con esto se considera admisible y justificable la vulneración de determinados procedimientos y garantías y se alegan la necesidad de utilizar recursos excepcionales, sean de índole económica, política o jurídica¹⁴. La seguridad ha sido también entendida como paradigma de las relaciones internacionales del Siglo XXI.

Todo ello se realiza inicialmente mediante un discurso propio del constructivismo que introduce las acciones de emergencia y las medidas excepcionales. Para una explicación de las principales diferencias entre los estudiosos ampliadores y los profundizadores del concepto de seguridad.

Se trata en este análisis de seguridad, incluso de ir mas allá de la justificación en los conflictos armados y se recurre al concepto mas abarcador del “riesgo” desde la construcción de las sociedades modernas en las que el binomio “seguridad-desarrollo” transmite la necesidad de enfatizar en las acciones propias de esa mirada incluyendo en ello, por supuesto, a determinadas conductas como son el asilo político, drogas, crimen organizado, terrorismo, entre otras, que se abren en este estadio, tomando en consideración que las relaciones transnacionales son tan importantes o más que las relaciones intergubernamentales, por lo que se presta especial atención a los actores no estatales que van ganando terreno en la escena internacional: mercados, crimen organizado¹⁵.

No. 3. Disponible en: <https://www.agendainternacional.com/numerosAnteriores/n3/0307.pdf>, consultada el 24/11/2017, a las 16.50.

¹³ NIKOLAISEN, Trine, “Security Sector Reform: A New Framework for Security Assistance?”, University of Oslo, 2010. Disponible en: <https://www.files.ethz.ch/isn/127653/NUPI%20Report%20-%20Nikolaisen.pdf>, consultada el 23/11/2017, a las 21.15.

¹⁴ BALZACQ, Thierry, *Securitization Theory. How security problem emerge and dissolve*. New Yor, US: Routledge, 2011.

¹⁵ STRANGE, Susan, “What Theory? The Theory in Mad Money”, Manchester University Press, University of Warwick, CSGR and International Political Economy

Es así que en este nuevo escenario la seguridad tiene un impacto directo en el pensamiento criminológico y en la lógica de entendimiento de los procesos para su enfrentamiento, con una evidente vinculación entre criminalidad y seguridad, con lo cual los estudios sobre seguridad son trascendentes en este nuevo contexto.

Criminología mediática

La Criminología mediática, fue el Profesor Zaffaroni quien acuñó el término de “Criminología mediática”¹⁶, para referirse a la influencia de los medios de comunicación en el imaginario social y formar juicios de valor sobre el delito y la delincuencia, considera además que no es un recurso nuevo, por el contrario, fue detectado por los sociólogos desde fines del siglo XIX. Con motivo del poder de los diarios en el caso Dreyfus, por ende, sigue diciendo que no estamos hablando de nada novedoso, sino más bien, de lo que se trata es del “**neopunitivismo**” de los Estados Unidos, que se expande por el mundo globalizado.

El medio ideal para Zaffaroni es la Televisión porque proyecta imágenes y estas no dejan lugar al pensamiento racional, sino que se absorbe como producto acabado, sin embargo, yo creo que en la actualidad no podemos desconocer la influencia que también en imágenes tiene las redes sociales, pueden crear un efecto tan desbastador en el imaginario que la misma televisión. Se utiliza el impacto mediático del delito que conmociona al ciudadano, para aparentar que se da respuesta a las justas reclamaciones de la sociedad, asediada por múltiples violencias.

En tal sentido, la criminología mediática crea la realidad de un mundo de personas decentes frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos, que configuran un “ellos” separado del resto de la sociedad, por ser un conjunto de diferentes y malos. “Los “ellos” dice Zaffaroni de la criminología mediática molestan, impiden dormir con puertas y ventanas abiertas, perturban las vacaciones, amenazan a los niños, *ensucian* en todos lados y por eso deben ser separados de la

Department, 1998. Disponible en: http://wrap.warwick.ac.uk/2107/1/WRAP_Strange_wp1898.pdf, consultado el 24/11/2017, a las 16.40.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La cuestión criminal. Ilustrado por Miguel Rep* (3ra edición ed.). Planeta S:A:I:C., Buenos Aires, 2012. Disponible en: https://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni_cuestion_criminal/1-8.la_cuestion_criminal.pdf, consultado el 15/11/2017, a las 17.40.

sociedad, para dejarnos vivir tranquilos, sin miedos, para *resolver todos nuestros problemas*".

Esta estratificación del bien y el mal, visto desde la propaganda logra difundir ideas y creencias, que se materializan en leyes del Estado para combatir a los "ellos" con "mano dura" creando también legislación de enfrentamiento mediático y a conveniencia, lo que también hace tambalear el edificio criminológico en su construcción de política criminal, también distorsionada. Para algunos medios masivos de comunicación se convierten en protagonistas de la problemática criminal y en defensa de la sociedad en riesgo, difunden desde las entrañas de las salas de audiencia los más escandalosos novelones judiciales, mientras otros exacerbaban el terror nocturno llevando al público la vida vergonzosa y la trayectoria criminal de genocidas, homicidas, secuestradores, violadores y bandidos de la peor laya.

Este fenómeno se entrelaza con el anterior, pues tiene como eje común la creación de un sentimiento de "inseguridad" y una exigencia de ésta por la sociedad que al demandar seguridad su petición se materializa en la creación de nuevas leyes penales y desborde del poder punitivo. Por ejemplo, en algunos países se han promulgado leyes penales innecesarias, como la Leyes de feminicidio, Ley de sicariato, y la Ley de acosos sexual callejeros, lo que es una clara manifestación del denominado **populismo punitivo**.

Ello nos obliga, dice Zaffaroni a pensar en estrategias de comunicación que adquieran formas que permitan llegar a lo que queremos transmitir, se trata de pensar qué delincuencia en realidad hay que combatir y en la necesidad de una **criminología cautelar**¹⁷ y militante, en la cual, la sociedad civil se pronuncie cuando haya cualquier descontrol punitivo, difusión desproporcionada y sistemática de noticias violentas en los medios, discursos vindicativos, discursos represivos, discriminación mediante estereotipos criminales, promulgación de leyes penales innecesarias y otros generados por la criminología mediática. Yo no creo que los pueblos estén en condición de asumir ese rol.

¹⁷ NA: Fue el mismo Zaffaroni el que introduce también este término que deberá tener un punto de desarrollo en la Criminología, considerando que la define como la "criminología" que proporciona la información necesaria y alerta sobre el riesgo del desborde del poder punitivo susceptible de derivar en una "masacre" (Zaffaroni, La cuestión criminal. Ilustrado por Miguel Rep, 2012).

Prevención situacional

Como todos conocemos la prevención, es uno de los pivotes sobre los que erige su diseño la Criminología y forma parte esencial de su cometido. Se han ofrecido distintas clasificaciones de la prevención: *primaria, secundaria, terciaria*, sin embargo, a partir de la década de los 70 se abre espacio al concepto de **prevención situacional**, que algunos autores lo sitúan en el año 1976, tras las investigaciones sobre suicidios realizadas por el Home Office Británico, en las que se comprobó que el índice de suicidios en Gran Bretaña descendió como consecuencia de un cambio producido en el gas para uso doméstico. Ante esto el director de la unidad del *Home Office Británico*, Ronald Clarke, concluyó que si esto podía ser cierto respecto a una decisión tan seria como lo era el suicidio, podía serlo también para el caso del delito.

La Teoría de la Prevención Situacional tiene entre sus principales aportes los estudios Ray Jeffery en los Estados Unidos, el que construye un discurso que se evalúa la posibilidad de disminuir las conductas delictivas colocando obstáculos físicos y con ello se crea la noción de la “prevención criminal a través de la modificación del ambiente físico” (*Crime Prevention Through Enviromental Design – CPTED-*).

Algunos autores como Pulgarín¹⁸, consideran que la prevención situacional nace al amparo del pensamiento económico predominante en las sociedades actuales e indisolublemente vinculada al neoliberalismo que potencia el uso de los avances de la tecnología fundamentalmente los vinculados con la vigilancia electrónica (cámaras, sensores, alarmas entre otras) y viene marcada por un período de aparente distanciamiento de la relación existente entre las estructuras sociales y económica en determinadas sociedades. Con ello los Estados, se exoneran de compromiso con la génesis del delito y la lucha contra el mismo se convierte en un problema de resultados: ¿cuántos se han capturado? o ¿cómo se han reducido los índices de criminalidad? Un asunto de estadística.

En su desarrollo esta teoría toma como elemento el hecho, de que la convivencia en espacios comunitarios ofrece “oportunidades” que facilitan las conductas delictivas, o al menos sus resultados, por ello, es

¹⁸ PULGARÍN, Alex García, “Prevención situacional y control de los espacios públicos. Revisión de algunos modelos teóricos a propósito del contexto colombiano” *Revista Electrónica. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad de Antioquia, enero – abril de 2012. disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina35305.pdf>, consultada el 21/11/2017, a las 13.43.

necesario reducir al mínimo las condiciones para delinquir. Lo que impone trazar una estrategia de prevención que incremente las probabilidades de detectar los delitos de manera temprana.

De esa forma se puede considerar que el delito puede ser prevenido mediante la reducción de las oportunidades. Los métodos de reducción de oportunidades para la prevención del delito situacional pueden ser aplicados en todos los aspectos de la vida diaria, pero deben adaptarse a cada situación delictiva en particular¹⁹.

Muchas han sido las variables u opciones que se han pretendido poner en práctica para hacer efectivo el combate contra el delito, aunque la criminología ha dejado sentada la postura que enfatiza la idea de que el fenómeno criminal es multicausal, por ello, se han intentado desde el control social formal e informal y de la prevención también diversas acciones entre ellas en los últimos años se ha construido el denominado Triángulo de Análisis de Problemas Delictivos que es un modelo que apoya la realización de análisis de problemas, la Prevención del Delito Situacional proporciona un modelo de intervención de los mismos.

La prevención situacional ha sido vinculada en ocasiones al pensamiento que inspiró la denominada “Teoría de las ventanas rotas”, en la que se considera al delito como resultado del desorden en las comunidades y su falta de vigilancia retomando la idea de que la desorganización social es premisa para el crimen y que su control desde la comunidad con recursos extrapenales puede contribuir a la prevención.

Otras manifestaciones que impactan el pensamiento criminológico, requieren de una mirada crítica

La problemática criminológica se ve además impactada hoy por una creciente criminalidad organizada, que cada día resulta más peligrosa y extensiva, que motiva una gran preocupación de la comunidad internacional, porque no se circunscribe a una sola “actividad delictiva” sino que abarca disímiles manifestaciones y ello complejiza su enfrentamiento en un mundo globalizado neoliberal, donde las fronteras de los Estados se diluyen y un creciente movimiento del derecho penal internacional convoca a repensar en los atributos e ideales fundacionales de esta

¹⁹ MEDINA ARIZA, Juan José, “El control social del delito a través de la prevención situacional. *Revista de Derecho Penal y Criminología*”, julio de 1998, 2da época(2). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174109>, consultada el 23/11/2017, a las 15.32.

rama del derecho, a saber, por solo citar dos de ellos: el *ius puniendi* del Estado nacional y la “territorialidad”, ante los retos de “bienes jurídicos supraindividuales”, “justicia universal”, “personas jurídicas penalmente responsables”, “organización criminal”, “terrorismo”, “pandillas” “derecho penal del enemigo”, entre otros.

Por otro lado, el auge que han tomado los estudios de género en este Siglo y la impronta de protección a las disímiles manifestaciones delictivas que ello trae consigo ha movido el pensamiento penal y criminológico, todo lo que se asocia a una “falta de igualdad real y efectiva”²⁰, vinculándolo de esa forma a la necesidad de protección tanto a los sujetos pasivos como activos de estas manifestaciones.

La Tecnología ha venido ser otros de los desafíos para los estudios criminológicos, como se insertan estas en la produciendo de delitos clásicos y como ellas mismas generan nuevas fuentes de riesgos delictivos y por sí misma también pueden ser típicas conductas delictuales, siendo entonces necesario, la adaptación del Derecho penal y yo añadido de la Criminología al desarrollo social y tecnológico²¹.

En resumen, el mapa no se puede concluir la Criminología tiene que colocar puntos de análisis y una reflexión holística que le permita ofrecer bases y presupuestos para la construcción de una Política criminal que pueda ofrecer respuestas coherentes para prevenir controlar y reducir la criminalidad en este escenario reprobable.

En ese contexto de turbias aguas criminológicas nos reunimos, en este nuestro espacio de los penalistas, en la Habana, Cuba, entre el 10 y el 14 de julio de 2017, para homenajear al Dr. Ignacio Benítez Ortúzar, que de la mano su maestro Lorenzo Morillas Cueva, durante varios años ha sido un fiel asistente a la Escuela, siempre con sus valiosas aportaciones, su discreción y su punto de vista oportuno y hasta callado.

Hoy a cuatro meses de la clausura de nuestro encuentro, ya estoy prologando su muy merecido Libro Homenaje, siguiendo la tradición iniciada en la novena edición, efectuada en el año 2014, en homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, de publicar un libro homenaje al profesor que ha sido objeto de reconocimiento por su obra académica y la colaboración

²⁰ ACALE SÁNCHEZ, María y GÓMEZ LÓPEZ, Rosario, *Derecho Penal Género y Nacionalidad*, Granada, España, Comares, 2015.

²¹ ROMEO CASABONA, Carlos María y Fátima, FLORES MENDOZA, *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la Delincuencia económica y Tecnológica*, Granada, España: Comares, 2012.

con los penalistas cubanos, en el año precedente. Así, como ya se ha dicho en el Prólogo al Libro Homenaje al profesor Olmedo, en 2015 se publicó el del Dr. Juan María Terradillos Basoco, en 2016 el del Dr. Luis Fernando Niño, en 2017, del Dr. Miguel Olmedo Cardenete, y ahora, antes de concluir el año 1917, me ha correspondido prologar la obra intitulada: “Luces y sombras de la reforma penal y procesal penal en Iberoamérica”, Libro Homenaje al Prof. Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar, Serie Ciencias Penales y Criminológicas No. 11, de diciembre de 2017, publicado por la Editorial UNIJURIS de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, que ha contado con el apoyo, de todos los que respondieron a nuestro llamado urgente y nos aportaron sus valiosas colaboraciones y de la Fundación Friedrich-Ebert (FES Caribe), que nos apoyó financieramente para garantizar la participación de uno de nuestros conferencistas de la Escuela de Verano y la publicación de esta obra, que sometemos a nuestra consideración. A todos nuestro agradecimiento en nombre de la Sociedad cubana de Ciencias Penales de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Finalmente unas breves palabras sobre la vida y obra del Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar:

Es catedrático de Derecho penal a tiempo completo de la Universidad de Jaén, Doctor en Derecho de la Universidad de Granada, Licenciado en Criminología por la Universidad de Murcia, Experto universitario en Criminología de la Universidad de Granada.

Reconocimiento de tres tramos investigación y cinco tramos docentes.

- Investigador responsable del Grupo de Investigación SEJ-428 “Derecho Penal, Criminología, Democracia y Derechos Fundamentales”.
- Presidente de la Comisión Académica del Programa de Doctorado en Derecho Público de la Universidad de Jaén
- Coordinador del Máster Oficial “Sistema penal y Justicia Penitenciaria
- Codirector del Título propio “Experto Universitario en Justicia Juvenil”
- Vicepresidente Primero del Comité Andaluz de Disciplina Deportiva (2003-continua en la actualidad).
- Subdirector de la Revista Cuadernos de Política Criminal.
- Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Estudios Jurídicos (Universidad de Jaén).
- Miembro del Comité Científico Internacional de CUBALEX
- Miembro del Comité Científico de la Revista Derecho, Empresa y Sociedad.

- Miembro del Consejo de Redacción de la revista Libertas- Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales
- Vicedecano para los estudios de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la UJA (1993-1996).
- Coordinador del área de Derecho Penal en la UJA (1993-2005).
- Director del Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho, Filosofía Moral y Filosofía de la UJA (2005-2014).
- Miembro del Consejo de Gobierno de la UJA (2011-2014).
- Miembro de la Junta de Personal Docente e Investigador de la UJA (1995-2010).
- Presidente de la Junta de Personal Docente e Investigador de la UJA (2004-2006).
- Miembro del Claustro Universitario de la UJA (1993-2014).
- Miembro de la Junta de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas (1995-2014).
- Miembro de la Junta de Escuela Universitaria de Enfermería (2004-2008).
- Miembro de la Junta de la Escuela Universitaria de Trabajo Social (2004-2008).
- Miembro de la comisión de bioética de la UJA (2005-2017).
- Miembro de la comisión de reforma de Estatutos de la UJA (2011).

Tiene prolija obra escrita que consta de 15 libros en autoría o coautoría muchas de ellas con su maestro Lorenzo Morillas Cueva, en grupos de investigación científicas y más de 150 capítulos de Libros, y un significativo número de artículos en Revistas especializadas, lo que hablan de su profundidad como académico de la ciencia del Derecho penal, porque ha repasado casi todos los bienes jurídicos y algunos desafíos criminológicos, como la violencia doméstica, la criminalidad organizada, pero en lo particular sus escritos sobre aspectos jurídico penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana son de una especial significación por la temática poco tratada, es un tema apasionante en el que en Cuba no hemos abordado y confieso que he tratado de enamorar a un par de aspirantes para que lo trabajen pero no he tenido suerte, me pasa como con la culpabilidad que finalmente encontré a Mayreli, seguiré las el rastro de algún discípulo y seguro que la obra inicial que someteré a su consulta será la de Ignacio.

Ha sido becario en Europa, participado en Congresos nacionales en España, en otros países de Europa y Latinoamérica.

Por sus méritos académicos y por su cariño y amistad hacia Cuba y hacia sus penalistas, por el respeto demostrado a nuestro país la Junta Directiva Nacional de la Unión de Juristas, a propuesta de la Sociedad cubana de Ciencias Penales le otorgó la Condición de Miembro de Honor de la Sociedad cubana de Ciencias Penales.

Finalmente quiero invitarles a leer la obra, que ponemos a su disposición y reiterar el agradecimiento a los autores, en mi nombre y en el de mis compañeros de la Directiva Nacional de la Sociedad cubana de Ciencias Penales.

Mayda Goite Pierre

Doctora en Ciencias Jurídicas, Master en Derecho Público y Especialista en Derecho Penal, Profesora Titular de Derecho penal y Vicerrectora de la Universidad de La Habana. Presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias Penales.

DE LO SUSTANTIVO

Problemas actuales de la reponsabilidad penal de las personas jurídicas*

DR. LORENZO MORILLAS CUEVA**

Sumario

1. Cuestiones previas
2. Algunas precisiones sobre los reparos dogmáticos más destacados a la responsabilidad penal de las personas jurídicas
3. La persona jurídica en el Derecho penal español
 - 3.1. El actuar en nombre de otro
 - 3.2. La concreción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal vigente
 - 3.2.1. Definición y delimitación
 - 3.2.2. Modelos de imputación
 - 3.2.3. Exención y atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Programas de cumplimiento
 - 3.2.4. Sistema de atenuación

1. Cuestiones previas

Una de las hipótesis más debatidas en la doctrina penal actual y de mayor complejidad en su presentación normativa en Derecho comparado –siempre dentro de las limitadas posibilidades que en el fondo presenta semejante diyuntiva- es la de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Muchos son los autores que se han planteado el tema,

* Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España, DER 2016- 78563-P “Corrupción Política: De la contabilidad irregular en procesos electorales a los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, cuyo IP es el Dr. Morillas Cueva.

** Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Granada. España.
lorenzom@ugr.es

que lo evalúan actualmente y que seguro también lo han de justipreciar en el futuro –porque no parece que sea un cuestión cerrado a pesar de las legislaciones en uno u otro sentido–, esencialmente con criterios valorativos críticos sobre las diversas opciones. De antiguo viene semejante polémica entre los autores penales.

Valga como muestra de esta tradición en España la posición de QUINTILIANO SALDAÑA que en un documentado trabajo, inicialmente rudimentario en la delimitación concreta del problema que nos atañe –atiende a la capacidad criminal de las personas sociales, entre las que incluye la sociedad familiar, la errante o tribu, la industrial, la local, las interiores o asociaciones–, se refiere, fundamentalmente en relación a las empresas y ante la duda de una respuesta por culpa, a su capacidad causal, base de una responsabilidad objetiva, por la causa, con lo que dispensa la posibilidad de producir efectos penales y cómo los otorga: la asociación se reúne (conciencia social), inscribe asuntos en el orden del día (la atención y sus objetivos), discuten entre sí, encarnados en individuales inteligencias, los motivos sociales (deliberación), se toman acuerdos (decisión o resolución), hácense ejecutar los acuerdos (ejecución). Si este último, por ejemplo, era un fraude ¿quién se obstinaría en incomprender esa capacidad social criminal? No ya sobre la doctrina de la ficción sino con la del resultado real.¹

Antes de la anterior manifestación, Silvela que, desde una perspectiva doctrinal, se mostraba, al menos inicialmente, opuesto a tal responsabilidad criminal de las personas jurídicas² parece rectificar en su conocido Proyecto de Código penal -29 de diciembre de 1884- en cuyo Preámbulo escribía que “la asociación para delinquir o con un fin determinado y punible, constituye a los socios en codefincuentes y les sujeta a responsabilidad por la participación que tomaron en el fin común del delito, mas no por eso pierde tal responsabilidad su carácter evidentemente individual. Pero pueden muy bien la asociación, corporación o persona jurídica, ser lícitas para su fin y por los procedimientos consignados en el pacto para conseguirlo y, sin embargo, utilizarse medios sociales para delinquir, no aisladamente éste, o el otro socio, sino arrastrando la representación entera de la sociedad o empresa al delito, de tal suerte que para la conciencia pública, fácil siempre en dar verdadera forma personal a todo suceso, sea la sociedad, la empresa o la colectividad la que delinca”. Semejante reflexión lleva a la propuesta contenida en el

¹ SALDAÑA, Quintiliano. Capacidad criminal de las personas sociales (doctrina y legislación). Madrid, 1927, p. 9.

² SILVELA, Luis. “El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España”. I. Madrid, 1874, pp. 200-202.

artículo 25 del Proyecto, que si bien es cierto se inicia con la rotunda afirmación de que “la responsabilidad por los delitos o faltas es individual”, se le añade una especie de excepción con el siguiente sentido introductor de cierta responsabilidad de los entes jurídicos : “Los que delinquieren estando constituidos en una entidad o personalidad jurídica, o formen parte de una sociedad o empresa de cualquier clase, si los delitos son ejecutados por los medios que la misma les proporciona, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social, los Tribunales decretarán en la sentencia la suspensión de las funciones de la sociedad, corporación o empresa, o su disolución o supresión, según proceda”.

A pesar de las anteriores aseveraciones que parecen inaugurar ya a finales del siglo XIX una puerta entreabierta a la hipótesis afirmativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas cierto es que tanto doctrina, a mi entender mayoritaria, como legislación, han sido reacias, en España, a cualquier posibilidad de admisión de la susodicha responsabilidad, manteniendo como criterio firme el conocido axioma *societas deliquere non potest* que no supone otra cosa que la defensa, a veces a ultranza, de la exclusiva responsabilidad individual o de las personas físicas, en el ámbito penal; lo mismo sucede en el Derecho penal positivo y en la doctrina alemana e italiana frente a la posición tolerante tradicional de los sistemas anglosajones, como se verá más adelante.

Todo cambia en España con la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, donde las posiciones hasta entonces minoritarias logran la incorporación al Texto punitivo de una forma legislativa más completa y actualizada de semejante responsabilidad de las personas jurídicas en un intento no totalmente conseguido de ampliar y rectificar los discutibles inicios que propiciaron los artículos 15 bis del Código penal anterior y 31 del vigente, con su muy discutible incorporación, vía de posterior reforma –por LO 15/2003, de 25 de noviembre– del número 2 –acertadamente suprimido por la narrada LO 5/2010–, dejando, al mismo tiempo y como directa derivación de la incorporación del nuevo 31 bis, prácticamente sin contenido la consecuencias accesorias tal y como las estructuraba el anterior artículo 129.

Se pretende con ello una regulación pormenorizada y seleccionada, para los delitos en concreto a los que se les ha de aplicar, que sea coherente con los nuevos parámetros con los que el legislador pretende introducir esta nueva dimensión de la responsabilidad criminal. Y lo hace sin especial convicción en cuanto a su real justificación –verdad es que en los primeros Borradores y sus Preámbulos se llegó a desarrollar un amplio desiderátum teórico para fundamentar tal hipótesis-

Sin embargo, dicho Preámbulo de la reforma aprobada no profundiza en los criterios político-criminales y dogmáticos que justifican con solidez esta opción. Se limita a narrar que “son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos)” – afirmación ésta de exigencia internacional que es necesario desde el principio relativizar pues como bien indica la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, ni los Tratados Internacionales ni el llamado Derecho penal de la Unión Europea plantean la radical obligatoriedad de atribuir genuina responsabilidad penal a las corporaciones, constituyendo otras opciones posibles la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza distinta a las penas- o a describir sus posibles objetivos o consecuencias: a) esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea; b) intenta dejar claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física –motivación entre otras cosas, para suprimir el citado apartado 2 del artículo 31; c) opción por una doble vía: junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados –sobre la cautela, en este caso, de la imprescindible consideración de las circunstancias del supuesto concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación-.

Se llega así a la reciente reforma propiciada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que altera en profundidad los contenidos relativos a dicha responsabilidad, no solo con ampliación del artículo 31 bis sino con la creación de tres nuevos preceptos -31 ter, 31 quater, 31 quinquies- otorgándole a su redacción casi contenido de Manual o, al menos, una excesiva extensión reglamentista cuando no farragosa.

También ahora el legislador es parco en la justificación de este concreto cambio. Se limita, en el Preámbulo a hacer dos precisiones no

especialmente nucleares: a) la primera sobre su intencionalidad, que es “delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal” -con ello pretende, en su propia aseveración, poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, pues desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, por lo que se asumen a nivel de Texto punitivo ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, “el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica”-; b) por la segunda, extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que se “podrán imponer las sanciones actualmente previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal³. Pocos argumentos para tan intensa reforma.

En todo caso, la regulación concreta que introducen, primero la LO 5/10 y después la LO 1/2015, horada asimismo en España una nueva perspectiva no solo en relación al sujeto sino igualmente a la propia estructura de la teoría jurídica del delito.

Muchos han sido los planteamientos doctrinales⁴ y también las respuestas legislativas sobre un tema que ha propiciado un amplio debate

³ Artículo 33.7 a) Multa por cuotas o proporcionar. g) intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

⁴ Entre otros muchos, *vid.*, JAKOBS-SILVA SÁNCHEZ- SEELMANN-S.BACIGALUPO-FEIJOO SÁNCHEZ- GÓMEZ JARA- MAZUELOS COELLO- GARCÍA CAVERO. *La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Órganos y representantes*. Coord. García Caverro. Lima 2002. AAVV. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Dir. De la Cuesta Arzamendi. Coord. De la Mata Barranco. Cizur Menor (Navarra), 2013. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*. Valencia, 2013. GONZÁEZ RUS, GONZÁLEZ TAPIA, MAZZACUVA, MORILLAS FERNÁNDEZ, OCHOA

al respecto, fundamentalmente en los últimos años. Si bien es cierto, como he indicado, que el debate viene de antiguo, en la actualidad presenta especial protagonismo dada la incidencia social y jurídica, de la que no escapa precisamente el Derecho penal, que estas sociedades tienen no solo en los ámbitos socio-económicos sino de igual manera en las estructuras y modos de operar la nueva delincuencia organizada y tecnificada.

Generalmente, y en una visión tradicional, la alternativa se ha situado en la diferenciación entre el derecho anglosajón donde, con mayor intensidad, se ha propiciado en sus legislaciones la admisión de dicha responsabilidad y los sistemas continentales en los que, normalmente, se ha optado por el mantenimiento del clásico principio *societas delinquere non potest*, como consecuencia del cual no se atiende a las hipótesis criminales para las personas jurídicas. Sin embargo, esto no es actualmente del todo correcto ya que Códigos, incluidos en la segunda de las variables, no son ajenos a este tipo de responsabilidad -por ejemplo, Francia y mucho más recientemente, y es el objeto de estos epígrafes, España⁵-, como veremos más adelante, pues ambos sistemas, en opinión de TIEDEMANN, cada vez se asemejan más⁶.

Sobre semejante diseño de pretendido encuentro, las variables a analizar son múltiples si se quiere desarrollar un determinado modelo que responda a las realidades legislativas y dogmáticas, destacadamente sobre su incidencia en la teoría jurídica del delito, en inicio pensada y desarrollada para las personas físicas. Posiblemente lo primero que haya que concretar en la preliminar aproximación de la responsabilidad penal de semejantes entes sea su propia concreción conceptual.

En este último sentido se decantan fundamentalmente dos hipótesis a tener en cuenta: a) modelo de responsabilidad directa y cumulativa, en el que dicha responsabilidad es compatible, por ser autónoma o paralela, con la de la persona física; b) responsabilidad subsidiaria, que

ROMERO, PALMA HERRERA, PÉREZ ARIAS, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, SARRABAYROUSE. *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Madrid, 2014. AGUDO FERNÁNDEZ, JAÉN VALLEJO, PERRINO PÉREZ. *Derecho Penal de las Personas Jurídicas*. Madrid, 2016.

⁵ En este sentido, con más detalle, *vid.*, FRANSSSEN (caso belga), BLUMENBERG (casos danés y holandés), POELEMANS (caso francés), BRANDÃO-JESÚS (caso portugués), DAMASCHIN-GORUNESCU (caso rumano). "Responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *EGUZKILORE*, nº 28, 2014, pp. 63-165.

⁶ TIEDEMANN, Klaus. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Coordinación de José Hurtado Pozo. Lima, 1997, pp. 114 y ss. Asimismo, con carácter general: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal...cit.*, pp. 17-32.

únicamente se concreta cuando no existe o no puede deducirse la de una persona física. Tanto doctrina como legislaciones se deciden por la primera de ellas dados los inconvenientes y el encorsetamiento que supone la segunda⁷. El propio Preámbulo de la Ley 5/2010 deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica cabe declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física, por lo que, en consecuencia, suprime el controvertido y criticado apartado 2 del artículo 31, hasta entonces vigente⁸. Este es también el sentido de la mayoría de la normativa internacional –así por mostrar un ejemplo, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo en su artículo 5.3, referido a la responsabilidad de las personas jurídicas, mantiene que tal responsabilidad se entenderá sin perjuicio de las acciones penales que puedan emprenderse contra las personas físicas que sean autores, inductores o cómplices de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 de la Directiva.

Sea cual fuere la posición que se mantenga al respecto, no cabe ocultar las actuales tendencias dogmáticas y los instrumentos jurídicos internacionales que caminan hacia la admisión de dicha responsabilidad penal colectiva que afecta al Derecho penal comparado y a muy distintas organizaciones internacionales⁹, así como, lógicamente, al Derecho

⁷ Vid., con mayor amplitud, entre otros: ROBLES PLANAS, Ricardo. “¿Delitos de personas jurídicas? En In Dret, 2006, p. 4. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Responsabilidad criminal...cit.*, pp. 60-75. GONZÁLEZ RUS, Juan José. “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Procedimientos operativos estandarizados...cit.*, pp. 19-41. PÉREZ ARIAS, Jacinto. *Sistema de atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Madrid, 2014, pp. 33-49.

⁸ En tal sentido, la STS 516/2016, de 13 de junio, mantiene que en “el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema vicarial, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica, respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad.

⁹ Vid., en este sentido de manera más detalla, fundamentalmente sobre normativa europea, entre otras, las referencias contenidas en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Memento Práctico 2017*. Madrid, 2016, pp. 361-362. DE LA CUESTA, J.L.-PÉREZ, A.I. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implantación por los Estados”. En *Responsabilidad penal...cit.*, pp. 129-157. AGUDO FERNÁNDEZ, JAEN VALLEJO, PERRINO PÉREZ. *Derecho Penal...cit.*, pp. 19-22. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Artículo 31 bis”. En *Comentarios Prácticos al Código Penal*. Tomo I. Dir. Gómez Tomillo. Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 472-475. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del*

positivo interno. En dicha línea se muestra, cada vez más, una progresiva evolución de la política criminal hacia parámetros que demandan respuestas penales claras y determinantes para las personas jurídicas¹⁰.

Como síntesis es posible citar algunas variables que intentan, desde diversas opciones, modelar su presencia en el ámbito penal o en sectores íntimamente relacionados: a) responsabilidad civil subsidiaria o cumulativa de las personas jurídicas por los delitos realizados por sus empleados; b) sanciones específicas de tipo administrativo, desarrolladas fundamentalmente en los ordenamientos jurídicos de influencia germana en los cuales se establecen sanciones para estas figuras colectivas tanto en el Derecho de contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*) como en el Derecho Penal administrativo, sobre la base esencial de las multas administrativas, sistemas auxiliares que han sido descritos como “hijos menores del Derecho Penal”¹¹ y que, en muchas ocasiones, llevan a la utilización de una especie de leyes “penales” complementarias que sin ser auténticamente punitivas, sus sanciones pueden mostrarse mucho más graves cuantitativamente, en relación a la multa, que las pecuniarias penales; c) verdadera responsabilidad penal que se incorpora a dicho ámbito y que supone la asunción directa de tal responsabilidad para las personas jurídicas a través de la imposición de verdaderas penas –por ejemplo, Gran Bretaña, Finlandia, Holanda, Bélgica, Francia, Austria, Portugal, Rumania y, después de la reforma de 2010, España¹²–; d) empleo de medidas de seguridad como variable de la anterior, que sin llegar a las penas abre la puerta a la intervención punitiva –es el contenido de la propuesta realizada por el Proyecto español de 1980¹³–;

Derecho Penal. 5ª ed. Cizur Menor (Navarra), 2015., pp. 503-504. En la mayoría de las normativas internacionales se aboga por la incorporación de sanciones a las personas jurídicas en relación a determinados delitos en ellas descritos, que pueden ser penales o administrativas, sin una obligatoriedad predeterminada, para el Estado correspondiente, de la naturaleza de la sanción.

¹⁰ En tal línea, CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010”. En *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 101, 2010, pp. 7-12.

¹¹ Vid., en este sentido: HEINE, Günter. “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”. En *Responsabilidad...*cit. Coord. Hurtado Pozo, p. 20.

¹² Con más detenimiento, vid: MORILLAS CUEVA, Lorenzo. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Anales de Derecho*. Número 29, 2011, pp. 7-9. DE LA CUESTA, J.L.-PÉREZ, A.I. *La responsabilidad penal...*cit., pp. 141-157.

¹³ El artículo 132 del citado Proyecto decía: “No obstante, podrán ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o

e) utilización de sanciones casi penales que presentan un carácter mixto, como es el caso de las contenidas en la legislación italiana que siendo sanciones pecuniarias y no penas se imponen por jueces penales y sobre parámetros procesales y materiales semejantes a los empleados para la imputación penal, lo que conduce, en opinión de FIANDACA-MUSCO, a una especie de fraude de etiquetas desde el momento en que el legislador había querido formalmente definir “administrativa” una responsabilidad que en su sustancia asume un carácter penal o parapenal¹⁴; f) vía intermedia entre la radical negación aplicativa del Derecho penal a las personas jurídicas y la de imposición de penas e incluso de medidas de seguridad por la comisión de delitos, con la utilización, vía penal, de otras consecuencias –buena muestra de esta posición, al menos hasta la reforma de 2010, era el artículo 129 del Código penal español que alude a las consecuencias accesorias.

Puede comprobarse, y ya advertía al principio de este epígrafe, que existe una cierta y profunda confrontación en la que convergen, inicialmente, parece que de forma enconada, las argumentaciones garantistas, situadas esencialmente en el Derecho penal de la culpabilidad, que defienden con intensidad el citado principio *societas delinquere non potest* y que muestran grandes objeciones técnicas y dogmáticas para lo contrario¹⁵ y los requerimientos políticos sociales de una comunidad en desarrollo y cada vez más compleja en relación a ámbitos tan importantes como las nuevas tecnologías, las estructuras económicas e incluso las estrictamente delictivas abocadas a comportamientos colectivos y necesitadas de respuestas coherentes y actualizadas.

miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes”.

¹⁴ Fiandaca-Musco llegan a esta conclusión sobre la base de que la responsabilidad del ente está, en realidad, estrechamente unida a la comisión de un hecho delictivo y la sede en la que se verifica es siempre en el proceso penal. FIANDACA, G-MUSCO, E. *Diritto Penale. Parte Generale*. 7ª ed. Bologna, 2014, pp. 171-184. Afirman, como paso previo, que la persistente dificultad, relativa a la individualización de un satisfactorio modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, explica cómo una parte de la doctrina más reciente tiende a un modelo sancionatorio alternativo de tipo administrativo o civil. *Ibid.*, p. 174.

¹⁵ Con carácter general, entre otros muchos, mantienen el susodicho principio: JAK-OBS, Günther. ¿Punibilidad de las personas jurídicas? En *Responsabilidad penal de las personas jurídicas...cit.*, Coord. García Caveró, pp. 65-97. COBO DEL ROSAL, Manuel. “Societas delinquere non potest, a pesar de los pesares”. En *Cuadernos de Política Criminal*. N° 115, 2015, pp. 389-400. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Libertas*. Número 5. 2016, pp. 31-43.

2. Algunas precisiones sobre los reparos dogmáticos más destacados a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Como bien pone de manifiesto CARBONELL MATEU, la dogmática clásica nace y se desarrolla en torno al delito como acción llevada a cabo por una persona física¹⁶. Ahí es donde se asienta una de las objeciones fundamentales a la viabilidad de la susodicha responsabilidad de las personas jurídicas. Por tanto, los reparos esenciales junto al anterior se formalizan en la utilización de penas para tal finalidad, en su misma naturaleza y, como derivación en su incapacidad para ser sujeto de acción, de culpabilidad y de pena.

El primero de ellos ataca directamente al fondo de la cuestión pues objeta su propia estructura en el sentido de estimarlas como una ficción (*fictio iuris*) –cuando no como un ente prejurídico– a las que el legislador transforma en una creación del Derecho dotándolas de algunas capacidades que las conducen a ser titulares de derechos y obligaciones, pero con efectos y consecuencias diferentes a los penales pues carecen de voluntad inteligente y de propia estima y, como derivación, de una independiente y singularizada capacidad de formar y asumir el juicio de imputación que conlleva la actuación punitiva, en exclusiva determinante de las personas físicas¹⁷, por lo que únicamente poseen capacidad de actuar a través de sus órganos y, como consecuencia, no han de ser castigadas penalmente como tales personas jurídicas.

Dicha introducción descalificadora se desarrolla en su concreción penal con el trípede de incapacidades de la persona jurídica para ser sujeto activo de delito. Se dice que la punibilidad de tales personas es incompatible con la estructura teórica del Derecho Penal y, en concreto, con la teoría jurídica del delito pues difícilmente pueden realizar los elementos más sobresalientes que la componen. Ciertamente es desde tal comprensión es sumamente difícil asumir que los entes colectivos puedan superar los conceptos de acción y de culpabilidad. Esta porque supone una imputación subjetiva personal que se apoya en un reproche individual del hecho delictivo concreto y por lo que, al no actuar por sí misma, no puede desarrollar las premisas subjetivas del delito ni la imputabilidad del sujeto ni la propia comisión dolosa o imprudente, cualquiera que sea su ubicación sistemática, e incluso para aquellos que conciben el término

¹⁶ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Responsabilidad penal...*, p. 13.

¹⁷ Vid., COBO DEL ROSAL, M.-VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Valencia, 1999, p. 355.

bajo la idea de atribuibilidad del hecho injusto a su autor por razón de su motivabilidad normal en contra de la realización de la infracción criminal de igual manera no procede asumir capacidad de culpabilidad para dichas personas ya que el propio concepto de motivabilidad aparece unido al individuo¹⁸.

Pero es que, además, y como paso previo, se produce la incapacidad de acción, en cuanto conducta humana, que es motivada por una “voluntad”, un querer propio, de la que no es capaz la persona jurídica sino por medio de sus representantes físicos que son los que pueden exteriorizar los actos delictivos. Es decir, se plantea su falta de aptitud para formar una voluntad autónoma, distinta de las voluntades de sus miembros con incidencia en el ámbito punitivo.

Junto a ellas dos se muestra una tercera que es derivación de ambas, la incapacidad de pena radicada esencialmente en el principio de personalidad que se le atribuye, en el reproche ético-social que supone su imposición en el ámbito penal y en sus propios fines tanto preventivo generales –la persona jurídica no padece y, por tanto, no es susceptible de coacción psicológica, propia de la prevención general negativa, ni de valorar su actitud de respeto a la norma, de la prevención general positiva– como preventivo especiales –la persona jurídica escapa a la idea de resocialización–¹⁹.

Tales objeciones hay que situarlas en la esfera de un Derecho penal pensado para la persona como sujeto físico. Ello no ha de ocultar ni de rechazar frontalmente otras posibilidades. Se ha asumido, y posiblemente con razón, que el delito es una construcción de posible variedad que no está determinado ni ontológicamente ni en razón de categorías inmutables monopolizadas por la acción humana, con lo que cabe presentar otras formas integradas o añadidas a aquella, como es la elaboración de una teoría jurídica del delito donde tenga implantación una posible imputación penal a

¹⁸ En este último sentido, vid., por todos, como muestra: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E-HUERTA TOCILDO, S. *Derecho Penal*. Teoría jurídica del delito. 2ª ed. Madrid, 1986, p. 5. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Responsabilidad penal...*, cit., p. 16-21. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Responsabilidad penal...*, cit., pp. 37-38.

¹⁹ En tal línea, entre muchos otros: ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal*. 2ª ed., anotada y corregida por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, Madrid, 1986, pp. 154-155. JESCHECK, H.H.-WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad. Olmedo Cardenete. Granada, 2002., pp. 243-244. COBO DEL ROSAL, M-VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal...*, cit., pp. 354-355. MIR PUIG, Santiago. “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *En Estudios Penales en recuerdo al Prof. Ruiz Antón*. Madrid, 2004, pp. 751-752. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *Responsabilidad penal...*, cit., pp. 33-41.

la persona jurídica por hechos delictivos, compatible con el sistema penal de responsabilidad individual. Este planteamiento de no fácil desarrollo ha sido propuesto desde dos vertientes que conviene diferenciar.

Por un lado, la de los que proyectan su concepción de teoría del delito, en especial con referencia a la acción y a la culpabilidad, compatible igual para las personas físicas como para las jurídicas. En semejante sentido JAKOBS afirma que tanto para la acción como para la culpabilidad son idénticas las formas dogmáticas (y no solo los nombres) en la persona física y en la persona jurídica. En atención a la primera, mientras para el sujeto el sistema que estructura ha de estar compuesto siempre por los ingredientes propios de una persona física, mente y cuerpo, en la persona jurídica se traslada a estatutos y órganos; estos se pueden definir asimismo como sistema en el cual lo interno no interesa pero si el *output*, con lo que las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de las personas jurídicas. En relación a la segunda, aunque admite una mayor dificultad para la compatibilidad, descarta renunciar en absoluto a la comprobación de la culpabilidad, aunque lo hace, ciertamente forzado, sobre parámetros negativos al asumir que similar como sucede con las personas físicas existen supuestos en los que la jurídica actúa pero puede hacer comprender que las condiciones internas de la acción caben ser consideradas indisponibles o sea han de disculparse²⁰.

Por otro, la de los que intentan estructurar una elaboración dogmática independiente que, sin tocar los contenidos de las personas físicas, promueva nuevos conceptos de acción y culpabilidad para las personas jurídicas. Es el caso de ZUGALDIA ESPINAR y de TIEDEMANN, por poner dos ejemplos. Para el autor español las personas jurídicas son capaces de acción en cuanto destinatarias de las normas jurídicas y capaces de producir los efectos exigidos por dichas normas, de lo que deduce, en aplicación de las reglas generales de la coautoría y de la autoría mediata, que, al mismo tiempo, pueden ser autores de una infracción, es decir, que son capaces de realizar "acciones", como contratos, adopción de acuerdos, etc., que se manifiestan a través de las acciones de sus

²⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed., Trad. Cuello Contreras-Serrano González de Murillo. Madrid, 1997, pp. 183-184. No es sencillo coincidir con Jakobs en este planteamiento que sitúa en clave penal lo que no dejan de ser actuaciones individuales dentro de las empresas, reguladas por otros sectores del Ordenamiento jurídico. Su propuesta de coexistencia tanto para la acción como para la culpabilidad está asentada en criterios de débil proyección penal.

órganos y representantes, pero que, igualmente son “acciones de la propia persona jurídica”²¹.

Más complicada se les presenta la construcción de la culpabilidad en esa teoría emancipadora. Parecen coincidir en el alejamiento de una culpabilidad biopsicológica del órgano o de la persona física que acepta un juicio de reprochabilidad y sí en el acercamiento a la que se ha venido en denominar “culpabilidad por defecto de organización”. Desde semejante perspectiva, para ZUGALDÍA ESPINAR, una persona jurídica se hace culpable cuando, en su seno, estatutariamente y en su beneficio, con posibilidad de conocer la ilicitud del hecho, se adoptan o ejecutan acuerdos delictivos o se ejecutan acciones delictivas que no son impedidas por los órganos sociales competentes²².

Parece obvio, si se aceptan las dos premisas anteriores, que la tercera de las cuestiones relacionada con la capacidad de pena se relativiza al máximo. Cuando se admite, como propugnan los autores anteriormente citados, la posibilidad de una culpabilidad moral social en el sentido indicado y, además, previamente se las acepta como destinatarias de las normas jurídico-penales sobre la base de las actuaciones de sujetos concretos que conducen la responsabilidad de aquellas en cuyo interés y

²¹ Desde esta perspectiva Zugaldía equipara, como digo en texto, con el coautor y autor mediato del delito que “responden de su propio acto aunque éste se realice total o parcialmente a través de otro”. ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. “Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica”. En *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 81, 2003, p. 549. También: “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”. *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 53, 1994, pp. 622 y ss. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Valencia, 2008, pp. 45 y ss. *La responsabilidad criminal...cit.*, pp. 60-70. Semejante identificación, avalada, por otra parte, en los planteamientos de Tiedemann, me parece, como mínimo, arriesgada porque son figuras distintas y situaciones diferentes. De lo que se trata es de valorar la capacidad de acción de la persona jurídica por sí misma como sujeto de imputación penal.

²² *Ibid.*, pp. 91-103. En parecido sentido se han manifestado, entre otros, Tiedemann y Heine. Vid: TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad...cit.*, pp. 114-116. HEINE, Günter. *La responsabilidad...cit.*, pp. 41-43. Cuesta admitir este planteamiento desde el momento en que, en todo caso, los acuerdos o las acciones delictivas ejecutadas no dejan de ser realizadas por personas físicas aunque integrantes de un ente colectivo que difícilmente puede tener algún nivel de culpabilidad, sobre todo a la hora de fundamentar la pena. Las referencias a las conculcaciones a los deberes de organización de las personas jurídicas no parecen suficientes para componer un concepto de culpabilidad que fundamente una culpabilidad sustento de la sanción penal. Incluso Tiedemann valorando las dificultades de su propuesta la reduce a los delitos culposos y de omisión. En parecido sentido –“Del principio *societas delinquere non potest* al principio *societas delinquere potest*”-: AGUDO FERNÁNDEZ, E-JAÉN VALLEJO, M-PERRINO PÉREZ, A.L. *Derecho Penal...cit.*, pp. 19 y ss.

provecho desarrollan sus actos, desvirtuando su correcta organización, las sanciones penales, obviamente adaptadas a la naturaleza de dichos entes, se muestran como ineludibles. Sucede, no obstante, que si se niega la mayor, acción y culpabilidad, y se adoba con el principio de personalidad de la pena, la reflexión anterior pierde todo su significado.

Como ha podido comprobarse la situación actual del tema genera serias dudas tanto desde una dimensión como desde la otra. MANTOVANI la ha resumido con excelente criterio, a través de varios rasgos diferenciados de expresión: a) bajo el perfil histórico domina el principio de responsabilidad individual sobre todo en el derecho continental, como se ha visto; b) bajo el perfil ontológico-dogmático la admisibilidad de la responsabilidad penal de los entes colectivos no se reconoce como una imposibilidad absoluta con lo que a la teoría de la ficción, antes señalada y que niega a ellos subjetividad penal en cuanto meros “sujetos artificiales”, se contrapone la teoría de la realidad u orgánica, por la que la persona jurídica, al igual que el hombre, es un sujeto natural y real por lo que no se ve la razón de negarle tal subjetividad; c) bajo el perfil criminológico-empírico la realidad está, después, en demostrar que la “sociedad sabe delinquir” como se advierte todas las veces que los delitos de los representantes son expresión de la voluntad asamblearia, de la organización o de la política de empresa; d) sobre el perfil político-económico, la responsabilidad o irresponsabilidad penal de la persona jurídica es un problema, más que ontológico o dogmático, de tipos de sistemas políticos y económicos y de práctica útil y eficaz; e) en el moderno sistema democrático-social, se ha manifestado sobre todo como una exigencia de encontrar nuevos instrumentos para combatir la criminalidad societaria²³.

Sobre todas estas premisas he de sacar una serie de conclusiones personales que delimiten mi posición en relación al tema y que resumidamente paso a exponer. En primer lugar, es necesario aceptar que sobre el cambio radical en el que se mueven los nuevos desarrollos económicos, sociales, tecnológicos, asentados sobre una globalización que abre puertas a la introducción de nuevos modelos societarios nacionales y multinacionales y a novedosas formas de delincuencia, la estructura penal requiere respuestas adecuadas que muestren la exigencia creciente de hallar instrumentos idóneos para combatir la denominada, de manera controvertida, “delincuencia societaria”.

²³ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte Generale*. 9ª ed. Pádova, 2015. pp. 110-112.

En segundo, y frente a lo anterior, se evidencian inconvenientes de difícil solución dogmática e incluso práctica, modulados por las aceptables construcciones que sobre la teoría jurídica del delito son preferentes en nuestra Ciencia penal y el reproche culpable y personalizado que supone la pena criminal. Las soluciones alternativas creadoras de singulares capacidades de acción y culpabilidad y, por tanto, de pena plantean, posiblemente, más dificultades que soluciones y no borran las principales objeciones que se le han hecho a la atribución de responsabilidad penal a dichas personas, como veremos más adelante en la concreta regulación española.

En tercer lugar, y desde una perspectiva sociológica de resultados, la adscripción de dicha responsabilidad no es, en todo caso, un avance del Derecho Penal ni tampoco un planteamiento necesariamente progresista. Y esto es así, porque en definitiva, se siga el modelo que se siga en relación a tal responsabilidad, se puede caer en la incoherencia de que la “voluntad de la sociedad” a la que se adscriba la carga de la respuesta delictiva sirva más, como cortina de humo, para eludir la singularización de las responsabilidades penales de los miembros relevantes y ejecutores de las decisiones del colectivo²⁴; y más aún la concreción del injusto en la empresa y la aplicación de una pena al ente social de un hecho cometido, en definitiva, por otro que ha actuado en su nombre conduce a una responsabilidad colectiva de la persona jurídica que afecta a todos sus miembros hayan o no participado en los hechos delictivos.

En cuarto, y a pesar de las objeciones expuestas anteriormente, es cierto que desde un punto de vista político criminal es preciso un acercamiento real a la cuestión en debate de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, otra cosa son las fórmulas empleadas en concreto. Pero cierto es que si complicado se presenta la estructuración de un sistema coherente con dicha responsabilidad no lo es menos utilizar argumentos decisivos para inutilizar la admisibilidad de una respuesta penal al respecto, tanto más cuanto se viene utilizando con continuidad en el Derecho anglosajón y también en parte del continental sin que ello haya supuesto ningún cataclismo ni dogmático ni legislativo, ni de aplicación material.

²⁴ Verdad es que, al menos teóricamente, los defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas la plantean sobre la no sustitución u ocultación de las de las personas físicas. Pero evidentemente el riesgo de lo opuesto es mayor. Igualmente se utiliza, en sentido contrario, la alusión al “chivo expiatorio” como planteamiento de que la responsabilidad física individualizada puede suponer el desvío hacia un determinado sujeto que asuma la responsabilidad para eximir a la empresa y a los altos dirigentes de ella, con lo que se posibilita un amplio margen de impunidad a las sociedades.

En quinto, sobre las últimas apreciaciones, se me antoja que la cuestión está en la toma de posición político- criminal, legislativa y doctrinal al respecto sin que ninguna de las opciones que puedan seleccionarse quiebren del todo los principios esenciales del Derecho penal moderno y garantista, sí unas más que otras, pero sin llegar a la inconstitucionalidad o a la aberración sistemática. Se puede pensar y hacer de esta forma operativo que un sistema es más útil, práctico, razonable jurídica o funcionalmente que otro. Que la propuesta más tradicional de la *societas delinquere non potest* es más garantista, más fiel a las bases esenciales de la teoría jurídica del delito –acción, culpabilidad y, consecuencia, pena- o que la opción de la responsabilidad penal responde mejor a las exigencias del moderno Derecho penal y a las nuevas formas de delincuencia en las que la utilización de sociedades/ empresas con fines delictivos adquiere cada vez mayor protagonismo.

Cabe objetar a las primeras su anquilosamiento en un tiempo ya pasado y su tributo a una dogmática, fundamentalmente alemana, excesivamente formal, al menos en este aspecto; o atribuir a los seguidores de la segunda hipótesis, como hace por ejemplo RODRÍGUEZ MOURULLO en relación a la concreta modificación de la regulación española, la ignorancia de los principios básicos de nuestro sistema penal, principios que no son “abstruserías dogmáticas” propias de profesores, “sino inequívocas declaraciones legales y constitucionales cuya eficacia normativa se ha dejado intacta y que evidencian que nuestro sistema penal está configurado exclusivamente para la responsabilidad de la persona física”²⁵.

En sexto lugar, y en atención a este estado de variables, la posibilidad de tender hacia la concreción de una solución intermedia entre la absoluta exclusión de la responsabilidad penal y la imposición directa de penas por la imputación de las infracciones delictivas cometidas que salve los reparos antes indicados tanto de una como de otra, aunque, lógicamente, a algunos les pueda parecer insuficiente y a otros más allá de los límites fundamentales marcados por la teoría jurídica del delito. Es la idea que he mantenido hasta este momento basada en una utilización adecuada de las consecuencias accesorias del artículo 129, en su redacción anterior a la reforma de 2010, después se ha quedado prácticamente sin contenido, como ya he puesto de manifiesto con anterioridad en este escrito. No suponen, en esta hipótesis, responsabilidad penal en sentido estricto avalada por la pena sino en una

²⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. “El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado”. En *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*. 2011, pp. 417 y ss.

compresión amplia que las integra dentro de la esfera punitiva pero sin sometimientos ni a la culpabilidad ni a la peligrosidad y, como derivación, ni a las penas ni a las medidas de seguridad.

Se consigue, además, con ello actuar sobre la empresa, de manera preventiva, para evitar, en la medida de lo posible, manifestaciones de índole criminal delictiva, en las que no solo se obra sobre los individuos personalizados que han realizado los actos sino también, y de esta manera, con el objetivo de neutralizar su cobertura delictiva. Como fundamentaba, con acertado criterio, el anterior artículo 129 en su número 3 las consecuencias accesorias “estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”. Todo ello conectado con el contenido del artículo 31 del Texto punitivo.

Resaltar, por último, en tal sentido, que la cuestión valorada de esta manera se minimiza al máximo en cuanto a sus resultados prácticos. Quiero decir con ello que si analizamos el catálogo de penas en los Códigos que estructuran un sistema diferenciado para las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del Texto punitivo español, en este caso antes del Reforma de 2010, las diferencias son mínimas y las coincidencias múltiples –clausura de empresa, disolución, suspensión de actividades, etc.–. Las dos únicas excepciones están en la multa y en la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. Las demás únicamente pueden ser una cuestión de modernización o adaptación de dichas consecuencias, estimadas como pena en prácticamente todos los Códigos y también ahora en el español –en el artículo 33 en su nuevo número 7 se citan como penas aplicables a las personas jurídicas: multa por cuotas o proporcional, disolución, suspensión de actividades, clausura de locales o establecimientos, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años–.

Ello no es, ni mucho menos, un obstáculo insalvable, sobre todo con respecto a la inhabilitación, algo más en relación a la multa. Con respecto a esta última, caben dos posibilidades: una, la de su regulación concreta extrapenal y su incorporación para la imposición en el proceso penal; otra, más factible con la idea defendida por mí en la multa, incluirlas en el catálogo de consecuencias accesorias como distinta a la contenida en el artículo 50 como pena y no impuesta como días multa sino expresamente determinada para cada delito en la que se ha de aplicar como dicha consecuencia. Por tanto, en hipótesis de un sistema específico de selección de aquellos supuestos en los que se podrá utilizar.

Séptimo y último, todo lo dicho, incluidas las hipótesis alternativas, supone una toma de posición sobre la cuestión pero que ya derivan en valoraciones de lege ferenda. La realidad actual, y a ella he de ceñirme en un planteamiento interpretativo del derecho positivo vigente, es la presencia de los artículos 31 bis a 31 quinquies y sus derivaciones en otros preceptos que avalan el compromiso legislativo con la responsabilidad penal de dichas personas. Se podrá estar de acuerdo o no estarlo, cabe criticar la deficiente redacción y contenido de los susodichos artículos, pero esa es la posición legislativa al respecto.

3. La persona jurídica en el Derecho penal español

En el Derecho positivo español la LO 5/2010 supuso, como ya he indicado con anterioridad, un cambio total en la percepción de esta cuestión en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, a la que incluye en el Texto punitivo fundamentalmente con la incorporación de un nuevo artículo 31 bis, que es el verdadero núcleo de la problemática en análisis. Completado y redistribuido en sus contenidos por los ya referenciados artículos 31 ter, 31 quater y 31 quinquies, introducidos por la LO 1/2015.

Además de dotar de especial atención analítica a estos novedosos preceptos, parece oportuno atender en este epígrafe también al mantenido artículo relativo al actuar en nombre de otro, dejado en su íntegra redacción el anterior número 1 -el 2 fue suprimido por la LO 5/2010-, y con un significado muy específico dentro de esta problemática. Algunos autores como MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN lo consideran un problema fundamentalmente de autoría y lo estudian bajo ese epígrafe²⁶. Conviene, sin embargo, desde mi punto de vista, situarlo en clave conjunta de estudio directo con los anteriores en relación de sujeto y más en una reflexión como está de carácter fundamentalmente integrador; ello no obvia que con otros planteamientos sistemático, como advierten COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, la problemática que el tema pueda proyectar en materia de autoría y participación²⁷.

²⁶ MUÑOZ CONDE, F-GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª ed. Valencia, 2015, pp. 486-487. En igual sentido: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 2016, pp. 149-150. CUELLO CONTRERAS, J- MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed., Madrid, 2015, pp. 170-171.

²⁷ COBO DEL ROSAL, M-VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho Penal...cit.*, p. 359.

3.1. El actuar en nombre de otro

La génesis de esta norma deriva de la pretensión legal de impedir una posible impunidad en tipos penales que requieren determinadas características para aplicarles una pena; tipo especiales, generalmente por la cualificación del sujeto activo en los que se utilizan a otro sujeto que no reúne las exigencias requeridas para la actuación. En consecuencia, se podía dar la paradójica situación de que la singularidad del tipo afectara a la persona jurídica que derivaba en sujetos que no poseían tal singularidad, administradores o encargados del servicio, por ejemplo, con lo que no se ubicaban como sujetos activos del tipo, y tampoco la empresa porque precisamente actuaban otros en su nombre. Ante esta contingencia la reforma de 15 de junio de 1983 introdujo el artículo 15 bis, que es el antecedente del actual 31. Se intentó de esta manera reglar las denominadas actuaciones en nombre de otro.

Como acabo de decir, primero el antiguo artículo 15 bis y después el vigente 31 se diseñan para impedir los fraudes de esta índole, dotando de fundamento legal para la punición a las personas físicas que sin tener las condiciones reclamadas por el tipo obran en nombre del otro que sí las posee, sea persona jurídica o persona física. Del mencionado artículo 31, se desprenden una serie de requisitos que estructuran la propuesta: a) en relación con la persona jurídica el actuante ha de ser administrador de hecho o de derecho²⁸; b) que para el otro –persona física– ha de obrar en su nombre o representación legal o voluntaria²⁹; c) el actuante de tal manera considerado responderá personalmente aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo; d) estas

²⁸ No basta con tener formalmente dicha cualidad, pues como apuntan Mir Puig-Gómez Martín, le es requerido, además, el ejercicio efectivo o real de dicha administración de una persona jurídica. MIR PUIG, Santiago-GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Responsabilidad penal de las personas físicas”. En *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa. Parte General y Parte Especial*. Dir. Corcoy Bidasolo-Gomez Martín. Tomo 2. Valencia, 2016, p. 48. En igual sentido, STS 742/2016, de 6 de octubre.

²⁹ Evidentemente este tipo de representación implica asimismo a la persona jurídica que se entiende unida al administrador. Incluso el antiguo artículo 15 bis lo asumía con mayor rotundidad al reducir el círculo solo a las personas jurídicas “el que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma”. Vid., con amplitud: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. “Las actuaciones en nombre de otro”. En *ADPCP*, 1984, pp. 39 y ss. Asimismo sobre el Texto actual, del antiguo número 1, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “El actuar en lugar de otro en el Código Penal Español”. En *La responsabilidad penal...cit.* Coord. García Cervero, pp. 413-451.

últimas circunstancias sí se tienen que dar en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Semejante fórmula del actuar en nombre de otro no comporta, como bien dice OCTAVIO DE TOLEDO sobre el reiterado artículo 15 bis de referencia también para el actual, ampliación o alteración ninguna del ámbito de comportamientos descritos por el tipo al que se aplica ni tampoco una extensión del concepto de autor o de sujeto activo sino que únicamente supone eliminar por razones político-criminales evidentes, el obstáculo dogmático que significa la concurrencia en una persona jurídica –o incluso física– de las características requeridas para el sujeto activo por el tipo de un delito especial³⁰. Tampoco libera, sino todo lo contrario, la exacta verificación de que en estos supuestos el sujeto activo es la persona física que actúa en nombre de otro, persona jurídica³¹.

3.2. La concreción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal vigente

La muy comentada modificación introducida, en su momento, por la reforma de 2010 en relación con las personas jurídicas se concentró fundamentalmente, que no en su totalidad, en el entonces nuevo artículo 31 bis. El legislador penal ha optado por una doble vía de regulación: por un lado, acoge la imputación de aquellos delitos cometidos en nombre de personas jurídicas o por cuenta de las mismas, y en su beneficio, realizados por las personas que tienen poder de representación, por autorización o por ostentar facultades de organización y control en las mismas (artículo 31 bis, 1, a); por otro, aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control, supervisión o vigilancia sobre sus empleados sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la hipótesis anterior (artículos 31 bis, 1, b).

3.2.1. Definición y delimitación

El texto punitivo no introduce una definición auténtica del término persona jurídica únicamente se refiere a ella y parece dar por sabido su concepto y extensión³². Ello significa que se está ante un concepto

³⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *Las actuaciones...* cit., p. 50 También: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La reforma penal de 1983*. (en colaboración con Muñoz Conde que redacta la Parte Especial) Barcelona, 1983, pp. 102-105.

³¹ Vid., con mayor amplitud: MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *La cuestión...*cit., pp. 20-23.

³² No obstante lo dicho, el artículo 297 del texto punitivo, dentro de los delitos societarios, entiende por sociedad a efectos del Capítulo – XIII, del Título XIII, del Libro 2º- “toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de cré-

extrapenal con el que hay que ser sumamente cuidadoso en su interpretación y adaptación penal. S. BACIGALUPO pone de relieve atendiendo a la doctrina civilista que la persona jurídica es un ente, distinto de la persona física, capaz de ser sujeto de derechos o deberes y de ser centro de imputación de efectos jurídicos. Su concreción, descriptiva, la encuentra en el artículo 35 del Código civil³³. En parecida línea, se manifiesta GÓMEZ MARTÍN al avalar el “concepto extrapenal” de persona jurídica, aunque con la exigencia genérica, al menos, de la existencia de personalidad jurídica³⁴, que no deja de ser una pretensión redundante con aquélla. No me parece totalmente de recibo semejantes referencias pues no entran en el fondo de la cuestión, lo que puede llevar, y así ha acontecido, a interpretaciones excesivamente extensivas próximas a las analógicas de difícil recibo en el ámbito punitivo. Como dice DOPICO GÓMEZ-ALLER no cabe utilizar esta amplitud conceptual para aplicar este régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas a realidades sociales o económicas similares pero carentes de personalidad jurídica³⁵. En este sentido, sí ha estado alerta el legislador penal al utilizar buena parte del contenido de las consecuencias accesorias del artículo 129 para dichas hipótesis cercanas a las personas jurídicas pero carentes de tal personalidad jurídica.

La jurisprudencia, por ejemplo STS 154/2016, de 29 de febrero, ha marcado la separación con las llamadas personas jurídicas estrictamente instrumentales o “pantalla”, carentes, en consecuencia, de cualquier actividad lícita y creadas con el objetivo exclusivo de la comisión de hechos delictivos que han de ser estimadas al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis en cuanto puede resultar poco creíble “pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ellas, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismo

dito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”. No es un concepto válido para ser utilizado de manera genérica como definición de persona jurídica en su dimensión penal pues el propio texto lo circunscribe al Capítulo indicado e incluso se refiere esencialmente a las sociedades mercantiles. En tal sentido: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal...*cit., p. 106.

³³ BACIGALUPO, Silvina. “Artículo 31”. En *Comentarios al Código Penal*. Dir. Gómez Tomillo. Valladolid 2010, p. 269. Zugaldía amplia semejante referencia al ámbito mercantil (artículo 116 del Código de Comercio) y Derecho societario (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de junio). ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *La responsabilidad criminal...*, cit., p. 106.

³⁴ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Artículo 31 bis”. En *Comentarios...*, cit. Dir. Corcoy Bidasolo-Mir Puig, p. 180.

³⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Responsabilidad...*, cit., p. 363.

internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del artículo 129, que contemplaba –como ya ha sido expuesto en otro apartado- la aplicación de semejante “*consecuencia accesoria*” a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento”.

Por otro lado, y en repetición del axioma afirmativo de que el legislador no concreta, como más arriba se ha indicado, el alcance definitorio de las personas jurídicas, sí excluye expresamente, por el contrario, algunas de éstas del ámbito de la responsabilidad penal. De semejante manera, en el artículo 31 quinquies extrae de aplicación en la susodicha y reiterada responsabilidad penal de las personas jurídicas a una serie de ellas que pueden integrarse en dos grupos, principalmente: a) Entidades de Derecho público y asimiladas –Estado, Administraciones Públicas territoriales e institucionales, Organismo Reguladores, Organizaciones internacionales de Derecho público-; b) Otras Entidades estatales y privadas con funciones públicas –Agencias y Entidades Públicas Empresariales, organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas (número 1).

A ello hay que añadir una tercera hipótesis (numero 2) que no excluye totalmente la responsabilidad pero la reduce, en el caso de las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, en la aplicación de la pena únicamente a las contenidas en las letras a) y b) ya narradas³⁶.

El fundamento de tales exclusiones no es fácil de situar y, en algunos casos incluso de comprender. Puede fijarse en términos generales en la relevancia constitucional de la función que desarrollan, sobre todo en las que tienen un carácter de Administración Pública –como afirma MORALES PRATS, no parece imaginable que el Estado cometa delitos contra sí mismo

³⁶ La LO 7/2012, de 27 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social modifica el contenido original de la LO 5/2010, incluyendo a los partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad con lo que se suprime su referencia en el anterior 31 bis. 5, actual 31 quinquies.

y aún menos que se proporcione sanciones penales en cuanto que ente³⁷, aunque todo esté por ver y, posiblemente, por venir-.

Como ya he adelantado, la responsabilidad criminal que desarrolla el artículo 31 bis pretende ser una responsabilidad directa sin subordinación a la de las personas físicas³⁸. Cuando el tipo utiliza frases como “las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos (...)” esta abonando esta precisión. Tal consideración lleva como derivación a un planteamiento autónomo e independiente, además de acumulativo, en su aplicación con respecto a la tradicional responsabilidad penal de las personas físicas, con la que no aparece vinculada ni es una alternativa de ésta para dejarla, en determinados casos, sin aplicación.

En semejante perspectiva, es esclarecedor el contenido del artículo 31 ter 1 que concreta la responsabilidad penal de aquellas siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que realizarse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo 31 bis, aunque la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

El inciso final del número 1 del susodicho artículo 31 ter regula una cautela de equilibrio ejecutivo en cuanto a la pena pecuniaria: cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas –persona física y persona jurídica- la pena de multa, “los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos”. Como acertadamente valora DOPICO GÓMEZ-ALLER, lo que se intenta con esta cláusula restrictiva es evitar efectos perversos del *bis in idem*, esencialmente en las pequeñas empresas, en las que con frecuencia la economía de la persona física del administrador coincide en gran medida con la de la persona jurídica empresa³⁹.

Igualmente el número 2 de dicho artículo es otra base sustentadora de tal opinión. En él se consigna la posibilidad de concurrencia en los sujetos

³⁷ MORALES PRATS, Fermín. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *La reforma de 2010: Análisis y Comentarios*. Dir. Quintero Olivares. Cizur Menor (Navarra), 2010, P. 61.

³⁸ En dicha línea se manifiestan la mayoría de autores, por ejemplo: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel *La responsabilidad criminal...*cit., pp. 103-105. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Artículo 31 bis...*cit, Dir. Corcoy Bidasolo- Mir Puig, p. 180. Carbonell Mateu, sin embargo, matiza que la reforma parece adoptar un camino intermedio entre la responsabilidad directa de las personas jurídicas por el hecho propio y el de la traslación de responsabilidad derivada del hecho cometido por personas físicas como consecuencia de “defectos de organización”. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Responsabilidad penal...*cit., p. 31.

³⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Responsabilidad...*cit., p. 374.

físicos de imputación –personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubieren posibilitado posibles por no haber ejercido el debido control- de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, que no excluirá o modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de sus propias circunstancias atenuantes señaladas en el artículo 31 quater.

La referencia del artículo 31 bis a delitos cometidos por personas jurídicas no alcanza a todas las infracciones penales, sino aquellas expresamente relacionadas como de posible comisión por este tipo de personas. Se opta en consecuencia por un catálogo cerrado de delitos⁴⁰ con la inclusión de una cláusula específica para cada uno de ellos, de este tenor: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo se le impondrá la pena (...)”.

3.2.2. Modelos de imputación

Como anteriormente significué dos son las modalidades de imputación que el artículo 31 bis en su número 1º considera para la concreción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

A) El primero de ellos responde al contenido en la letra a) del susodicho número que representa la forma más relevante de responsabilidad directa de aquellas. Estos son los requisitos necesarios para su configuración: a) que se cometa un delito de los anteriormente expresados que pueden dar lugar a responsabilidad de las personas jurídicas. Aquél, el

⁴⁰ Tales delitos son: Tráfico ilegal de órganos (artículo 156 bis.3), Trata de seres humanos (177 bis.7), Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (189 bis), delitos de descubrimiento y revelación de secretos (197 quinquies, para los artículos 197,197 bis y 197 ter), Estafas (251 bis), Frustración de la ejecución (258 ter), Insolvencias punibles (261 bis), Delitos informáticos (264 quater), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (288), Blanqueo de capitales (302. 2), Financiación ilegal de los partidos políticos (304 bis. 5), Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (310 bis), Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis. 5), Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo del artículo 319 (319.4), Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (328), Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (343.1, para este artículo), Delitos de riesgo provocado por explosivos (348. 3, para este artículo), Delitos contra la salud pública (366, para artículos anteriores de este Capítulo), Falsificación de moneda (386.5), Falsedad de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (399 bis. 1, 2º y 3º párrafo), Cohecho (427. bis), Tráfico de influencias (430 párrafo 2º y 3º), Delitos de incitación al odio y a la discriminación (510 bis), Financiación del terrorismo (576.5).

delito, asume tanto el consumado como en grado de tentativa, y de igual manera en relación a la autoría y la participación delictivas sus diversas formas;- b) dicha comisión ha de realizarse en nombre o por cuenta de las mencionadas personas jurídicas y en su beneficio –ello significa que la actuación se ha de producir dentro del marco de las funciones y competencias de los sujetos ejecutantes dentro de la empresa y en provecho de aquélla. Se distingue entre beneficio en sentido directo, como manera de obtener un beneficio empresarial, e indirecto, como un ahorro de costes a sabiendas o siendo consciente que incrementa el riesgo de un resultado delictivo⁴¹;- c) la personas físicas actuantes han de ser representantes legales de la persona jurídica o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. –La representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en su marco estatutario⁴².-

B) El segundo que se fundamenta en un traslado de responsabilidad por un hecho cometido por personas físicas sin concreción de funciones específicas como derivación de un defecto de organización y gestión se fija en la letra b) del reiterado número 1. Requiere, con la repetición lógica de la entrada del número 1 del artículo 31 bis del cual dependen⁴³, las siguientes circunstancias: a) de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y beneficio directo o indirecto de las mismas;- b) los sujetos aquí referidos son comprendidos de una forma más amplia, abierta a los trabajadores y directivos e, incluso, a todo el que actúe, en las coordenadas antes indicadas, y estén sometidos a la autoridad de las personas físicas narradas por la letra anterior; c) que se hayan podido realizar los hechos constitutivos del delito por haberse incumplido gravemente por aquellos –los señalados en la letra a)- los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso.

Esto último supone, en definitiva, una omisión de los tres deberes que refiere el texto, lo que genera una especie de culpa in vigilando, que, como tal, en principio, no exigiría la realización dolosa. La doctrina se

⁴¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Responsabilidad...cit.*, p. 18.

⁴² DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “Responsabilidad penal de personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”. En *Estudios sobre el Código Penal reformado. Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015*. Dir. Morillas Cueva. Madrid, 2015. p. 100.

⁴³ “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) (...) b) (...)”.

muestra dividida al respecto, sobre tres hipótesis detalladas por PÉREZ ARIAS: a) la culpabilidad asignada a la persona jurídica ha de ser la del delito concreto de que se trate –en este caso muy mayoritariamente dolo. GÓMEZ MARTÍN señala dos excepciones que admiten la imprudencia, artículo 302, en relación con el 301.3 y el 343.3 en relación con el 344⁴⁴; b) culpabilidad general y autónoma para la persona jurídica con independencia de la del delito cometido; c) planteamiento mixto⁴⁵. Cabe señalar una cuarta, la más discutible pero posiblemente la más adecuada al texto: se trata de una responsabilidad estrictamente objetiva, por haber incumplido gravemente los susodichos deberes, lo que puede interpretarse en una opción más suave en un sistema propio de culpabilidad, lo que no deja de ser igualmente discutible⁴⁶.

3.2.3. Exención y atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Programas de cumplimiento

La LO 1/2015 introduce en los números 2 al 5 del artículo 31 bis una doble hipótesis de exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, con una redacción farragosa y reglamentista impropia de un Texto punitivo y de su exigencia de taxatividad. Se trata de programas de prevención del delito que pueden dar lugar a una exención total o parcial. DEL ROSAL BLASCO advierte, no sin razón, que el general-

⁴⁴ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Artículo 31 bis* cit., p. 183.

⁴⁵ PÉREZ ARIAS, Jacinto. *Sistema ...*, cit, p. 170.

⁴⁶ Con carácter general Vid: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Artículo 31 bis...cit.*, p. 183 –para el autor citado “aparentemente nos hallamos ante una mezcla de responsabilidad imprudente y dolosa: *por culpa in vigilando* de las personas obligadas a vigilar y de responsabilidad por dolo de las personas físicas que cometen el delito. Para Dopico Gómez-Aller el incumplimiento del control debido puede tener lugar como mero incumplimiento imprudente de los deberes de control (lo que será más sencillo de probar) –aunque asume que, como mínimo ha de haber imprudencia grave- o como mera tolerancia dolosa (con dolo directo o eventual) de la dirección de la entidad ante el delito del subordinado. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Responsabilidad...cit.*, p. 21. PÉREZ ARIAS, Jacinto. *Sistema... cit.*, pp. 170-174. –sobre una crítica a las teorías que intentan motivar la conexión hecho-culpabilidad, cuya ambigüedad conceptual permite a la jurisprudencia absoluta libertad interpretativa sobre el modelo a seguir de responsabilidad penal de las personas jurídicas con previsible conculcación de principios fundamentales del Derecho punitivo-. La Circular de la FGE 1/2011 niega la posibilidad de estar ante supuestos de responsabilidad objetiva, p. 50. BACIGALUPO, SAGESSE, Silvina. “Artículo 31 bis”. En *Comentarios prácticos al Código penal, Tomo I*. Dir. Gómez Tomillo Navarra, 2015. pp. 474-475 –para la autora de ser suficiente para la responsabilidad penal de las personas jurídicas la existencia exclusiva de un hecho de conexión se crearía un modelo de responsabilidad objetiva “incompatible con los principios del Derecho sancionador”-.

mente denominado *Compliance Program* no es un repliegue del Estado o una dejación de sus funciones por desaparición de los intereses públicos afectados sino que se trata de unas órdenes de autoregulación contempladas al servicios de los intereses públicos afectados, por la que se traslada dentro del ámbito penal la función preventiva a las propias empresas con el beneficio o premio de la exención o atenuación de la responsabilidad provocada por la actuación de la persona física, en caso en que se localice un delito en el seno de la empresa⁴⁷. El contenido de semejante articulación preventiva ha de dividirse para una mejor comprensión sistemática en varios apartados.

El primero de ellos hace relación, en cuanto a sujetos, a las personas indicadas en la letra a) del número 1 que cometieren el delito. En tal caso la persona jurídica queda exenta de responsabilidad cuando se dan las siguientes condiciones, si: a) el órgano administrativo de la persona jurídica ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; b) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de aquella; c) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención; d) que en las funciones de supervisión, vigilancia y control llevadas a cabo por el órgano a que se refiere la condición b) no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de dichas funciones.

El segundo se dirige no a la exención sino a la atenuación de la pena, cuando las anteriores circunstancias únicamente puedan ser acreditadas de forma parcial. El legislador en este punto parece olvidar que las atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas están contenidas, con declaración cerrada, en el artículo 31 quater, que no contempla, obviamente, la estudiada en este momento y ubicada en el párrafo final del número 2 del artículo 31 bis⁴⁸.

⁴⁷ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Responsabilidad penal...cit.*, p. 107. Vid, con carácter general sobre el tema: GÓMEZ TOMILLO, Manuel: *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*. Valencia, 2016, pp. 7 y ss. AAVV. "Compliance Penal". En *Memento Experto*. Dir. Juanes Peces. Madrid, 2017, pp. 19 y ss.

⁴⁸ En tal sentido, vid: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Artículo 31 bis...cit.*, p. 185.

El tercero, a la propia persona jurídica, cuando esta sea es de pequeñas dimensiones⁴⁹. En tal caso las funciones de supervisión antes presentadas podrán ser asumidas por el órgano de dirección de aquella.

El cuarto se relaciona con las personas indicadas en la letra b) del número 1, que cometieren el delito; en cuyo caso, la persona jurídica, quedara exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En esta hipótesis igualmente se aplicará, en su caso, la atenuante señalada en el párrafo 2º del número 2.

Por último, el quinto completa los modelos de gestión anteriormente indicados con el requerimiento de los siguientes requisitos: a) identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos; b) establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos; c) disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos; d) imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención; e) establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo; f) realizar una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones

⁴⁹ El propio número 3 del artículo 31 bis hace una interpretación auténtica, incompleta y a manera de norma penal en blanco, de dicho término: "A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada". El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 258, (1) señala que podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros; b) que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros; c) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta. Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior. (2) En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior.

relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios⁵⁰.

3.2.4. Sistema de atenuación

Como antes he indicado, el artículo 31 quater contempla las circunstancias atenuantes a estimar en relación a las personas jurídicas, con dos características previas a destacar: por un lado, se atiende a un catálogo cerrado- como expone la citada Circular FGE 1/2011, la exclusividad se refuerza con la expresión “solo” con la que se inicia el artículo en cita, impidiendo entre otras cuestiones, la aplicación de las circunstancias atenuantes del artículo 21, aunque convive, según he advertido, de manera incoherente con la atenuación señalada en el artículo 31 bis en sus números 2 y 4; por otro y precisamente para configurar aquel, se sigue un sistema *ex post*, esto es, únicamente lo serán las que, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales hubieren realizado las siguientes actividades⁵¹: a) haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades; b) haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos; c) haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito; d) haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica⁵².

⁵⁰ Vid., por todos, con mayor extensión: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Responsabilidad penal...cit.*, pp. 104-125.

⁵¹ Vid., en tal sentido: MORILLAS FERNÁNDEZ, David-Lorenzo. “El sistema de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Procedimientos...cit.*, p. 94.

⁵² Con más detalle y extensión, vid: *Ibd.*, pp. 89-111.

Partidos políticos y corrupción política. Algunas estrategias político-criminales

DR. H.C. JUAN M. TERRADILLOS BASOCO*

Sumario

1. Planteamiento
2. Corrupción y corrupción política
3. Estrategias Político-Criminales frente a la corrupción política
 - 3.1. Estrategias pre-penales
 - 3.2. Estrategias penales
4. Partidos políticos y corrupción política
5. Criminalización
 - 5.1. Entre judicialización totalitaria y absentismo autocomplaciente
 - 5.2. Instrumentos tradicionales
 - 5.3. Enriquecimiento ilícito
 - 5.4. Financiación ilegal (Código Penal español)
 - 5.4.1. Marco normativo
 - 5.4.2. Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos
 - 5.4.2.1. Recepción de aportaciones ilegales
 - 5.4.2.2. Entrega de aportaciones ilegales
 - 5.4.2.3. Participación en organización dedicada a la financiación ilegal de partidos políticos
 - 5.5. El partido político como persona jurídica
6. Epílogo

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz (España).
juan.terrardillos@uca.es

1. Planteamiento

La operación “Lava Jato”, gestada inicialmente en sectores empresariales brasileños, constituye un didáctico ejemplo de cómo la corrupción económica necesita apoyarse en decisiones políticas igualmente corruptas. Todos los medios se han hecho eco de las consecuencias, progresiva y trabajosamente establecidas por los tribunales, de los sobornos de Odebrecht a quienes, en razón de sus altas responsabilidades, gozan o gozaron de amplios poderes para decidir sobre políticas públicas (en infraestructuras, obra civil, sanidad, educación, etc.) que enmarcan y condicionan la vida de millones de ciudadanos latinoamericanos¹.

Los “incentivos”, mediante los que se desplaza la voluntad de los altos mandatarios desde la cosa pública a los intereses privados, han sido de todo tipo. Pero con un denominador común generalizado: la dádiva se relaciona con el partido político de adscripción de la autoridad corrupta. Lo que no impide, sin embargo, que termine en los bolsillos personales de esta y no en las opacas cuentas partidarias.

El partido, en efecto, recepta caudales con los que financiar campanas electorales (Colombia, Perú, ² etc.), en las que los elegidos resultarán rehenes de sus clandestinos donantes; se compromete a avalar parlamentariamente las propuestas de la autoridad política, que, por su parte, reintegrará a los co-militantes el precio -nunca completo- de su venta al mejor postor; o garantiza a sus líderes tanto la impunidad ante el Derecho punitivo como la garantía de goce pacífico de su injustificable enriquecimiento³.

Se consolida, así, una cohorte de presuntos servidores públicos que son en realidad palafreneros de intereses privados incompatibles con los intereses generales a los que aquellos deberían servir, en cumplimiento de mandatos constitucionales explícitos. Servidores públicos corruptos que, especialmente en las altas esferas de la Administración, acceden a

¹ http://internacional.elpais.com/internacional/2017/02/08/actualidad/1486547703_321746.html; http://elpais.com/tag/operacion_lava_jato/a; <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/cartera/economia/2017/03/25/determina-pegmex-investigar-gestion-de-emilio-lozoya>, consultados el 25.10.2017

² <https://www.pressreader.com/peru/diario-expresso-peru/20170315/282050506874703>, consultado el 25.10.2017.

³ <http://www.notimerica.com/politica/noticia-congreso-guatemala-aprueba-sorpresa-modificar-delito-financiacion-ilegal-acusacion-contramoras-20170914061640.html>, consultado el 25.10.2017.

cuotas importantes de poder en su condición de miembros de un partido político o, al menos, con el apoyo de la organización.

Los partidos políticos, que en los textos constitucionales aparecen como instrumento fundamental de conformación de la voluntad popular y de participación política⁴, son, en coherencia, garantes de transparencia y probidad en la gestión de los asuntos públicos. Pero cuando estos se ven afectados por el virus de la corrupción, también son, con frecuencia, sus propagadores activos y/o sus favorecidos cómplices.

En la misma medida, los partidos políticos han de ser objeto de atención político-criminal. La corrupción, en cuanto destrucción de la ética colectiva, es un problema político-social que refleja la degradación de una sociedad que no cree en los valores que proclama ni respeta las reglas sobre las que pretendidamente se asienta. La respuesta a la corrupción, en este nivel, *“exige recuperar lo que todavía está vivo de nuestro sistema de legitimidad y servirse de ello para recobrar los valores de la democracia mediante el expediente de podar lo que está muerto”*⁵. En esa tarea de desbroce, reivindican su protagonismo las políticas anticorrupción, obligadas a desplegar una amplia gama de instrumentos, entre los que los de naturaleza penal no pueden sino ocupar su lugar de *última ratio* y de intervención subsidiaria.

2. Corrupción y corrupción política

La omnipresencia de la corrupción y la versatilidad de sus manifestaciones han determinado la polisemia del término.⁶ Sin embargo, en el plano sociológico, hablar de corrupción es hablar, sobre todo, de corrupción política. Que es la acotada por su marco, sus sujetos y sus objetivos: respectivamente, actuación en el seno de las administraciones públicas y utilización espuria de sus instrumentos específicos; protagonismo de autoridades, funcionarios y empleados públicos, titulares de competen-

⁴ Ver, por ejemplo, Constitución Española, art. 6; Constitución de El Salvador, art. 85; Constitución Política del Perú, art. 35; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 41, fracción I.

⁵ GARCÍA LÓPEZ, Eloy, “La corrupción ¿Un problema jurídico o un estadio sociológico-moral?”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, No. 35, 2014, Madrid, p. 74.

⁶ DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Comares, Granada, 2004, pp. 3-5.

cias y poderes que ejercen en exclusiva; y supeditación de los objetivos públicos, normativamente definidos, a intereses de otra naturaleza. Sus consecuencias finales se sintetizan en la perversión de la función pública, que se manifiesta, ante todo, como desviación, por parte de autoridades y funcionarios, del interés público legalmente determinado⁷, lo que se traduce en ineficiencia administrativa, aberrante asignación de recursos, postergación de los intereses públicos y de los objetivos sociales, progresiva perversión de las instituciones públicas y de sus funcionarios -impulsados a delinquir cuando comparan sus escasos emolumentos con el enriquecimiento fulgurante de sus colegas menos probos- y garantía de impunidad que el omnipotente aparato administrativo brinda a los *intranei*, con el consiguiente descrédito de la impotente justicia penal.

Los ciudadanos no son indiferentes ante estos efectos.

Los baremos de percepción de la corrupción, que anualmente publica Transparencia Internacional, dan fe de cómo se visibiliza el fenómeno. Dinamarca, Nueva Zelanda, Finlandia, Suecia y Suiza ocupan los primeros lugares en el ranking de países (percibidos como) menos corruptos, con puntuaciones que van de 90 a 86 puntos, en el índice correspondiente a 2016. Uruguay (71 puntos, puesto 21^º), Chile (66 puntos, puesto 24^º), y Costa Rica (58 puntos, puesto 41^º) encabezan la lista de países latinoamericanos; lejos de ellos, Perú se sitúa en el puesto 101, con 35 puntos-. España comparte plaza y puntuación con Costa Rica,⁸ como consecuencia de una tendencia regresiva que la ha llevado del puesto 28^º y 65 puntos en 2008, al puesto 41^a y 58 puntos en 2016.

El índice publicado, para 2016, por *World Justice Project*, aporta una imagen semejante: Dinamarca, Noruega, Finlandia, Suecia y Holanda ocupan los cinco primeros lugares, mientras que los Estados latinoamericanos más avanzados son Uruguay, que con un *score* de 0.72 ocupa el puesto 20^º; Costa Rica, con 0.68, el 25^º; Chile, con la misma puntuación, el 26^º, y Perú, con 0.51, el 65. El *score* de España es 0.7, y el puesto, el 24^º.⁹

⁷ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, "Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública", en FERRÉ OLIVE, Juan Carlos, (edit.), *Fraude y corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. 3, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, p. 176.

⁸ Ver http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/01/tabla_sintetica_ipc-2016.pdf, consultado el 25.10.2017.

⁹ Ver <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2016>, consultado el 25.10.2017.

En España, la corrupción, como fenómeno social, es el segundo motivo de preocupación (44.8%), solo por detrás del desempleo (72,3%). Sin embargo, apenas un 15% de ciudadanos se siente personalmente afectado por la corrupción¹⁰. Y solo un 3% confiesa haber pagado un soborno al haber recurrido a los servicios públicos¹¹.

No preocupa, pues, la deshonestidad insignificante del servidor público con competencias y funciones subalternas, sino la de quien, en el organigrama institucional, ocupa la cúspide y puede, en consecuencia, tomar decisiones de la mayor trascendencia económica, social y política. Preocupa la “gran corrupción”¹²: la que contradice la esencia del Estado Social de Derecho por tener como primer efecto el recorte de los programas públicos de inversión en obra civil, sanidad y educación¹³.

La política criminal ha venido tomando como referencia dos manifestaciones de la corrupción política que, aunque presentan zonas secantes, no se identifican.

La primera, la más clásica, se ha centrado en la persecución del enriquecimiento del funcionario (cohecho, tráfico de influencias, malversación), que obtiene -normalmente mediante una contraprestación económica del particular corruptor- un beneficio ilícito. El cohecho se yergue, entonces, en la figura paradigmática de la corrupción.

Así, el *Convenio penal sobre la corrupción* (Convenio 173 del Consejo de Europa), de cuyo cumplimiento se encarga el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), abarca, en sus artículos 2 a 14 un amplio abanico de conductas: corrupción activa y pasiva de agentes públicos nacionales o extranjeros, corrupción de miembros de asambleas públicas nacionales, extranjeras o internacionales, corrupción activa y pasiva en el sector privado, corrupción de funcionarios internacionales, corrupción

¹⁰ CIS, *Barómetro de Marzo 2017, Estudio nº 3170*. Accesible en http://www.cis.es/cis/opencms/ES/NoticiasNovedades/InfoCIS/2017/Documentacion_3170.html, consultado el 25.10.2017.

¹¹ Ver <http://transparencia.org.es/barometro-global-corrupcion-2016/>, consultado el 25.10.2017.

¹² HAVA GARCÍA, Esther, “Gran Corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 87, 2016, Medellín, p. 64. Accesible en <http://publicaciones.eafit.edu.co/indez.php/nuevo-foro-penal/article/view/4356>, consultado el 25.10.2017.

¹³ TANZI, Vito y DAVOODI, Hamid, *Corruption, Public Investment, and Growth. IMF Working Paper*, No. 139, 1997, International Monetary Fund, p. 4. Accesible en <http://www.imf.org/external/pubs/cat/longres.aspx?sk=2353.0>, consultado el 25.10.2017.

de jueces y de agentes de tribunales internacionales, tráfico de influencias, blanqueo del producto de delitos de corrupción y, finalmente, delitos contables instrumentales a la corrupción. Todas ellas incorporan “*el hecho de proponer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida a uno de sus agentes públicos, para sí mismo o para algún otro*”

La segunda, recupera la noción etimológica de la *corruptio*, como alteración de una sustancia por descomposición. Lo relevante no es tanto el medio -la dádiva- sino el resultado, que traiciona los objetivos sociales legalmente impuestos a las Administraciones públicas, sacrificando los derechos e intereses de mayorías significativas, damnificadas por la asignación perversa de los recursos a la satisfacción de intereses particulares.¹⁴

Esta acepción que entiende la corrupción política como conjunto de las malas prácticas -graves- de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos,¹⁵ es la que maneja el Fondo Monetario Internacional, que parte de la definición tradicional de corrupción como “*abuso de la función pública en beneficio privado*” para incluir expresamente comportamientos que no reportan ganancias económicas al funcionario corrupto.¹⁶ Y es también la acepción utilizada en España por el Consejo General del Poder Judicial, cuyo “Repositorio de datos sobre procesos por corrupción”, va referido a: ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico, prevaricación de funcionarios públicos, infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función y corrupción en las transacciones comerciales internacionales.¹⁷

¹⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Mercado y Administración pública (Criminalidad económica y corrupción política”, en MEDINA CUENCA, Arnel, (coord.), *El Derecho penal en tiempos de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*, Unijuris, La Habana, 2016, p. 153.

¹⁵ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Corrupción y delitos contra la Administración Pública”, en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, (edit.), *Fraude y Corrupción en la Administración Pública. Delitos financieros, Fraude y Corrupción en Europa*, vol. III, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, p. 14.

¹⁶ INTERNATIONAL MONETARY FUND. FISCAL AFFAIRS DEPT., *Corruption: Costs and Mitigating Strategies*, International Monetary Fund., 11.05.2016, pp. 3-4. Accesible en <http://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2016/12/31/Corruption-Costs-and-Mitigating-Strategies-43888>, consultado el 25.10.2017.

¹⁷ Ver <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Repositorio-de-datos-sobre-procesos-por-corrupcion/>, consultado el 25.04.2017.

La corrupción, así entendida, integra todos los delitos idóneos para afectar al “funcionamiento de la Administración Pública”, como bien jurídico protegido, es decir todos los delitos que entren en contradicción grave con las funciones, objetivos y principios que, en la gestión de lo público, impone la legalidad vigente y, señaladamente, los preceptos constitucionales.¹⁸

3. Estrategias Político-Criminales frente a la corrupción política

3.1. Estrategias pre-penales

La lucha contra la corrupción política que se manifiesta a través de los partidos políticos no puede constituir una estrategia aislada, abocada a neutralizar manifestaciones sectoriales y epiteliales del fenómeno; antes bien, ha de integrarse en un conjunto de medidas que aborden, desde sus raíces, todas las facetas de la corrupción.

Quizá como en ningún otro sector de la criminalidad, dada la capacidad de autoprotección de los sujetos implicados, la eficacia ha de buscarse extramuros del sistema penal. El núcleo de la lucha contra la corrupción pública se traslada de la política criminal *stricto sensu* al control político, por parte de la ciudadanía -primera interesada en eliminarla¹⁹-, y al administrativo, mediante instrumentos de seguimiento e inspección de la gestión pública que la hagan más diáfana.²⁰

En esta línea, Transparencia Internacional realizó, en 2016, dos recomendaciones básicas a la Unión Europea: a) promulgar leyes de transparencia para regular el *lobbying*, organizar su registro público y garantizar y publicar información de fácil acceso social sobre sus actividades; b) reducir la influencia del Gobierno sobre el poder judicial y sobre los fiscales e implementar un sistema objetivo de designación, traslado y

¹⁸ En la Constitución Española, art. 103, por ejemplo, “1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley”.

¹⁹ MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, *Delitos asociados a la contratación económica*, Ediciones ONBC, La Habana, 2013, p. 7.

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 873.

destitución.²¹ Se trata de dos recomendaciones razonables, por cuanto los *lobbies*, precisamente, constituyen el instrumento idóneo para ejercer presión sobre los partidos políticos; por otra parte, parecen difícilmente eludibles los requerimientos que dirijan a jueces y fiscales los parlamentarios y autoridades de los que depende su nombramiento, promoción o remoción.

En ambos terrenos, la respuesta española a estos requerimientos ha sido cicatera.

En marzo de 2017, el Congreso de los Diputados aprobó una proposición de ley del Partido Popular que prevé, siguiendo las indicaciones del GRECO, la creación de un Registro Público “*de carácter obligatorio*”, en el que deberán inscribirse los grupos de interés, con constancia de las reuniones que cada uno de ellos celebre con los diputados y sus asesores y de la documentación intercambiada. Se trata, pues, de un mero registro, limitado a las comunicaciones documentadas, lo que excluye las meramente verbales, mucho más frecuentes; que no incorpora las posibles presiones de los *lobbies* a los miembros del Gobierno ni la actuación “lobista” de los parlamentarios; que no incluye información económica sobre el *lobby*, y que no regula la “huella legislativa” o trazabilidad de las leyes, imprescindible para identificar los orígenes materiales de cada disposición.

La capacidad corruptora del *lobby* se potencia cuando este coloca a sus ejecutivos en el aparato público o cuando integra en el organigrama de sus corporaciones a personajes procedentes de las administraciones públicas. Se trata del fenómeno conocido como “puertas giratorias”. Naturalmente, no se puede pretender que quienes han tenido responsabilidades políticas, pasen, al cesar en ellas, al ostracismo. Pero sí es necesario implementar medios para neutralizar la tentación de confundir intereses públicos y privados cuando la misma persona está alternativamente a ambos lados de la barrera. En España, la Ley 3//2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, pretende garantizar la ausencia de conflictos entre intereses públicos y privados, para lo que dispone que los altos cargos, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios *-lato sensu-* en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado. En ese plazo, quienes hubieran

²¹ Ver http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/11/nota_prensa_barometro-2016.pdf, consultado el 25.10.2017.

ocupado un puesto de alto cargo deberán declarar las actividades que pretendan realizar a la Oficina de Conflictos, que se pronunciará sobre su compatibilidad (art. 15). Pero los resultados no invitan al optimismo: la Oficina de Conflictos de intereses ha concedido el 98% (377, frente a 7 rechazadas) de las solicitudes presentadas por ex-ministros, ex-secretarios de Estado, ex-consejeros de organismo reguladores o ex-altos cargos militares para pasar a la actividad privada en los últimos diez años²².

En cuanto a la segunda recomendación, la referida a la independencia de jueces y fiscales, el *Informe de la lucha contra la corrupción de la Unión Europea*, (GRECO), que revisa el cumplimiento de las once recomendaciones hechas a España en enero de 2014, ha sido atendida, según el propio GRECO, de manera “decepcionante” y “globalmente insatisfactoria”, por la falta de interés por modificar el sistema de elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial o por garantizar la independencia de los fiscales.²³ De hecho, la designación de los vocales del Consejo General del Poder Judicial corresponde al Parlamento,²⁴ y el Fiscal general del Estado es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno,²⁵ que, a su vez, “podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público”²⁶.

Además de los organismos internacionales, han señalado los déficits de independencia voces procedentes de los colectivos directamente implicados.

Así, los fiscales se han manifestado reiteradamente contra las injerencias del Gobierno,²⁷ a partir de la obviedad de que, cuando el *status* cons-

²² MATEO, Juan José y SEVILLANO, Elena, “Partidos y expertos piden reformar la regulación de las incompatibilidades”, en *El País*, 18.04.2017. Accesible en https://politica.elpais.com/politica/2017/04/11/actualidad/1491918937_808225, consultado el 25.10.2017.

²³ GRECO-GRUPO DE ESTADOS CONTRA LA CORRUPCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA, *Informe de la lucha contra la corrupción de la Unión Europea*. 2014, ed. Comisión Europea, Bruselas. Accesible en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_spain_chapter_es.pdf, consultado el 25.04.2017.

²⁴ LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, art. 567.1.

²⁵ Constitución Española, art. 124.

²⁶ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, art. 8.1.

²⁷ *El Mundo*, 1.05.2017. Accesible en <http://www.elmundo.es/espana/2017/05/01/59064178e2704e48138b463b.html>, consultado el 25.10.2017.

titucional del Ministerio Público se escora hacia la dependencia orgánica o funcional respecto al poder ejecutivo, “*toda investigación tendrá como pecado original esta dependencia*”, y topará con la resistencia de los poderes investigados, de los que, a la postre, el Fiscal depende.²⁸

La prensa española da cuenta del nombramiento, el 22.03.2017, del Presidente del Tribunal Constitucional; la noticia viene acompañada de un comentario: los siete magistrados conservadores votaron a favor, los cuatro de tendencia progresista se abstuvieron. En las mismas fechas, el Fiscal General del Estado procedió a una renovación parcial de la cúpula fiscal: se nombró Fiscal Jefe Anticorrupción al único de los siete candidatos que no tenía experiencia en esa Fiscalía -prontamente dimi-tido- y se sustituyó a los Fiscales Jefes de la Audiencia Nacional, y de los Tribunales Superior de Justicia de Murcia y del País Vasco, los tres, miembros de la Unión Progresista de Fiscales. Con independencia de las múltiples lecturas que estas noticias y sus comentarios pueden suscitar, lo obvio es que queda corroborada la percepción ciudadana de que la selección de los integrantes del órgano al que corresponde “*el gobierno del Poder Judicial*”²⁹ no es inmune a la influencia política partidaria, que puede condicionar gravemente la vigencia de los principios de mérito y capacidad.³⁰

Por su parte, los jueces denuncian una preocupante situación de riesgo para su independencia: un 25% de jueces españoles afirma que, en 2014 y 2015, algunos asuntos han sido asignados sin seguir las reglas de reparto, con el fin de influir en el resultado, y el 75% cree que algunos jueces han sido nombrados por razones distintas a su capacidad y experiencia. Solo un 38% está de acuerdo con la afirmación de que su independencia ha sido respetada por el Gobierno; el 40% entiende que ha sido respetada por el Parlamento y el 50% suscribe que ha sido respetada por el Consejo General del Poder Judicial.³¹

²⁸ BUSTOS GISBERT, Rafael, “Corrupción política y Derecho”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa, (coord.), *Estudios sobre la corrupción. Una reflexión hispano-brasileña*, Centro de Estudios Brasileños-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2013, p. 69.

²⁹ LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, art. 104.2.

³⁰ Constitución Española, art. 103.

³¹ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/fr/Themes/Relations-internationales/Relations-internationales-institutionnelles/Europe/Reseau-europeen-des-conseils-de-la-justice/Rapports-RECJ/Resumen-de-los-informes-2014-2015-de-la-Red-Europea-de-Consejos-de-Justicia--1--Independencia-y-rendicion-de-cuentas-del-Poder->

3.2. Estrategias penales

Solo sobre mecanismos pre-penales preventivos de la corrupción, puede edificarse una política criminal *stricto sensu* razonablemente eficaz.

En España, donde, a partir de 2015, se produjeron profundos cambios en el sistema de partidos con acceso al arco parlamentario, proliferaron propuestas y pactos anticorrupción suscritos por diferentes partidos políticos. La proposición, en marzo de 2017, de la Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, presentada por Ciudadanos, constituye, quizá, el proyecto más elaborado.

En esos documentos, y en otros que han tenido menos eco mediático, se proponen medidas anticorrupción que, en parte, coinciden en la reivindicación de objetivos relevantes: inhabilitación/suspensión de políticos formalmente acusados de delitos de corrupción con enriquecimiento, desde que se dicte auto firme de apertura del juicio oral o, según el partido proponente, desde el auto de imputación; prohibición de indultos a condenados por corrupción política; protección de los denunciantes de estos delitos; criminalización del enriquecimiento ilícito; eliminación de plazos máximos -considerados un “obstáculo” a la investigación- para concluir la instrucción penal; garantía de independencia para secretarios/interventores en la Administración local; revisión, en línea de ampliación de los tipos, del delito de financiación ilegal de partidos políticos; tipificación de las falsedades en las cuentas anuales de los partidos políticos; eliminación de aforamientos, etc.

Se trata de medidas que merecen, al menos un análisis. Por ejemplo, parece que resultaría aconsejable prescindir, en la materia, del uso de medidas de gracia. Certeza de la pena y autonomía del poder judicial quedan en entredicho cuando el ejecutivo utiliza el derecho de gracia con largueza o arbitrariedad, de modo que pende sobre el poder judicial la eventualidad de que sus condenas, apoyadas en el principio de legalidad y jurídicamente argumentadas, queden en nada si así lo decide, en atención a criterios diferentes, otro poder del Estado. Simultáneamente, para un buen grupo de delincuentes la pena deja de ser una amenaza seria, que queda neutralizada por la probabilidad de aprovecharse de un indulto. Se impone, pues, eliminar la posibilidad de que se beneficien de ellos quienes delinquieron en el ejercicio de sus poderes públicos, que,

Judicial-y-de-la-Fiscalia--2--Estándares-judiciales-minimos-V--procedimientos-disciplinarios-y-responsabilidad-de-los-jueces---Español---Ingles-, consultado el 25.10.2017.

paradójicamente, constituyen un núcleo de delincuentes “sobrerepresentado en la concesión de indultos”³².

Para afrontar esta criticada situación, en España se modificó, por Ley Orgánica (LO) 1/2015, disposición adicional 3ª, la Ley reguladora del ejercicio de la gracia de indulto -datada en 1870- estableciendo la obligación del Gobierno de remitir semestralmente al Congreso de los Diputados un informe sobre concesión y denegación de indultos. La insignificante reforma no ha podido rendir frutos; y el descenso del número de indultos -que alcanzó su cenit en 2011 (245) y 2007 (543), para quedar reducido a 85 en 2014, 67 en 2015 y 27 en 2016, ha de ser atribuido, más que a la reforma legislativa, a la constante presión ciudadana contra la corrupción.

Más aún que el Derecho penal sustantivo, parece necesitado de reforma el proceso penal.

La generalización de la corrupción pública, la utilización del poder político para valerse de todos los resortes que hagan posible la maximización de la rentabilidad económica y que garanticen la impunidad; la frecuente condición de “aforados” de algunos de los responsables; la implicación –en el lado privado- de complejas estructuras empresariales, frecuentemente transnacionales, opacas para una justicia infradotada de medios; las dificultades de seguir el *iter*, también transnacional, de los instrumentos o efectos del delito; los obstáculos, insalvables en ocasiones, a la colaboración con la justicia por parte de testigos y peritos que ocupan en el organigrama administrativo puestos subalternos con respecto a sus perseguidos jefes, son, solo a título de ejemplo, algunos de los factores que obstaculizan materialmente la culminación de los procesos, evitando el pronunciamiento de sentencias condenatorias.

Tienen el mismo efecto, demoledor para la función didáctica e intimidatoria que corresponde a la norma penal, los denominados “aforamientos”, en cuya virtud los procesos en que están implicados altos cargos públicos, no quedan confiados al tribunal al que corresponderían en razón de los hechos, sino, en razón de los sujetos enjuiciados, a otros órganos superiores, más receptivos a las indicaciones del poder ejecutivo.

También coadyuvan a la ineficacia de la persecución penal los plazos de prescripción de delitos y penas excesivamente cortos, que premian

³² ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Las prioridades de la justicia criminal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. p. 45.

la artificiosa e interesada prolongación de trámites por parte de quienes se sientan en el banquillo. En un sector de la criminalidad caracterizado por la opacidad, en el que se acumulan las dificultades objetivas de investigación y persecución, –y, entre ellas, el poder de que gozan los acusados– toda medida que eleve los plazos de prescripción para responder a la razonable reivindicación de que se ajusten, entre otros criterios, a la probable dificultad de la investigación y juzgamiento de los delitos a examen, debe ser bien valorada.³³ Se ha considerado incluso la posibilidad declarar imprescriptibles los delitos de corrupción política de especial gravedad o recurrencia. Así lo propone un dictamen aprobado, por votación unánime, del Congreso peruano, que plantea la reforma del art. 41 de la Constitución, precepto que duplica la duración de los plazos de la prescripción cuando se trate de delitos contra el patrimonio del Estado³⁴.

Finalmente, y con carácter general, es indispensable dotar a la Justicia penal de medios idóneos proporcionales a la amenaza que representa la corrupción política, sobre todo si se apoya en formidables estructuras partidistas. Más jueces, pero también más peritos especializados, más policía judicial experimentada en la materia y más recursos para las fiscalías anticorrupción.³⁵ Es obvio que mientras los corruptos cuentan con más medios para eludir la acción de la Justicia de los que tiene el sistema público para perseguirlos, la batalla contra la corrupción puede darse por definitivamente perdida.

4. Partidos políticos y corrupción política

Es condición de eficacia de las estrategias anticorrupción que, lejos de limitarse al aparato administrativo, se extiendan a todos los agentes que, *de facto*, tienen facultades de decisión en la materia. Y dada la centralidad de los partidos políticos entre las instituciones de los sistemas

³³ GEPC-GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a algunas previsiones penales utilitarias. Indulto, prescripción, dilaciones indebidas y conformidad procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 13. Accesible en http://www.gepc.es/web/sites/default/files/ficheros/libro15_0.pdf, consultado el 25.10.2017.

³⁴ Ver http://internacional.elpais.com/internacional/2017/03/02/america/1488479220_991501.html, consultado el 25.10.2017.

³⁵ REBOLLO VARGAS, Rafael y CASAS HERVILLA, Jordi, “Reflexiones, problemas y propuestas para la investigación de la delincuencia económica”, en *Revista General de Derecho Penal*, No. 19, 2013, Madrid, p. 18.

democráticos,³⁶ su protagonismo no puede quedar preterido por la política criminal democrática.

5. Criminalización

5.1. Entre judicialización totalitaria y absentismo autocomplaciente

La irrupción del sistema penal en la vida de los partidos políticos, solo puede tener efectos perturbadores del funcionamiento de las instituciones democráticas, pues, cuando menos, supone una disfuncional intervención de la Administración de justicia, que actúa con criterios propios del sistema jurídico, en la actividad de entes que han de ser valorados con criterios políticos. En este sentido -sostiene CAPELLA con razón- el hecho de que “*conflictos entre los distintos equipos de profesionales especializados en la intermediación política — también llamados partidos —, sean directa o indirectamente sometidos a la decisión judicial, arruina inevitablemente la neutralidad institucional de los jueces, cuyas decisiones pasan a ser bazas favorables o contrarias en la disputa política*”³⁷.

Esa intervención penal puede, no obstante, estar justificada cuando la actividad de los partidos rompa radicalmente con las exigencias del modelo constitucional, como consecuencia de sus militantes o de la propia estructura orgánica asociativa. En esos casos, no parece que puedan encontrarse argumentos que avalen la pretensión de un adelgazamiento -como el registrado, con lamentables resultados, en Italia en el primer decenio del siglo XXI-³⁸, de la respuesta penal frente a los delitos de corrupción, aunque esta obviedad no debe eclipsar la necesidad de que la intervención penal venga siempre acompañada de otros instrumentos extrapenales de control, y de que la labor judicial quede reducida al

³⁶ MAROTO CALATAYUD, Manuel, *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, 112.

³⁷ CAPELLA, Juan Ramón, “Contra la judicialización de la política”, en *Mientras tanto.e*, No. 42, 2006, Barcelona. Accesible en <http://www.mientrastanto.org/boletín-42/notas/contra-la-judicializacion-de-la-politica> . consultado el 25.10.2017.

³⁸ VIGANÒ, Francesco, “I delitti di corruzione nell’ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare”, en PUENTE ABA, Luz María, (edit.), *Economía y Derecho Penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, Universidade da Coruña, A Coruña, 2015, p. 93.

enjuiciamiento de delitos, no a la intromisión de los jueces en las tareas parlamentarias o de gobierno de los partidos políticos.

5.2. Instrumentos tradicionales

Los Códigos penales latinoamericanos, incluido el español, tradicionalmente han reservado el término corrupción para designar determinados delitos contra la indemnidad sexual de menores o incapaces. Y, aunque con excepciones, sus preceptos siguen recurriendo a las viejas terminologías y eluden aceptar, *expressis verbis*, una categoría o una tipología de delitos de corrupción pública.

Hay que espigar, pues, a lo largo del articulado de los Códigos y, en su caso, de leyes penales especiales, para encontrar los tipos que, con la referencia-marco de la Administración pública, puedan ir dirigidos, con tino mayor o menor, a prevenir la corrupción pública que pueda encontrar origen o palanca en los partidos políticos.

Ese recorrido nos llevará, inicialmente, a las cláusulas, omnipresentes en Derecho comparado, que agravan la pena correspondiente a ciertos delitos cuando son cometidos por medio de una organización o asociación, o que, incluso, prevén ciertas consecuencias jurídicas específicas para estas. También en los delitos contra la Administración pública, tal como ejemplifica el art. 424.3 del Código Penal (CP) español, que para los casos en que *“la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años”*.

Pero la forma más directa de exigencia de responsabilidad criminal por hechos realizados en el seno de un partido político ha sido la condena por delitos de asociación ilícita, cuya técnica de criminalización, también generalizada en Derecho comparado, permite a los tribunales no solo imponer penas a los simples integrantes del colectivo, sino también disolver la asociación;³⁹ objetivo este al que, en cualquier caso, se puede llegar en aplicación de la normativa específica de partidos políticos.

³⁹ CP español, art. 515 en relación con art. 520; CP del Perú, art. 317 (reformado por Ley n° 30077, publicada el 20.08.2013) en relación con art. 105.

5.3. Enriquecimiento ilícito

Entre las formas específicas de persecución penal de la corrupción protagonizada por partidos políticos, quizá la más extendida en Latinoamérica sea la criminalización del enriquecimiento ilícito, que, en la acepción más aceptada, consiste en el incremento patrimonial no justificado del funcionario, autoridad o empleado público (CP Peruano, art. 401).

El debate es relevante en esta sede por cuanto, en los sistemas que admiten la responsabilidad penal de las personas jurídicas -incluyendo en ellas a los partidos políticos, como hace el Derecho español-, no parece que pueda resultar excepcional el supuesto de la autoridad o funcionario público que, para su enriquecimiento ilícito personal, actuara en representación y en nombre del partido en el que ejerce funciones directivas.

El enriquecimiento ilícito es figura que goza de amplia acogida en los ordenamientos latinoamericanos (CP de la Nación Argentina, art. 268 (2); CP de El Salvador, art. 333; CP Federal de los Estados Unidos Mexicanos, art. 224; CP Peruano, art. 401; Venezuela, Ley Contra la Corrupción, artículos 43 y 73, etc.). No existe, por el contrario, en el CP español, y en el de Costa Rica implica, separándose de la mayoría de ordenamientos latinoamericanos, aceptación de dádiva o promesa de dádiva o utilización con finalidad lucrativa de información privilegiada (art. 353).

Pero, en general, los preceptos incriminadores del enriquecimiento ilícito terminan, en la práctica, castigando -y condenando a la inutilidad los argumentos doctrinales justificadores de la tipificación⁴⁰, no el incremento patrimonial en sí, sino la ausencia de su justificación, con la consiguiente inversión de la carga de la prueba. Así, el debate sobre su constitucionalidad sigue abierto⁴¹, aunque la doctrina mayoritaria se

⁴⁰ PÉREZ LÓPEZ, Jorge, "El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva", en *Derecho y Cambio Social*, 01.07.2012, Lima, p. 5.

⁴¹ MORENO CARRASCO, Francisco y RUEDA GARCÍA, Luis., *Código Penal de El Salvador Comentado.2.*, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, s/d, marginal 1093.

inclina por negarla, “porque contrarían principios elementales de respeto a los imputados”⁴², hasta constituir una auténtica “barbaridad jurídica”⁴³.

No ya en el plano de la constitucionalidad sino en el del pragmatismo político-criminal, se argumenta la conveniencia de “introducir un tipo penal, que si bien presenta evidentes carencias desde un punto de vista garantista, se conformaría, en el estado de cuasi emergencia en el que nos encontramos, como el más eficaz e incisivo de todos los instrumentos jurídico-penales de lucha contra la corrupción”⁴⁴. La apelación a razones de emergencia comporta asumir la consecuencia, no solo el riesgo, de admisión de instituciones antigarantistas que, superada la coyuntura, se consolidan *ad aeternum*. Lo que puede resultar miope, o, incluso, suicida.⁴⁵

Además de estas objeciones, hay que anotar que buena parte de los efectos que se esperan de la tipificación autónoma del enriquecimiento presuntamente ilícito, pueden ser alcanzados mediante una aplicación eficaz del decomiso de los frutos del delito. Ni siquiera resulta necesario que el decomiso rompa los principios constitucionales del proceso penal, adoptando la forma de decomiso por indicios (CP español, art. 127 *quinquies*), que recae sobre los bienes generadores de un enriquecimiento (presuntamente) ilícito. Lo que sí es necesario es que los agentes -policiales y fiscales- de control cuenten con medios y con voluntad política de perseguir los beneficios (probados) del delito allí donde se encuentren, actuando por encima de fronteras y penetrando en el pozo oscuro de los paraísos fiscales. Mientras estos, engrasados por la banca convencional y “libre de toda sospecha”, sigan blindando la opacidad de clientes y operaciones, la persecución penal del enriquecimiento ilícito no solo será ineficaz, sino también negativa, en la medida en que enerva garantías penales imprescindibles en los sistemas democráticos.

⁴² MEDINA SALAS, Marco Antonio, “Consideraciones sobre la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito”, en *Capítulo Criminológico*, No. 1, 2009, Maracaibo (Venezuela), p. 151.

⁴³ CHIARA DÍAZ, Carlos, “Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados”, en *Código Penal Comentado*, Revista Pensamiento Penal, 2013, Buenos Aires, p. 16. Accesible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37774-art-268-enriquecimiento-ilicito-funcionarios-y-empleados>, consultado el 25.10.2017.

⁴⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, “El fenómeno de la corrupción e España: respuesta penal y propuestas de reforma”, en PUENTE ABA, Luz María (edit.), *Economía y Derecho Penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho Penal Económico*, Universidade da Coruña, A Coruña, 2015, p. 74.

⁴⁵ VIGANÒ, Francesco, “I delitti di corruzione nell’ordinamento italiano: qualche considerazione sulle reforme già fatte, e su quel che resta da fare”, cit., p. 109.

5.4. Financiación ilegal (Código Penal español)

5.4.1. Marco normativo

La necesidad de reforzar el modelo político democrático nacido en torno a la Constitución española de 1978 y la preocupación del legislador por consolidar a los partidos políticos como elemento esencial del nuevo sistema, determinó que la ya vetusta Ley 54/1978 de Partidos Políticos no contuviera ninguna referencia sancionadora aplicable a su posible financiación irregular.

Sin embargo, la necesidad de cubrir la laguna legal resultaba evidente, y a ese objetivo respondió la LO 3/1987 sustituida, veinte años más tarde, por la LO 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos (LOFPP), cuando, como reconoce su Preámbulo, la preocupación por las irregularidades en la financiación de los partidos ya se había instalado en la opinión pública.⁴⁶

La LO 5/2012, que reforma la LO 8/2007, introdujo una serie de medidas destinadas, entre otras cosas, a diferenciar entre los mecanismos de financiación de los partidos políticos y los de sus fundaciones. Y finalmente, por el momento, la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, termina de configurar normativamente esta materia.

La financiación ilegal de partidos políticos, en efecto, es práctica que cuenta con arraigo en la España constitucional. Los casos Naseiro, Filesa, Pallerols, Fundescam, “3%”, Bárcenas, etc., han venido jalonando la reciente historia española, hasta que en 2009 el caso Gürtel y sus infinitas ramificaciones generaron un ambiente político irrespirable.

Ya en 2014, Transparencia Internacional España había propuesto la implementación de un heterogéneo catálogo de medidas “*drásticas y urgentes*” contra la corrupción, tras constatar que “*el poder tan generalizado de los partidos, el control del poder legislativo, así como el de todos y cada uno de los niveles de gobierno y, sobre todo, el control de la composición de las más altas instituciones del Estado, merma el Estado de Derecho, limita sustantivamente el ejercicio real de la democracia y deja escaso margen en la práctica a los ciudadanos para decidir sobre la marcha de la sociedad*”, Transparencia Internacional sugería medidas dirigidas a eliminar: a) la opacidad económica de los

⁴⁶ HAVA GARCÍA, Esther, “Financiación ilegal de partidos políticos”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan María. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la colectividad, las administraciones públicas y los valores constitucionales*, Tomo IV, Editorial Jurídica Continental, San José (Costa Rica), 2017, p. 15.

partidos políticos (publicación de cuentas anuales en internet; préstamos bancarios publicitados y no condonables; prohibición de donaciones por parte de empresas sometidas a licencia o regulación y receptoras de subvenciones públicas); b) a garantizar la transparencia electoral (listas desbloqueadas o abiertas; cese de cargos públicos acusados en proceso penal; control y limitación de gastos electorales y sanciones por los excesos), así como a implementar un marco jurídico e institucional adecuado para prevenir y combatir la corrupción (toda condena penal debe llevar aparejada inhabilitación especial de larga duración; limitación de mandatos en los cargos políticos; protección jurídica de ciudadanos denunciantes, en la vía ya adelantada por la *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* de 2003; despolitización del Tribunal de Cuentas y del Consejo General del Poder Judicial; regulación de aforamientos e indultos para evitar que se conviertan en garantía de impunidad para los corruptos; e introducción en los distintos niveles educativos de contenidos éticos, de valores y contra la corrupción)⁴⁷.

En tan amplio catálogo de propuestas, solo una era de naturaleza criminalizadora: *“Tipificar jurídicamente el delito de financiación ilegal de los partidos políticos”*.

En respuesta tanto a las recomendaciones internacionales como a las reivindicaciones de una ciudadanía escandalizada, la LO 1/2015 introdujo en el CP español un nuevo Título, el XIII bis, con solo dos artículos, 304 bis y 304 ter, con el fin de *“dar respuesta penal a la necesidad de definir un tipo penal específico para estos actos delictivos ya que en la vigente legislación penal española no existe un delito concreto que esté tipificado como delito de financiación ilegal de partidos políticos”*.⁴⁸

Los artículos 304 bis y 304 ter remiten reiteradamente, en su condición de preceptos penales en blanco, a la LOFPP, que, en su art. 5, fija los límites aplicables a las donaciones privadas (100.000 €, con la excepción de las donaciones en especie de bienes inmuebles), y en el art. 7 permite *“las donaciones no finalistas procedentes de personas físicas extranjeras, pero prohíbe la financiación por parte de “Gobiernos y organismos, entidades o*

⁴⁷ http://webantigua.transparencia.org.es/partidos_politicos/nota_ti_contra_corrupcion.pdf, consultado el 25.10.2017.

⁴⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Corrupción, globalización y Derecho Penal Económico”, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás (dir.), *Halcones y palomas. Corrupción y delincuencia económica*, Castillo de Luna. Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015, pp. 34-35.

empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directa o indirectamente con los mismos”.

De las infracciones previstas en la LOFPP, a sancionar por el Tribunal de Cuentas *“siempre que no constituyan delito”*, interesan, precisamente porque determinan el contenido de los tipos penales, las recogidas como muy graves en el art. 17.2.a): *“La aceptación de donaciones o aportaciones que contravengan las limitaciones o requisitos establecidos en los artículos 4, 5, 7 y 8. Tendrán idéntica calificación la asunción, por terceras personas, de los gastos del partido en los términos indicados en el artículo 4.tres, así como aquellos acuerdos sobre condiciones de deuda que infrinjan la prohibición contenida en el artículo 4.cuatro”.*

5.4.2. Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos

5.4.2.1. Recepción de aportaciones ilegales

La recepción de donaciones o aportaciones ilegales constituye la primera de las conductas castigadas en el art. 304 bis.

El apartado 1 castiga con penas de multa del triplo al quíntuplo de su valor, al que *“reciba donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.Uno”* de la LOFPP, esto es: reciba directa o indirectamente: a) donaciones anónimas, finalistas o revocables; b) donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 euros anuales, con excepción de las donaciones en especie de bienes inmuebles; c) donaciones procedentes de personas jurídicas y de entes sin personalidad jurídica.

Incomprensiblemente, el CP castiga como delito una conducta que, formulada en términos prácticamente idénticos por la LOFPP, es, en esta, solo infracción muy grave.

Así pues, el ámbito típico queda limitado a las donaciones ilegales de carácter privado. La financiación ilícita de origen público solo podrá ser perseguida a título de malversación, cohecho, tráfico de influencias, etc., pero ello no justifica la exclusión, en el tipo a estudio, de los aportes de origen público, que al desvalor inherente a los delitos contra la Administración pública unen el del ataque a los principios de transparencia e igualdad de oportunidades en el sistema democrático de partidos.⁴⁹

⁴⁹ PUENTE ABA, Luz María, “Financiación ilegal de partidos políticos (ar. 304 bis CP)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 953.

El sujeto activo ha de ser la persona física que, en la estructura partidaria, tiene capacidad para hacer que lo recibido llegue a estar a disposición del partido. En principio, esta capacidad se asigna al responsable de la gestión económico-financiera, *“designado en la forma que determinen los estatutos entre personas con acreditados conocimientos o experiencia profesional en el ámbito económico y en las que concorra la condición de honorabilidad”* (art. 14 bis Uno, LOFPP). Pero también puede ser sujeto activo quien, *de facto*, tiene la misma capacidad de recibir y transmitir los fondos. No tendría sentido excluir al ex-contable que dejó de serlo al perder *“la honorabilidad”*, por ejemplo por estar condenado por sentencia firme a pena privativa de libertad (14 bis Dos a), LOFPP).

El delito se consuma con la recepción de donaciones o aportaciones, sin que sea precisa su efectiva incorporación al patrimonio asociativo: basta con que estén *“destinadas”* a ello.

La pena -multa- del tipo básico pasa a ser mixta -prisión de seis meses a cuatro años- y multa, también del triplo al quíntuplo- cuando concurren las circunstancias agravantes específicas fijadas en el art. 304 bis 2, por remisión a los artículos 5.Uno y 7.2 de la LOFPP: a) donaciones anónimas, finalistas, revocables o procedentes de personas jurídicas o de entes sin personalidad jurídica superiores a 500.000 €, o donaciones de una persona física que superen los 550.000€; b) financiación, superior a 100.000 procedente *“de Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o de empresas relacionadas directa o indirectamente con los mismos”*.

En ambos supuestos agravatorios, el montante objeto de aportación constituye una condición objetiva de punibilidad; aunque parece difícil que las formas habituales de financiación ilegal superen la cifra de 500.000€, lo que significa que, en la mayor parte de los casos, la pena aplicable va a ser la del tipo básico, es decir una pena pecuniaria de escasa eficacia intimidante y, por ende, de escasa eficacia preventiva.

Si los hechos anteriores, es decir los descritos en los tipos agravados, alcanzaren especial gravedad, la pena se impondrá *“en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la superior en grado”* (art. 304 bis 3), esto es, hasta un máximo de seis años de prisión.

Los criterios determinantes de apreciación de una gravedad *“especial”*, parecen ser, ante el silencio del legislador, los puramente cuantitativos vinculados a la cantidad aportada,⁵⁰ ya que los demás elementos típicos concurren o no, pero no son graduables.

⁵⁰ PUENTE ABA, Luz María, *“Financiación ilegal de partidos políticos (ar. 304 bis CP)”*, cit., p. 950.

Resulta sorprendente que el legislador español se haya limitado a prever penas pecuniarias y/o privativas de libertad en un ámbito en el que tan idóneas, cara a la prevención especial, podrían resultar otras, como la pérdida de cargo público o del derecho de sufragio pasivo.⁵¹ La laguna queda cubierta por la posibilidad de imponer penas accesorias que, como tales, acompañan a la principal (art. 56, CP), pero queda cubierta solo parcialmente, por cuanto el tipo básico del art. 304 *bis* está castigado con pena de multa, que no lleva consigo pena accesoria ninguna.

Una de las decisiones que más críticas ha suscitado, por recortar profundamente la posible eficacia del precepto, es la exclusión del elenco de sujetos donatarios -enumerados en lista taxativa- de las fundaciones u otras asociaciones vinculadas a partidos, y que, muy frecuentemente nacen para mover la economía del partido al margen de los controles que pueden imponerse a este.⁵² Aunque puede entenderse incluida en la letra c) del art. 304 *bis* la donación que el partido recibe de su fundación, seguirá siendo atípica la aportación que inicialmente recibe la fundación de la persona física, aportación que la fundación puede, *de facto*, hacer llegar al partido por vías no típicas.

Quedan igualmente al margen del tipo penal, que se remite solo al art. 5 y no a otros preceptos de la LOFPP, conocidas formas de financiación ilegal del partido político, cuya gravedad puede ser equivalente o superior a las del art. 304 *bis* 1: condonaciones de créditos y operaciones asimiladas, donaciones inferiores a 50.000€ realizadas por personas físicas que, en el ejercicio de su actividad profesional o económica, tengan contratos vigentes con las administraciones públicas. Tampoco se integran en el ámbito típico las donaciones de inmuebles, a pesar de que su significación económica no difiere de las donaciones de bienes muebles.⁵³

5.4.2.2. Entrega de aportaciones ilegales

El número 4 del art. 304 *bis* castiga conductas que son el reverso de las anteriormente analizadas: “4. *Las mismas penas se impondrán, en sus respectivos casos, a quien entregare donaciones o aportaciones destinadas a un*

⁵¹ PUENTE ABA, Luz María, “Financiación ilegal de partidos políticos (ar. 304 bis CP)”, cit., p. 956.

⁵² NIETO MARTÍN, Adán, “Financiación ilegal de partidos políticos”, en ARROYO ZAPATERO, Luis, y NIETO MARTÍN, Adán, (coord.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, p. 128.

⁵³ HAVA GARCÍA, Esther, “Financiación ilegal de partidos políticos”, cit., p. 20.

partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores.”

Al igual que en el delito de recepción de aportaciones, basta que los bienes entregados estén destinados al partido: la consumación no exige que este puede disponer efectivamente de ellos.

5.4.2.3. *Participación en organización dedicada a la financiación ilegal de partidos políticos*

El art. 304 *ter* castiga al que “participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley”. La pena es de uno a cinco años de prisión. Que se impondrá en su mitad superior a los dirigentes.

Ambas penas, las del tipo básico y la del agravado pueden imponerse en su mitad superior, o, incluso se recurrirá a la pena superior en grado, “si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad”.

La doctrina ha criticado la endeble justificación de este tipo, introducido en el CP por la LO 1/2015, cuando el art. 515.1 ya declaraba punibles con carácter general las asociaciones ilícitas que tuviesen por objeto “cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión”. Con la indeseable consecuencia, añadida, de que se castiga más la participación en la organización dirigida a financiar ilegalmente, aunque no lo haya hecho, que la propia financiación.

La financiación ilegal que el precepto toma como referencia es la delictiva, del art. 304 *bis*. En efecto, la referencia no puede estar constituida por la LOFPP, a pesar de que el art. 304 *ter* se refiere literalmente a la financiación realizada -*rectius*, proyectada- “al margen de lo establecido en la ley”. Entenderlo de otro modo llevaría al absurdo de castigar el favorecimiento de la comisión de una mera infracción administrativa de forma más severa que el favorecimiento de la comisión de un delito.⁵⁴

5.5. El partido político como persona jurídica

La responsabilidad penal regulada en el CP español, artículos 31 *bis* a 31 *quinquies*, es exigible a los partidos políticos en la misma medida en

⁵⁴ HAVA GARCÍA, Esther, “Financiación ilegal de partidos políticos”, cit., pp. 24-25.

que lo es a las demás personas jurídicas, con las excepciones del art. 31 *quinquies*, y siempre que así se disponga expresamente (*numerus clausus*).

Así lo decidió la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se reformó el CP en materia en transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. La malhadada decisión pretende, en línea con el más puro populismo punitivista, aplicar a partidos políticos y sindicatos una respuesta penal nacida para hacer frente a la delincuencia organizada de las grandes corporaciones mercantiles, lo que garantiza su inidoneidad preventiva en otros ámbitos ajenos a la actividad económica.⁵⁵

El objetivo del legislador, al introducir tan espuria previsión, era el de “superar la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación”. Pero la solución adoptada relativiza la trascendencia que a las funciones de los partidos políticos atribuye el art. 6 de la Constitución, “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley...”.

La vía abierta a la posible extralimitación judicial en el control penal de los partidos políticos puede poner en peligro el modelo de división de poderes, máxime si se tiene en cuenta que algunas de las penas a la persona jurídica puedan acordarse con carácter cautelar (CP, art. 33.7 *in fine*). Y no era necesario correr ese riesgo, cuando la posibilidad de disolución del partido político -la sanción más grave- puede ser judicialmente acordada en aplicación del art. 10.2 de la LO 6/2002, de Partidos Políticos, modificada por LO 3/2015, en una serie de casos que, incluso, pueden no ser constitutivos de delito: la disolución se puede acordar en razón de motivos mucho más amplios y laxos que los del art. 304 *bis*.

Eso, sin entrar en la obviedad de que la asociación partidista puede ser disuelta cuando revista los caracteres de asociación ilícita, por ejemplo por perseguir la comisión de un delito, que puede ser de el de financiación ilegal (CPE, artículos 515 y 520). Las penas a imponer por esta vía pueden, incluso, incrementarse cuando entren aplicación los preceptos que definen y castigan los delitos de organización y grupo criminales,

⁵⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 174.

que, de hecho, son, por su mayor gravedad, ley preferente frente a los tipos de asociación ilícita.⁵⁶

La situación que, en el modelo peruano, diseñan la Ley N° 30414, “Ley de Organizaciones Políticas” (art. 14) y el Código Penal (art. 317 en relación con el 105.2) es similar.

Por otra parte, desde la perspectiva aplicativa, es obvio que la previsión del art. 31 *bis* CPE, reformado por LO 1/2015, que introdujo la posibilidad, en el ordenamiento español, de que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad cuando haya implementado mecanismos de control preventivo (*compliance*) es inaplicable a los partidos políticos. Se trata de mecanismos diseñados a la vista de la estructura y reglas de funcionamiento de las corporaciones mercantiles, imposibles de incardinar en las de los partidos, obligados solo a “prever un sistema de control interno (auditoría) que garantice la adecuada intervención y contabilización de todos los actos y documentos de los que se deriven derechos y obligaciones de contenido económico, conforme a sus estatutos”, con obligación de sometimiento de los resultados de la auditoría al Tribunal de Cuentas. La ausencia de esta auditoría o control interno será constitutiva de infracción grave (LOFPP, artículos 15 y 17).

Para el delito de financiación ilegal de partidos políticos, el art. 304 *bis* 5) CP, dispone expresamente que “*las mismas penas*” previstas para las personas físicas, “*se impondrán cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33*”.

Resulta obvio que a las personas jurídicas no se les pueden imponer “*las mismas penas*” previstas en los artículos anteriores, entre las que se encuentra la prisión. Lo que obliga al intérprete a leer “*las mismas penas de multa*” allí donde el legislador escribió “*las mismas penas*”.

Se podrán imponer, pues, todas las penas previstas para la persona jurídica en el art. 33.7: multa, disolución de la persona jurídica; suspensión de sus actividades por un plazo máximo de cinco años; clausura de sus locales o establecimientos por el mismo período; prohibición, temporal o definitiva, de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para

⁵⁶ FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones delictivas en el Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 355-358.

obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo máximo de quince años; e intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores, por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

6. Epílogo

Las estrategias anticorrupción política implementadas en España no suponen desarrollo de un diseño político-criminal coherente y contundente.

Y no se trata de multiplicar los tipos penales o de aumentar las penas. Ni siquiera de introducir, sin más, el delito de financiación ilegal de partidos políticos. Para ser una opción efectiva necesita ir acompañada de una reforma del sistema de financiación partidaria, caracterizada por la transparencia y el control efectivo de cada movimiento económico por parte de las autoridades⁵⁷ y, fundamentalmente, por parte de la ciudadanía, damnificada última de partidos políticos que olvidan objetivos y principios constitucionales, para convertirse en un mecanismo de recaudación de fondos destinados a campañas electorales mendaces o, en otros casos, destinados simplemente a engrosar las cuentas corrientes de sus dirigentes.

Los mecanismos de control pre-penal, que tienen que ver más con la calidad de la vida democrática que con el sistema punitivo, no se han integrado en una estrategia preventiva global, sino que actúan como soluciones parche, impuestas por reivindicaciones ciudadanas y recomendaciones de organismos internacionales que, luego, cada partido, va traduciendo según su ideología y recortando de acuerdo con sus posibilidades de convertirlo en ley vigente.

Por otra parte, la convulsa vida política española es proclive a que proyectos de ley exhibidos como panacea en las campañas electorales, duerman el sueño de los justos en las gavetas del Congreso de los Diputados.

⁵⁷ CARO CORIA, Dino Carlos, “¿Financiación ilegal de partidos? El dinero en las campañas electorales”, *El Comercio*, 15.03.2016, Lima. Accesible en <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/financiacion-ilegal-partidos-dino-carlos-caroria-170516>, consultado el 25.10.2017.

De hecho, el escándalo más importante cuantitativa -por los millones de euros afectados- y cualitativamente -por afectar a altas instancias del partido en el gobierno-, lo representa la trama "Gürtel", que según documentos judiciales, financió al Partido Popular desde 1990 a, al menos, 2008. Hasta el momento, el proceso penal ha llegado a citar al partido en calidad de partícipe a título lucrativo de la trama.

No parece, en efecto, que la persecución de los delitos de corrupción sea un ámbito caracterizado por la desmedida ambición intervencionista en política del sistema penal. En España, en 2016, estaban encausadas por delitos de corrupción, 659 personas. De las 104 sentencias dictadas en la materia, fueron condenatorias un 76%, con una acusada presencia de los delitos de malversación y cohecho⁵⁸. Se trata de cifras que, contrastadas con la valoración social de la corrupción política, no permiten deducir una valoración positiva de la intervención penal en la materia.

Con todo, la ausencia de condenas penales no debe ser el único aspecto a considerar. Hay que analizar la eficacia preventiva. Y, en este punto, fuentes periodísticas aventuran que los cambios en la LOFPP y las causas abiertas por corrupción han reducido en más de un 90% los ingresos del Partido Popular procedente de particulares.⁵⁹

⁵⁸ Ver <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Repositorio-de-datos-sobre-procesos-por-corrupcion/>, consultado el 25.04.2017.

⁵⁹ http://cadenaser.com/ser/2017/03/21/politica/1490115339_974825.html, consultado el 25.10.2017.

Punición de partidos políticos por financiación ilegal. Una visión desde España y América Latina

DRA. BELÉN MACÍAS ESPEJO*

Sumario

1. Examen del Título XIII bis del Código Penal español
 - 1.1. Premisas iniciales
 - 1.2. Bien jurídico protegido
 - 1.3. Modalidades típicas
 - 1.3.1. Artículo 304 bis
 - 1.3.1.1. Tipo básico (304 bis 1 y 304 bis 4)
 - 1.3.1.2. Tipos agravados de recepción de donaciones y aportaciones ilícitas destinadas a la financiación de partidos políticos (304 bis 2)
 - 1.3.1.3. Tipo hiperagravado por la especial gravedad de los hechos (304 bis 3)
 - 1.3.1.4. La cláusula de responsabilidad de personas jurídicas (304 bis 5)
 - 1.3.2. Artículo 304 ter
 - 1.3.2.1. Elementos esenciales de la incriminación (art. 304 ter 1 y 2)
 - 1.3.2.2. Tipo agravado por la especial gravedad de los hechos (art. 304 ter 3)
2. Régimen sancionador del financiamiento de partidos políticos en América Latina. Análisis comparativo
3. Conclusiones

* Doctora en Derecho, profesora de Derecho Penal. Universidad de Jaén (España).
mmacias@ujaen.es

1. Examen del Título XIII bis del Código Penal español

1.1. Premisas iniciales

Conformada como una de las propuestas incluidas en el «*Plan de Regeneración Democrática*», que anunció el Gobierno en octubre de 2013, el nuevo Título XIII bis del Código Penal, «*De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos*», surge por primera vez en la historia legislativa española¹ como respuesta penal a la necesidad de definir una figura específica para la financiación ilegal de los partidos políticos.

Así, siendo objeto de continuo debate, el detonante de su tipificación parece responder a la alarma creada por los supuestos de corrupción de partidos políticos en los últimos años, particularmente hirientes en un contexto de crisis económica y social.²

Con esta disposición, los arts. 304 bis y 304 ter vienen a castigar, dice la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, a «*aquellas personas que acepten y reciban donaciones ilegales o que participen en estructuras u organizaciones cuyo principal objeto sea el de financiar ilegalmente a un partido político*». Dado que tales tipos penales no poseen una descripción completa de la conducta, podemos determinarla como una norma penal en blanco; construida abiertamente desde la legislación administrativa sobre la materia. Ello con mayor abundamiento si tenemos presente que, con la misma fecha en que se publica la reforma del Código Penal de 2015, se promulga, también, la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos, por la que se modifican la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos; la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

¹ Vía enmienda, la número 886, de diciembre de 2014, al Proyecto de Ley Orgánica, BOCG de 4 de octubre de 2013.

² A lo expuesto hay que añadir la preocupación por tal desvalor en el ámbito internacional; destacando, en esta línea, la Convención de la ONU sobre corrupción de Nueva York -Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003-, así como los distintos informes del Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa y de la propia Unión Europea -en concreto, Anexo al Informe sobre la lucha contra la corrupción, de 3 de febrero de 2014 -Bruselas COM(2014) 38-.

1.2. Bien jurídico protegido

La especificación del valor supremo a tutelar por el Título XIII pasa por la valoración de la «*voluntas legislatoris*», en virtud de lo cual, del presente caso se desprende que el legislador ha pretendido encauzar la naturaleza lesiva de la financiación ilegal sobre el aspecto de corrupción, carácter socioeconómico, y no sobre la dimensión pública, dado que tales figuras delictivas se ubican de manera forzada entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico del Título XIII y los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social del Título XIV; si bien, por su falta de relación con valores de carácter económico, entendemos habría resultado más coherente situarlo como añadido a los delitos la Administración Pública o contra la Constitución, por cuanto que parece que el sentido otorgado a su bien jurídico así lo justifica³.

En esta línea se manifiesta JAVATO MARTÍN al configurar tales delitos desde la índole pública, señalando que «*no se puede desconocer su vinculación con los delitos contra la Administración pública; de tal manera que su tipificación podría responder, en parte, al peligro de comisión de un delito contra la Administración Pública*»⁴. En parecidos términos, MUÑOZ CONDE clarifica que, en la medida en que la financiación ilegal se lleva a cabo a través de la corrupción de los dirigentes de los partidos políticos, que muchas veces tienen carácter de autoridad o de funcionario público, puede considerarse como un delito contra la Administración Pública⁵.

Sin embargo, no hay que olvidar que, dado el confuso propósito del legislador, doctrinalmente se ha considerado, también, otra vertiente más constitucionalista, centrada en «*el correcto funcionamiento del sistema democrático de partidos, caracterizado por la transparencia en su financiación,*

³ A tal respecto, hemos de señalar que las propuestas de los grupos parlamentarios diferían en la ubicación sistemática de estos delitos. Mientras que el Grupo Parlamentario socialista y el Partido Popular lo determinaron con la numeración 304 bis y siguientes, el Grupo Parlamentario UPyD propuso situar la financiación ilegal en el seno de los delitos contra la Administración Pública, mediante adición Capítulo XI del Título XIX; de igual forma, Comprimís propuso introducirlo, como artículos 422 bis y ter, también entre los delitos contra la Administración Pública.

⁴ JAVATO MARTÍN, Antonio M^a, *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo III, Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos. Artículos 234-318 bis*, Gómez Tomillo (Dir.), Aranzadi, Navarra, 2015, p. 719.

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 475.

por la igualdad de todas las formaciones políticas, y por la necesaria confianza de los ciudadanos en este sistema»⁶.

Según palabras de SERRANO GÓMEZ/ SERRANO MAÍLLO/ SERRANO TÁRREGA/ VÁZQUEZ GONZÁLEZ varios son los bienes jurídicos que se pueden considerar afectados por esta conducta, entre los que se encuentra el correcto funcionamiento del sistema democrático de partidos, que implicaría la transparencia de la financiación, la igualdad de oportunidades para todos los partidos políticos y la confianza de los ciudadanos en el sistema político⁷.

MUÑOZ CONDE, por su parte, pone de relieve que también puede tratarse de delitos contra el orden constitucional, cuyo correcto funcionamiento depende de que los partidos políticos ejerzan, en condiciones de igualdad y garantizando el realismo político, su labor de representantes de la voluntad popular sin mediatizaciones de los grandes grupos de presión económica⁸.

En igual sentido, NIETO MARTÍN considera que la financiación ilegal lesiona bienes jurídicos merecedores de protección penal, tales como la transparencia de la financiación ilegal, la igualdad de oportunidades entre las distintas fuerzas políticas y la democracia interna de los partidos⁹. Por su parte, MARATO CALATAYUD entiende que el injusto específico de la financiación ilegal abarca la alteración del funcionamiento del sistema de partidos, tanto en lo que se refiere a la igualdad de oportunidades entre los partidos, como a la quiebra de la democracia interna y la oligarquización de las organizaciones políticas que implica¹⁰.

Desde otra perspectiva, dentro del orden constitucional, OLAIZOLA NOGALES considera que el funcionamiento interno de los partidos no constituye en sí un bien jurídico merecedor de protección, debiendo situarse el mismo en las conductas que, trascendiendo a su esfera interna,

⁶ PUENTE ABA, Luz María, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 948. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu/ José Ignacio GALLEGU SOLER, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1051 y 1052.

⁷ SERRANO GÓMEZ, Alfonso/ Alfonso SERRANO MAÍLLO/ María Dolores SERRANO TÁRREGA/ Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 429.

⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho...*, cit., p. 475.

⁹ NIETO MARTÍN, Adán, «Financiación ilegal de partidos políticos», *Fraude y corrupción en el Derecho Penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Arroyo Zapater (Dir.), Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, p. 123.

¹⁰ MARATO CALATAYUD, Manuel, «Financiación ilegal de partidos políticos», *Comentario a la Reforma Penal de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 320 y 321.

supongan una perturbación de las funciones que los partidos ejercen hacia los ciudadanos. En definitiva, determinados comportamientos de financiación ilegal suponen un peligro para el ejercicio correcto de las funciones de manifestación y de representación popular que los partidos tienen encomendados en la Constitución; entiende, pues, que el bien jurídico protegido viene constituido por la función de los partidos políticos, en virtud de lo dispuesto en el art. 6 de nuestra Carta Magna¹¹.

A tales efectos, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS concluye que el bien jurídico a tutelar mediante la incorporación de nuevo Título relativo a la financiación ilegal de los partidos políticos es «*el normal desarrollo de las funciones constitucionalmente atribuidas a los partidos políticos (funciones de garantía del pluralismo político, de conformación y manifestación de la voluntad popular y de desarrollo de la participación política), procurando garantizar su ejercicio en los términos de libertad e igualdad que el art. seis del Texto constitucional propone*»¹².

A nuestro parecer, el bien jurídico protegido en la financiación anómala de los partidos políticos pasa por la tutela de la función inherente a los mismos, por cuanto que su violación rompe con las reglas de igualdad, objetividad y transparencia del funcionamiento y del sistema democrático, generando disfunciones en la manifestación de voluntad popular, en la representación de la participación ciudadana y en el propio pluralismo político; por tanto, considerando que la financiación ilegal viene a distorsionar las exigencias representativas propias, provocando un atentado contra el sistema constitucional, entendemos que el quebranto en la financiación de los partidos políticos se ha de preservar penalmente desde tal perspectiva, dadas las propias reglas del sistema democrático.

1.3. Modalidades típicas

Las figuras introducidas en el nuevo Título XIII bis del Código Penal español tienen en común el denominador, «*financiación ilegal de los partidos políticos*», si bien, hemos de señalar que sus contenidos son divergentes. En tal sentido, mientras que el art. 304 bis viene a regular la financiación ilegal destinada a partidos políticos, en cuanto a recepción y entrega de donaciones o aportaciones no permitidas, el art. 304 ter se

¹¹ OLAIZOLA NOGALES, Inés, *La financiación ilegal de los partidos políticos: un foco de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 192.

¹² SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, Morillas Cueva (Dir.), Dykinson, Madrid, 2016, pp. 789 y 790.

refiere al delito de pertenencia a estructuras u organizaciones cuyo objeto sea la financiación ilegal de partidos políticos.

El objeto de prohibición de ambos preceptos posee diferente ámbito de aplicación, ya que el art. 304 bis únicamente prohíbe conductas relacionadas con las donaciones privadas y aportaciones de personas jurídicas, mientras que el art. 304 ter lo amplía, no discriminando el tipo de financiación, y abarcando toda forma de recurso económico previsto en la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, con independencia de que sea pública o privada.

1.3.1. Artículo 304 bis¹³

1.3.1.1. Tipo básico (304 bis 1 y 304 bis 4)

a) Recepción de donaciones o aportaciones ilícitas destinadas a los partidos políticos (304 bis 1)

La conducta descrita en el número 1 del artículo 304 bis del Código Penal consiste en recibir «donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en el artículo 5.Uno de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos». Nos hallamos, pues, ante una prototípica ley penal en blanco en la que se nos precisa, expresamente, el precepto de complemento; lo que puede plantear problemas de legitimación y compatibilidad con el principio de legalidad penal, dada su excesiva accesoriedad a la LOFPP.

Desde nuestro parecer, y al objeto de evitar *bis in idem*, entendemos que ambos preceptos sancionan cosas distintas puesto que los sujetos y la conducta son divergentes, esto es, consideramos que el art. 17.Dos castiga la aceptación de donaciones o aportaciones (contraviniendo las limitaciones y requisitos de los artículos 4,5,7 y 8 de la LOFPP), siempre que sea realizada como un acto de voluntad del donatario (partido político), mientras que el art. 304 bis 1 sanciona al que recibe (entrega material efectiva de la cosa donada) y éste no ha de ser, necesariamente, el donatario. En tal sentido, condicionando la aplicabilidad del art. 17 LOFPP podría emplearse siempre que los hechos no constituyan delito; *sensu*

¹³ Para una mayor profundización, vid. MACÍAS ESPEJO, Belén, «Sobre la incriminación de la financiación ilegal de partidos políticos en el artículo 304 bis del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, Número 119, Época II, septiembre 2016, pp. 121-155.

contrario, todos los hechos del art. 17.Dos a) serán constitutivos del delito del art. 304 bis 1 CP, en lo que se refiere a los requisitos del art. 5.Uno.

Por lo que respecta a la configuración del sujeto activo, del tipo se extrae que el número 1 de tal infracción supone la intervención del que recibe la donación/aportación. Por tanto, entendemos que tienen cabida las conductas no solo de los miembros de partidos políticos que reciben la financiación irregular, sino, también de los sujetos o entidades intermediarias que reciben la donación prohibida para posteriormente derivarla al partido político.

Por su parte, el destinatario de tales donaciones/aportaciones será no solo el partido político, sino, como expresamente determina el tipo, otras figuras asimiladas, que también tienen participación directa en la vida política: federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores. Hemos de criticar la ausencia expresa de las fundaciones, entendiendo que se deberían incluir todo tipo de agrupaciones políticas y entidades vinculadas con los partidos políticos.

El objeto material viene determinado por las «*donaciones o aportaciones destinadas a un partido político*»; por ende, al concretar su contenido, habremos de remitirnos al art. 4 LOFPP, que establece las formas en que puede hacerse -recordando que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.1 LOFPP, los partidos políticos no pueden aceptar o recibir: a) donaciones anónimas, finalistas o revocables; b) donaciones procedentes de una misma persona superiores a 50.000 €; c) donaciones procedentes de personas jurídicas y entes sin personalidad jurídica-.

De lo expuesto extraemos que estamos ante un tipo doloso, que exige plena consciencia y voluntad de los diversos elementos, sobre todo, la condición ilegal de la financiación; perfeccionándose en el sentido material señalado al recibir.

La pena prevista es multa, del triplo al quíntuplo del valor de la donación o aportación que es objeto de materia del delito; si bien, echamos en falta la previsión de otras posibles sanciones especialmente idóneas para este tipo de conductas, como, por ejemplo, la pérdida del cargo en aquellos casos en que el miembro del partido ostente algún puesto público o la imposibilidad de obtener ayudas de naturaleza pública o privada.

b) Entrega de donaciones o aportaciones ilícitas destinadas a los partidos políticos (304 bis 4)

El núm. 4 del art. 304 bis sanciona a quien «*entregare donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, en alguno de los supuestos de los números anteriores*». Es la otra cara de la conducta delictiva; financiación ilegal activa.

Lo llamativo es que se puede obrar por sí o por persona interpuesta¹⁴; y no se requiere que el intermediario esté vinculado con el partido político¹⁵.

Así, estamos ante un delito pluriofensivo de encuentro, o de conducta bilateral, con tres posibles sujetos implicados: donante (financiador) y donatario (financiado, la propia formación política), más sujeto intermediario (recibe la donación para posteriormente desviarla a la agrupación política).

A este respecto, concurren dos partes: el que ilegalmente se financia y aquel que financia ilegalmente. Incriminación desde una doble perspectiva, la del corrupto o corrompido y la del corruptor. Hemos de tener presente que el castigo del donante (304 bis 4) y el donatario (304 bis 1) debe ser concurrente, pero ambas conductas son autónomas, pues puede ocurrir que suceda la conducta del donante que entrega, sin que intervenga la del donatario que reciba; para el caso de que concurra la conducta de aceptación y recepción (apartados 1 y 4 art. 304 bis), cada parte responderá por su tipo con igual penalidad.

En último término, observamos que la entrega la podrá realizar tanto una persona física, como una persona jurídica, pues el tipo no exige una cualidad o condición del que hace la entrega de la donación; autor del delito será el que haya materializado la donación. Cuestión distinta es si ello motiva una responsabilidad penal de la persona jurídica, de lo que nos ocupas más adelante.

1.3.1.2. *Tipos agravados de recepción de donaciones y aportaciones ilícitas destinadas a la financiación de partidos políticos (304 bis 2)*

El número segundo del art. 304 bis CP presenta dos tipos agravados de financiación ilegal de partidos políticos que, en aras a su literalidad, se refieren a «*los hechos anteriores*», esto es, los previstos en el número primero de tal precepto, lo que hace que opere sobre el tipo básico del apartado 1 del art. 304 bis; aunque, en realidad, añade un presupuesto de hecho nuevo al incluir la referencia a las donaciones recogidas en el art. 7.Dos LOFPP.

En este supuesto, se aumenta considerablemente de la pena, con inclusión de la privativa de libertad, en atención a la cantidad de la dona-

¹⁴ Precisión que, aun omitida en el apartado 1, no significaría que en la recepción de la donación no pueda ocurrir igual.

¹⁵ Creemos parece innecesaria tal referencia a persona interpuesta teniendo en cuenta que la autoría mediata del art. 28 CP prevé la actuación de servirse de otro para perpetrar el delito.

ción/aportación y a la condición del donatario (Gobiernos y organismos, entidades o empresas públicas extranjeras o empresas relacionadas directa o indirectamente con los mismos).

La modalidad agravada, con fundamento en la especial cuantía de la donación o aportación, encuentra su base fáctica en la infracción contemplada por el número 1 del artículo 304 bis y las donaciones que prohíbe, imponiendo la aplicación del tipo agravado cuando las donaciones o aportaciones de la letra a) LOFPP (donaciones anónimas, finalistas o revocables) o c) LOFPP (donaciones procedentes de personas jurídicas o entes sin personalidad jurídica) superen la cantidad de 500.000 €; o cuando las donaciones o aportaciones procedentes de una misma persona (letra b de la LOFPP) superen el importe de 550.000 € anuales (por tanto, quedando como básicas las donaciones superiores a 50.000€ y que no superen los 500.000€). Hemos de recordar que los bienes inmuebles, en atención a lo previsto en el apartado primero del art. 304 bis, se pueden recibir sin limitaciones.

Destacar, de otro lado, que no se abre la posibilidad de que tales importes sean alcanzables sumando aportaciones diferentes, salvo que se entienda que el pago en dos o tres partes es un solo hecho; así, aunque cabe pensar en la posibilidad de utilizar la figura del delito continuado, tal hipótesis resulta difícil puesto que el art. 74.2 CP acoge la posibilidad de sumar cuentas en los delitos contra el patrimonio, lo cual se aleja de la condición del Título XIII bis.

En definitiva, este criterio de agravación parece justificado, aunque habría sido mejor fijar un límite cuantitativo para diferenciar la infracción administrativa del delito.

El segundo supuesto contiene agravación de pena cuando las donaciones procedan de Gobiernos u organismos extranjeros, de entidades o empresas públicas, o de empresas relacionadas directa o indirectamente con los anteriores, y siempre que supere los 100.000€¹⁶. Criterio de agravación justificado en la preservación de la independencia de los partidos políticos españoles de las injerencias de otros gobiernos u organismos extranjeros¹⁷. No obstante, hemos de enjuiciar que se reduce el objeto de

¹⁶ Por ende, a tenor del art. 7.Dos LOFPP, la realización de donaciones prohibidas en dicho precepto por debajo de 100.000€ constituirá infracción muy grave del art. 17.2 LOFPP; mientras que las donaciones prohibidas por el art. 304 bis 2.b) que superen dicha cuantía, constituirán delito.

¹⁷ Si bien, resulta extraño que no se haya incluido esta limitación del artículo 7.Dos LOFPP en el número primero del art. 304 bis, sobre todo porque su contenido y el sujeto que facilita la financiación (Gobiernos o entidades extranjeras) dan una clara referencia de la transcendencia penal de esta modalidad.

prohibición, ya que la nueva norma penal comete un error terminológico al no referir las donaciones el artículo 7.Dos.

En último término, se ha de destacar el importante aumento penológico de esta modalidad agravada, dada la inclusión de la pena privativa de libertad¹⁸, pues la multa proporcional que se hace en este artículo 304.2 bis es la misma que la prevista como pena única en el número 1 del artículo 304 bis¹⁹. Además, para los tipos agravados que prevén prisión inferior a diez años, cabe la posibilidad de aplicar, como accesorias, la pena de inhabilitación para derecho de sufragio pasivo o inhabilitación especial para empleo o cargo público o para cualquier otro derecho (art. 56 CP).

1.3.1.3. Tipo hiperagravado por la especial gravedad de los hechos (304 bis 3)

El párrafo tercero del art. 304 bis presenta un tipo hiperagravado que, en atención a los hechos a «*que se refiere el apartado anterior*», y cuando resulten de «*especial gravedad*», podrán ser castigados con la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Modalidad delictiva que, de nuevo, presenta un derroche de imprecisiones.

El fundamento de la agravación utiliza el elemento de «*la especial gravedad*», usado en muy diversas esas figuras delictivas, tradicionalmente ha presentado graves problemas para su concreción hasta que la jurisprudencia ha podido ir determinando su contenido²⁰. En tal sentido,

¹⁸ Cabe reseñar la injustificada amplitud del marco legal previsto para la pena privativa de libertad, prisión de seis meses a cuatro años, que puede generar importantes problemas de proporcionalidad, teniendo en cuenta que el límite máximo de pena puede llegar a ser ocho veces superior al límite mínimo; lo que facilita un margen excesivamente amplio al arbitrio judicial a la hora de fijar la pena.

¹⁹ El valor de referencia para el cálculo de la multa proporcional dependerá de la concreta modalidad delictiva. Así, en tanto en el primer inciso del apartado 2.a), que castiga la realización de donaciones superiores a 500.000 €, como el apartado 2.b), referido a donaciones superiores a 100.000 €, el punto de referencia para calcular la multa proporcional coincide exactamente con la cuantía de la donación. En cambio, en el segundo inciso del apartado 2.a) se sanciona la realización de donaciones que superen en 500.000 € el límite previsto en el artículo 5.1.b) LOFPP, según el cual las donaciones procedentes de personas físicas no podrán exceder los 50.000 € anuales; por tanto, en este caso, el valor de referencia para el cálculo de la multa no está constituido por el importe exacto de la donación, sino por el montante que se haya sobrepasado ese límite anual de 50.000 € (por ejemplo, si la donación fuera de un total de 600.000 € el valor que se tomaría para multa sería de 550.000 €).

²⁰ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José Eduardo, «Los delitos de financiación ilegal de partidos políticos». *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Morillas Cueva (Dir.), Dykinson, Madrid, 2015, p. 674.

entendemos que la apreciación de la especial gravedad de los hechos no debe depender en exclusiva de la cuantía de la donación o financiación de que se trate (aunque éste será el principal criterio a tener en cuenta para valorar la gravedad del hecho), englobando otros elementos del hecho -como la condición o circunstancias del sujeto activo, los términos y condiciones en las que realiza la donación...- En cualquier caso, hemos de criticar el amplio margen de arbitrio judicial que supone, dada la censurable indeterminación del concepto que no aporta ningún criterio que pueda servir para guiar la exégesis del precepto y su aplicación judicial.

1.3.1.4. *La cláusula de responsabilidad de personas jurídicas* (304 bis 5)

Finaliza el art. 304 bis, en su apartado 5, con la previsión, como reclama el art. 31 bis CP, de una cláusula que habilita la imposición de responsabilidad específicamente penal para las personas jurídicas. En tal sentido, se establece la responsabilidad penal del partido político, federación, coalición o agrupación de electores conforme a las reglas establecidas para la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Cabe recordar que la posibilidad de exigir dicha responsabilidad a los partidos políticos trae causa en la Reforma del Código Penal, operada en virtud de LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, justificada, según su Exposición de Motivos, en base a la superación de «*la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación*».

La cláusula del 304 bis. 5 CP parece estar amparada en la realidad criminal, puesto que recientemente se ha evidenciado que en el ámbito de la financiación de partidos políticos se presentan factores fenomenológicos que se encauzan hacia la necesidad político criminal de generar un sistema de responsabilidad penal específico para actuar frente a los entes colectivos.

Esto no obstante, el apartado 5 del art. 304 bis presenta aspectos de compleja solución. En primer término, sobre la configuración del tipo, en lo que a la recepción de donaciones o aportaciones se refiere, no hay inconveniente en considerar al partido político, federación, coalición o agrupación de electores, siempre que se acredite su personalidad jurídica, como responsables; sin embargo, el sistema de responsabilidad de tales personas jurídicas requiere la actuación delictiva por determinadas personas físicas, por ende, la responsabilización de las personas jurídicas será la conducta de una persona física que «*recibe*» la donación o aportación.

En tal sentido, la cuestión principal estriba en determinar la condición de la persona física, que parece concretarse en representantes legales o sujetos que, actuando individualmente, o como integrantes de un órgano del partido, estén autorizados a tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de ella, siempre que actúen en su nombre o por cuenta, y en su beneficio directo o indirecto -miembros, en definitiva, con capacidad de gestión y decisión en el partido-; más sujetos sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas, que actúen en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, que cometen los hechos delictivos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad -empleados o trabajadores sometidos a la autoridad de los representantes-.

De ello deducimos que también los partidos políticos, y agrupaciones asimiladas, han de dotarse de programas de cumplimiento, *compliance program*, esto es, de modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control para la prevención del delito de la misma naturaleza o, en su caso, para reducir su comisión (art. 31 bis.2.1º del Código Penal); programas de cumplimiento cuyo funcionamiento y cumplimiento haya sido confiado a un organismo del partido o agrupación política que tenga, legalmente, asignada la función de supervisión y posea autonomía y poderes de iniciativa y control (31 bis.2.2º del Código Penal).

Desde otra perspectiva, la modalidad «*entrega*» de donaciones o aportaciones, que también recoge régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, siempre que se cumplan los requisitos del art. 31bis y ss. CP, parece amparada en la materialidad criminal, permitiendo la intervención, de manera directa, en los casos de financiación de partidos políticos a través de las distintas fundaciones que de ellos dependan.

En último término, hemos de reseñar, como contrariedad del tipo, que éste impone «*las mismas penas*» para cuando sea responsabilización de una persona jurídica; sin embargo, en los tipos agravados del delito de financiación ilegal se prevé pena de prisión que, indiscutiblemente, no puede hipnotizarse para las personas jurídicas. A ello hay que sumar que, existiendo un régimen sancionador específicamente destinado a las personas jurídicas en el art. 33.7 CP, y que incluye la multa, será éste el que hay que imponer a las personas jurídicas; pudiéndose llegar, con la aplicación del mencionado precepto, a la intervención judicial sobre los partidos políticos para la salvaguarda de los derechos de los trabajadores o de los acreedores o, incluso, a la disolución de la persona jurídica, como sanción más grave, por cuanto que produce la pérdida definitiva de

su personalidad jurídica, así como su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico o de llevar cualquier clase de actividad, aunque sea lícita²¹.

1.3.2. Artículo 304 ter

La premisa inicial del análisis de este delito pasa, necesariamente, por analizar la razón del presente precepto que, en principio -a pesar de que algunos autores determinan no necesaria tal incriminación, dado que las conductas podrían sancionarse acudiendo a normas generales del Código Penal, que castigan la asociación ilícita o la pertenencia a organizaciones y grupos criminales²²-, desde nuestro entender parece adecuada, dada la vinculación de esta realidad criminal con distintas tramas en la facilitación de medios y estrategias para la realización de los comportamientos prohibidos. Esto no obstante, lo expuesto no es obstáculo para señalar que la disposición del nuevo delito sea adecuada por la difícil relación con la figura del 304 bis, así como con los delitos de asociaciones ilícitas (515 y ss.) y con los delitos relativos a organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis a 570 quater).

1.3.2.1. Elementos esenciales de la incriminación (art. 304 ter 1 y 2)

En primer término, por lo que respecta a la conducta típica, la misma consiste en participar (apartado 1) y dirigir (apartado 2, modalidad agravada) estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos al margen de lo establecido en la ley. La falta de concreción en la descripción de tales comportamientos típicos genera problemática, en virtud de la generalidad en su contenido.

A tal respecto, por lo que se refiere a participar, nos inclinamos por una interpretación restrictiva, partiendo de la base de que debe enten-

²¹ DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo, «Delitos de financiación ilegal de los partidos políticos», *Derecho Penal. Parte Especial conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Romeo Casabona/Boldona Pasamar (Coords.), Comares, Granada, 2016, p. 461. MUÑOZ CUESTA, Javier, «Delitos de financiación ilegal de partidos políticos», *Revista Aranzadi Doctrina*, núm. 5/2015, Parte Tribuna, Aranzadi, 2015, p.1 SERRANO GÓMEZ, Alfonso/ Alfonso SERRANO MAÍLLO/ María Dolores SERRANO TÁRRAGA/ Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Curso...*, cit., p. 432.

²² En este sentido, vid., JAVATO MARTÍN, Antonio M^º, *Comentarios...*, cit., p. 727. VV.AA., «Análisis de los delitos societarios, la receptación y el blanqueo y la financiación ilegal de partidos políticos», *Compendio de la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 2016, p. 9. SERRANO GÓMEZ, Alfonso/ Alfonso SERRANO MAÍLLO/ María Dolores SERRANO TÁRRAGA/ Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Curso...*, cit., p. 432. PUENTE ABA, Luz María, *Comentarios...*, cit., p. 961.

derse en un sentido material, no en cuanto a simple pertenencia a la organización o estructura, sino participación en las actividades de financiación ilegal de que se trate, exigiendo cierta relevancia y no un simple favorecimiento o cooperación de cualquier índole a la actividad ilícita que aparece como designio de la organización

Sobre la premisa dirigir, centramos su contenido en aquellos que participan en la actividad manifestando capacidad de decisión o impulso de la actividad delictiva. Precisamente el papel que desempeñan en la organización las personas que dirigen las estructuras u organizaciones, justifica el mayor reproche, con mayor castigo, de la conducta.

Por su parte, entendemos que las estructuras u organizaciones a que se refiere el art. 304 ter deben presentar una cierta organización y estabilidad, así como contar con un cierto número de personas integradas en ellas; no correspondiéndose con el concepto de grupos u organizaciones criminales definidas en el art. 570 bis 1 o 570 ter 1, sino que, sin exigir complejidad en la organización más allá del objeto-guía, es algo más concreto, dada la finalidad que persiguen²³. Así, la redacción del tipo nos lleva al elemento subjetivo basado en la finalidad de las estructuras u organizaciones de financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores; esto es, entregar aportaciones para sufragar la actividad de las mismas.

De esta manera, la finalidad de actuar al margen de lo establecido en la ley supone que las posibles contribuciones violen las normas que rigen la financiación de los partidos políticos; sin embargo, se nos plantea la duda de si tal desobediencia se refiere en exclusiva a la Ley 8/2007, o si se extiende a toda norma que, de alguna manera, contenga disposiciones sobre financiación de partidos políticos; y, a tales efectos, dada la sistemática, por la remisión que el art. 304 bis hace a la LOFPP, deducimos que se refiere, en exclusiva, a esta Ley en todo su conjunto -no solo a los arts. 5. Uno y 7.Dos-.

Se exige, en todo caso, el conocimiento de su vinculación con la actividad de la estructura u organización, así como del carácter ilícito de la financiación cuya obtención es objeto de la organización. Dolo, por tanto, en cuanto conocimiento y voluntad de pertenecer a la organización

²³ Lo que, según JAVATO MARTÍN, permite subsumir en el art. 304 ter tanto las asociaciones que se constituyen formalmente con la finalidad de cometer el delito de financiación ilegal, como aquellas agrupaciones de hecho de personas cuya actividad está dirigida al mismo fin cumpliendo con los requisitos de los arts. 570 bis y 570 ter. JAVATO MARTÍN, Antonio M^a, *Comentarios...*, cit., p. 728.

cuyo objetivo es actuar en contra de la Ley en la financiación de partidos políticos.

El tipo se consuma cuando las estructuras u organizaciones tienen la finalidad mencionada, no siendo necesaria la entrega efectiva.

Desde el ámbito concursal, en virtud del principio de especialidad, consideramos que, siempre que tales organizaciones tengan como finalidad la financiación ilegal de partidos políticos, será de aplicación preferente el 304 ter, frente a los preceptos dedicados a organizaciones y grupos criminales (570 bis o ter). Si bien, no queda claro la posible relación concursal entre el art. 304 bis y el 304 ter; es decir cómo se resolverán los casos en los que, por ejemplo, el miembro del partido que recibe las donaciones ilegales participa, también, en una estructura con dicha finalidad. Y es que dada la conformación propia de las figuras contempladas en el Título XIII bis, podemos hallar un concurso de delitos entre la figura de financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis) y la participación o dirección de una organización estructurada para cometer este tipo de comportamiento (304 ter), pues, a diferencia de lo que sucede con otras figuras en las que la cualificación por pertenencia y/o dirección en la organización delictiva se conforma como una agravación de la pena prevista en el correspondiente tipo, en el presente caso tal calificación no se configura como una agravación de la pena para quien comete el delito de financiación ilegal de partidos, sino que se fija una pena autónoma; solución que, en cualquier caso, posee efectos más graves que los previstos para las otras categorías.

En último término, por lo que respecta a la penalidad, este delito será más grave que la propia financiación ilegal de partidos políticos en su modalidad agravada²⁴.

1.3.2.2. Tipo agravado por la especial gravedad de los hechos (art. 304 ter 3)

El núm. 3 del art. 304 ter prevé un tipo agravado, en aras a la especial gravedad de los hechos a que se refieren los apartados anteriores. Tipo que permitirá la aplicación de la pena prevista en su mitad superior, alcanzando prisión de tres a cinco años, pudiendo llegar a la superior en grado, esto es, de cinco a siete años y seis meses de prisión.

Estamos, pues, ante una cláusula de apreciación valorativa en sede judicial. Y es que, nuevamente, el legislador se ha decantado por agra-

²⁴ Para un mayor análisis de tal especificación, vid. MAROTO CALATAYUD, Manuel, «Financiación...», cit., p. 765. JAVATO MARTÍN, Antonio M^a, Comentarios..., cit., p. 728.

lación de la pena, sin precisar suficientemente tal decisión, contando, además, con el *hándicap* de que la vinculación a un sistema de cuantías (como el articulado en el art. 304 bis) no se prevé en el art. 304 ter; lo cual, desde nuestro entender, se contrapone al principio de seguridad jurídica, por cuanto que para tal determinación solamente cabe la valoración judicial

Así, a la vista de lo expuesto, *lege ferenda*, entendemos precisa la articulación organizada de las circunstancias que agravan la participación en estructuras/organizaciones cuya finalidad sea la financiación ilegal de partidos políticos, a efectos de evitar heterogénea arbitrariedad, contraria a un sistema que debe garantizar los principios que han de regir en este ámbito del ordenamiento jurídico.

2. Régimen sancionador del financiamiento de partidos políticos en América Latina. Análisis comparativo

El índice relativo a la estructura legal de la financiación política a nivel de América Latina -entendiendo por tal el conjunto de normas que regulan el flujo esencial de los recursos económicos del sistema político-, pasa por referenciar los tres tipos básicos de financiación en este sentido; esto es, público, privada y mixto. Como señalan PIZARRO/ MENGÓ, la expresión financiamiento público hace referencia al empleo de fondos públicos en beneficio de los partidos y las campañas -pudiendo hacerse de manera directa (transfiriendo dinero del presupuesto nacional) o de manera indirecta (mediante la concesión de ventajas o subvenciones a favor de los partidos o de las campañas electorales, o como incentivo para las donaciones privadas)-, por su parte, el financiamiento privado es el que proviene del patrimonio de los particulares; y para cuando concurren ambas formas de manera simultánea, se dice que el financiamiento es mixto²⁵.

²⁵ PIZARRO, Hugo Ignacio/ Renee Isabel MENGÓ, «Dinero y política: Financiamiento de los partidos políticos en los países del MERCOSUR», *V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política*, Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, Buenos Aires, 2010, p. 3.

De este modo, en relación con el sistema de financiamiento en Latinoamérica, predomina en toda la región (94 % de los países), con excepción de Venezuela, el financiamiento mixto, en el que los partidos reciben tanto fondos públicos como privados para costear sus campañas electorales y/o para sufragar sus gastos de funcionamiento ordinario²⁶. La situación concuerda con las tendencias mundiales, pues prácticamente todos los países latinoamericanos han introducido la prohibición de ciertas fuentes de financiamiento, y la gran mayoría ha establecido límites en los montos de las aportaciones²⁷.

Sin embargo, ante la inobservancia de la legislación sobre el financiamiento de los partidos²⁸, la mayoría de los países ha previsto un régimen sancionatorio, prevaleciendo la multa; si bien, también se contemplan, aunque en menor medida, sanciones administrativas -como la eliminación del registro partidario y reducción o suspensión de los fondos estatales para los partidos que han violado la ley- y sanciones penales -como pena de prisión variante en tiempo según la gravedad del ilícito-²⁹. A tal efecto, presentamos la siguiente Tabla (nº1), en virtud de la cual se esquematiza el régimen de sanciones en esta materia³⁰:

²⁶ ZOVATTO, Daniel, «Regulación de los partidos políticos en América Latina», en *Diálogo político*, p. 26.

²⁷ Algunas de las prohibiciones más comúnmente adoptadas se refieren a las aportaciones de los gobiernos, instituciones o individuos extranjeros; a contratistas del gobierno; a fuentes anónimas y a personas jurídicas. Además, han introducido límites a tales contribuciones. CASAS-ZAMORA, Kevin/ Daniel ZOVATTO, «El costo de la democracia: Apuntes sobre la regulación del financiamiento político en América Latina», en *Latino America Initiative. Foreign Policy at BROOKINGS*, Informe político, julio 2015, p. 8. ZOVATTO, Daniel, «Regulación...», cit., p. 27.

²⁸ Al objeto de un mayor estudio acerca de la regulación legal específica sobre financiación ilegal de partidos políticos en los países de Latino América, vid. Tabla 15, VV.AA., *Financiamiento de los partidos políticos en América Latina*, Gutiérrez/ Zovato (Coords.), Instituto Internacional para la democracia y la asistencia electoral, Organización de los Estados americanos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, pp. 577 y ss.

²⁹ PIZARRO, Hugo Ignacio/ Renee Isabel MENGO, «Dinero...», p. 4. ZOVATTO, Daniel, «Regulación...», p. 29. VV. AA., *El financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales. Manual sobre financiamiento político*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), Estocolmo, 2015, p. 167.

³⁰ Tomada de VV.AA., *Financiamiento...*, cit., p. 574.

REGIMEN DE SANCIONES EN MATERIA DE FINANCIAMIENTO
DE LA POLÍTICA EN AMÉRICA LATINA

PAÍS	SANCIONES PECUNIARIAS			SANCIONES PENALES		SANCIONES ADMINISTRATIVAS	OTRAS SANCIONES
	POR PARTIDO	POR CANDIDATO	POR DONANTE	POR CANDIDATO	POR DONANTE		
ARGENTINA	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ
BOLIVIA	SÍ	NO	NO	NO	NO	SÍ	NO
BRASIL	SÍ	SÍ	SÍ	NO	NO	SÍ	SI
COLOMBIA	SÍ	SÍ	NO	SÍ	NO	SÍ	SI ¹
COSTA RICA	SÍ	SÍ	NO	SÍ ²	SÍ	NO	SI ³
CHILE	SÍ	SÍ	NO	NO	NO	SÍ ⁴	NO
ECUADOR	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	NO
EL SALVADOR	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO
GUATEMALA	SI ⁵	NO	NO	NO ⁵	NO ⁵	SÍ ⁵	NO
HONDURAS	SÍ	NO	NO	NO	NO	NO	NO
MÉXICO	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SI ⁶	SÍ	SÍ
NICARAGUA	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ	SÍ
PANAMÁ	SÍ	SÍ	NO	NO	NO	SÍ	NO
PARAGUAY	SÍ	NO	SÍ	NO	NO	SÍ	NO ⁷
PERÚ	SÍ	NO	NO	NO	NO	NO	NO
REP. DOMINICANA	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO
URUGUAY	SÍ	NO	NO	NO	NO	NO	NO
VENEZUELA	SÍ	SÍ	NO	SÍ	NO	NO	NO

En relación a ello, FUENTES/ HERRERA vienen a presentar, a modo de tabla, un cruce entre la transparencia en el financiamiento y los niveles de sanción; en virtud de lo cual: consideran países con alta transparencia, aquellos que establecen la divulgación de cuentas y un mecanismo efectivo para realizarla; media transparencia, países que no tienen formas de publicitar las cuentas; y baja transparencia, El Salvador, que no cuenta con ninguno de los dos puntos mencionados³¹.

³¹ FUENTES, Claudio/ Mario HERRERA, «Financiamiento de la política en América Latina: Regulaciones y calidad de la democracia», *Reformas a las Organizaciones de Partidos en Latino América (1978-2015)*, Escuela de Gobierno y Políticas públicas, Perú, 2016, p. 337

Nivel de transparencia y sanciones

		Transparencia		
		Baja	Media	Alta
Sanciones	Alta		Venezuela	Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua y México
	Media		Bolivia, Chile, Honduras, Panamá, Paraguay	Brasil, Guatemala, Perú y Uruguay
	Sin sanción	El Salvador	República Dominicana	

Tabla nº 2

En virtud del presente catálogo, y teniendo en cuenta la Tabla nº 1, podemos observar que precisamente los países que sancionan penalmente el financiamiento ilegal de partidos políticos presentan un mayor grado de transparencia que el resto (estos son, Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua y México, junto con Venezuela que, aunque comporta un nivel medio de en tal valor según el estudio expuesto, ha previsto en su ordenamiento sanción penal y pecuniaria por tal comportamiento).

De otro lado, cabe señalar que, como hemos expuesto, aunque la mayoría de los países cuenta con un régimen de sanciones aplicables a aquellos que contravengan las regulaciones sobre financiamiento de los partidos, como señala ZOVATTO, el establecimiento formal de las sanciones no suele venir acompañado de una verdadera aplicación de las mismas, entre otras razones, por la debilidad institucional y técnica de los organismos encargados de hacer cumplir las disposiciones en esta materia, la falta de independencia de determinados órganos judiciales respecto del gobierno o de los partidos políticos, así como la corrupción y las prácticas del soborno a funcionarios de dichas instituciones³².

Así, podemos determinar que, a pesar que la función del dinero en la actividad política suele venir regulada mediante una amplia gama de instrumentos legales, cuya presencia y combinación dan forma al sistema de financiamiento político, no obstante, el principal problema del actual sistema del financiamiento de la política en América Latina se halla en que el estado de las regulaciones es muy desigual. A ello que hay que sumar que las trabas relacionadas con la aplicación del régimen sancionador hace que el mismo se presente ineficaz, constituyendo un verdadero conflicto en la prevención; motivo por el cual entendemos resulta positiva la incriminación de la figura de la financiación ilícita como delito autónomo, si bien ello ha de conllevar el fortalecimiento de las instancias encargadas de hacer valer el procedimiento judicial para san-

³² ZOVATTO, Daniel, «Dinero y Política en América Latina: Una visión comparada», *Biblioteca de la Reforma Política N° 2*, Lima, 2003, pp. 63 y 64.

cionarlo, pues de lo contrario se seguirá amenazando la transparencia, la equidad y objetividad del sistema.

3. Conclusiones

A lo largo del trabajo se han tratado de exponer las prescripciones propias que, desde el Derecho positivo, se contemplan al objeto de sancionar las conductas materializadas en el ámbito de la financiación ilegal de partidos políticos.

Del análisis expuesto, deducidos que, dada la sucesión de episodios de corrupción política relacionados con la financiación de partidos políticos, parece positiva la incriminación de tal comportamiento que, en todo caso, debe centrarse en la protección de aquellas conductas que perturben el funcionamiento del sistema democrático, con extralimitación de las funciones de representación y servicio a los ciudadanos que cumplen los partidos. Si bien, consideramos que ello no es óbice para reconocer que puede hacerse mejor, con un mayor esfuerzo en la sistematización de tales conductas.

A tal efecto, pensamos que se han de revisar los siguientes aspectos de las figuras penales españolas incriminadas en el Título XIII Bis CP: la difícil relación entre el delito de asociación ilícita con fines de financiación de partidos políticos con el delito básico de financiación privada -que, a todas luces resulta insuficiente por mantener incomprensiblemente atípicas figuras como las condonaciones de deuda, operaciones asimiladas, o las relativas a los acuerdos a desarrollar en la fijación de las condiciones de las deudas créditos respecto a entidades bancarias y financieras, la falsedad en la contabilidad del partido, las donaciones de inmuebles-; a lo que hay que sumar la necesidad de reconsiderar la ubicación sistemática del Título XIII bis y la delimitación del contenido de las conductas concretamente sancionables, así como la demarcación de la arbitrariedad de las agravaciones introducidas o la justificación de la mayor pena del delito de participación en estructuras u organizaciones con finalidad de financiación ilegal de partidos políticos, en relación con el 304 bis, que toma de base. Por su parte, sobre América Latina, considerando positiva la regulación de la figura de financiación ilegal de partidos políticos como un delito autónomo, deducimos necesaria su consolidación, así como la afirmación de las instituciones encargadas de velar por el procedimiento judicial sancionar a tal efecto.

En definitiva, cremos resulta deseable disponer de una Política criminal y de un marco jurídico claro y armonizado, al objeto de superar su efectividad, tanto teórica como práctica, porque, si queremos un Derecho Penal operativo y real, entendemos se deben autentificar los parámetros que configuran los rasgos esenciales de esta figura.

Familia y Mujer en la Constitución de 1812*

DRA. M^a DOLORES PÉREZ JARABA**

Sumario

1. El tratamiento de la mujer y la familia en la filosofía jurídica de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX
2. Examen del texto constitucional de 1812 relativo a la mujer y familia
3. Algunas conclusiones sobre los avances históricos en la igualdad de género y derecho de familia en España
 - 3.1. El tratamiento de la familia y la mujer en el Código civil de 1889
 - 3.2. La mujer y la familia en la España del siglo XX
 - 3.3. Mujer y familia desde la Constitución de 1978

1. El tratamiento de la mujer y la familia en la filosofía jurídica de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX

El siglo XVIII, es el siglo de la ilustración y de las primeras Declaraciones de Derechos Humanos. Primero, en las colonias inglesas de América del Norte, tenemos la *Declaración del Buen Pueblo de Virginia* de 1776, donde aparece la expresión; «derechos innatos del hombre»¹. Igualmente,

* Este trabajo ha sido publicado en el Libro *Sobre un hito jurídico. La Constitución de 1812. Reflexiones Actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*. Universidad de Jaén, Jaén, 2012, pero he considerado oportuno aportarlo a ésta, tan merecida obra-homenaje a mi querido amigo y compañero, Ignacio Benítez Ortúzar por sus buenos consejos y del que tanto he aprendido durante mi vida académica.

** Doctora en Derecho. Universidad de Jaén. mdperez@ujaen.es

¹ Un examen de los textos de las declaraciones de las colonias inglesas en Norteamérica, puede verse en; DE ASÍS ROIG, Rafael / ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier/ DORADO PORRAS, Javier. «Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la constitución», en, PECES-BARBA, Gregorio/ FERNÁNDEZ, Eusebio/ DE ASÍS ROIG, Rafael (Dir.), *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo II: *Siglo XVIII* (tres volúmenes). Volumen III: *El derecho positivo de los derechos hu-*

en el preámbulo de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de la Francia de 1789, se les llama a los derechos, en su artículo 2: «derechos naturales inalienables, sagrados e imprescriptibles del hombre». Y, en el artículo 12, se hace referencia específica a los derechos del hombre y del ciudadano.

En este final del siglo XVIII, en España no tenemos ninguna declaración de derechos semejante, debido precisamente al atraso de nuestra sociedad en esta materia. El absolutismo ilustrado español, que de la mano de Carlos III se hubo acercado a Europa, sin embargo, a finales del siglo XVIII, inició un retroceso respecto de la ilustración europea. Como ha escrito el Prof. Peces-Barba: «La monarquía española, después de unos titubeos iniciales, cerró filas contra Francia a partir de 1789, para que las ideas revolucionarias no se propagasen a nuestro país. Por otra parte, y ya con valor más general de lucha del absolutismo contra instituciones, como los Parlamentos en Francia, cerró el camino al reformismo inglés en el continente. Sólo quedó la ruptura y la revolución»². La revolución en España llegará, principalmente, gracias a la lucha contra la invasión napoleónica y tendrá su culminación en la redacción de la Constitución de Cádiz de 1812.

Sin embargo, antes de acudir al texto constitucional de 1812, repasemos que las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII, se refieren exclusivamente a los *derechos del hombre y del ciudadano*. Las mujeres más avanzadas de la época, como Olimpia Gouges y Mary Wollstonecraft, echaron en falta que unos textos tan avanzados en derechos, que pretendían crear una nueva sociedad contra el antiguo régimen, sin embargo, no hicieran alusión alguna a la mujer, sino exclusivamente a los derechos del hombre y del ciudadano. Esta situación llevó a Olimpia Gouges a redactar su famosa, *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*, en 1791, cuyo parte más reivindicativa decía:

«Hombre, ¿eres capaz de ser justo? Es una mujer la que te hace la pregunta; al menos no le quitarás ese derecho. ¿Dime? ¿Quién te ha dado el soberano imperio de oprimir a las de mi sexo? ¿Ha sido tu fuerza? ¿Quizá fue tu talento? Observa al creador en su sabiduría, recorre la naturaleza en toda su grandeza, a la que parece quieres acercarte, y dame, si te atreves, el ejemplo de ese imperio

manos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 35-113.

² PECES-BARBA, Gregorio / DORADO PORRAS, Javier, «Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII», en, PECES-BARBA, Gregorio/ FERNÁNDEZ, Eusebio / DE ASÍS ROIG, Rafael (Dir.) *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II: *Siglo XVIII* (tres volúmenes). Volumen I: *El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, Dykinson, Madrid, 2001, p.81.

tiránico... Las madres, las hijas, las hermanas, representantes de la Nación, piden la posibilidad de constituirse en asamblea nacional. Considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de la mujer, son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, éstas han decidido exponer en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados de la mujer, con el fin de que esta declaración, constantemente presente ante todos los miembros del cuerpo social, les recuerde incesantemente sus derechos y deberes, con el fin de que los actos de poder de las mujeres, y los del poder de los hombres, pudiendo ser comparados a cada instante con la finalidad de toda institución política, sean más respetados; para que las reclamaciones de las ciudadanas, fundadas no obstante sobre principios simples e incuestionables, giren siempre en torno al mantenimiento de la constitución, de las buenas costumbres y de la felicidad de todos»³.

La fuerza del texto de Olimpia Gouges, es semejante a la de las declaraciones de la época, pero ahora volcada hacia los derechos de la mujer y su olvido en las declaraciones oficiales. Pues, si los derechos y libertades modernas, se han de fundar en la naturaleza humana, y ya no en religión alguna, y han de ser descubiertos mediante el uso de la Razón, lo que se pregunta también Mary Wollstonecraft, en polémica con autores ingleses de finales del siglo XVIII como Edmund Burke, es si la mujer no comparte la misma naturaleza que el hombre y si el uso de la razón es algo exclusivo del varón: «¿En qué consiste la preeminencia del hombre sobre la creación animal? La respuesta es tan clara como que una mitad es menos que el todo: en la Razón. ¿Qué dotes exaltan a un ser sobre otro? La virtud, replicamos con espontaneidad»⁴.

Entonces, si esas son características naturales de nuestra especie, que nos distingue de las demás, Wollstonecraft sigue sin entender por qué “razones” se mantiene a la mujer discriminada, social y legalmente: «Con el fin de explicar la tiranía de los hombres y excusarla, se han esgrimido muchos argumentos ingeniosos para probar que los dos sexos, en la adquisición de la virtud, deben apuntar a alcanzar un carácter muy diferente; o, para hablar de modo más explícito, no se admite de las mujeres que tengan suficiente fortaleza mental para adquirir lo que realmente merece el nombre de virtud»⁵.

³ GOUGES, Olimpia, *Escritos políticos*, Ed. Els Debats, Valencia, 2004, pp. 70-71. Trad. Carlos Martínez.

⁴ WOLLSTONECRAFT, Mary, *Vindicación de los derechos de la mujer*, Ed. Cátedra Madrid, 2000, p. 115. Trad. Carmen Martínez Gimeno.

⁵ WOLLSTONECRAFT, Mary, *Vindicación de los derechos de la mujer*, Op. Cit., p. 127.

Si las mujeres no eran consideradas en igualdad de derechos y capacidades con los hombres, las declaraciones de derechos y libertades de la ilustración del siglo XVIII estaban discriminando a gran parte de la población por un único prejuicio; *el sexo*. Y siempre que se toca el asunto del sexo como diferenciador básico, de entre los pensadores ilustrados, nos aparece la figura de Rousseau, tan contradictorio en su pensamiento sobre la mujer. En su famoso libro, *Emilio o de la educación*, podemos leer cosas como la siguiente: «No existe ninguna paridad entre los dos sexos en cuanto a la consecución del sexo. El macho solo es macho en ciertos instantes, la hembra es hembra toda su vida, o al menos toda su juventud; todo le llama sin cesar a su sexo»⁶.

La posición de algunos ilustrados, como Rousseau, y la ausencia de la mujer en las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII, ha llevado a algunas autoras actuales a considerar que, la idea del «Contrato Social» de la Ilustración, base de la estructura política y social del orden moderno, fue en realidad un contrato exclusivo entre varones, es decir, «un contrato sexual», realizado solo por los hombres. Así, Carole Pateman, ha escrito: «El contrato social es una historia de libertad, el contrato sexual es una historia de sujeción. El contrato original constituye, a la vez, la libertad y la dominación. La libertad de los varones y la sujeción de las mujeres se crea a través del contrato original, y el carácter de libertad civil no se puede entender sin la mitad despreciada de la historia, la cual revela cómo el derecho patriarcal de los hombres sobre las mujeres se establece a partir del contrato»⁷.

Luego, si en esta época histórica de declaración de derechos, no se considera a la mujer como miembro del cuerpo político que ha de construir la *nueva sociedad*, cosa que quedará todavía más clara cuando analicemos mínimamente las constituciones y la legislación ordinaria de comienzos del siglo XIX, es decir, si a la mujer no se le permite el acceso al nuevo ámbito público, es, precisamente, porque el lugar al que parece predestinada es el de *la familia y el cuidado de los hijos*. Como ha dicho Juana María Gil, en su análisis de la situación de la mujer en España durante el siglo XIX: «Observamos, pues, la utilización de una estrategia, *la reclusión de la mujer en lo doméstico*. Mientras que al hombre se aplicaba la noción ilustrada de perfectibilidad; se reservaba a la mujer el objetivo de la salud de la especie, soportando la responsabilidad de la salud de

⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques, *Émile ou de l'éducation*, Ed. Garnier-Flammarion, Paris, 1966, p. 470.

⁷ PATEMAN, Carole, *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995, p. 11. Trad. M^a Luisa Femenías y M^a-Xosé Agra.

generaciones siguientes. La mujer y el hombre tienen “su” lugar y “su” misión»⁸.

Si en el ámbito político, la mujer ha sido excluida como «sujeto político», en el ámbito privado y familiar, la capacidad de decidir autónomamente, que se le niega a nivel político, tampoco va a poder ejercerla cuando contrae matrimonio⁹ y, por supuesto, cuando queda establecido que su función al cuidado de la familia y de los hijos, es algo natural del *ser madre*. Así, cuando pasamos a leer, mínimamente, lo que se decía en la teoría filosófica y jurídica de comienzos del siglo XIX, sobre el matrimonio y la familia, podemos comprobar esta realidad. Veamos:

A) Por lo que hace a la *filosofía jurídica de la familia*, el gran filósofo Hegel, en su obra, *Fundamentos de la filosofía del derecho*¹⁰, redactada poco después de 1812, tiene las siguientes consideraciones sobre el matrimonio y la familia, que eran, por otro lado, las dominantes a comienzos del siglo XIX. Veamos.

En primer lugar, Hegel no es partidario de la unión matrimonial basada en la mera apetencia sexual, “amor platónico” o “amor-pasión” (parágrafos, 162/3 y 162/4). Como buen partidario del “amor burgués”, considera más ético la elección del cónyuge por los padres (parágrafo 162/2). Ya en el origen, el sexo es un elemento sensible, accidental y contingente, de la unión ética matrimonial (parágrafo, 164 y 164/2).

En segundo lugar, y teniendo en cuenta la “accidentalidad” de la apetencia sexual, a la familia que se constituye por un matrimonio así considerado, le quedan como objetivos el cuidar su patrimonio y la educación de los hijos (parágrafo, 160). Con estos objetivos, la familia ha de entrar

⁸ GIL RUIZ, Juana M^a, *Las políticas de igualdad en España. Avances y retrocesos*, Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1996, p. 37.

⁹ Es conocido que, Leandro Fernández de Moratín, publica en 1806, su obra teatral titulada, *El sí de las niñas*. En esta obra se representa el matrimonio entre una joven mujer y un más que maduro y adinerado varón. Toda la familia ve en el enlace una posibilidad de prosperar, considerando el matrimonio como un contrato patrimonial y de procreación, bases principales de la familia. El amor, es decir, la capacidad para decidir con quién se ha de casar alguien, es relegado, según el espíritu de la época, a un segundo lugar que, solo cuando coincide con los fines de la institución familiar cobra sentido. Pero, por su parte, la pobre joven está enamorada, y de todo un cúmulo de argucias para conseguir su “sí” al matrimonio con el rico hombre, nos ilustra el romántico Moratín que, por otro lado, era un hombre que siguió los impulsos del amor hasta el final de su vida.

¹⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, Hegel, *Fundamentos de la filosofía del derecho*, (Edición de, K.H. Ilting, Ed. Prodhufi, Madrid, 1993. Trad. Carlos Díaz. Las referencias a los parágrafos de la obra de Hegel, están sacados de esta edición española.

en relación con las demás familias, para obtener la satisfacción de estas necesidades. Es así como la familia, «sustancialidad ética inmediata» (parágrafo, 158), se enfrenta a la sociedad civil: «La familia se disuelve natural y esencialmente merced al principio de personalidad en una pluralidad de familias que en general se comportan mutuamente como personas autónomas concretas y por tanto autónomas entre sí» (parágrafo, 181).

En tercer lugar, una vez disuelta la familia por la acción de la sociedad civil, dice Hegel que el individuo deja de pertenecer a la familia y pasa a ser: «hijo de la sociedad civil, la cual tiene sobre él tantas pretensiones como derechos tiene él sobre ella» (parágrafo 238). Ahora bien, la sociedad civil del siglo XIX se articula en clases sociales distintas, dependiendo de su lugar en el «sistema de la dependencia universal» (parágrafo, 183). Es entonces cuando el individuo, hijo de la sociedad civil, encuentra en la clase social y en la solidaridad corporativa que la estructura (al menos a la clase industrial: artesanos, productores y comerciantes –parágrafo, 204) a su «segunda familia» (parágrafo, 258). Y sin esta segunda familia, el individuo se encontraría perdido en el antagonismo de la sociedad civil: «Sin ser miembro de una corporación legítima (y sólo en cuanto legítima es un colectivo una corporación) el individuo, sin dignidad de clase, queda reducido por su aislamiento al aspecto egoísta de la industria, su subsistencia y su goce no son en absoluto permanentes» (parágrafo, 253/2).

Por último, para Hegel, toda esta desorganización que produce la sociedad civil, encuentra en el Estado su reconciliación universal que, ni la familia, ni la corporación de la sociedad civil, han podido organizar (parágrafos, 255 y 256).

Si nos hemos detenido en los argumentos de Hegel, es para poder extraer de su filosofía lo siguiente, que tanto afectará a la mujer de su época; *la triple discriminación* que consiste en no poder ejercer su libertad de elección, ni en el matrimonio, ni en la sociedad civil (la clase social, no se elige¹¹) y, claro está, si el Estado es el ámbito de «la reconciliación

¹¹ Nótese que, durante todo el siglo XIX, el derecho al voto censitario, que excluyó a la mujer con independencia de su patrimonio del derecho al voto, no obstante, se consideró para excluir a la clase obrera del ejercicio de tal derecho. Ahora bien, si además de mujer, se era miembro de esta clase social, como dice Hegel es necesario, que además no tiene posibilidades políticas de ejercer el derecho al voto, la discriminación que se cierne sobre la mujer es, consecuentemente, doble; por mujer, en todo caso, y por pertenecer a la clase social de los no propietarios. El artículo del *Staatslexikon*, titulado, “Censo electoral” (1836), de Karl von Rotteck, dice lo siguiente sobre la exclusión del proletariado del derecho al voto: «Por consiguiente, sólo nos queda la exclusión de clases enteras, esto es, de aquellas clases

universal», ya hemos visto antes que la mujer quedó excluida de la vida pública, a la que se llega sólo si se le reconocen iguales derechos que al hombre.

B) En cuanto a la *teoría jurídica sobre la familia*, comentando la obra de Savigny, éste consideró el «contrato de matrimonio» con unos rasgos más cercanos a la religión que al derecho positivo y, a la familia, la concibió como una «institución jurídico-natural», por lo que la veía más cerca del derecho público que de su teoría general sobre el negocio jurídico, basado en la autonomía de la voluntad. Como ha escrito Fernández-Creuet: «Se puede aseverar que, en el campo del derecho privado, en los derechos patrimoniales, es decir, aquellos que no pertenecen al derecho de familia o al derecho público, haya una clara apuesta (de Savigny) por principios liberales. Las reflexiones sobre el derecho privado constituyen la esencia del *System*»¹². Y esto lleva a la siguiente conclusión sobre el lugar de la institución familiar en el *System* o sistema jurídico de Savigny: «Frente a los derechos de obligaciones y reales, caracterizados por el uso de la libertad sin límites, existe otro tipo de relaciones jurídicas que son necesarias, que no pueden dejarse al arbitrio de los particulares, sino que, a ellas se les debe atribuir un sentido ético (*Sittlichkeit*). La contraposición, pues, parece clara; de un lado las acciones frente a extraños, que son producto de los hechos jurídicos de «acciones libres», libérrimas; de otro, la acciones frente a los próximos, frente a la familia (parentesco, descendencia y patria potestad), que son, en cualquier caso, acciones revestidas de carácter ético-natural»¹³.

que, atendiendo a las características predominantes en la mayoría de sus miembros según los expertos, parecen incapaces de comprender el voto que han de emitir o presentan dudas justificadas de que puedan hacerlo. En la exclusión de tales clases no se emite ningún juicio en absoluto sobre el individuo en concreto que pertenezca a esa clase. Con la exclusión, el legislador simplemente expresa la opinión general, basada quizá en motivos psicológicos o en la experiencia, de que no se puede confiar la elección a la mayoría de los miembros de una clase, por sus condiciones de vida o por la naturaleza de las cosas, o de que impera en esa mayoría el peligro evidente del autoengaño, de seducción, de soborno o intimidamiento y, en general, de parcialidad y egoísmo, y que, por consiguiente, este temido mal sólo puede evitarse con la exclusión de la clase entera, ya que el resultado de la elección depende de la mayoría». ROTTECK, Kart von, *El liberalismo alemán del siglo XIX: 1815-1848*, C.E.C., Madrid, 1987 p. 66. Selección de textos y traducción a cargo de Joaquín Abellán.

¹² FERNÁNDEZ-CREUET LÓPEZ, Federico, *La perspectiva del sistema en la obra y vida de Friedrich Carl von Savigny*, Ed. Comares, Granada, 2008, p. 168. Paréntesis mío.

¹³ FERNÁNDEZ-CREUET LÓPEZ, Federico *La perspectiva del sistema en la obra y vida de Friedrich Carl von Savigny*, Op. Cit., p. 176.

La mujer de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, por lo tanto, sin derechos en la esfera política y encerrada en la institución familiar, consagrada como un espacio ético-natural en el que la autonomía de la voluntad no es lo primordial, parece destinada, *por su naturaleza más sensible*, al cuidado de la familia y los hijos que, por otro lado, el varón no puede atender, dadas sus ocupaciones en los ámbitos donde se desarrolla la libertad; tanto la libertad pública como la libertad privada o patrimonial. Ignacio Campoy ha puesto esto mismo de manifiesto de forma evidente: «Aparece así la idea de aislar ese ámbito familiar y privado del social y público, como dos mundos separados entre los que se establecen mutuos y necesarios vínculos, pero entre los que también se pondrá una barrera casi infranqueable. El mundo familiar e íntimo estará fundamentado en vínculos de amor y solidaridad entre sus miembros, mientras que el mundo exterior se considerará como un ámbito más hostil, donde la competitividad entre los individuos puede ser muy fuerte. De esta manera, parece lógico pensar que si, de lo que se trata es de proteger a los niños, no hay mejor sitio para hacerlo que en el ámbito de la familia»¹⁴.

En este mundo familiar de los afectos, del cuidado y la atención, quedará relegada la mujer durante todo el siglo XIX, en el que, paradójicamente, se reconocerán positivamente los derechos y libertades, pero solo para el disfrute de los hombres. Esto no significa que ese ámbito del afecto, del cuidado y atención familiar, sobre todo para los hijos, sea algo sin importancia. Desde luego que no. Pero, lo que no se entiende es por qué permanecerá tanto tiempo únicamente ligado como tarea obligatoria de la mujer¹⁵, por un lado, y por qué, por otro lado, siendo la familia un espacio vital tan importante, los hombres no han compartido esta importancia hasta, más bien, hace relativamente poco tiempo.

Veamos ahora qué estableció la Constitución de Cádiz de 1812, imbuida por estas ideas de su época, respecto de la mujer y la familia.

¹⁴ CAMPOY CERVERA, Ignacio, *La fundamentación de los derechos del niño. Modelos de reconocimiento y protección*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 445-446.

¹⁵ Puesto que aquí nos referimos fundamentalmente a la relación entre, mujer y familia, no obstante, los obstáculos para la mujer en el acceso al mundo laboral durante el siglo XIX, además de lo dicho para el ámbito político y su obligada relación con el ámbito privado, no puede dejarse de lado. Sobre los duros obstáculos laborales para la mujer durante la segunda parte del siglo XIX en España, vid; NASH, Mary, *Mujer, familia y trabajo en España, 1875-1936*, Ed. Anthropos, Barcelona, 1983.

2. Examen del texto constitucional de 1812 relativo a la mujer y familia

Partiremos de lo que dice la propia Constitución de 1812, que, en su artículo 4, proclama que: «La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas, la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen». No encontraremos en la constitución de 1812 un apartado específico y enumerado de esos «derechos legítimos de todos los individuos», principalmente por lo ya dicho antes sobre el miedo a que se extendiera en España una revolución, como había ocurrido en Francia y otras partes de Europa¹⁶.

No obstante, aún haciéndonos eco de la importancia para el constitucionalismo español de la constitución de 1812¹⁷, debido a la cultura política y jurídica de la época en que se redactó, el tratamiento en igualdad de la mujer respecto del hombre va a estar ausente en el texto de 1812, como ya se comprobó ocurría también en las declaraciones de derechos que la precedieron a finales del siglo XVIII. Así, si nos adentramos en la consideración de algunos aspectos del texto constitucional de 1812, que pueden ser de interés en lo relativo al tratamiento de la mujer y la familia, obtendremos el siguiente panorama básico:

1. *La composición masculina de los constituyentes.* Si hacemos un repaso a los nombres de los constituyentes presentes en Cádiz, cuya labor fue la de discutir el texto constitucional, resulta que no hay ni una sola mujer. Tampoco en la firma de los constituyentes al texto constitucional definitivo de 1812, de un total de 185 firmantes, por supuesto, no hay ninguna mujer¹⁸.

2. *Sobre los ciudadanos españoles.* El artículo 5, primero, de la Constitución de 1812, dice claramente, que españoles lo son: «Todos los hombres libres nacidos y avencidados en los dominios de las Españas, y los

¹⁶ SEGURA ORTEGA, Manuel, “Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812”, en AA. VV., *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002, p. 28.

¹⁷ Sobre la importancia de la Constitución de 1812, como ejemplos, vid; TORRES DEL MORAL, Antonio, *Constitucionalismo histórico español*, Átomo Ediciones, Madrid, 1990; JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Introducción a una historia del constitucionalismo español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993

¹⁸ «Como hemos apuntado, 104 diputados asistieron a la sesión de apertura, mientras que en la sesión de clausura del 14 de septiembre de 1812, estuvieron presentes 223, pero solo 185 fueron las firmas de la Constitución, la tarde del 18 de marzo de 1812». FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio, *Las cortes y la constitución de Cádiz*, Ed. Arco/libros, Madrid, 2010, p. 20.

hijos de estos». La referencia a ser «hombre libre», se relaciona con la persistencia de la esclavitud, sobre todo en los territorios americanos y africanos de España. Por lo demás, la condición de ciudadano, en el sentido político constitucional que es el que define en la constitución, queda reservado exclusivamente a los hombres y no a las mujeres, como veremos.

3. *Del ejercicio del derecho político al voto.* La mujer no es considerada ciudadana, al menos en el sentido de poder ejercer derechos políticos, como el derecho al voto. Luego, cuando la constitución se refiere a este importante y básico derecho, se refiere claramente al varón. En los artículo 75, respecto del *derecho activo al voto*, se dice: «Para ser elector de partido se requiere ser ciudadano que se halle en el ejercicio de sus derechos, mayor de veinte y cinco años, y vecino y residente en el partido, ya sea del estado seglar ò del eclesiásticosecular». En cuanto al *derecho pasivo* para ser elegido a Cortes y, por tanto, ser diputado, los artículos 91 y 92, establecen los siguientes requisitos que se limitan únicamente a los hombres. Artículo 91: «Para ser diputado a Córtes se requiere ser ciudadano que esté en el ejercicio de sus derechos, mayor de veinte y cinco años, y que haya nacido en la provincia, ó esté avencindado en ella con residencia á lo menos de siete años, bien sea del estado seglar, ó del eclesiástico secular; pudiendo recaer la elección en los ciudadanos que componen la junta, ó en los de fuera de ella». Y el artículo 92, añade que: «Se requiere ademas, para ser elegido diputado de Córtes, tener una renta anual proporcionada, procedente de bienes propios».

4. *La mención constitucional del matrimonio.* En relación con las causas de adquisición de la nacionalidad española, el artículo 18 de la constitución, menciona por primera vez el matrimonio y, por tanto, indirectamente a la mujer. Pero lo hace solo a los efectos de que un varón extranjero, por haberse casado con española, pueda ser titular de la ciudadanía y sus derechos. Por supuesto, nada se dice de cuáles son los derechos políticos de la esposa a este respecto¹⁹.

5. *Mención a los hijos y al modelo de familia.* En varios artículos se hace mención a los hijos. Pero siempre se trata, por supuesto, de los hijos

¹⁹ El artículo 18 de la Constitución de 1812, dice literalmente: «Son ciudadanos aquellos españoles que por ámbas líneas traen su origen de los dominios españoles de ámbos hemisferios, y estan avencindados en cualquier pueblo de los mismos dominios. Para que el extranjero pueda obtener de las Córtes esta carta, *deberá estar casado con española*, y haber traído ó fixado en las Españas alguna invencion ó industria apreciable, ó adquirido bienes raíces con los que pague una contribución directa, ó establecídose en el comercio con un capital propio y considerable á juicio de las mismas Córtes, ó hecho servicios señalados en bien y defensa de la Nación».

legítimos, lo que nos da una clara pista del modelo de familia, fundado en el matrimonio cristiano e indisoluble que, como no podía ser de otra manera, es congruente con una Constitución que declara la religión católica como la oficial del reino²⁰. También en relación con la adquisición de la ciudadanía, por ejemplo, el artículo 21, dice: «Son asimismo ciudadanos los hijos legítimos de los extranjeros domiciliados en las Españas, que habiendo nacido en los dominios españoles, no hayan salido nunca fuera sin licencia del Gobierno, y teniendo veinte y un años cumplidos, se hayan avencindado en un pueblo de los mismos dominios, ejerciendo en él profesion, oficio, ó industria útil». Y, ahora en relación con la familia real, el artículo 175, señala: «No pueden ser Reyes de las Españas sino los que sean hijos legítimos, habidos en constante y legítimos matrimonio».

En fin, hay otros ejemplos similares de la Constitución de 1812 que podríamos traer a colación, en lo referente al tratamiento de la mujer y la familia. Sin embargo, no se trata de hacer una exposición crítica con un texto constitucional que, en general, para la España de la época traía aires de modernidad y de cierto «afrancesamiento»²¹. Pues, lo que vino después del fracaso de la vigencia de la Constitución de 1812, fue una *etapa ominosa* para los derechos y libertades de todos los españoles. Sobre lo que pasó con la llegada de Fernando VII a España, Henry Kamen lo describe de la siguiente manera: «Cuando, en marzo de 1814, regresó de su destierro el rey Fernando VII, volviendo a ocupar el trono de una España liberada, el momento estaba maduro para la reacción. El Rey entró triunfalmente en España por Cataluña y Valencia y, el 10 de mayo, poco antes de entrar en Madrid, fue clausurado el local donde se reunían las

²⁰ El artículo 12 de la Constitución de 1812, dice abiertamente: «La Religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sábias y justas, y prohíbe el ejercicio de qualquiera otra».

²¹ Recordemos que las circunstancias políticas de la España de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, no eran precisamente las propicias para el ejercicio de libertades de ningún tipo. Por ejemplo, Pablo de Olavide, acusado de afrancesado, tuvo que exiliarse. Y, Jovellanos, uno de los hombres más activos en los trabajos del Junta Central, también reunida en Cádiz, disuelta en 1810, pero cuyos trabajos serán básicos para la redacción del texto constitucional de 1812, fue desterrado y encarcelado en Mallorca, acusado de jansenismo por la Inquisición, con la acusación de que sus prácticas pedagógicas corrompían a los alumnos del Real Instituto Asturiano, pero también se le acusa de haber sido el inspirador de una traducción clandestina del *Contrato Social* de Rousseau, editada en Londres en 1800. Pero, sin acusación concreta alguna, permanecerá aislado en Mallorca ocho años, desde 1801 hasta ser liberado en marzo de 1808, tres días después del motín de Aranjuez. Vid; José CASO GONZÁLEZ, Miguel, *Jovellanos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1998.

Cortes y todos los diputados liberales más destacados fueron desterrados por real orden. Se disolvieron las Cortes, se anuló la Constitución y toda la obra de la revolución liberal quedó deshecha. El 21 de julio, un real decreto restablecía todo el aparato de la Inquisición»²². Y todas estas medidas se tomaron antes del Congreso de Viena, cuna de la restauración monárquica en Europa, que comenzó sus reuniones el 1 de octubre de 1814.

En medio de esta nueva etapa de regresión para los derechos y libertades en España, a pesar del intervalo del «trienio liberal», 1820-1823, en el que tuvo una vigencia parcial la Constitución de 1812, en lo que hace a la lucha de la mujer por obtener la igualdad de derechos, ésta quedó enterrada hasta su incipiente nueva aparición, ya a finales del siglo XIX, principalmente, con la Institución Libre de Enseñanza y con el regeneracionismo político del movimiento krausista español²³. Por eso, partiendo de una valoración general positiva para su época de la Constitución de Cádiz de 1812, pasemos ahora a analizar los avatares de los derechos de la mujer y del derecho de familia en España, desde la segunda mitad del siglo XIX, hasta llegar a su realidad actual, después de la recuperación de las libertades gracias a la Constitución de 1978.

3. Algunas conclusiones sobre los avances históricos en la igualdad de género y derecho de familia en España

A los efectos de acotar el largo periodo que pretendemos examinar, aunque de manera sucinta, en este último apartado del trabajo, dividiremos este apartado en tres partes principales: 1.-El tratamiento de la familia y la mujer en el Código civil de 1889; 2.-La mujer y la familia en la España del siglo XX; 3.-Mujer y familia desde la Constitución de 1978. Veamos:

3.1. El tratamiento de la familia y la mujer en el Código civil de 1889

Si bien desde la Constitución de Cádiz de 1812, la historia constitucional española del siglo XIX, nos lleva por otras constituciones con

²² KAMEN, Henry, *La inquisición española*, Ed. Grijalbo, Barcelona, 1967, p. 297.

²³ Sobre las bases filosóficas y pedagógicas, mucho más atentas al papel social de la mujer, del krausismo español de la segunda mitad del siglo XIX, vid; DÍAZ, Elías, *La filosofía social del krausismo español*, Ed. Edicusa, Madrid, 1973.

vigencia, y también a proyectos constitucionales si vigencia, resumidamente se puede decir que las constituciones posteriores a 1812; o bien trataron de desarrollar el espíritu de 1812 (La Constitución de 1837, por ejemplo); o bien, por el contrario, intentaron moderar las intenciones del liberalismo de 1812 (La Constitución de 1876, por ejemplo, cuya vigencia nos lleva hasta, prácticamente, la II República española de 1931). De la Constitución de 1876, Álvarez Junco ha destacado que su extraordinaria longevidad, durante todo el periodo de la *restauración borbónica* luego del fracaso de la I república española y el reinado de Amadeo de Saboya, se debe, principalmente, a la llamada *constitución interna*, es decir, al conjunto de pactos entre los partidos liberal y conservador, que permitían una interpretación del texto constitucional como programa político, de uno u otro partido, sin excesiva relevancia práctica o aplicativa a la realidad española²⁴.

Por eso, el derecho al sufragio universal masculino, que estaba en la Constitución y fue objeto de una ley en 1890, se llevó a efecto sin ninguna reglamentación para garantizar el derecho al voto. Sabemos que, a la ciencia política, la práctica lamentable del ejercicio masculino del derecho al voto, España ha contribuido con el nada elogiable concepto de *pucherazo*. Del derecho al voto femenino, por el momento, nos olvidamos durante toda la restauración.

Desde la perspectiva de que durante la restauración existió esa llamada, *constitución interna*, resulta relevante el análisis del Código civil de 1889, para hacernos una idea de la situación legal de la mujer en la familia. Dato importante a subrayar es que, el C.c. de 1889, todavía hoy vigente, fue una copia del Proyecto de 1851, luego Proyecto de 1881, por lo que contiene las carencias de casi todo el siglo XIX español. También, en muchos aspectos, fue una mera reproducción del Código francés de 1804, con el que compartía cierto espíritu antifeminista de parte de la Ilustración. Sus ejes fundamentales, en lo que se refiere a la situación de la mujer dentro de la familia, fueron los siguientes:

I) Obediencia de la mujer al marido y protección por éste de aquélla -art. 57-; II) la mujer debe seguir a su marido donde éste quiera fijar su residencia -art. 58-; III) representación de la mujer por su marido -art. 60-; IV) licencia marital para actuar la mujer en la esfera de sus propios derechos -art. 61-; V) potestad doméstica o de las llaves concedida a la mujer -art. 62-; VI) prioridad de la patria potestad del padre sobre los hijos comunes -art. 154-; VII) consentimiento de los padres para poder

²⁴ ÁLVAREZ JUNCO, José, *Mater dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*, Ed. Taurus, Madrid, 2001 p. 449.

abandonar la casa paterna las hijas mayores de edad, pero menores de 25 años -art. 321-; VIII) y, por último, sin ánimo de exhaustividad, incapacidad de la mujer casada para prestar consentimiento -art. 1263.3^o-²⁵.

Enclaustrada la mujer en este círculo de sujeción que establece para ella el derecho privado, *mujer-esposa-madre*, en el ámbito de las libertades públicas, durante la restauración, el único hito que inicia un principio de libertad para la mujer fue el cierto impulso a su derecho a la educación, claramente precario durante todo el siglo XIX. Pero, como comenta Juana M^a Gil, se trata de una educación diferenciada a la del varón que, por otro lado, conducía como mucho a la mujer a profesiones como las de maestra o enfermera, cuya práctica podía ejercerse también dentro del seno familiar, por ejemplo, en la atención al marido y en la educación de los hijos²⁶.

Otra cosa es que, al papel de esposa y madre, la mujer que había logrado a través de cierta educación llegar al mercado de trabajo, y a trabajos de cierta dignidad, tuviera que añadir también su papel de *trabajadora*, por lo que, el anterior círculo se expandía aún más, *mujer-esposa-madre-trabajadora*. Todo ello, además, en un ambiente laboral que también excluía la igualdad de derechos de la mujer respecto del hombre trabajador. Porque, en realidad, la «imagen de la mujer trabajadora» en el siglo XIX, pertenecía tan sólo a la mujer soltera o a las viudas, destinadas a trabajos extenuantes debido a situaciones de pobreza, pero difícilmente se entendía que una mujer casada trabajase, fuera del hogar, claro, si no existía una necesidad económica acuciante. Como ha dicho Mary Nash, describiendo la realidad de la mujer trabajadora del siglo XIX: «Las consecuencias, lo mismo materiales que morales, del trabajo de la mujer fuera de casa son tan variadas como sus condiciones. Seguramente resultan más perjudiciales que provechosas, tanto para la mujer

²⁵ Para un análisis histórico-jurídico de estos ejes fundamentales del Código civil de 1889, vid; ALEMÁN MONTERREAL, Ana, «Un apunte histórico-jurídico de la diferenciación de la mujer-madre: La patria potestad», en, ALEMÁN MONTERREAL, Ana/MARTÍNEZ RUANO, Pedro. (Eds.), *Derecho y mujer*, Ed. Universidad de Almería, Almería, 2009, pp. 9-25.

²⁶ No obstante, como ha escrito Juana M^a Gil, la segunda mitad del siglo XIX, en el ámbito educativo, tuvo cierta importancia para la mujer: «En España, el debate sobre la condición de la mujer se iniciaba en torno a la segunda mitad del siglo XIX, con la intensa actividad cultural y reformadora de la escuela krausista y la Institución Libre de Enseñanza. Nacido bajo aspiraciones de evolución en sentido europeísta, y animado por intelectuales progresistas de reconocido prestigio, de la talla de Giner de los Ríos, Labra, Torres Campos, González Posada, Fernando de Castro, entre otros, centraron su atención en la educación como componente esencial de un “inevitable” progreso social». GIL RUIZ, Juana M^a, *Las políticas de igualdad en España. Avances y retrocesos*, Op. Cit., p. 77.

casada como para la soltera. Pero, entre este modo de trabajar, a pesar de sus inconveniencias, y la reclusión casera sin trabajo, la elección no ofrecía dudas»²⁷.

En fin, toda esta situación nos hace entender que, el primer movimiento feminista, es decir, *el feminismo sufragista*, que data precisamente de finales del siglo XIX, tuviese como su primera finalidad la lucha por el reconocimiento del derecho al voto a las mujeres. Eran tantas las discriminaciones de que eran objeto las mujeres que, tan sólo un vuelco democrático en la realidad política, podía hacer despertar a la sociedad en su conjunto respecto de las múltiples discriminaciones, jurídicas y reales, que la mujer sufría desde siglos. Pero habrá que esperar hasta bien entrado el siglo XX, para que el sufragio universal sea una realidad.

3.2. La mujer y la familia en la España del siglo XX

En España, el siglo XX para las mujeres y el movimiento feminista, comienza realmente con la Segunda República española. En las constitución republicana de 1931, tras largos debates y valoraciones distintas entre las tres únicas mujeres diputadas de las cortes constituyentes de 1931, Clara Campoamor, Victoria Kent y Margarita Nelken, no obstante, se produce el más importante impulso al movimiento feminista que se traducirá, después, en cambios legislativos trascendentales. Así es, el artículo 36 de la Constitución de la Segunda República, por fin otorgaba el derecho al voto a la mujer: «Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de 23 años tendrán los mismos derechos electorales conforme determinan las leyes». El artículo 25, además, dejaba claro que: «no podía ser fundamento de privilegio jurídico, la naturaleza, filiación y el sexo»²⁸. Esto originaría importantes reformas legales a favor de la mujer; matrimonio civil; desaparición de la patria potestad prioritaria para el hombre; eliminación de las limitaciones a la mujer del derecho civil en materia de testamentaría, nacionalidad y administración de bienes; divorcio; igualdad laboral y compatibilidad del trabajo con el matrimonio; ley sobre aborto²⁹.

²⁷ NASH, Mary, *Mujer, familia y trabajo en España, 1875-1936*, Op. Cit., p. 317.

²⁸ También, el artículo 53 de la Constitución de la Segunda República, otorgaba el derecho electoral pasivo a la mujer, haciendo mención expresa a la no discriminación por razón de sexo o estado civil, y esto segundo se entiende en clara alusión a la mujer casada: «Serán elegibles como diputados todos los ciudadanos de la república mayores de 23 años, sin distinción de sexo ni de estado civil».

²⁹ Sobre la importancia del reconocimiento del derecho al voto y el resto de legislación a favor de la mujer de la Segunda República, además de su relevancia para el movimiento feminista, vid; MARTÍN RUANO, Pedro, «Mujer y poder», en,

Los avances que en este sentido se producen, como sabemos, se vieron mediatizados por la guerra civil española, a cuyo fin, el derecho a la igualdad en general, tanto para el hombre como para la mujer, sufrió un grave retroceso. El Régimen de Franco, el franquismo, extenderá su legislación reaccionaria en materia de derechos y libertades hasta límites difíciles de entender en pleno siglo XX. Aunque se suele distinguir entre un primer (1939-1953) y un segundo franquismo (1954-1975), más duro y totalitario el primero y más abierto el segundo, lo cierto es que, salvo algunas reformas legislativas de interés en materia de matrimonio y familia, especialmente la de 1975³⁰, la situación jurídica y social de la mujer y el derecho de familia en España durante esta etapa del siglo XX sufrirá un retroceso incuestionable.

Por resumir, creo que la siguiente cita de Josefa Ruiz Resa, que ha estudiado en profundidad la filosofía y la legislación del franquismo, describe bien la situación de la mujer y la familia durante estos años: «la familia manifiesta en el franquismo un intenso significado patriarcal, puesto que al frente de la unidad familiar se sitúa al padre, lo que significa que se había aceptado la división y organización cristiana de la familia... Ésta había determinado que la tarea de la mujer fuera la crianza de los hijos y el cuidado del hogar»³¹.

3.3. Mujer y familia desde la Constitución de 1978

Con la llegada de la democracia y la Constitución de 1978, el movimiento feminista, tanto el liberal como el de la igualdad real, encontrarán en el articulado constitucional una respuesta plausible. El *feminismo liberal*, lo encontrará en el art.14 C.E, que reconoce la igualdad formal sin

ALEMÁN MONTERREAL, Ana/MARTÍNEZ RUANO, Pedro (Eds.), *Derecho y mujer*, Op. Cit., pp. 91-94. También, de nuevo, vid; GIL RUIZ, Juana M^a *Las políticas de igualdad en España. Avances y retrocesos*, Op. Cit., pp. 125-140.

³⁰ La ley de 2 mayo de 1975, suprimía, por fin, el principio según el cual el matrimonio restringía la capacidad de obrar de la mujer. En todo caso, acabó con casi 40 años de total subordinación legal de la mujer al marido durante el franquismo. Las novedades de esta ley fueron; hizo desaparecer la autoridad marital, lo cual llevaría aparejado, entre otras cosas, la eliminación del deber de obediencia, la extinción del sistema de licencia o beneplácito marital necesario para actuar la esposa en la esfera de sus propios derechos y la mención del art. 1263.3^o C.c., que impedía que la mujer pudiese prestar consentimiento. Sin embargo, siguió atribuyendo, salvo estipulación en contrario, la administración de los bienes gananciales al marido. En todo caso, la reforma de 1975, seguía asignando a la mujer un papel secundario dentro del matrimonio y el derecho de familia.

³¹ RUIZ RESA, Josefa Dolores, *Trabajo y franquismo*, Granada, Ed. Comares, 2000, p. 139.

discriminación jurídica alguna para la mujer. En cuanto al *feminismo de la igualdad real*, el artículo 9.3 C.E, satisfará sus expectativas de consecución de la «igualdad real y efectiva», siempre que su contenido se viera desarrollado con medidas legales oportunas³². Por lo que se refiere a la «igualdad jurídico-formal entre hombre y mujer», aspiración básica del feminismo liberal, podemos considerar que, salvo todavía ciertas discriminaciones en materia laboral y de sueldos, en general, es una realidad en la España constitucional.³³

Otra cosa es llegar a la «igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres». Esta es la aspiración del feminismo de la igualdad real, que, con mayor o menor fortuna, es el que se está implantando como línea dominante dentro del movimiento feminista³⁴. Pero, aunque siempre será una tarea difícil, desde 1978 hasta la actualidad de comienzos del siglo XXI, se han dictado un conjunto de medidas, las de mayor calado de carácter legal, que están cambiando poco a poco la situación de subordinación real de la mujer en España. Por destacar dos de las más importantes a nivel legal, serían: La L.O. 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; L.O. 3/2007, para la Igualdad Efectiva del Hombre y la Mujer.

La aplicación de esta legislación de igualdad real, que debe, además, atender el marco de la normativa sobre la materia de la Unión Europea, está siendo objeto de controversia, tanto en su nivel doctrinal, como en el de sus resultados. No obstante, deben ser valoradas como aportaciones

³² Para María Luisa Balaguer, estos artículos de la Constitución, intentan dar contenido a la definición constitucional del Estado español como, Estado Social y Democrático de Derecho, del art.1.1 CE. Vid; BALAGUER, María Luisa, *Mujer y constitución. La construcción jurídica del género*, Ed. Cátedra, Madrid, 2004, pp. 84-88.

³³ Sobre el «feminismo liberal» y sus argumentos de igualdad jurídico-formal como criterio, vid; OTERO PARGA, Milagros, “El concepto de poder y su relación con la mujer”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1992, pp. 189-202.

³⁴ Sobre el «feminismo de la igualdad real», aunque la literatura es inmensa y compleja, no obstante, vid; CAMPS, Victoria, *El siglo de las mujeres*, Ed. Cátedra, Madrid, 2000; AMORÓS, Celia, *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Ed. Anthropos, Barcelona, 1991. Por otro lado, para completar el cuadro del movimiento feminista, habría que añadir el llamado, «feminismo de la diferencia», surgido en los años 70 del siglo XX y de fuerte implantación en EE.UU e Italia. Para conocer algo de este último feminismo, vid; CAVARERO, Adriana, *Diotima. Traer al mundo. Objeto y objetividad a la luz de la diferencia sexual*, Ed. Icaria, Barcelona, 1996, Trad. María Milagros Rivera; MACKINNON, Catherine A., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Ed. Cátedra, Madrid, 1995. Trad. Carlos Pérez-Bermúdez; YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, Ed. Cátedra, Madrid, 2000, Trad. Silvina Álvarez.

novedosas y de calado para la comprensión y la aplicación de un principio de igualdad, que en el marco del constitucionalismo actual, no puede ser exclusivamente formal, sino de una *igualdad compleja*.³⁵

Por último, en lo que se refiere al derecho de familia, la legislación después de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 ha sido numerosa. Las principales reformas del Código civil comenzaron con la ley 30/1981, la llamada ley del divorcio, pasando por la ley 5/2002, de parejas de hecho, hasta llegar a la ley 13/2005, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, o a la ley 15/2005, con importantes avances en el ámbito familiar; se suprimieron las causas para poder divorciarse, los periodos de espera y, además, esta ley empieza a dar cabida real a *la mediación* como recurso de resolución de conflictos familiares³⁶.

Todas estas reformas del derecho de familia, tienen como fundamento el cambio social sustantivo en la comprensión y práctica de lo que es una familia. Ya no consideramos un único modelo de familia, la matrimonial, heterosexual y nuclear, sino que son varios los modelos legalmente sancionados; la familia monoparental, la familia de hecho, la familia no-heterosexual³⁷. Todo ello no supone la ruptura más que de un único modelo de familia dominante hasta ahora, el matrimonial heterosexual, que, tal vez, fuese el modelo que iniciaba su singladura con la propia Constitución de Cádiz de 1812.

³⁵ Respecto de los resultado, por supuesto que, en primer lugar, me refiero a la lacra de las muertes de mujeres a manos de sus parejas masculinas, que no acaba de remitir, además de a la correcta aplicación policial y judicial de nuestra Ley Integral contra la Violencia de Género. Por lo que hace a la llamada Ley de Igualdad, de 2007, es pronto para una completa valoración, pero, no obstante, muchas de las críticas a su carácter de «legislación de género», están hechas desde la ignorancia de que, también la sociedad establece para la mujer cuotas imperceptibles, auténticos «techos de cristal», que, por supuesto, la mayoría de esas críticas no pueden o no quieren ver. En cuanto a la valoración doctrinal de ambas leyes, vid; FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar/CRUZ BLANCA, M^a José (Coords.), *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Universidad de Jaén, Jaén, 2007; PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar (Ed.), *Mujeres: luchando por la igualdad, reivindicando la diferencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

³⁶ Para un examen de las implicaciones de estas reformas en la nueva estructura de nuestro derecho de familia, vid; VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen «El principio de igualdad entre mujeres y hombres y el derecho civil», en, FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar / CRUZ BLANCA, M^a José (Coords.), *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Op. Cit., pp. 303-335.

³⁷ Para un examen de los «nuevos y viejos modelos de familia», vid; GONZALBO AISPURU, Pilar (Coord.), *Familias y relaciones diferenciales: Género y edad*, Universidad de Murcia, Murcia, 2009; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M^a Olga, «Las transformaciones de la familia tradicional y la igualdad sexual», *Derechos y Libertades*, N^o23, junio-2010, pp. 183-219.

Para terminar, y como breve conclusión, creo que el recurso a las técnicas jurídicas, sociales y psicológicas, presentes en la *mediación familiar*³⁸, como desarrollo de los derechos democráticos de los ciudadanos, pueden ser la gran apuesta de futuro para, a pesar de la ruptura de la convivencia legal y de hecho de cualquier tipo de pareja, la familia, es decir, los hijos, sigan sintiendo esa *naturaleza más sensible*, antes atribuida solo a la mujer y que, en la actualidad, ha de ser una virtud compartida en igualdad entre hombres y mujeres.

³⁸ La literatura científica sobre la mediación, en sus distintos aspectos, es decir, jurídico, social, psicológico, es inmensa, como se comprenderá fácilmente. No obstante, como una introducción a la mediación en el ámbito familiar, vid; GARCÍA VILLALUENGA, Leticia (2006), *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*. Madrid, Ed. Reus.

El Pacto de Estado Español contra la violencia de género de 2017: Luces y sombras desde el Proceso y el Derecho penal

DRA. MARÍA ACALE SÁNCHEZ*

Sumario

1. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género
2. El Pacto De Estado contra la violencia de género: Las luces y las sombras
 - 2.1. Las personas informantes
 - 2.2. Las propuestas
 - 2.3. Las “luces” del Pacto
 - 2.3.1. El concepto de violencia de género
 - 2.3.2. Las hijas y los hijos como víctimas de la violencia de género
 - 2.3.3. Las (escasas) reformas penales
 - 2.3.3.1. Las Propuestas referidas a la eliminación de las atenuantes
 - 2.3.3.2. Las Propuestas referidas a la circunstancia agravante de discriminación
 - 2.3.3.3. Sobre las consecuencias jurídicas del delito
 - 2.3.4. Las reformas procesales
 - 2.3.4.1. La acreditación de la situación de violencia de género
 - 2.3.4.2. La discusión sobre la dispensa de la obligación de testificar

* Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Cádiz.
maria.acle@uca.es

- 2.5. Las “sombras” del Pacto
 - 2.5.1. El ámbito penitenciario
 - 2.5.1.1. Los tratamientos para los agresores
 - 2.5.1.2. La prevención de la victimización de las mujeres presas
 - 2.5.2. El encaje del tratamiento penal de la violencia de género en el Código penal, tras la aprobación de la LO 1/2015
3. Conclusiones

1. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género

Durante los primeros años del siglo XXI, el número de mujeres muertas en España a manos de sus maridos o compañeros sentimentales no paraba de aumentar, a pesar de los cambios que había experimentado el Código penal, que reforma tras reforma, había sido capaz de castigar los malos tratos habituales de forma autónoma de otros delitos como los homicidios o las lesiones, respecto de los cuales, por lo demás, actuaba el parentesco como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal¹.

El hecho de que las sucesivas reformas no fueran suficientes para atajar esa violencia hizo pensar a un sector del feminismo español en la necesidad de dar un giro al sentido de la intervención legislativa². Este es el origen de la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género* (en adelante: LOPIVG), que terminó incorporando al ordenamiento jurídico español instrumentos específicos para proteger a las mujeres víctimas de violencia en razón de su género,

¹ Por todos en extenso véase: ACALE SÁNCHEZ, María, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

² Rompiendo con la tradición histórica en la que los hombres legisladores articulaban tipos penales para velar por el papel que como madres, esposas e hijas, debían desempeñar las mujeres en la sociedad patriarcal, dejándolas a ellas mismas en cuanto personas, huérfanas de tutela. En extenso, véase ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, ed. Reus, Madrid, 2006, pp. 21 y ss. *Vid.* el estudio que realiza LAURENZO COPELLLO, Patricia, («La violencia de género en la Ley integral. Valoración político criminal», en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* (RECPC 07-08/2005), pp. 11 y ss) sobre el principio de igualdad y el mandato de no discriminación.

marcándose como hándicap principal la prevención de actos similares. El carácter integral de la ley vino a resaltar el hecho de que todas las ramas del ordenamiento jurídico quedaban comprometidas a alcanzar el objetivo de la igualdad y de la no violencia de género: una de esas ramas fue el Derecho penal que adquirió un protagonismo destacado desde los momentos uterinos de preparación de la ley. Su aprobación se produjo por el voto unánime de todos los parlamentarios en una sesión en la que ninguno de ellos faltó³. Unanimidad y consenso que solo se había producido una vez más anteriormente, con la aprobación de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, primera ley orgánica aprobada tras la entrada en vigor de la Constitución que quiso hacer frente al lamentable estado en el que se encontraban las cárceles españolas tras la dictadura⁴.

El paso que se dio entonces fue de enormes dimensiones por visibilizar el hecho de que la violencia de género que sufren las mujeres en sus ámbitos familiares no es un problema privado que deba solventarse en esa sede⁵, y por poner en manos de las víctimas instrumentos para dar el salto de romper ese silencio, interponiendo la denuncia y con ello, alejándose del autor de un delito que en la mayoría de los casos tiende a repetir los actos de violencia y a intensificar la gravedad de cada uno de ellos⁶.

³ El Tribunal Constitucional ha recurrido a esta amplísima base democrática para no declarar inconstitucional ninguno de sus apartados, señalando que la inclusión en el Código penal de los tipos penales sexuados a los que posteriormente se hará referencia es una opción de técnica legislativa en la que como Tribunal no debe entrar. Véase por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 14 de mayo, la primera de una amplia serie de sentencias constitucionales que cerraron el debate en torno a la constitucionalidad de la reforma operada por la LOPIVG en materia penal: ampliamente ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, "Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal", en VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (coorda.). *Violencia de género y sistema de justicia penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 111 y ss.

⁴ Los efectos de la LOPIVG se sintieron pronto no solo en nuestro país, sino también en otros muchos que comenzaron a aprobar sus respectivas leyes contra esa lacra social, adaptadas a sus singularidades, perfilado localmente un fenómeno internacional de violencia de género.

⁵ En atención al dicho popular "*los trapos sucios se lavan en casa*".

⁶ Esto no significa que al día de hoy haya salido ya a flote toda la cifra oculta de criminalidad. Basta tener en consideración el dato del número de mujeres víctimas que antes de morir a manos de sus agresores, no habían interpuesto denuncia alguna. La no interposición de la denuncia no significa que hasta ese momento no existiera violencia en esa relación: significa solo que la víctima no había denunciado. De interés es para la sociedad poner en marcha mecanismos que hagan que esas víctimas de la violencia denuncien y pasen a serlo también a los ojos de las estadísticas oficiales.

Sin embargo, no puede dejar de sorprender el hecho de que la sociedad en su conjunto depositara toda su confianza en la ley, olvidando que una sociedad machista no puede generar a la fuerza leyes igualitarias de la noche a la mañana; se requiere un cambio profundo de convicciones a través de una educación en valores de igualdad y de resolución pacífica de conflictos. La aprobación de estas leyes sin que se traduzca en la visibilización de un aparato de rechazo de esta clase de violencia, puede provocar el efecto criminógeno de generar más violencia de la que se quiere prevenir, cuando los agresores constaten que se trata de un mero efecto simbólico, y las víctimas confíen en una ley que contiene mecanismos de tutela que no pasan de ser papel.

En 2011 el Consejo de Europa aprobó el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, conocido como el Convenio de Estambul, en el que reconocía *“con profunda preocupación que las mujeres y niñas se exponen a menudo a formas graves de violencia como la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzoso, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del “honor” y las mutilaciones genitales”*, como *“una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres”*. Con él se ponía de manifiesto la existencia de una pluralidad de formas de violencia contra las mujeres que no estaban incluidas dentro del concepto de violencia de género del art. 1 LOPIVG.

La Unión Europea por su parte, tampoco se quedó atrás en la protección de todas las víctimas, al aprobar la Directiva 2012/29/UE del Parlamento 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 delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, considerando en su art. 22.3 que deben ser debidamente individualizadas entre otros colectivos de víctimas, las de la *“trata de personas, violencia de género, violencia en las relaciones personales, violencia o explotación sexual y delitos por motivos de odio, así como las víctimas con discapacidad”*. Su trasposición al ordenamiento jurídico español se produjo mediante la aprobación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, cuya vocación es la de *“ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, no obstante las remisiones a normativa especial en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad”*.

Tanto el Convenio de Estambul como la nueva Directiva Víctimas vieron a poner de manifiesto la necesidad de adaptar la LOPIVG a sus directrices, en la medida en que desde 2004 la única vez que fue sometida a reforma fue a través de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,

que incorporó modificaciones esenciales en los arts. 1.2, 61.2, 65 y 66, cuyo objetivo no era otro que considerar víctimas de la violencia de género “a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia”: los últimos casos habidos en España en los que el padre somete a su descendiente a violencia para –de esta forma- hacer daño a su madre⁷ están detrás de esa reforma.

Con el paso de los años, con todo, la implementación de las previsiones contenidas en la LOPIVG ha venido a poner de manifiesto sus limitaciones, las exclusiones y el hecho de que se hayan sobredimensionado algunos de sus apartados en detrimento de otros que aún no se han llevado a la práctica. Este es el motivo que ha provocado la necesidad de suscribir un *Pacto de Estado en materia de violencia de género* “por el Gobierno de la Nación, las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y la Federación Española de Municipios y Provincias”, cuyo objetivo no es otro que seguir “impulsando políticas para la erradicación de la violencia sobre la mujer como una verdadera política de Estado”. Un Pacto que además “recupere el espíritu de consenso” de 2004 y vincule “a todos los partidos políticos, poderes del Estado y sociedad civil en el compromiso firme en pro de una política sostenida para la erradicación de la violencia de género”.

El 3 de agosto de 2017 publicaba el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el Informe de la Subcomisión de Igualdad del Congreso así como votos particulares presentados al “*Pacto de Estado contra la violencia de género*”⁸. El 28 de septiembre el Congreso lo ratificaba. Sin embargo no ha sido por unanimidad, sino con 268 votos a favor y 65 abstenciones, lejos ya de aquel consenso de 2004 que empujó a la LOPIVG al *Boletín Oficial del Estado*.

A partir de ese momento ha comenzado la tarea más dura que tiene el Parlamento: la de trasladar sus previsiones al conjunto del ordenamiento jurídico y en particular a la LOPIVG. Cuando los trabajos legislativos culminen, el *Boletín Oficial del Estado* será el único que podrá constatar si los esfuerzos de todos los sectores políticos y sociales implicados en la fase de elaboración del *Pacto* han valido la pena.

⁷ Cabe destacar el asesinato de los niños Ruth y José Bretón, a manos de su padre, hoy en prisión condenado por delitos de asesinato y otro de simulación de delito por la Sentencia del Tribunal Supremo 587/2014, de 18 de julio de 2014.

⁸ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 199, de 3 de agosto de 2017, pp. 3-190.

2. El Pacto De Estado contra la violencia de género: Las luces y las sombras

2.1. Las personas informantes

El elenco de personas que ha depuesto ante la Comisión que ha trabajado en el Pacto de Estado contra la violencia de género es impresionante por su amplitud y variedad, aunque al mirarlo, se echan en falta tres colectivos.

El primero es el de *“hombres por la igualdad”*, en la medida en que los *“maltratadores”* se sienten *“más comprendidos”* por hombres, que por mujeres, y se sienten *“más rechazados”* cuando son hombres quienes les reprochan su actuación que cuando lo hacen las mujeres, el colectivo al que pertenece su víctima y la razón por la que la victimiza. Aunque esta llamada de atención pudiera resultar superflua, no lo es: se trata simplemente de aprovechar el infantilismo del agresor machista, para reprocharle su comportamiento *“por uno de los suyos”*. También es importante la opinión de este colectivo cuando pensamos en un escenario futuro en el que la sociedad sea más igualitaria, porque hayan perdido peso los roles de género –caldo de cultivo de la violencia machista–: en este sentido, en los contextos libres de violencia intra-familiar, medidas como la tutela compartida de los hijos en caso de separación y divorcio, o la prolongación del permiso de paternidad en caso de nacimiento de hijos/hijas van dirigidas a visibilizar las responsabilidades familiares de los hombres en el cuidado de su familia y por eso deben ser bien recibidos⁹.

⁹ Distinta es la valoración que se merece la tutela compartida cuando existen denuncias por violencia doméstica contra el padre. En estos supuestos, en atención al mejor interés del menor, habrá que ponderar los intereses en conflicto. La Propuesta núm. 143 se marca como objetivo el de *“adoptar las medidas que permitan que la custodia compartida en ningún caso se imponga en casos de violencia de género en los supuestos previstos en el art. 92.7 del Código Civil, y que no pueda adoptarse, ni siquiera provisionalmente, si está en curso un procedimiento penal por violencia de género y existe orden de protección”*. La preocupación por estos menores salta a relucir también en el interior de la Propuesta 147 cuando se señala que se persigue *“desvincular la intervención psicológica con menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad; en consecuencia, modificar el art. 156 del Código Civil para que la atención y asistencia psicológica quede fuera del catálogo de actos que requieren una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando exista sentencia firme o hubiera una causa penal en curso por malos tratos o abusos sexuales”*. El caso de *“Juana Rivas”*, la madre divorciada de dos hijos que se los trajo desde Italia del domicilio paterno sin autorización judicial, después de haber denunciado la violencia que sufría a manos de su marido también ha tenido reflejo en la Propuesta núm. 152 cuando se prevé *“estudiar las modificaciones legislativas necesarias para otorgar protección a las víctimas que se hallen incurso en situaciones de sustracción internacional de menores,*

El segundo colectivo que brilla por su ausencia es el movimiento LGTB, formados por personas que defienden la identidad de género, más allá de la mera identidad sexual. Su opinión hubiera servido de espolón para que el legislador se planteara la subordinación al sexo de la protección del género que ofrece el art. 1 de la LOPIVG. De mantenerse la exclusión de esta clase de violencia de “género”, deberá aclararse expresamente que la prohibida por la ley integral es una violencia en razón del sexo de la víctima y del agresor, no del género de ambos.

En tercer lugar, solo han intervenido siete profesores/as de la Universidad, de los cuales, tres son del campo del Derecho, dos del Derecho civil y una profesora asociada de Derecho procesal. Este dato pone de manifiesto que la opinión de la academia penalista no ha sido oída por esta comisión, a pesar de que en el ámbito del Derecho penal hay un importante grupo de profesoras que viene trabajando en materia de violencia de género, alejadas de los focos de los medios de comunicación, liderando equipos de investigación conocidos en todo el mundo¹⁰.

Si se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se observará que de todo el articulado de la LOPIVG, la única parte que ha planteado dudas en torno a su constitucionalidad ha sido el Título IV sobre la “tutela penal”, por lo que parece lógico que de someterla a modificación, lo fuera de la mano de la ciencia penal: su ausencia justifica el escaso número de propuestas de contenido penal presentadas y además que las presentadas, se centren en cuestiones muy puntuales, obviando el modelo mismo de intervención que es lo que tras la última reforma del Código penal operada por la LO 1/2015 está en juego. Si pensamos en lo que ocurriría si en un estudio sobre alternativas al tratamiento del cáncer terminal, se tuviera en cuenta la opinión de las personas enfermas, de quienes les cuidan, pero no la de las expertas en oncología, probablemente se transmitirían sentimientos más positivos a quienes sufren la enfermedad, porque la ciencia es menos sentimental y más pragmática. Pero los conocimientos transmitidos necesariamente serán menos exactos: precisamente porque no son ciencia.

cuyo origen sea una situación de violencia de género”. Puede verse una cronología de los hechos de este caso en <http://www.elmundo.es/cronica/2017/08/06/5985ffabe5fdea8a7e8b4641.html> (fecha de la última consulta: 12 de noviembre de 2017).

¹⁰ María Luisa Maqueda Abreu (Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Granada); Patricia Laurenzo Copello (Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Málaga); Elena Larrauri Pijoán (Catedrática de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra); Carolina Villacampa Estiarte (Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Lleida); María Ángeles Rueda Martín (Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza); Ana Isabel Cerezo Domínguez (Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Málaga).

Con todo, a la vista de los nombres de quienes sí han pasado ante la Comisión, se ha concedido mucho protagonismo a representantes de la Administración de justicia, de quienes se desconfiaba en 2004 cuando se aprobó la LOPIVG: es más, la mayor parte de las reformas operadas en el ámbito penal tuvieron la exclusiva finalidad de limitar la discrecionalidad judicial. Por esto mismo se trata de propuestas de reformas que están muy fundamentadas desde el punto de vista de la práctica, pero carecen de una base teórica jurídico penal, que también es importante si creemos que el derecho a la igualdad y a la no discriminación tiene una base científica.

2.2. Las propuestas

Las más de 600 Propuestas presentadas ante la Comisión de Igualdad del Congreso tienen un contenido muy variado, como variadas son las formas de acercarse a la solución del problema. Un número elevado se dirige al ámbito educativo y persigue la prevención y la sensibilización¹¹. Por otra parte, también tienen en consideración el mundo de los medios de comunicación de quienes depende la educación en valores de igualdad y de no violencia de los sectores sociales no escolarizados¹².

Ha de llamarse la atención especialmente sobre la medida prevista en el número 51, donde con la finalidad de acabar con la apología de la violencia de género y la incitación al odio por este motivo en los espectáculos deportivos se establece el objetivo de *“amplias las sanciones administrativas a los clubes deportivos que permitan apología de la violencia de género en los acontecimientos deportivos, para lo cual será necesaria la modificación del párrafo 1 del Preámbulo y del art. 2 de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, con el fin de incluir en el mismo las connotaciones de signo sexista”*. No se hace

¹¹ Respecto a las etapas educativas más tempranas, la Propuesta 6 del Pacto establece como objetivo *“designar, en los Consejos Escolares de los Centros Educativos, un profesor o profesora responsable de coeducación, encargado de impulsar medidas educativas que fomenten la igualdad y prevengan la violencia, promoviendo los instrumentos necesarios para hacer un seguimiento de las posibles situaciones de violencia”*. Mientras que la Propuesta número 17 tiene en consideración al profesorado universitario, al prever el establecimiento de *“un itinerario formativo en materia de prevención de la violencia de las violencias machistas y de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, homologable y aceptable por la ANECA o la autoridad competente del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte”*.

¹² La Propuesta 38 señala como objetivo *“comprometer a los medios de comunicación a divulgar las sentencias condenatorias recaídas en casos de violencia de género, con el fin de ayudar a la erradicación de cualquier sensación de impunidad respecto a los autores de estos crímenes”*.

expresa mención a ningún deporte, pero parece que se quiere poner especial énfasis en deportes más masculinizados que otros, que son los que pueden favorecer este tipo de violencia, como es el caso del fútbol¹³. Esta responsabilidad administrativa no debe impedir que esos hechos puedan ser subsumidos en el delito de incitación al odio por razón de género del art. 510 si se entiende que los representantes legales de la entidad, pudiendo hacerlo (por ejemplo, prohibiéndole la entrada al estadio a los hinchas radicales que profieren esos insultos, o retirándoles la condición de socios), no hace nada para evitar que se insulte desde las gradas a las mujeres, pues su omisión (art. 11) es equiparable a la causación activa o puede ser considerado una forma de incitar indirectamente al odio por razón de género. Y si además concurren los requisitos exigidos en el art. 31 bis para hacer responder a la persona jurídica, según establece el art. 510 bis se podría castigar a la entidad deportiva con la pena de multa de dos a cinco años.

Tras la lectura de esas 600 Propuestas se pone de manifiesto que no existe coincidencias en el enfoque, pues si bien unas van dirigidas proactivamente a la lucha contra el maltrato, otras lo están hacia el castigo del agresor, con lo que no se satisface de por sí las necesidades de las víctimas¹⁴.

A continuación se seleccionarán algunos de los aspectos más relevantes relacionados con el Pacto en dos bloques: el primero lo conforman

¹³ El caso de un futbolista del Betis, acusado en su momento por maltrato y posteriormente absuelto se convirtió en el “caso del Betis” cuando una multitud de seguidores del equipo vitoreaba al jugador durante un partido al grito “era una puta, tú hiciste bien”. Puede verse la noticia en http://www.eldiario.es/andalucia/sevilla/Ruben-Castro-juicio-presuntos-delitos_0_583392565.html (fecha de la última consulta: 12 de noviembre de 2017). Como consecuencia del rechazo social hacia el propio Club, éste puso en marcha una campaña contra la violencia de género, que consistió en vestir de “rosa” a sus jugadores para promocionar el día de la mujer. La Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 14 de Sevilla de 27 de julio de 2017 le absolvía al jugador por falta de pruebas.

¹⁴ Solo un par de esas propuestas enfatizan la necesidad empezar por el conocimiento del fenómeno criminal de referencia: este debería ser el orden lógico, en la medida en que aunque al día de hoy son muchos los estudios que se llevan a cabo sobre las relaciones existentes entre los sujetos activos y pasivos, pocos son los datos con los que se cuenta en torno al maltratador, del tratamiento en prisión, de la reincidencia en el delito y de la reincidencia penitenciaria. Así, la propuesta nº. 412, del Presidente de la Asociación española de Criminólogos apunta a la necesidad de que “se trabaje con la reincidencia”, mientras que la núm. 142, de la Directora General de Servicios para la familia y la infancia, insiste en el hecho de “que se realicen estudios criminológicos que proporcionen datos sobre el agresor y que los estudios psicosociales informen a los jueces sobre los maltratadores”.

los asuntos que sí han visto la luz y el segundo los que se han quedado a su sombra.

2.3. Las “luces” del Pacto

2.3.1. El concepto de violencia de género

El concepto de violencia de género del art. 1 LOPIVG vino a marcar el territorio de la ley. Del tenor literal del número 1 se desprende que es tal clase de violencia *“la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”*. Que se trató de un concepto reducido de violencia, no cabía la menor duda desde el momento en el que se comparaba con el de la *IV Conferencia de Naciones Unidas sobre las Mujeres* celebrada en Pekín en 1995, en la que se definió la violencia contra las mujeres como *“todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño de naturaleza física, sexual, psicológica, incluyendo las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad para las mujeres, ya se produzca en la vida pública o privada”*¹⁵. El contraste de una y otra definición nos pone de manifiesto la reducción de la violencia de género en la ley española a aquella que sufre la mujer en la familia a manos de su pareja o de su ex pareja de sexo masculino, dejando fuera la violencia de género que se produce en la vida pública, además de la familiar si entre sujeto activo y pasivo no existen los vínculos y los sexos de pareja que se establecen en el art. 1.2 de la LOPIVG.

Con el tiempo, cuando el Convenio de Estambul vino a definir la violencia de género, se pusieron de manifiesto más ampliamente las diferencias entre uno y otro concepto. En efecto, su art. 3 define la *“violencia contra las mujeres”* como *“una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”*. Posteriormente se detallan las formas

¹⁵ Véase: MARTÍN PALLÍN, José Antonio, “Derechos humanos y mujeres maltratadas”, en MARTÍN ESPINO, José Domingo (coord.), *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar*, ed. Colex, Madrid, 1999, pp. 45 y ss.

de esa violencia: violencia psicológica¹⁶, el acoso¹⁷, la violencia física¹⁸, la violencia sexual¹⁹, los matrimonios forzados²⁰, mutilaciones genitales femeninas²¹, el aborto y esterilización forzados²² y el acoso sexual²³.

¹⁶ Artículo 33– Violencia psicológica: *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de atentar gravemente contra la integridad psicológica de una persona mediante coacción o amenazas”*.

¹⁷ Artículo 34 – Acoso: *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a esta a temer por su seguridad”*.

¹⁸ Artículo 35 – Violencia física: *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de ejercer actos de violencia física sobre otra persona”*.

¹⁹ Artículo 36 – Violencia sexual, incluida la violación: *“1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: a) la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.*

2 El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.

3 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno”.

²⁰ Artículo 37 – Matrimonios forzados: *“1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio.*

2 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de engañar a un adulto o un menor para llevarlo al territorio de una Parte o de un Estado distinto a aquel en el que reside con la intención de obligarlo a contraer matrimonio”.

²¹ Artículo 38 – Mutilaciones genitales femeninas: *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado: a) la escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer; b) el hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin; c) el hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin”*.

²² Artículo 39 – Aborto y esterilización forzados: *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado: a) la práctica de un aborto a una mujer sin su consentimiento previo e informado; b) el hecho de practicar una intervención quirúrgica que tenga por objeto o por resultado poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento”*.

²³ Artículo 40 – Acoso sexual: *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de*

Pues bien, la Propuesta número 84 del Pacto se marca como objetivo “*ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul*”. En esta línea (Propuestas 85 y 86) señala cómo se llevará a cabo la ampliación del concepto de violencia de género del art. 1.2 LOPIVG. De su lectura se deduce que esa violencia de género doméstica de pareja se incorporará a un concepto más amplio, que coincidirá con el del art. 3 del Convenio de Estambul. Ahora bien, según establece el apartado 3 de la Propuesta 86 “*la atención y recuperación, con reconocimiento de derechos específicos de las mujeres víctimas de cualquier acto de violencia contemplado en el Convenio de Estambul, y no previsto en la LO 1/2004, se regirá por las leyes específicas e integrales que se dicten al efecto de adecuar la necesidad de intervención y de protección a cada tipo de violencia. Hasta que se produzca este desarrollo normativo, las otras violencias de género reconocidas en el Convenio de Estambul, recibirán un tratamiento preventivo y estadístico en el marco de la LOPIVG. Asimismo, la respuesta penal en estos casos se regirá por lo dispuesto en el Código penal y las leyes penales especiales*”. De esta previsión parece que se viene a poner de manifiesto que más que reformar el concepto de violencia de género del art. 1.2 LOPIVG, se aprobará otra ley integral contra las formas de la violencia de género señaladas en el Convenio de Estambul y no reconocidas en la LOPIVG. En este sentido, si se tiene en cuenta que según el art. 1.3 de ésta última las formas de la violencia de género comprendidas en el art. 1.1 son la de “*violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*”, habrá que entenderse que la nueva ley integral contra las violencias de género invisibilizadas por la LOPIVG se referirá a los matrimonios forzados, mutilaciones genitales femeninas, aborto y esterilización forzosos y el acoso sexual. Por el momento, se desconoce dónde se ubicarán las agresiones sexuales, ni el *stalking*, ni los atentados contra la intimidad, cuando se produzcan fuera de la pareja.

De esta forma parece que se rechaza la opción más lógica que hubiera sido ampliar el art. 1.2 de la LOPIVG, y unificar dentro de una ley integral todo el tratamiento de la violencia de género: la dispersión puede causar inseguridad, sobre todo si finalmente a las víctimas de una y otra forma de violencia no se les termina por reconocer legalmente los mismos derechos.

carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales”.

2.3.2. Las hijas y los hijos como víctimas de la violencia de género

La LOPIVG vino a centralizar la violencia de género en la que sufre la mujer a manos de su marido, considerando violencia doméstica la violencia que sufren sus hijos e hijas. Por economía procesal, se hizo competentes a los Juzgados de Violencia sobre la mujer de los casos de violencia doméstica sobre los hijos cuando esa violencia se llevara a cabo en contextos en los que la madre estuviera sufriendo también violencia doméstica de género, quedando fuera la violencia doméstica en la que no exista una mujer víctima a manos de la violencia de su marido. Este hecho vino a “invisibilizar” la violencia que sufren los hijos y las hijas y a diluir su desvalor, oculto detrás de la violencia que sufre su madre, cuando en puridad de principios, penalmente se trata de conductas que tienen un reproche penal propio, que no tiene nada que ver con la violencia de género que sufre su madre.

La visibilización del daño que ellos reciben en primera persona ha de ser bien recibida, y va en la línea de la reforma de la LOPIVG operada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²⁴. En cualquier caso, habrá que independizar la violencia de género psicológica que sufre la madre cuando se maltrata a sus hijos, de la violencia física o psíquica²⁵ que sufren ellos en primera persona, en atención al proceso de victimización propio que padecen.

En esta línea, mediante el Voto particular presentado al Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de violencia de género firmado por el Grupo Parlamentario Popular, el Socialista, el Confederal de Unidos Podemos-en Comú Podem-En Marea, Ciudadanos, Esquerra Republicana, el EAJ-PNV y el Grupo Parlamentario Mixto, se ha aprobado incluir al Pacto la consideración de víctimas de violencia de género de las madres que han visto a sus hijos e hijas asesinados, definida como “violencia vicaria”, como aquella violencia “*que se ejerce sobre los hijos para herir a la mujer*”. Se trata de una categorización victimológica que no puede hacer olvidar que la víctima principal es el menor muerto

²⁴ Art. 1.2 LOPIVG: “*Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia*”.

²⁵ Véase por todos, el trabajo de nuestro homenajeado: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, “La violencia psíquica a la luz de la reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, ed. EDESA, Madrid, 2002, pp. 153 y ss.

o lesionado y que al considerar víctima a la madre, se abre la puerta para apreciar penalmente la concurrencia de un delito de maltrato psicológico, lesiones psíquicas o trato degradante respecto a ella. Para estas víctimas se ha previsto “hacer extensivos los apoyos psicosociales y derechos laborales, las prestaciones de Seguridad Social, así como los derechos económicos recogidos en la LOPIVG a quienes hayan padecido violencia vicaria o violencia ‘por interpósita persona’, esto es, el daño más extremo que puede ejercer el maltratador hacia una mujer: dañar y/o asesinar a los hijos/hijas”.

2.3.3. Las (escasas) reformas penales

El número de Propuestas de naturaleza penal incluidas en el Pacto es reducido, probablemente como consecuencia del hecho de que, como se decía al inicio, no ha habido ni un solo representante de la academia penalista dentro del grupo de personas expertas que han depuesto ante la Comisión de Igualdad del Congreso. Pero precisamente por lo reducido de su número, debe pensarse en la importancia que las mismas tienen en la configuración del nuevo modelo de lucha contra la violencia de género.

Dos son los bloques a los que se hará referencia a continuación: las propuestas referidas al catálogo de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal y las que afectan al ámbito de las consecuencias jurídicas del delito. Unas y otras como se verán tienen la finalidad de agravar la duración de la pena privativa de libertad, así como de someter al penado a controles previos y posteriores a la salida de la prisión.

Si se tienen en consideración los debates habidos en 2004 cuando se aprobó la LOPIVG llama mucho la atención el interés que demuestra ahora el legislador en el catálogo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por tres razones fundamentales. La primera porque son variadas y tienden a limitar la discrecionalidad judicial, haciéndolas inoperantes u operantes con carácter general. La segunda, porque desde que se aprobó la LOPIVG en 2004, un sector de la doctrina defendió que la vía más idónea para hacer frente al plus de desvalor que imponen los atentados machistas era la que ofrecía las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal genéricas, más que la de los delitos en particular²⁶.

En el Pacto parece que se presta atención a aquella propuesta, pero sin modificar la vía emprendida entonces, que como es sabido, consistió en agravar la pena de los delitos de lesiones, maltrato, amenazas y coac-

²⁶ Por todos *vid.* ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 407 y ss.

ciones leves cuando la víctima fuera la mujer que está o estuvo casada o unida sentimentalmente a su agresor de sexo masculino, aunque no llegaran a convivir, lo que va a causar serias dificultades a la hora de definir el “modelo” de intervención del legislador penal, que parece que se dispersa. Y la tercera porque la lectura conjunta de todas ellas viene a poner de manifiesto que la finalidad del legislador es garantizarse la inoperancia de circunstancias que determinen la imposición de una pena atenuada y de garantizarse cuando se pueda la agravación.

2.3.3.1. *Las Propuestas referidas a la eliminación de las atenuantes*

La Propuesta número 88 consiste en “suprimir la atenuante de confesión en los delitos de violencia de género, cuando las circunstancias de los hechos permitan atribuir fehacientemente su autoría, siempre que se respeten los estándares de constitucionalidad en relación con el principio de igualdad”, mientras que la número 89 pretende “suprimir la atenuante de reparación del daño en los casos de violencia de género”. La propuesta de eliminación de ambas atenuantes se basa en el hecho de que en la práctica, muchos maltratadores colaboran con la Administración de justicia, a fin de ver reducidas sus condenas.

Lo primero que llama la atención es que si bien respecto a la atenuante de confesión se tienen en cuenta los estándares de constitucionalidad en relación con el principio de igualdad, respecto a la de reparación del daño, no. El trato diferente parece no encontrar una justificación. El recurso, por otra parte, al principio de igualdad en el primer caso desconoce el hecho de que según ha establecido el Tribunal Constitucional, las reformas que operó la LOPIVG en 2004 del Código penal no podían calificarse como medidas de discriminación positiva, que justificadamente vulneraran el principio de igualdad, sino que encontraban su fundamento en la existencia de un bien jurídico específico que sostiene el injusto de estos delitos: la pertenencia al género femenino históricamente discriminado a manos del género masculino²⁷. De esta forma, carece de sentido la referencia a los estándares constitucionales sobre el principio de igualdad en el primer caso.

Por otra parte, con carácter general se trata de dos circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que no conllevan un incremento de injusto ni de culpabilidad, en la medida en que tiene lugar cuando el delito ya se ha perfeccionado y a posteriori, no reducen ni uno

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 14 de mayo, entre otras muchas: ampliamente ACALE SÁNCHEZ, María, “Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, cit., pp. 111 y ss.

ni otro. Su fundamento es simplemente el de facilitar la averiguación de unos hechos que en muchos casos requieren del transcurso del tiempo y de la puesta en marcha de costosos mecanismos de investigación: son elementos que trasladan al ámbito de la medición de la pena, circunstancias que tenían que limitarse al cálculo de la responsabilidad civil si es que en efecto están dirigidas a disminuir el daño causado.

Lo cierto es que lo que debería plantearse es la propia existencia de las dos circunstancias de agravación para todos los delitos porque eliminarlas en este caso y mantenerlas, por ejemplo, en el de la delincuencia funcional o de la delincuencia económica, sería una violación del principio de igualdad, por discriminatoria sin base alguna legítima que sostuviera la decisión, más allá de la necesidad de garantizarse un castigo suficiente para unos casos y para otros no. Esto es, de comprender estas atenuantes desde el punto de vista del arrepentimiento, se estaría moralizando innecesaria y peligrosamente el concreto delito cometido. Basta pensar en los casos en los que la colaboración con la Administración de justicia haya sido tenida en consideración expresamente en la parte especial, como así ocurre en los arts. 376, 427, 480, 549 y 579, en los que atendiendo al fin de facilitar con la Administración de justicia, se le reconoce a la colaboración particularmente intenso efecto atenuante.

Finalmente debe tenerse en cuenta que su finalidad es la de evitar que se apliquen en los casos de “violencia de género” por los cuales debe entenderse los incluidos dentro del art. 3 del Convenio de Estambul, y no solo los contenidos en el art. 1 de la LOPIVG, por lo que el abanico de figuras delictivas se amplía considerablemente.

2.3.3.2. *Las Propuestas referidas a la circunstancia agravante de discriminación*

Dos son las Propuestas referidas a la circunstancia agravante de discriminación: la primera está contenida en la número 90, que establece “generalizar la aplicación de la circunstancia agravante del art. 22.4 del Código penal para los casos de mutilación genital femenina” y la 92 incide en “recomendar la aplicación de la circunstancia 4ª del art. 22 del Código penal, en todos los casos en los que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer, o por razones de género, en los casos de agresión sexual y abuso sexual de los arts. 178 a 183 bis del Código penal”.

Como puede comprobarse, se trata de dos propuestas que tienen en consideración concretos delitos constitutivos de violencia de género, a la vista de lo establecido en el art. 3 del Convenio de Estambul, pero no todas las formas de “violencia de género”, como se propone en relación con la eliminación de las atenuantes de reparación del daño y de confesión. No se pueden entender los motivos que han llevado al pre-legislador a limitar de esta forma las propuestas sobre la agravante de discrimi-

minación si no se analiza por una parte el contenido de la agravante del art. 22.4 –con sus sucesivas modificaciones– así como la reforma que en 2004 llevo a cabo la LOPIVG. Posteriormente se volverá sobre este asunto.

2.3.3.3. *Sobre las consecuencias jurídicas del delito*

Y dos son también las reformas que propone el Pacto que se incluyan en el Código penal en materia de consecuencias jurídica del delito: la número 96 pretende “*extender la pena accesoria de privación de tenencia y porte de armas no sólo al delito de lesiones como hasta ahora, sino también a las coacciones o amenazas*”. A pesar de que la propuesta parece estar fundamentada, está mal formulada. En efecto, parece que aspira a que la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas se imponga como pena principal en las lesiones, maltrato, amenazas y coacciones, pues tras la reforma operada por la LOPIVG, no todas ellas fueron castigadas con dicha pena cuando desde un punto de vista criminológico se constata que el agresor recurre indistintamente a la amenaza, a la coacción o al maltrato porque la violencia de género que sostiene estos ataques es la misma. Sin embargo, el delito de lesiones agravadas del art. 148 no está castigado como pena principal con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, como sí lo está el delito de maltrato del art. 153, las amenazas leves del art. 171.4 y las coacciones leves del art. 172.²⁸

La segunda Propuesta que se hace en el Pacto es la contenida en el punto 97: “*utilizar la medida de libertad vigilada sobre el maltratador en los momentos en que la víctima se encuentra más desprotegida, como cuando se dicta sentencia condenatoria y aún no se ha ejecutado dicha sentencia, y el agresor ya ha cumplido la pena de alejamiento durante el proceso*”. Se trata de una propuesta muy confusa, pues no aclara el presupuesto para su aplicación. Así, en nuestro Código penal la libertad vigilada en una medida de seguridad que se impone a los sujetos imputables condenados a una pena privativa de libertad por delitos de homicidio (art. 140 bis), delitos de lesiones y de maltrato (art. 156 ter), violencia doméstica (art. 173.2), delitos contra la libertad sexual castigados con penas privativas de libertad (art. 192) y delitos de terrorismo (art. 579 bis). La propuesta debería ir en la línea de que la medida de libertad vigilada se aplique (o no) en los casos de violencia de género para corregir el hecho de que al día de hoy no lo es ni a los delitos de amenazas, ni de coacciones, pero tampoco a otras formas de violencia de género en el sentido del art. 3 del Convenio de Estambul como los delitos de matrimonios ilegales o aborto. Ahora bien, debe reflexionarse sobre el hecho de que la propuesta parece

²⁸ ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 190 y ss.

que “confunde” el control policial de la libertad del sujeto con la medida de libertad vigilada del Código penal, confusión que no favorece ni la persecución policial, ni la justificación de la imposición de semejante medida de seguridad post-penitenciaria. Posteriormente se volverá sobre este punto.

2.3.4. Las reformas procesales

2.3.4.1. La acreditación de la situación de violencia de género

Las cuestiones de carácter procesal son esenciales a los efectos de la LOPIVG desde el momento de que se puso en valor la necesidad de ofrecer a la víctima la protección que su concreta situación post-agresión requiera.

En este sentido, ha de ser bien recibida la Propuesta núm. 63 que se plantea como objetivo “*diseñar, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha un nuevo sistema de acreditación para poder acceder al estatuto integral de protección que la LO 1/2004 establece, así como las nuevas entidades capacitadas para emitir los títulos de acreditación*”. Se trata de una propuesta de mejora que acierta a dar en el centro de la diana, en la medida en que la actual regulación establece como mecanismo para acreditar la situación de violencia de género que la mujer “demuestre” que se encuentra en un supuesto de violencia de género a través de la orden de protección. En efecto, es lo que establece el art. 23 LOPIVG en relación con el disfrute de los derechos laborales y prestaciones de la seguridad social (artículos 21-22), con los derechos que se reconocen a las funcionarias públicas (art. 26), así como cuando del reconocimiento de derechos económicos se trata (art. 28): “*las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección*”, no bastando pues con la mera interposición de la denuncia; esto genera que muchas mujeres víctimas de violencia de género no se beneficien de dichos derechos. En este sentido, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia doméstica, modificó el art. 544 ter de la LECR, que a partir de entonces establece que “*el juez de instrucción dictará orden de protección... en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 153 CP resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección regu-*

ladas en este artículo". El hecho de que los mecanismos instituidos por la LOPIVG así como por la Ley reguladora de la orden de protección partan de que sea adoptada una de éstas, deja a la mujer que no quiere denunciar huérfana de tutela²⁹ y a la suerte de su agresor, pues como es sabido, el proceso de la violencia doméstica de género se prolonga en el tiempo durante un plazo en el cual por la situación de dominación y por ende de sumisión en el que se encuentra la mujer, es incapaz –todavía– de denunciar a su agresor. Habrá que prestar especial atención a cuáles son esos otros medios de acreditación de la violencia que puedan llegar a sustituir incluso a la denuncia.

2.3.4.2. *La discusión sobre la dispensa de la obligación de testificar*

Una de las cuestiones que más debate ha abierto en el marco del Pacto ha sido la eliminación de la dispensa de testificar del art. 416 de la LECr, mecanismo al que recurren muchas mujeres víctimas para evitar declarar contra su marido³⁰. Replantearse al día de hoy su eliminación en relación con la violencia que sufren las mujeres a manos de sus maridos o compañeros sentimentales, pero no en otros casos, contribuye a la creación de un derecho procesal penal de excepción para la víctima de estos fenómenos criminales que le causa más inseguridad jurídica que otra cosa.

Hoy se agarran a esa dispensa muchas mujeres que interpuesta la denuncia (por ellas o por un tercero), deciden no declarar en contra de su pareja. Con su eliminación, se estará cerrando a la víctima la única puerta honrosa que le queda para evitar declarar contra su pareja, lo que no significa que eliminada de la ley procesal, la víctima no pueda recurrir a otras vías. Así, no son pocos los casos en los que una víctima de estos fenómenos alega ante los tribunales (en fase de instrucción o en el momento de juicio oral) que la denuncia fue falsa, que estaba movida por los celos, que magnificó una imagen que vio de su agresor con otra mujer, que padece una enfermedad mental o que le dio transitoriamente un brote psicótico que le impidió comprender la realidad de los hechos y por tanto se comportó como si no fuera una persona adulta. En definitiva, la eliminación de la dispensa va a contribuir a criminalizar el

²⁹ ASÚA BATARRITA, Adela, "Las recientes medidas de prevención de la violencia de género en el ámbito de la pareja en la legislación española", en <http://info.juridicas.unam.mx>, p. 19.

³⁰ En este sentido, si bien no se ha incluido una propuesta que específicamente apueste por su eliminación, la número 117 sí aborda el problema, al poner como objetivo "*evitar los espacios de impunidad para los maltratadores, que pueden derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar, a través de las modificaciones legales oportunas*".

comportamiento de las mujeres maltratadas y no va a evitar que ella, a través de otras vías, intente que su pareja no sea condenada³¹.

La mujer que denuncia y después no quiere declarar contra su marido, y más aún la que no ha denunciado y tampoco quiere declarar contra su marido, con este hecho está poniendo de manifiesto que en ese momento de su vida sigue sumida en un proceso de victimización de género que como es sabido, se caracteriza por parte del agresor por encontrarse en unos momentos y otros en distintas fases en las que pasa con un infantilismo palpable del amor romántico, a los celos y a la cruda realidad. Pero el estado en el que se encuentra la víctima también está analizado por los especialistas que nos describen el síndrome que sufre como una etapa de su vida en la que quiere negarse a sí misma (esto es lo importante, que se niega a ella el daño que su pareja le causa, que lo haga a la Administración de justicia es algo secundario: para ella, para la sociedad y debería serlo para el ordenamiento jurídico), en la que sueña que llegará el momento en el que todo volverá a ser como en un principio, llegando a culpabilizarse por el comportamiento que destila el agresor hasta ella. Cuando una mujer no quiere declarar contra su marido, está poniendo de manifiesto que sigue sufriendo el síndrome de esa mujer maltratada, que depende en su alma (también económicamente en muchos casos) de su agresor y lo que necesita no es ser criminalizada por no poder dar el salto, sino comprensión y apoyo por parte del ordenamiento jurídico. Obligarla a declarar va en la línea opuesta a su estado de ánimo. La eliminación de la dispensa puede generar el efecto contrario de retraer la interposición de la denuncia. En cualquier caso, si existen indicios de que existe peligro para la integridad física de la víctima, el juez de violencia de género podrá adoptar en todo caso la orden de protección.

De mantenerse la dispensa, lo que sí debería tenerse en cuenta en el Pacto de Estado contra la violencia de género es que cuando una mujer se niegue a declarar contra su marido, debe recibir apoyo especializado, por ejemplo, a través de los servicios de atención a las víctimas, de forma que pueda hablar delante de su personal sin el corsé del Ministerio fiscal, con quien podrá sincerarse y de quien podrá recibir el apoyo y el ánimo que necesita para interponer la denuncia. Y por su parte, se debe “invitar” al agresor a que participe en alguna de las sesiones de trabajo con la víctima si ella así lo desea y/o con el personal de esas Oficinas de atención a las víctimas³²

³¹ De ser así, habría que replantearse la excusa absolutoria del encubrimiento entre parientes del art. 268 del Código penal.

³² Graduados y Gradudas en Criminología, por la formación interdisciplinar que han recibido, parecen los más idóneos.

Si después de no haber querido declarar contra su marido, se produce una nueva agresión, con su negativa la víctima está auto-poniéndose en peligro. Aún así, existen otros medios de prueba a los que recurrir en estos casos (pruebas preconstituidas, pruebas periciales, testificales...) que puedan suplir la falta de declaración por parte de ella.

2.5. Las “sombras” del Pacto

2.5.1. El ámbito penitenciario

2.5.1.1. Los tratamientos para los agresores

La Comisión no ha prestado atención al hecho de que todavía está sin desarrollar la Disposición final V de la LOPIVG, que establece que *“el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la aprobación de esta Ley, procederá a la modificación del artículo 116.4 del Reglamento Penitenciario, estableciendo la obligatoriedad para la Administración penitenciaria de realizar los programas específicos de tratamiento para internos a que se refiere la presente Ley...”*. Ese artículo del Reglamento Penitenciario es el que establece que la Administración penitenciaria podrá realizar programas específicos de tratamiento para internos condenados por delitos contra la libertad sexual a tenor de su diagnóstico previo y todos aquellos otros que se considere oportuno establecer. Por tanto, la cuestión no es que haya fracasado la reinserción social: lo que ocurre es que no se le ha dado la oportunidad de fracasar porque simplemente se ha postergado. Como puede observarse, aunque el plazo dado al legislador ha expirado con creces, sin embargo, no se ha llevado a cabo la modificación prevista.

Si se tiene en consideración que, según declara expresamente el art. 25 CE las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social, el mayor acierto o desacierto en el diseño de estos programas puede discutirse, lo que sin embargo no puede someterse a duda es que la pena de prisión está configurada constitucionalmente desde un punto de vista dinámico: jamás puede ser considerada un fin en sí misma, sino que con ella se han de alcanzar fines *–“estarán orientadas...”–*. Durante el internamiento de un condenado en prisión o durante el tiempo en que el Juez o Tribunal haya dejado en suspenso la ejecución de la pena por imperativo constitucional ha de estarse en condiciones de llevar a cabo un tratamiento resocializador sobre el condenado con la finalidad de que una vez recuperada la libertad, no vuelva a hacerle la vida imposible a las personas que le rodeen, con independencia de que en su foro interno siga pensando o deseando comportarse de manera diferente, pues en esto consiste, como se afirmaba anteriormente, la resocialización: *“que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delito, no que haga suyos los valores de una sociedad que*

puede repudiar”³³. De otra forma, esto es, si el ordenamiento jurídico se conformara con “encerrar” al condenado en prisión durante unos años, sin actuar –o sin ni siquiera intentar actuar- sobre él, configurando la pena desde un punto de vista retributivo como un mero castigo por el delito cometido, lo único que se conseguiría será retrasar un inevitable desenlace más violento que el propio acto que dio lugar a la intervención penal, contribuyendo –por omisión- institucionalmente a una nueva agresión, pero jamás se logrará proteger a las víctimas. Este objetivo sólo se alcanza reeducando y reinsertando a los condenados: cueste el dinero que cueste, pues más valor tiene la vida de las personas que, una vez salga de prisión el condenado, van a volver a estar en su círculo de influencias.

2.5.1.2. *La prevención de la victimización de las mujeres presas*

Tampoco se ha tenido en cuenta la incidencia en los delitos cometidos por mujeres el hecho de haber sufrido violencia en razón de su género previa o simultánea a la comisión de su delito, como ya ha sido reconocido en España en 2010, en el Programa de acciones para la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario en desarrollo de la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, y en 2011 por el programa “Ser Mujer”, así como por Naciones Unidas en ese mismo año a través de las Reglas para el tratamiento de las reclusas y medidas o privativas de libertad para mujeres delincuentes, Reglas de Bangkok. Constatado el dato, puede afirmarse que los procesos de violencia de género que sufren estas mujeres están detrás de los delitos que han cometido o por lo menos es una variable que no puede ignorarse, ni tampoco ocultarse. Esto no significa defender que detrás de una mujer autora de delito hay una víctima de un delito cometido por un hombre sobre ella por el mero hecho de ser mujer, porque se estaría haciendo una lectura completamente victimista de la criminalidad femenina desde un punto de vista del género, pero sí pone de manifiesto que cuando coinciden, una y otra son causa y consecuencia a través de una relación de causalidad desde el punto de vista de los estereotipos de género entre victimización primaria y criminalidad y victimización secundaria, que, aunque ni determina que todas las mujeres que han sufrido violencia de género son autoras de delito, ni que todas las mujeres que han cometido delito han sido a su vez víctimas de violencia a manos de un hombre, permite observar que hay casos en los que sí se establece esa vinculación. Por esto, las medidas que inciden en

³³ Barbero Santos, Marino, “La pena de muerte, problema actual”, en *Pena de muerte (el ocaso de un mito)*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 170.

la prevención de la victimización, inciden también en la prevención de la criminalidad femenina³⁴.

2.5.2. El encaje del tratamiento penal de la violencia de género en el Código penal, tras la aprobación de la LO 1/2015

Pero la cuestión más compleja y que ha pasado completamente desapercibida para la Comisión de Igualdad del Congreso que ha trabajado en el Pacto es el hecho de que el modelo penal diseñado en la LOPIVG, tras la reforma que ha operado la LO 1/2015 del Código penal, ha quedado maltrecho en la medida en que los cambios han apuntado al centro del modelo, dinamitando los cimientos del edificio construido entonces, hasta el punto de que al día de hoy debe hacernos reflexionar ampliamente sobre si tras ella, aquel modelo instaurado en 2004, sigue teniendo sentido. Es más, si puede seguir hablándose de la existencia de un modelo.

Lo más sorprendente de todo es que esta reforma del modelo de la LOPIVG llevada a cabo en 2015 no ha sido intencionada, sino que es el simple fruto de una carambola, de un tiro perdido al aire, ayuno de un debate de conjunto: no es posible mantener delitos leves en los que se impone más pena al hombre que maltrata a su mujer, a la vez que se incorporan nuevos tipos no sexuales, porque o se eliminan los delitos incorporados al Código en 2004, o se sexualizan los llegados al mismo en 2015. Mantener ambos no genera más que dudas e inseguridad jurídica, lo que resta credibilidad al sistema penal y en definitiva, perjudica a las víctimas que empiezan a perder la consideración de “colectivo” a los ojos de la ley penal³⁵.

³⁴ ACALE SÁNCHEZ, María, “Preámbulo estadístico y jurisprudencial”, en ACALE SÁNCHEZ, María y GÓMEZ LÓPEZ, Rosario (coordas.), *Derecho penal, Género y Nacionalidad*, ed. Comares, Granada, 2015, p. 129.

³⁵ Como se decía al inicio, la falta de penalistas entre el panel de expertos que han depuesto ante la Comisión de Igualdad del Congreso de la que ha salido el Pacto de Estado contra la violencia de género, puede haber determinado que las propuestas que afectan a las conductas típicas sean tan escasas. Solo las propuestas 99 (“establecer consecuencias a los sucesivos quebrantamientos de las órdenes de alejamiento, como por ejemplo, el uso de los instrumentos de vigilancia electrónica, cuando concurren los supuestos legalmente previstos”) y 100 (“excluir la relevancia del consentimiento de la víctima en la valoración de los casos de quebrantamiento de condena o medida cautelar, sin perjuicio de los posibles efectos sobre la culpabilidad del acusado”) se refieren al delito de quebrantamiento de condena.

3. Conclusiones

El examen de las luces y las sombras del Pacto de Estado contra la violencia de género aprobado por el Congreso de los Diputados en el mes de septiembre de 2017 abre ahora la vía del trabajo parlamentario más fino. Por la experiencia vivida durante la fase de aprobación de la LOPIVG, sabemos que la crudeza y la sin razón de la violencia de género pueden llegar a poner en peligro la objetividad con la que nuestros legisladores y nuestras legisladoras deben enfrentarse al problema de la actualización de una ley que a tantas víctimas le ha salvado la vida porque puso en sus manos instrumentos que convirtieron su calvario en un problema colectivo.

Confiemos en que la clase política y la sociedad española estén a la altura de las nuevas circunstancias y afronten el problema con templanza: solo así podrá diseñarse un instrumento coherente de lucha contra los agresores y de ayuda eficaz a las víctimas.

La violencia sobre la Mujer: Avanzar sin retroceder

DRA. PILAR FERNÁNDEZ PANTOJA*

La desigualdad también se expresa en el inequitativo acceso de las mujeres a la justicia, la disparidad de trato en los servicios públicos y las evidencias de impunidad... (CEPAL, 2007).

Sumario

1. Introducción
2. La “breve” historia legislativa en la lucha contra la violencia sobre la Mujer: especial referencia al Convenio de Estambul de 2011
3. El fenómeno invisible que se hace visible: ¿respuestas adecuadas?
 - 3.1. Situación actual en España: la elaboración de un Pacto de Estado contra la Violencia sobre la Mujer
 - 3.2. América Latina y el Caribe
4. El problema social: la intervención jurídica
5. Especial referencia al “feminicidio/ femicidio” como figura penal (España, América Latina y el Caribe)
6. Los retos de un futuro sin violencia contra la mujer por el hecho de ser Mujer

1. Introducción

Utilicemos las palabras de la persona a la que se reconoce con esta obra, al Prof. Dr. D. Ignacio F. Benítez Ortúzar, querido amigo y compañero, quien prologando un libro muy reciente se refiere a *la* las formas más sutiles hasta las más crueles -acabando con la privación de la vida de mujeres- es la mayor manifestación de una desigualdad inexistente, quizás para el agresor pero, a todas luces, existente hacia el

* Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Jaén (España). ppantoja@ujaen.es

exterior. ¿Es ésta la realidad que marca el paso del “problema privado” al “problema social”? La respuesta debería ser afirmativa en los términos de una sociedad que vive y sobrevive a partir del reconocimiento de derechos fundamentales y del “intento” de respetar a los mismos aun cuando la realidad nos muestre que esto no sea así. La violencia que se ha ejercido y se ejerce sobre las mujeres por su condición de tales no tiene excusas culturales, religiosas, sociales, etc...es una realidad universal y un problema de la misma índole.

2. La “breve” historia legislativa en la lucha contra la violencia sobre la Mujer: especial referencia al Convenio de Estambul de 2011

Sin lugar a dudas toda referencia que se pueda hacer respecto al reconocimiento, digamos, legal o formal -que no material- de la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito europeo y enfocado hacia el reconocimiento de los derechos de las mujeres, aparece “tibiamente” en el Convenio para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer en 1979 (CEDAW)¹ siendo claves las actuaciones que en los años siguientes se irían produciendo así, el punto de partida podemos situarlo en el año 1993 cuando en el II Congreso Mundial por los Derechos Humanos (Viena) y a través de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas se define por primera vez la violencia sobre la mujer como *todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico*. En 1994, la Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la Violencia contra la Mujer recoge este mismo concepto y otras propuestas a partir del planteamiento de que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos fundamentales y de las libertades fundamentales que limita e impide su reconocimiento y ejercicio².

¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 34/180, de 18 de diciembre, de 1979, ratificada por España en Instrumento de 16 de diciembre de 1983. En su art. 1 se define a la “discriminación contra la mujer” en cuanto *toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*.

² Se afirma en ella que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, la sexual y la psicológica determinando distintos ámbitos en la línea de lo que en 1993 en la Declaración de la ONU se sostenía, esto es, en el ámbito familiar o

Si bien a nivel internacional los Estados iban suscribiendo los documentos, realmente no había auténticos compromisos fácticos, eran más bien “declaraciones de intenciones” que implicaban reconocer la existencia del maltrato hacia la mujer pero que no iban acompañados de obligaciones de actuación reales. Los auténticos motores que sacaron a la luz la problemática y que, incluso, llegaron a forzar a los dirigentes políticos a asumir intervenciones efectivas fueron los movimientos sociales de mujeres, fueron así las distintas Conferencias Internacionales sobre la Mujer las que consiguieron avances reales³.

Las reacciones políticas variaron de unos países a otros siendo un referente y pionera en la materia España con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género siendo ésta uno de los textos legislativos más importantes de nuestra historia reciente tanto por el consenso político que alcanzó como por el referente histórico que supuso⁴. De aquí habría influencias en el entorno internacional tanto en Europa como en los países latinoamericanos tal y como referiremos más adelante.

Centrándonos en el presente es imprescindible como perspectiva de futuro el hacer referencia a textos que condicionan y van a condicionar la forma de actuar ante la violencia sobre la mujer, en el caso de nuestro entorno próximo el referente lo tenemos en el Convenio de Estambul de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica que a pesar de afectar a los países miembros de la Unión Europea, realmente puede considerarse un referente a nivel mundial⁵. Este texto afecta de modo esencial al tratamiento de la violencia de

de relación similar donde el agresor comparta o haya compartido domicilio con la mujer abarcando violaciones, maltratos o abusos sexuales, en la comunidad comprendiendo la violación, el abuso sexual, la tortura, la trata de personas, la prostitución forzada, el secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en establecimientos educativos, de salud, o similares, también se incluye en el concepto la violencia sobre la mujer perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes allá donde eso ocurra.

³ Conferencias Internacionales de la Mujer: México (1975), Copenhage (1980), Nairobi (1985), Beijing (1995) seguidas de exámenes quinquenales que se han llevado a cabo en 2000, 2005, 2010 y 2015.

⁴ Como señalaba COMAS D'ARGEMIR, Montserrat se trató de la primera ley que se aprobó durante aquella legislatura, *la significación de esta cuestión radica en que tanto el Gobierno como el Parlamento se han propuesto que la lucha contra la violencia de género sea una prioridad política*, “Presentación” de la obra *Violencia de género. Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense* (Dir. M.P Rivas Vallejo/G.L. Barrios Baudor), Pamplona, 2007, p. 43.

⁵ En España, el instrumento de ratificación se publicó en el Boletín Oficial del Estado de 6 de junio de 2014 y entró en vigor el 1 de agosto de ese año.

género en nuestro país dado que incide de forma rotunda en la propia Ley Integral de 2004; como punto de partida, las variaciones en los propios conceptos a manejar es una cuestión clave, así como también en los compromisos que se asumen⁶.

No está en nuestra intención divagar acerca de cuestiones conceptuales que han intentado definiciones efectivas y universales para este problema, sin embargo, sí que es cierto que no podemos desconocer los conceptos que a raíz del Convenio se manejan y que no pueden pasar inadvertidas en la medida en que producen cambios estructurales de suma relevancia. El primer punto de interés es que este texto tiene carácter vinculante para todo el ámbito europeo, lo que supone compromisos importantes de adaptación legislativa a pesar de que aún esto no se haya producido en las leyes internas o se encuentre en fase de incorporación, en este punto podemos citar la última reforma del Código Penal español que ha llevado a cabo la L.O 1/2015, de 30 de marzo que ha incluido como delitos nuevos tipos penales vinculados a la violencia sobre la mujer: los matrimonios forzados, nuevas modalidades de acoso, la agravante genérica de discriminación por razones de género, etc.. El segundo aspecto que consideramos importante -pero no por ello puede ser discutible- es la incorporación del concepto de “violencia doméstica” distinguiéndolo de otros tales como el de “violencia contra la mujer” o el de “violencia contra la mujer por razones de género”, en cualquier caso, creemos que hay un concepto definido clave que es la sustancia de las leyes integrales: el concepto de “género” que aparece diferenciado del concepto de “violencia contra la mujer”, ello quizás es positivo por cuanto supone superar los escollos de críticas o argumentos improductivos utilizados por sectores que invocan vulneraciones de la igualdad por razón de sexo para criticar las respuestas ante las sociedades patriarcales que a pesar de estar en el siglo XXI continúan existiendo. Es así que el concepto de “género” se define como *los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propia de mujeres o de hombres (art. 3.c)*, afirmando que en el concepto de “mujer” entran también *las menores de 18 años (art. 3.f)*.

⁶ Los fundamentos del Convenio son: 1. *Prevenir la violencia, proteger a las víctimas y entablar acciones judiciales contra los agresores.* 2. *Sensibilizar y hacer un llamamiento a toda la sociedad, especialmente a los hombres y niños, para que cambien de actitud y rompan con una cultura de tolerancia y negación que perpetúa la desigualdad de género y la violencia que la causa.* 3. *Destacar la importancia de una actuación coordinada de todos los organismos y servicios oficiales pertinentes y la sociedad civil.* 4. *La recogida de datos estadísticos y de investigación sobre todas las formas de violencia contra la mujer.*

Sobre estas definiciones a las que se añade también el concepto de “víctima”⁷ -algo que tiene más trascendencia de lo que aparenta por cuanto obliga a implementar normas que las protejan⁸-, se definen los conceptos relacionados con el ejercicio de la violencia distinguiendo entre:

- “Violencia contra la mujer”, supone *una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, en la vida pública o privada.*
- “Violencia doméstica”: *son Todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hechos antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima.*
- “Violencia contra la mujer por razones de género”: *es toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada” .*

En nuestra opinión, esta nueva “herramienta” presenta avances aunque tampoco la vemos exenta de posibles críticas, por ejemplo, el último de los conceptos reproducidos, nos preguntamos ¿existe alguna violencia proporcionada? Tanto esa desafortunada expresión a nuestro parecer, junto con la “generalización” que colectiviza lo que debe ser individual respecto a la mujer objeto y sujeto pasivo de la violencia convirtiéndolo en un colectivo, puede poner en peligro esa “visibilización” a la que haremos referencia en el siguiente apartado.

3. El fenómeno invisible que se hace visible: ¿respuestas adecuadas?

El alcance universal del problema, en nuestra opinión, no distingue espacios geográficos ni fronteras, más que comparables por no decir idénticas son las problemáticas que plantea esta lacra. Europa no es un modelo, al igual que está ocurriendo en el resto de los continentes el

⁷ Art. 3.e) como *toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a, b y c.*

⁸ Lo que supone nuevas perspectivas y revisiones de los mecanismos penales y procesales existentes, en nuestro caso es el Estatuto de la Víctima aprobado por la Ley 4/2015, de 27 de abril.

primer paso es reconocer que hay víctimas de esta violencia: se trata, por tanto, de un problema de invisibilidad, de cifras ocultas, de errores hasta el punto de ignorar lo que es un problema social.

Resulta obvio que “lo que no se ve, no existe”, y esto es lo que ha venido ocurriendo con el maltrato hacia la mujer, en España se sitúa el punto de partida en la lucha por erradicar esta violencia quizás en el momento en que comienzan a hacerse públicas cifras acerca de muertes de mujeres por violencia -entonces se llamaba “doméstica”- a manos del hombre con el que convivían por cuanto fueron avances legales posteriores el reconocimiento de la extensión de esa violencia hacia exparejas y excónyuges y un círculo más amplio de sujetos⁹. Junto a esas actuaciones que hacían ver a la sociedad lo que estaba ocurriendo, la labor que comenzó a llevarse a cabo por parte de instituciones, entidades y organismos públicos que iban realizando campañas de sensibilización, asesoramiento a mujeres víctimas, etc.... fueron dando sus frutos hasta articular todo un sistema que ponía de manifiesta la transversalidad que había de cubrir lo que ya se consideró una lacra social¹⁰.

El enfoque del problema desde la “transversalidad” era absolutamente esencial, la implicación de todos los posibles ámbitos de intervención (policiales, salud, justicia, educación, medios de comunicación, etc..) así como su coordinación era -y es- presupuesto básico para un abordaje correcto pero precisamente carencias en este sentido son las que quizás motivan lo que parece un lento avance en el tiempo y que, en algunos casos, conducen a conclusiones y planteamientos inexactos y muy perjudiciales para la resolución del problema reforzando planteamientos auténticamente machistas que son, precisamente, el origen de la cuestión¹¹.

⁹ Vid. FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. “Los sujetos activos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico” en *Estudios penales sobre violencia doméstica*, (Coord. L. Morillas Cueva), Madrid, 2002, pp. 81 y ss.

¹⁰ FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar. “El sistema de tutela ante la violencia de género: aspectos jurídicos y políticos” en *La Ley Integral: Un estudio multidisciplinar* (Coord. M.J. Jiménez Díaz), Madrid, 2009, pp. 243-263.

¹¹ De acuerdo así con las afirmaciones de las autoras FRÍES, Lorena/HURTADO, Victoria que sostienen que „*la falta de jerarquía política de la transversalización como método de inclusión de los temas de mujeres debe ser reforzada a partir de diálogos intersectoriales y diálogos entre los poderes públicos. En este punto, los mecanismos de igualdad de género, los ministerios del interior, salud y justicia requieren una coordinación al más alto nivel que permita aunar los esfuerzos de acuerdo a las herramientas sectoriales y políticas con las que se cuenta.* “Estudio de la información sobre la violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe” en *CEPAL-Serie Mujer y desarrollo*, n° 99, Santiago de Chile, 2010, p. 42.

En América Latina se apunta el surgimiento de los primeros movimientos activistas a primeros de los años 90¹², afirman Castro/Riquer que durante dos décadas se intentó hacer visible el problema de la violencia sexual así como de la violencia doméstica o intrafamiliar, las mutilaciones genitales de niñas, el infanticidio de niñas y el feminicidio¹³. En cualquier caso, han sido esenciales respecto a la contribución de la visibilización de la problemática de la violencia sobre la mujer, las investigaciones y estudios que a lo largo de esos años se llevaron a cabo, tal y como se afirma en alguno de ellos, esas dos décadas fueron claves para que el movimiento de mujeres *lograra dar visibilidad a uno de los mayores crímenes encubiertos que afectaban a nuestras sociedades*¹⁴. Durante la década de los 90 y comienzos de la década del 2000 fueron varias y abundantes las actuaciones a nivel internacional y en el ámbito latinoamericano y caribeño mediante recomendaciones, planes de acción, etc...¹⁵, no obstante, el punto de referencia que podemos tomar en cuanto a avances y la consecución y compromiso de los Estados tiene lugar con la conocida como Declaración de Beijing del año 2000 donde la Asamblea General de las Naciones Unidas establece unas bases imprescindibles en el avance del reconocimiento y erradicación de las distintas formas de violencia contra la mujer sobre presupuestos tales como el enfoque desde la violación de derechos humanos, su abordaje en cuanto a una cuestión de salud pública, el reconocimiento de la igualdad formal y material, etc... y, ante todo, partiendo de la necesidad de las políticas públicas como base fundamental. A pesar de todo, si algo se pone de manifiesto por

¹² Integrados además por muchas mujeres víctimas de la violencia machista.

¹³ Asimismo destacan como el tiempo ha demostrado que aquellos esfuerzos no fueron en vano, vid. CASTRO, Roberto/RIQUER, Florinda en "La investigación sobre violencia contra las mujeres en América Latina: entre el empirismo ciego y la teoría sin datos" en *Cad. Saúde Pública*, Río de Janeiro, 19(1), jan-fev., 2003, pp. 136 y 137.

¹⁴ ALMERÁS, Diane/Rosa BRAVO/ Vivian MILOSAVIJECIC/Sonia MONTAÑOS/María Nieves RICO "Violencia contra la mujer en la relación de pareja: América Latina y el Caribe, *Unidad Mujer y Desarrollo, Cepal*, 40, Santiago de Chile, 2002, p. 11.

¹⁵ Varias Recomendaciones y Resoluciones del Comité de Expertas del CEDAW que desarrollaban e interpretaban la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1992, 1994, 1999..), el Programa de Acción Regional para las Mujeres de América Latina y el Caribe (1995-2001) en el que como línea estratégica se establece la necesidad *de asegurar el carácter universal, inalienable, indivisible e integral de toso los derechos humanos de las mujeres (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como su permanente respeto y protección en un ambiente sano y en todo tiempo y lugar...*

FRÍES, L. /HURTADO, V. señalan como *en estos años, la violencia contra las mujeres ha pasado de ser una práctica aceptada socialmente a una grave violación a los derechos humanos para quienes la sufren*. Ob. cit., p. 16.

parte de organismos, instituciones y especialistas en la materia, a través de sus estudios e investigaciones, es la necesidad de la información que dimensione el problema, para ello es necesario el avance en el fomento de la investigación y estudio de este problema histórico.

La concienciación social de la existencia de este problema ha sido muy difícil y aún resta camino para conseguirla con plenitud, sin embargo hay distintos puntos que resultan claves desde nuestro punto de vista: en el ámbito de la prevención las campañas publicitarias, la existencia de políticas públicas que apuesten por la erradicación de esta violencia; en el ámbito de las respuestas efectivas, la existencia de un sistema/soporte preparado para atender a las víctimas de esta violencia desde el abordaje multidisciplinar que se requiere, leyes que respondan al fenómeno de forma adecuada –lo que no implica necesariamente el recurso al Derecho penal-, etc....son imprescindibles, no obstante, una vez que este fenómeno ha sido estudiado y tratado sí que se coincide en una conclusión: la educación de las futuras generaciones en igualdad y en contra de estas formas de violencia.

3.1. Situación actual en España: la elaboración de un Pacto de Estado contra la Violencia sobre la Mujer

Con fecha de 3 de agosto de 2017, en el Boletín Oficial del Estado (núm. 199) se ha publicado un Informe de la Subcomisión de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados que propone un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género, que vincularía tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas, Municipios y Provincias persiguiendo el consenso que, en su momento, tuvo la Ley Integral de 2004, esta Propuesta manifiesta una voluntad política común que incidiría en dotaciones económicas y presupuestarias para víctimas de esta violencia incluyendo como tales a los hijos e hijas en los términos de las últimas reformas que los reconocen como “víctimas directas”, el reforzamiento de las estructuras que permitan seguimientos individualizados de las situaciones de las víctimas así como se impulse la coordinación en materia de seguridad, protección y atención a las mujeres y a sus hijos e hijas, el refuerzo y puesta en marcha desde los órganos de la Administración de Justicia (Juzgados especializados, Servicios de Acompañamiento judicial...), elaboración de protocolos de intervención, activación de los Planes de Sensibilización y Prevención con especial énfasis en educación y medios de comunicación, etc.. a la par se plantean propuestas para modificar la Ley Integral de 2004 incidiendo más en los ámbitos de la prevención a través de la sensibilización y formación de profesionales. En el ámbito jurídico y delimitando su aplicación a los casos de violencia de género, se ha de destacar la propuesta de modificación de las normas

de Enjuiciamiento Criminal, en concreto, el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece la dispensa de declaración de cónyuges o parejas para excluir los casos de violencia de género, la supresión de la atenuante de confesión para estos delitos y que sea preceptiva la asistencia letrada antes de la interposición de la denuncia.

Entendemos que es fundamental y que así será un “avance”, el incorporar aquellas mejoras que el propio sistema ha detectado que son fallos o grietas, no es negativo reconocer tales carencias, al contrario, deben identificarse para poder ser resueltas, esto implica, continuar trabajando y evolucionando hasta conseguir erradicar un auténtico lastre social y, sobre todo, individual por cuanto se vulneran los derechos más básicos de las personas.

3.2. América Latina y el Caribe

Las actuaciones sobre todo en lo que ha sido la medición e indagación del problema realizando estudios e investigaciones que perseguían conocer la dimensión del problema, sobre todo en lo que era el conocimiento de las distintas formas de violencia sobre la mujer: física, psicológica y sexual como principales parámetros, se han venido realizando en países tales como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela utilizando para ello métodos de investigación estadísticos a partir de la encuestación a mujeres así como a partir de la recolección de datos desde fuentes tales como las policiales o asistenciales, no obstante, las carencias han sido y son muchas¹⁶. En los últimos años sí que es cierto que sobre sistemas metodológicos lo más exhaustivos posibles se han llevado a cabo diferentes estudios para lo que ha sido imprescindible, en primer lugar, asentar y unificar conceptos, establecer un sistema de indicadores y almacenar, analizar y utilizar la información obtenida permitiendo obtener, entre otras conclusiones y paradójicamente que uno de los problemas más importantes en la lucha contra la violencia sobre la mujer es precisamente, la falta de información a pesar de contar con sistemas estadísticos que intentan unificarlas¹⁷.

¹⁶ Ampliamente puede verse en ALMERÁS, D. et al...ob. cit., pp. 23 y ss.

¹⁷ En el estudio que realizan FRÍES/HURTADO en 2010 realizando una exhaustiva revisión por distintos países de América Latina y el Caribe comparando los indicadores de violencia utilizados en diferentes países con algunos básicos tales como el tipo de violencia, la gravedad, la relación con el agresor, la edad de la víctima, la frecuencia del maltrato y mujeres muertas a manos de sus parejas o ex-parejas concluyen que ninguno de los países que abarca este estudio y que es muy amplio *cuenta con toda la información necesaria para la construcción de los indicadores que proponen*. “Estudio de la información...” cit., pp. 35 y ss.

4. El problema social: la intervención jurídica

En diferentes países de América Latina y el Caribe durante la década de los 90 comenzaron a llevarse a cabo actuaciones legislativas con la entrada en vigor de leyes que abordaban la violencia sobre la mujer, la violencia intrafamiliar o doméstica y otras formas de violencia tales como la sexual o el acoso¹⁸, sin embargo como han apuntado diferentes especialistas en la materia y como algo que acontece a nivel internacional, el que existan leyes no implica necesariamente que se consiga erradicar el problema, máxime cuando son leyes complejas en su aplicación que requieren un soporte de estructuras, un respaldo económico y una necesaria aplicación efectiva, en general, siendo así que es obvia la necesidad de una actuación esencial: la puesta en marcha de políticas públicas que aborden el problema en su dimensión total, y aquí tenemos un grave problema que ya apuntábamos en la cuestión de la necesaria visibilización del tema y es el conocimiento exacto de la dimensión del problema para poder abordarlo, sin ese conocimiento toda actuación está abocada al fracaso¹⁹. En este sentido, proponemos el siguiente gráfico:



¹⁸ Con más detalle en cuanto a los países y a la legislación producida, puede verse en ALMERÁS, D. et al. "Violencia contra la mujer..." cit., p. 18. También puede verse CHIAROTTI, Susana en *La situación jurídico-social de las mujeres a cinco años de Beijing. El panorama regional*. VIII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Lima, Perú, febrero de 2000.

¹⁹ Como muy acertadamente afirman ALMERÁS D. et al. *la falta de estadísticas sobre la violencia contra las mujeres es todavía uno de los obstáculos más importantes a escala regional. Ningún gobierno puede diseñar políticas adecuadas para solucionar un problema sin conocer la dimensión real del mismo...* Ob. cit., p. 17.

En nuestra opinión, este “seguimiento” de las distintas fases que habrían de cumplirse se refleja muy bien en la siguiente afirmación a partir de estudios rigurosos que se han llevado a cabo: *...se evidencian dos aspectos de un mismo problema; las opciones políticas y jurídicas que han marcado las tendencias en el tratamiento de la violencia, y su impacto en las formas de registro y de generación de información, que permitan configurar el mapa estadístico de la violencia de género*²⁰. Será aquí de esencial importancia una de las actuaciones más acertadas que se hayan llevado a cabo desde los poderes públicos y mediante lo que sería la actuación institucional, nos referimos a la creación de estructuras que consigan “dimensionar” el problema desde las distintas vertientes tales como los denominados “Observatorios de la violencia” implantados en muchos países y que desde luego sí que suponen un compromiso estatal, lógicamente, siempre y cuando cuenten con las competencias, infraestructuras y dotaciones económicas necesarias para su actuación efectiva, de no ser así como se diría vulgarmente “*todo queda en agua de borrajas*”, no existirá más que derroche y ningún avance en la lucha hacia ese futuro sin violencia contra las mujeres.

Ciertamente es evidente que establecer marcos legales es fundamental para el reconocimiento y tratamiento de esta lacra pero, a pesar de las leyes, los propios sistemas políticos y jurídicos vienen fallando ¿porqué?...Somos de la opinión de que es absolutamente necesario ese abordaje transversal que implique a las “diferentes patas” del sistema que van desde los sistemas educativos, sanitarios, policiales, operadores jurídicos, asistenciales, etc...para lo cual no solo es necesaria la sensibilización –que, obviamente, no llega a todas las personas que pueden verse implicadas en las respuestas al problema- sino también una formación que conciencie de lo que es igualdad/desigualdad y, sobre todo, elimine prototipos y estereotipos anclados en el sistema patriarcal que históricamente hemos vivido y seguimos viviendo. Mientras estas cuestiones no se afronten continuaremos dejando herencias a las nuevas generaciones que deberían vivir en igualdad y sin violencia.

La intervención jurídica vendría a ser la segunda clave del sistema que ha de articularse lo que supone que los ordenamientos jurídicos entren desde sus diferentes ámbitos o jurisdicciones en el problema y, precisamente, entrará aquí el objeto de lo que expondremos a continuación: la intervención jurídico-penal. Aun cuando especialistas en el tema consideran que la visibilidad del problema y su reconocimiento comienzan con la tipificación penal de la violencia doméstica, sin dejar de tener una

²⁰ FRÍES. /HURTADO, “Estudio de la información...cit.”, p. 5.

parte de razón, tampoco es exacta esta afirmación a nuestro parecer: podemos invocar lo acontecido en España donde el hecho de estar recogido desde hace años en el texto penal –originariamente, comenzó en sede de las faltas con irrisorias penas y una regulación que resultaba la más clara manifestación de la sociedad desigual entre hombres y mujeres²¹-, las disposiciones penales fueron ignoradas e inaplicadas bajo la percepción social, político y judicial del “problema privado”. Con la mirada hacia atrás, no ha sido por tanto la regulación penal la que ha puesto de manifiesto el problema, lo han sido otros factores de índole social y la clave, creemos, más que ninguna otra han sido los movimientos sociales de las mujeres y hombres que han unido sus fuerzas para demandar soluciones a un problema fundamental para la propia sociedad.

En este punto, podemos recordar de forma sintética la evolución acontecida en España donde se puede afirmar que los tipos penales reguladores de la violencia doméstica/intrafamiliar y luego de la violencia contra la mujer, han sido de los más frecuentemente reformados incluso a partir de un nuevo Código Penal como fue el de 1995 (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre) incidiendo en tales tipos reformas posteriores en los años 1999 y 2003 y, fruto de la entrada en vigor de la L.O. 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, vuelven a producirse reformas de importante calado en los ámbitos sobre todo penales y procesales así como en otros ámbitos jurídicos. La opción de apostar por un modelo legal “integral” aun siendo cuestionada, sin embargo, demostró la eficacia de abordar el problema desde los distintos ámbitos de intervención que el fenómeno necesita²². Este modelo de “ley integral” se trasladó también al ámbito de América Latina a partir del año 2007 y siguientes eliminando el modelo anterior que se había utilizado en la década de los años 90 en el que se conjugaban el orden civil

²¹ Antiguamente el art. 583. 2º del CP español decía: *Serán castigados con las penas de arresto menor (de un día a un mes) el que maltratare a su cónyuge o hijos menores de palabra o de obra aunque no les causaren lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior. Curiosamente, a este número seguía el 3º que imponía esa pena a los cónyuges que escandalizaren en sus disensiones domésticas, después de haber sido amonestados por la Autoridad, si el hecho no estuviera comprendido en el libro II de este Código.*

²² Recordemos que la estructura de la Ley se asienta sobre un Título I que aborda la prevención, sensibilización y detección en los ámbitos educativo, sanitario, publicidad y medios de comunicación, el Título II que consagra los derechos de las mujeres/víctimas de la violencia, en el III se establece un sistema de tutela institucional y en los Títulos IV y V se recoge la adaptación de los ámbitos jurídicos implicados: penales, civiles y procesales.

y el penal llegando a éste en los casos más graves, los que no lo eran, se trataban desde el orden civil (ej. Chile)²³.

5. Especial referencia al “feminicidio/ femicidio” como figura penal (España, América Latina y el Caribe)

Ante un término o concepto como es el de “feminicidio” o “femicidio” (sinónimos) hemos de señalar que aunque en el sistema jurídico penal español en el derecho sustantivo no se utiliza²⁴, sin embargo, fue en América Latina y a raíz de lo acontecido en México (Ciudad Juárez) cuando éste se convirtió en una expresión más que conocida en el lenguaje que reconoce la violencia sobre las mujeres²⁵. No es un término inventado, la Real Academia de la Lengua Española lo define como *el asesinato de una mujer por razón de su sexo*, sin embargo, quizás acontezca como en su momento sucedió con el término “género” cuando se negaba su aplicación por “deficiencias gramaticales” algo que en este caso no ocurre y que sí que el lenguaje castellano reconoce. Pues bien, el caso es que en España, país avanzado como ya se ha venido poniendo de manifiesto en la lucha contra la violencia sobre la mujer, cuando una mujer muere a manos de su pareja o expareja, la calificación del hecho es la de “homicidio” o “asesinato” y el componente agravatorio entrará por la vía de la apreciación de la agravante genérica de “parentesco” (art. 23 CP español). La cuestión es que la Reforma Penal de 2015 ha modificado la agravante genérica contenida en el artículo 22.4º del Código Penal español incluyendo un inciso referente a que el hecho se cometa *atendiendo o motivado a/por razones de género*²⁶, esto supone que en estos momentos y poco a poco se está incorporando en los tribunales de justicia la petición fiscal de la apreciación de esta agravante junto a la del parentesco,

²³ Con el modelo de leyes integrales podemos citar, por ejemplo las legislaciones de Costa Rica (2007), Venezuela (2007), México (2008), Guatemala (2008), Colombia (2008), Argentina (2009)...

²⁴ Sí se utiliza tal expresión, por ejemplo, en los informes y memorias judiciales y fiscales anuales.

²⁵ Se atribuye este término a Diana Rusell quien lo utilizó en 1976 ante el Tribunal Internacional de los Crímenes contra la Mujer aunque será en las publicaciones que posteriormente realice en 1992 donde se ubica la consagración del término. *Femicide: the politics of woman killing*. Nueva York y Ontario, 1992.

²⁶ Art. 22.4 tras la reforma por LO 1/2015, de 30 de marzo: *Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o de su discapacidad.*

obviamente, es necesaria la acreditación de la circunstancia que deberá hacerse sobre la prueba de la existencia de conductas previas constitutivas de maltrato o violencia²⁷. Asumiendo las críticas que puedan hacerse a la siguiente propuesta, creemos que no estaría de más que todos los agentes u operadores que intervienen en el problema de la violencia sobre la mujer, sobre todo, los propios medios de comunicación y las instituciones públicas impulsoras de las campañas de sensibilización y prevención utilizaran esta palabra creando así una cultura que avance en el reconocimiento de esta lacra social, el uso de las palabras es fundamental para reconocer la realidad.

Variemos ahora a otro escenario: el uso del término “femicidio” o “femicidio” tiene una amplia acogida en los países de América Latina, una de las autoras de mayor representación en el feminismo y, ante todo, luchadora contra todas las formas de violencia sobre la mujer es Marcela Lagarde quien definió el término en cuanto al acto de asesinar a una mujer sólo por el hecho de que era mujer si bien llamó la atención e incidió en el componente social y político más incluso que en el individual, llamó así a una intervención estatal en el “fenómeno silenciado”²⁸. No solo se trata de muertes, sino de desapariciones, torturas, violencia sexual, acoso, mutilaciones genitales, etc... Ha sido así que en diferentes países existen los tipos penales que los recogen como tipos autónomos teniendo en cuenta que se configura respecto al delito de homicidio. Destacaremos algunos de estos países: México como referente por ser el lugar donde se citan los hechos más internacionalmente conocidos, cuenta con un Observatorio Ciudadano Nacional sobre Femicidio y su legislación cuenta con esta figura penal en su art. 148 bis del CP. En Perú, también

²⁷ A modo ejemplificativo y siendo una sentencia pionera en nuestro país, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 1/2017, de 20 de enero (Rec. 24/2016) en la que se juzga un caso de asesinato de una mujer a manos de su pareja y en la que se aprecian en el delito de asesinato tanto la agravante de parentesco (art. 23) como la de “desprecio de género” (art.22.4), respecto a esta última es importante reproducir lo sostenido en el pronunciamiento refiriéndose a ella en cuanto a *que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que le impulsa a cometer el delito, siendo por ello decisivo que se acredite la intención de cometer el delito contra la mujer por el hecho de ser mujer y como acto de dominio y superioridad....* en este caso el Tribunal consideró acreditada la circunstancia por los hechos anteriores, constatando la anulación de la capacidad de decisión de la mujer *hasta acabar con su vida como acto final de dominación*.

²⁸ Sobre muchas publicaciones en la materia podemos citar entre otras: “Identidades de género y derechos humanos: la construcción de las humanas”. VII Curso de Verano. Educación, Democracia y Nueva Ciudadanía, Universidad Autónoma de Aguas Calientes, 1997. También, “El femicidio y el femicidio” (http://www.elderecho.com/penal/femicidio-femicidio_11_360055003.html).

se contabilizan las muertes de mujeres como “feminicidios” y es uno de los países que a pesar de tener una legislación severa, la CEPAL en 2014 lo consideró como el segundo país de América Latina en número de víctimas. Ecuador, también cuenta con un tipo penal de “feminicidio” (art. 141), otros países siguen el sistema de agravaciones tal y como es el caso, por ejemplo, de Argentina.

En conclusión, es obvia la necesidad de la intervención jurídica desde los ámbitos más severos del ordenamiento ante estos hechos que lesionan los bienes jurídicos más fundamentales de las mujeres, sin embargo, no hemos de olvidar que las respuestas y soluciones a una lacra social han de provenir antes y también de otros agentes sociales que lleven a cabo esa necesaria “prevención” que consiga evitar llegar a *causar más males de los ya causados*.

6. Los retos de un futuro sin violencia contra la mujer por el hecho de ser Mujer

Para concluir este trabajo en el que ante todo me ha inspirado el cariño y respeto hacia mi querido colega el Prof. Benítez Ortúzar, con el que la amistad me permite coincidir y disentir pero, ante todo, unirme con él en el mayor convencimiento de la defensa de un sistema político y social fundamentado en el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas por lo que compartimos creencias e ilusiones en sociedades justas, sin diferencias ni discriminaciones y menos aún ante “sinsentidos” como es la muerte o las lesiones a las mujeres solo por eso, por ser mujeres.

Finalmente, mi propuesta personal: hay una expresión que me satisface enormemente porque puede describir una necesidad que nos hará una sociedad mejor, se trata de lo que deberían ser *agendas de género*, o lo que es igual, compromisos políticos en todos los países, objetivos, fechas, conclusiones, actuaciones....eso nos permitirá avanzar para no retroceder en una sociedad en la que la mujer no sea víctima de violencias.

La omisión legislativa para tipificar como delito el ataque a la dignidad de la mujer dentro del hogar

DR. GONZALO ARMIENTA HERNÁNDEZ*

Sumario

1. Introducción
2. Naturaleza de violencia emocional
3. Causas de la agresión
4. La dignidad
5. El ataque a la dignidad como delito
6. Conclusiones

1. Introducción

La violencia emocional es sin duda la más dañina de todos los tipos de violencia pues esta deja huellas permanentes que ni el tiempo las puede borrar, ya que perduran a lo largo de la vida.

La violencia emocional cuando se infringe en el ámbito laboral se le ha denominado Mobbing, sin embargo esa violencia emocional dentro del seno familiar también se le puede considerar como mobbing cuando tiene su origen en actividades domésticas como lo son la limpieza de la casa, el lavado y planchado de la ropa o la elaboración de la alimentación familiar.

Efectivamente el mobbing tiene su origen en el menosprecio de una persona en actividades laborales ya sea de servicio, manufactureras o de

* Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Sinaloa y Coordinador de la Unidad de Estudios de Posgrado, Integrante del Sistema Nacional de Investigadores Nivel II del CONACyT.

notaria183@yahoo.com.mx

otra índole, con el objeto, en mucho de los supuestos, de obligarla a realizar actividades que el resto del grupo no quiere realizar, y en el caso de las actividades domésticas esa violencia se presenta por los integrantes de la familia mediante agresiones normalmente psicológicas, degradando a la esposa o madre para obligarla a realizar las labores que no son de exclusiva competencia de la mujer.

La degradación de la mujer en el hogar tiene como causa la dependencia de la mujer con relación al hombre, lo cual ha sido aceptado por la sociedad por el rol tan limitado que tiene la mujer socialmente.

Las consecuencias de la violencia doméstica son altamente graves pues trascienden a la estabilidad social provocando como resultado un menosprecio generalizado hacia el género femenino, así se ha señalado por el Ministerio de Sanidad y Consumo Español en el documento titulado *Violencia doméstica* dentro del cual se afirma que: "La gravedad de sus consecuencias físicas y psicológicas tanto para la víctima como para la familia hacen de la violencia doméstica un importante problema de salud con intensa repercusión social."¹

Al fenómeno social de violencia laboral se le bautizó con el nombre de *mobbing*, palabra que proviene del análisis del comportamiento de los animales, y más concretamente de la conducta defensiva de los pájaros en contra de un enemigo más grande, y ya en el ámbito humano se definió como aquella situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen violencia psicológica extrema de forma sistemática, durante un tiempo prolongado, sobre otras personas en el lugar del trabajo.

Es por lo anterior que no podemos concluir que el *mobbing* sólo se ejerza de jefes a empleados, pues de la misma manera encontramos esta conducta entre personas de la misma jerarquía e inclusive de menor a mayor jerarquía, y en muchas ocasiones como ya lo mencionamos en el caso de las mujeres, hasta en el hogar.

De acuerdo a lo anterior basta con que el agresor sea un frío manipulador y experto en situaciones sociales, que utilice métodos sutiles e indirectos para obtener un beneficio.²

En algunos supuestos el ataque lo efectúa el más débil contra el individuo más fuerte, lo cual si se observa en muchas ocasiones en el hogar, cuando los hijos hombres son los que agreden a la madre o a la hermana con el objeto de hacerles ver que es la única manera que serán aceptadas

¹ Ministerio de Sanidad y Consumo, *Violencia Doméstica*, España, consultado en la página [http://www. Msssi.gob.es/ciudadanos/violencia/docs/violencia_domestica](http://www.Msssi.gob.es/ciudadanos/violencia/docs/violencia_domestica) el 7 de junio de 2015.

² MICHELLE ELLIOT, *Intimidación*, México, FCE., 2008, p. 487.

en el hogar, pues la violencia no sólo se debe de entender desde el punto de vista físico.

Sin embargo la violencia mas generalizada es la que se efectúa del mas fuerte al más débil y en el caso a estudio si esa violencia se traslada al seno familiar es la que se ejerce del esposo o padre hacia la mujer.

2. Naturaleza de violencia emocional

La violencia emocional no sólo se trata de un acto de mera molestia sino de total destrucción de la persona ya que se busca minimizarla como ser humano o para que realice las tareas que mas le convengan al agresor pues la convence de que es la única manera de que será aceptada dentro del grupo en donde desarrolla sus actividades.

En términos generales el efecto más importante de la violencia emocional en el ámbito familiar, es hacer sentir menos a la mujer, denigrándola, y convencerla que la actividad doméstica es lo único que puede realizar como persona para que sea aceptada por la familia.

La prevención de la violencia emocional en el hogar es un problema de salud familiar que el Estado debe de atacar por traer repercusiones de violencia social, por lo cual debe haber acciones gubernamentales para evitarlo y una de las formas de detectar este grave problema se debe de combatir mediante acciones de prevención, y como última ratio de tipificación penal, apoyándose en los médicos familiares para identificar aquellos hogares en donde se encuentran personas con mayor riesgo de sufrir la violencia doméstica como son en los hogares en donde existan:

- Mujeres con perfil de riesgo de sufrir maltrato (dependencia, baja autoestima, aislamiento, historia de maltrato en la familia de origen...)
- Hombres con perfil de riesgo de maltratadores (hombres violentos y controladores, con bajo control de impulsos, con historia de malos tratos en la familia de origen).³

Se recomienda que sean diferentes los profesionales sanitarios que deben participar en su prevención y combate, pero los médicos de familia son determinantes pues gozan de la confianza de la familia.⁴

³ Ministerio de Sanidad y Consumo, Violencia Doméstica, España, consultado en la página [http://www. Msssi.gob.es/ciudadanos/violencia/docs/violencia doméstica](http://www.Msssi.gob.es/ciudadanos/violencia/docs/violencia%20dom%C3%A9stica) el 7 de junio de 2015.

⁴ Ídem.

Es por ello que se afirma que : “El médico puede ser la única persona fuera de la familia a la que una mujer le pida ayuda; estos profesionales tienen una oportunidad única y la responsabilidad de intervenir”⁵

El bien jurídico tutelado en la violencia emocional es la dignidad, la cual es un derecho humano fundamental, como lo es de la misma manera el derecho del individuo a realizarse, la libertad laboral, la igualdad de trato, y la salud.

3. Causas de la agresión

Iñaki Piñuel nos indica que los principales motivos para que exista la agresión son los celos y la envidia, agregando por mi parte la obtención de alguna ganancia sobre la persona agredida.⁶

De esta manera el agresor en términos generales es un individuo con rango superior , esto es el mas fuerte y en algunos supuestos de menor jerarquía como es el caso de los hijos hombres hacia la madre, siendo aceptado este tipo de agresión por cuestiones de naturaleza cultural.

Es por ello que aunque se considere como una conducta extraña, los propios inferiores pueden acosar a su superior cuando aprovechándose de alguna debilidad, educación o sentimiento de culpa lo amaguen o manipulen para que realice actividades en su beneficio, ya sea en el ámbito laboral o familiar como es el caso de la mujer en el hogar en donde el acoso se da en el ámbito laboral domestico ya sea por el esposo o por los hijos o por ambos.

En relación con las jerarquías Ernesto Lammoglia al referirse a las estrategias para someter a la victima, nos indica tres formas de acoso:

1. De manera vertical que consiste el acoso mas usual o sea de arriba hacia abajo
2. De manera horizontal que consiste entre individuos del mismo nivel de jerarquía y;
3. De manera vertical, de abajo hacia arriba.⁷

Este mismo autor al referirse a cada una de estas prácticas nos indica:

1. las prácticas mas comunes de acosos vertical son:

Gritar, avasallar o insultar a la víctima, ya sea cuando está sola o en presencia de otras personas, para humillarla, asignarle objetivos con

⁵ Ídem.

⁶ Iñaki Piñuel y Zabala, Mobbing, España, SAL TERRAE, 2001, p. 51

⁷ ERNESTO LAMMOGLIA, Violencia emocional, México, Grijalbo, 2009, p. 33

plazos que se saben inalcanzables o imposibles de cumplir, sobrecargarla con mucho trabajo, amenazarla continuamente con el despido, quitarle áreas de responsabilidad clave, ofreciéndole a cambio tareas rutinarias, sin interés; modificar, sin decirle nada, las atribuciones de su puesto de trabajo; tratarla de una manera diferente o discriminatoria con medidas exclusivas en su contra; estigmatizarla entre otros compañeros; dejarla sin ningún trabajo que realizar (congelarla); ignorarla simulando que no existe, como si fuera invisible; infravalorarla o no valorar en absoluto su esfuerzo; bloquear su desarrollo limitando o entorpeciendo su acceso a promociones o capacitación; ignorar sus éxitos profesionales, atribuirlos a otras personas o a la casualidad; adjudicarse sus logros; criticar continuamente su trabajo, sus ideas, sus propuestas, sus soluciones; monitorizar su trabajo con visitas a encontrarle faltas para acusarla de algo; impedirle cualquier forma de decisión en el marco de sus responsabilidades y de sus atribuciones; ridiculizar su trabajo con vistas a encontrarle faltas para acusarla de algo; impedirle cualquier forma de decisión en el marco de sus responsabilidades y de sus atribuciones; ridiculizar su trabajo, sus ideas, o los resultados obtenidos ante los demás; atacar sus convicciones personales, su ideología o su religión; encargarle tareas inútiles o degradantes; acosarla sexualmente; darle órdenes incoherentes; tratarla de forma denigrante; tratarla como si fuera niño u objeto.⁸

El mismo Lammoglia se refiere a las prácticas de acoso de manera horizontal de la siguiente manera:

Retener información crucial para su trabajo o manipularla para inducirlo a error; correr rumores maliciosos o calumniosos que menoscaban su reputación; bloquearla administrativamente manipulando documentos o resoluciones que le afectan; invadir su privacidad al intervenir su correo, su teléfono o revisando sus documentos; robar o sustraer elementos clave para su trabajo; poner en circulación un mal entendido que puede explotar en beneficio propio, sembrando la duda en los demás; aislar a un empleado, romper sus alianzas, ignorarlo, animar a otros compañeros a participar en cualquiera de las acciones anteriores.⁹

Por último cuando este autor se refiere al acoso de abajo hacia arriba nos señala que esto sucede en los siguientes supuestos:

Perder documentos importantes; omitir dar mensajes importantes; fuga de información; averías en la línea de producción; correr rumores y

⁸ *Ibid*, pp. 195-197.

⁹ *Ibid*, pp. 196-197.

chismes que la desprestigien; amenazas anónimas a su casa; no informar de equipo dañado; faltar en fechas críticas; retrasar el trabajo; acusaciones falsas por ejemplo de acoso sexual, al interpretar las órdenes.

Del análisis de estos tipos de agresiones, sin duda la que se origina en el hogar es la forma vertical pues se ejerce gritando, avasallando o insultando a la víctima, ya sea cuando está sola o en presencia de otras personas, para humillarla.

4. La dignidad

La dignidad representa no sólo una garantía de que la persona no va a ser objeto de ofensas u humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo.

Se ha definido a la dignidad como la fuente de todos los derechos, por lo que se le considera un concepto pre-jurídico, es decir, el fundamento que sustenta los derechos del ser humano, por lo que cuando afirmamos que el ser humano debe ser tratado dignamente, estamos afirmando que se deben respetar el principal de sus derechos fundamentales.

De acuerdo a Torralba Roselló, la dignidad se puede contemplar desde tres puntos de vista diversos:

1. Dignidad Ontológica. Está unida al hombre y por lo tanto debe ser la misma para todos, por lo que el hombre independientemente de que sea el peor de los criminales es un ser digno y por lo tanto no puede ser sometido a tratos degradantes como la tortura.
2. Dignidad ética. Hace referencia no al ser de la persona sino a su obrar, por lo que el ser humano es mayormente digno cuando su conducta está de acuerdo con lo que él debe ser. Esta dignidad no es poseída para todos del mismo modo porque es construida por cada uno a través del ejercicio de su libertad. La dignidad ética se dice del ser y la ontológica se dice del obrar.
3. Dignidad teológica. Este tipo de dignidad es algo dado al ser humano por el hecho de haber sido creado a imagen y semejanza de Dios.¹⁰

A nivel internacional la dignidad se encuentra reconocida en diversas convenciones iniciando por la Carta de las Naciones Unidas de 1945 en donde se establece:

¹⁰ TORRALBA ROSELLÓ, Fernasesc, *Que es la dignidad humana?*, España, Herder, 2005, p. 84.

Los pueblos de las naciones unidas resueltos a afirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, decidieron aunar sus esfuerzos para realizar estos designios

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre se establece en el artículo 1 de su parte dispositiva:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se menciona:

Estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.

En el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, al igual que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que los derechos fundamentales contenidos en el propio pacto derivan de la dignidad inherente a la persona.

Por su parte la Convención Internacional sobre Eliminación de las Formas de Discriminación Racial, en su preámbulo señala que la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos.

La Convención Sobre la Tortura de diciembre de 1985 establece en el párrafo segundo del preámbulo, que se reconoce los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y que emanan de la dignidad inherente de la persona humana.

La Convención de los Derechos del Niño del 6 de diciembre de 1989, se refiere a la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia.

La Convención de las Naciones Unidas Sobre Diversidad Biológica, del 5 de junio de 1992, reconoce que la diversidad genética de la humanidad no debe dar lugar a ninguna interpretación de tipo social o política que cuestione la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todas las personas.

La Conferencia de las Naciones Unidas de Teherán, de 1968, invoca la vida digna, y la de Viena de 1994, afirma que todos los derechos humanos derivan de la dignidad inherente de la persona humana.

En el prólogo de la Constitución de la UNESCO se asienta que la grande y terrible guerra que acaba de terminar no hubiera sido posible sin la negación de los principios democráticos de la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres y que la amplia difusión de la

cultura y la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz son indispensables para la paz del hombre.

La Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza, establece como un caso especial de discriminación colocar a una persona o grupo de personas en una situación incompatible con la dignidad humana.

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos del Genoma Humano establece que estos son la base de la unidad fundamental de la familia humana, reconociendo su dignidad intrínseca y su diversidad.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece refiriéndose a la dignidad que “Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores individuales y universales de la dignidad humana”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce en su prólogo que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fundamentalmente los unos y los otros”.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

La Carta Africana Sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, de julio de 1981 señala: “Consciente de sus deberes para lograr la total liberación de África, cuyos pueblos están luchando aún por su dignidad y genuina independencia, y obligándose a eliminar el colonialismo”.

La Organización Internacional del Trabajo o Declaración de Filadelfia del 19 de mayo de 1944 afirma: “todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”.

Como se desprende de esta apretada síntesis de convenciones internacionales que se refieren a la dignidad, los pueblos del mundo se encuentran altamente preocupados por el respeto a este derecho fundamental, por lo cual en la mayoría de las declaraciones y convenciones signadas en materia de derechos humanos, se refieren a este valor fundamental, el cual constituye la base fundamental de la convivencia pacífica del ser humano, por lo que en el momento en que algún actor de la conducta humana los trasgrede lesiona el desarrollo de cualquier conglomerado o núcleo de personas, lo cual sucede en la violencia emocional, siendo una de las causas mas nefastas que trae como consecuencia la descomposición de toda organización iniciando por la de la familia.

El maltrato a la mujer sobre todo en el hogar tiene sus orígenes remotos ya que desde la antigüedad la mujer se le ha considerado como una persona débil pues los hombres por así convenir a sus intereses respaldaron el sometimiento apoyados por filósofos como Aristóteles que sostenía que por naturaleza la mujer es inferior al hombre o las frases que detrás de un gran hombre hay una gran mujer, que aunque aparentemente engrandece a la mujer en realidad la ubica siempre detrás del hombre.

La discriminación de la mujer ha resultado evidente en las relaciones laborales en donde los patrones le asignan salarios inferiores a los del hombre y se les pasa en segundo término prefiriéndose la mano de obra masculina, esa discriminación resulta mas evidente en el hogar en donde las tareas domesticas de la mujer no son valoradas e inclusive despreciadas por el propio entorno familiar .

Debemos reconocer que la legislación laboral ha tenido avances fundamentales relacionados con la protección de la mujer en el trabajo y contra la discriminación o mobbing laboral, sin embargo la legislación aún en la actualidad es omisa en lo relacionado con la protección de la mujer en las tareas domésticas dentro del seno familiar pues su quehacer se desarrolla de sol a sol con tareas mas pesadas de las que el hombre realiza en su actividad laboral.

La discriminación siempre conduce al desprecio de la persona y como consecuencia a su marginación, resultando evidente esta conducta en el seno familiar cuando la persona marginada no tiene el derecho a participar en las decisiones familiares.

La finalidad del ataque a la dignidad es el ocasionar un daño y es por esto que su principal elemento es una conducta agresiva hacia la persona que se le quiere ocasionar el daño, pues la agresión es cualquier forma de conducta dirigida a dañar o perjudicar a otro ser vivo.

Existen varios factores que motivan la agresión como lo son cuando la violencia se inicia en la infancia y en la adolescencia culminando con manifestaciones de conductas antisociales y violentas en la edad adulta.

También nos encontramos con conductas violentas como consecuencia del entorno en que se desarrolla una persona, sin embargo en muchas ocasiones esta se va reduciendo en la medida en que los jóvenes incorporan nuevas habilidades físicas y sociales para enfrentar los estímulos contrarios a su entorno.

Y desde luego la cultura es otro factor fundamental para el desarrollo de la conducta agresiva en un individuo, sobre todo en los países capitalistas como estados unidos que desde la infancia están incentivando conductas agresivas mediante los juegos virtuales, haciendo aparecer las prácticas que se desarrollan en estos juegos como normales.

Es por lo anterior que la agresión y como consecuencia el ataque a la dignidad las encontramos en forma mas reiterada en los países en donde el desarrollo cultural se encuentra mas limitado y en los cuales no obstante su gran desarrollo económico se inculca a sus niños y jóvenes a la práctica de conductas violentas, o en los países desarrollados con sistemas capitalistas en donde lo único que importa es obtener ganancias económicas no importando el daño que le puedan causar a la sociedad.

5.El ataque a la dignidad como delito

El ataque a la dignidad se le debe considerar como un crimen de naturaleza internacional, al respecto Antonio Blanc Altemir en el proyecto titulado "Crimen y Delitos Internacionales" señala como delito internacional aquellos que conlleven:

- a. Una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional como la que prohíbe la agresión.
- b. Una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial.
- c. Una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como la que prohíbe la esclavitud, el genocidio, el *apartheid*.
- d. Una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y protección del ser humano como la que prohíbe la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.¹¹

Cuando exista una violación reiterada a la dignidad de un pueblo estaremos ante la presencia de un crimen internacional, por lo que la violación a la dignidad de las personas en particular se le debe de considerar un crimen que debe de ser sancionado de acuerdo a la legislación penal de cada nación.

El ataque a la dignidad de la mujer constituye un crimen sancionable penalmente pues constituye un ataque al mantenimiento de la paz social, a la libre determinación y a la protección del ser humano.

¹¹ BLANC ALTEMIR, Antonio, La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional, España, Bosh Casa Editorial, p. 58.

La dignidad es una norma ius-cogens, las cuales de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, deben de contener los siguientes elementos:

- a) Las normas imperativas son aquellas que han sido calificadas por la comunidad internacional en su conjunto mediante su aceptación y su reconocimiento, y;
- b) Dichas normas derivan de un consenso general de los Estados referido a determinados valores jurídicos esenciales según el orden internacional.

Por lo anterior afirmamos que a la dignidad se le debe de considerar como una norma ius-cogens y consecuentemente inmutable, pues existe el consenso general que se debe de considerar como un valor esencial del ser humano.

La violación a las normas consideradas ius-cogens como lo es la violación a la dignidad humana constituye un verdadero crimen internacional y por lo tanto debe de estar tipificado como delito por los Estados adheridos a la Convención Internacional de Derechos Humanos.

El ataque a la dignidad representa el principal causa de agresión que genera la violencia familiar y social, mediante el sometimiento de la persona a la cual va dirigido, aprovechándose el agresor de la falta de una clara legislación que la prohíba e inclusive que la castigue, al respecto Matilde Zavala señala que no obstante, el daño que se causa, todavía no se ha consolidado con suficiente madurez el rechazo hacia cualquier discriminación injusta, que excluya todo irrazonable tratamiento de inferioridad ¹², inclusive en muchos hogares se ve como normal el hecho de que a la mujer se le menosprecie y se le asignen solamente tareas domésticas.

Sin embargo no se puede considerar que la existencia de preferencias en el hogar sobre algún miembro de la familia siempre sea discriminatoria pues como lo indica Matilde Zavala "...el prodigar mayor cariño hacia algún hijo en comparación con otro, así se exprese en algunos actos de preferencia, si no significan desatención u otra clase de incumplimiento de deberes paternos."¹³

De ninguna manera se puede pretender que si en determinadas culturas la mujer cuenta con un rol de ama de casa, esa actividad por si misma sea discriminatoria y que pueda llegar a constituir un ataque a

¹² ZAVALA DE GONZÁLES, Matilde, Daños a la Dignidad, editorial Astrea, ciudad de Buenos Aires, 2011, T 2 p. 66.

¹³ Ibid, p. 67.

la dignidad, pues solamente podríamos estar ante la presencia de este resultado, si es sometida a un trabajo doméstico que no quiera realizar.

6. Conclusiones

La violencia emocional no deja huellas físicas, sin embargo es la más dañina de todas las violencias ya que genera inestabilidad social y sus daños no se borran con el tiempo.

La violencia doméstica contra la mujer es altamente grave pues además de generar inestabilidad social, provoca el menosprecio al género femenino, representando un problema de salud.

La violencia doméstica en contra de la mujer trae como consecuencia la degradación de la mujer generando la dependencia con relación al hombre, lo cual en forma indebida ha aceptado la sociedad debido al rol tan limitado con que aún cuenta la mujer dentro de una sociedad capitalista.

El Estado se debe de hacer responsable por evitar la violencia emocional en contra de la mujer en el hogar mediante acciones de prevención, apoyándose en médicos familiares y como ultima ratio tipificando como delito a la violencia emocional dentro del hogar en contra de la mujer.

La responsabilidad penal de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad

DR. DAVID LORENZO MORILLAS FERNÁNDEZ*

Sumario

1. Breve aproximación al trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH)
2. Imputabilidad y TDAH
3. Respuestas dadas por la jurisprudencia española
 - 3.1. Audiencias Provinciales
 - 3.2. Tribunal Supremo
4. Conclusiones

1. Breve aproximación al trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH)

Pese a constituir un trastorno cada vez más conocido, sobre todo en el siglo XXI, el trastorno por déficit de atención e hiperactividad presenta una vida de, aproximadamente, ciento cincuenta años. En este sentido, pueden establecerse las siguientes fechas como más relevantes o paradigmáticas para entender el origen y evolución del TDAH: i) puede datarse en 1844 la fecha en la que el Dr. Heinrich Hoffman menciona por primera vez la existencia del citado trastorno; ii) en 1902 el instante en el que los doctores Still y Tredgold describen por primera vez sus síntomas, siquiera asociándolos a un defecto del control moral; y iii) en 1980 se produce el primer reconocimiento a nivel oficial e internacional¹, al incluirse el trastorno por déficit de atención en el DSM-III².

* Profesor Titular de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Murcia (España). davidm@um.es

Investigación enmarcada dentro del Proyecto de Investigación.

La responsabilidad penal de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad (DER 2016-80604-P).

¹ No obstante, el DSM-II introdujo la categoría “reacción hiperkinética de la infancia”.

² Vid., más ampliamente, GRATCH, L., *El trastorno por déficit de atención (DD-AD-HD). Clínica, diagnóstico y tratamiento en la infancia, la adolescencia y la adultez*, Bue-

Es tal la dimensión social generada y las repercusiones que conlleva que, según la Asociación Americana de Psiquiatría, en torno a un 5% de los niños lo presenta, tasa que se reduce en adultos hasta el 2,5%, debido principalmente a la intervención y detección a edades tempranas; siendo más comunes los casos en la población masculina que femenina, donde el DSM-5 establece sendas proporciones de 2-1 en niños y 1,6-1 en adultos, respectivamente³, si bien existe las mujeres presentan mayores rasgos de inatención⁴. En el caso de España, no existen unos parámetros medidores claros pero debe estimarse que la afectación gira en torno al 5-8% de la población, encontrándose la principal prevalencia entre los seis y los nueve años de edad⁵.

Ahora bien, ¿qué es el TDAH y qué efectos comporta? Como muy bien ha referido Aguilar Cárceles, el TDAH es el trastorno del neurodesarrollo de mayor prevalencia a escala mundial, cuya sintomatología nuclear se establece sobre la inatención, hiperactividad e impulsividad; esto es, como un trastorno neuropsiquiátrico o neurocomportamental definido por los niveles de deterioro a nivel atencional, organizacionales y/o presencia de hiperactividad/impulsividad, que interfiere en el funcionamiento y desarrollo del individuo con un considerable impacto o significación clínica suficiente, todo ello justificado en su inicio temprano y posible cronicidad posterior⁶.

El DSM-5, como Manual referencial de los Trastornos Mentales, lo ha identificado como un trastorno del neurodesarrollo; esto es, una afección iniciada en el período de desarrollo de la persona, por lo que se manifiesta de manera precoz antes de que el niño empiece la escuela primaria, caracterizándose por un déficit del desarrollo que produce deficiencias del funcionamiento personal, social, académico u ocupacional. En concreto, en niveles problemáticos de inatención, desorganización y/o hiperactivi-

nos Aires, pp. 19-22; SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C. y FIGUEROA QUINTANA, A., «Trastorno por déficit de atención e hiperactividad», en Soutullo Esperón y Mardomingo Sanz (Coord.), *Manual de Psiquiatría del Niño y del Adolescente*, Madrid, 2010, p. 55.

³ Una revisión más amplia de la prevalencia del trastorno midiendo diversas variables puede encontrarse en AGUILAR CÁRCELES, M. M., *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH). Aspectos jurídico-penales, psicológicos y criminológicos*, Madrid, 2014, págs... 81-94.

⁴ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-5)*, Madrid, 2014, pp. 61 y 63.

⁵ SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C. y FIGUEROA QUINTANA, A., «Trastorno...» cit., p. 56.

⁶ AGUILAR CÁRCELES, M. M., *Trastorno... cit.*, p. 495.

dad/impulsividad. Por ello, mientras las primeras comportan una incapacidad para seguir tareas, pareciendo, por ejemplo, que no escuchan, y que pierden los materiales a unos niveles incomprensibles con su edad o nivel de desarrollo; las últimas conllevan una actividad excesiva, movimientos nerviosos, incapacidad de permanecer sentado, intromisión en las actividades de otra persona e incapacidad para esperar a niveles excesivos. Así, mientras en la infancia el TDAH se solapa con los denominados trastornos exteriorizadores, como el negativista desafiante o el de conducta, su persistencia abarca hasta la edad adulta con los consiguientes deterioros a nivel social, académico y ocupacional⁷.

La doctrina se ha mostrado en términos muy parecidos a los descritos y así, a modo de ejemplo, ha señalado que la inatención, siguiendo a López Soler, Castro Sáez, Isabel Belchí y Romero Medina, se relaciona con la dificultad para realizar una misma tarea en un período largo de tiempo, no siendo de extrañar que el sujeto se aburra al instante o “se le vaya el santo al cielo” y empiece a pensar en otras cosas; la hiperactividad se vincula a una movilidad excesiva y la rigidez y falta de coordinación en sus movimientos, lo que incide en frecuentes caídas, si bien el constante movimiento en situaciones en las que no tendría que producirse constituye uno de los principales indicadores para su sospecha –al igual que hablar sin parar, dar golpes (...) ⁸, aunque, conforme avanzan en edad, la hiperactividad tiende a disminuir aparentemente aunque dirán sentirse inquietos o nerviosos por dentro⁹; mientras que la impulsividad debe asociarse, siguiendo a Gratch, con una incapacidad no premeditada del sujeto para controlar sus actos, llegando a exteriorizarse como agresividad; esto es, el incremento de la tensión se descarga impulsivamente con el objeto de hacer daño o defenderse, si bien se manifiesta de manera distinta según el grado evolutivo del individuo y así, por ejemplo, en la edad escolar es muy frecuente apreciar dificultades en el aprendizaje, en la adolescencia peleas con pares, robos, etc y en la adultez con

⁷ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual... cit.*, pp. 31-32.

⁸ En este sentido, creo que resulta muy ilustrativa la referencia hecha por San Sebastián Cabasés, Soutullo Esperón y Figueroa Quintana cuando afirman que «los padres advierten que el niño actúa como si “estuviera activado por un motor” o como “si nunca se le acabaran las pilas”» (SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C. y FIGUEROA QUINTANA, A., «Trastorno...» cit., p. 57).

⁹ LÓPEZ SOLER, C., CASTRO SÁEZ, M., ISABEL BELCHÍ, A. y ROMERO MEDINA, A., «Descripción clínica: El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y los trastornos de comportamiento perturbador», en López Soler y Romero Medina, *Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad y Trastornos Del Comportamiento en la infancia y en la adolescencia: Clínica, Diagnóstico, Evaluación y Tratamiento*, Madrid, 2013, pp. 14 y 15.

inestabilidad emocional, fácil irascibilidad y toma rápida de decisiones que requerirían mayor reflexividad¹⁰.

Las explicaciones científicas en torno a su origen se aproximan, en la actualidad, hacia una perspectiva biológica con un elevado riesgo genético¹¹. En este sentido, la opinión mayoritaria gira sobre la premisa de problemas localizados en determinados neurotransmisores existentes en ciertas partes del cerebro, lo cual origina una inhibición de los impulsos y una ausencia de capacidad para controlar la atención, lo cual puede evidenciarse, y ha quedado perfectamente demostrado gracias a las técnicas de neuroimagen, al comparar las conexiones cerebrales de niños que presentan TDAH y los que no. Del mismo modo, se ha apreciado que las personas que presentan TDAH poseen una menor cantidad de glucosa en el cerebro. Sin embargo, pese a lo anterior, como afirman San Sebastián Cabasés, Soutullo Esperón y Figueroa Quintana, aún no están del todo claras las causas que lo motivan, pese a tener un origen fundamentalmente biológico, aunque hay una evidente influencia de factores etiológicos genéticos y ambientales que contribuyen a su aparición, llegando a cifrar en un 77% la incidencia de los primeros¹².

Gratch prefiere utilizar la terminología “trastorno neuroquímicos” como motivadores, especificando la absoluta relevancia presentada por los neurotransmisores, incluyendo la dopamina, noradrenalina, acetilcolina y serotonina¹³. El sistema límbico y el lóbulo frontal constituyen las principales localizaciones anatómicas del sistema encargado de la atención, función muy importante del Sistema Nervioso Central, cuya participación es imprescindible para el adecuado desarrollo de los procesos de aprendizaje ya que, desde allí, las células nerviosas envían sus proyecciones a diferentes partes del cerebro por lo que la vinculación

¹⁰ GRATCH, L., *El trastorno... cit.*, p. 13.

¹¹ Vid., más ampliamente, ISORNA FOLGAR, M., *Trastorno por Déficit de Atención con Hiperactividad (TDAH)*, 2015, pp. 35-58; AGUILAR CÁRCELES, M. M., *Trastorno... cit.*, pp. 141-236; MOLANO-BILBAO, A.; OLANO-MARTÍN, E.; TEJEDOR HERNÁNDEZ, E.; y FERRER ALCÓN, M., «Genética del trastorno por déficit de atención e hiperactividad», en Quintero Gutiérrez del Álamo, Correas Lauffer y Quintero Lumbreras (Dir.), *Trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH) a lo largo de la vida*, Barcelona, 2009, pp. 27-52.

¹² SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C. y FIGUEROA QUINTANA, A., «Trastorno...» cit., p. 55.

¹³ Las variaciones en la concentración de los citados neurotransmisores producen diferentes trastornos como, por ejemplo el Parkinson.

con las tareas de atención y aprendizaje es un hecho¹⁴. Así pues, la interrelación de esos grupos neuronales es mediatizada por la intervención de los neurotransmisores con lo que la actividad de la atención requiere una estimulación o inhibición de diferentes áreas del cerebro, no siendo un proceso común o similar en todos los casos sino que variará según la intensidad del proceso a realizar con lo que se exigirá diferentes tipos de atención según la actividad y el comportamiento requerido –piénsese, por ejemplo, en un niño sentado en el colegio en clase prestando atención y ese mismo infante en la clase de educación física desarrollando una actividad-. Ante ello, una persona modula su capacidad de atención y movimiento a la necesidad de la situación concreta pero una con TDAH posee dificultades específicas que exceden a su voluntad, llegando a impedirle poder cumplir ciertas funciones con la eficacia requerida¹⁵. Las connotaciones de este postulado son muy relevantes pues, como detallaré posteriormente, admitir esta tesis conlleva ya una declaración fundamental de cara a la imputabilidad del sujeto consistente en la no afectación a la esfera cognitiva del sujeto.

Llegados a este punto, considero relevante resaltar las evidencias científicas anteriores, las cuales entiendo claves para focalizar posteriormente la vinculación del TDAH con la imputabilidad en el sentido de hasta qué punto se le puede exigir a un individuo que no desarrolle un acto impulsivo cuando no tiene las capacidades para controlarlo.

Finalmente, un último aspecto, que considero de especial importancia, es la vinculación del individuo con TDAH en las relaciones con la sociedad; esto es, por la propia esencia del trastorno, tiende a visualizarse de manera más acentuada en esferas ajenas o externas al ámbito doméstico, principalmente cuando existen estímulos externos que favorecen la ausencia de capacidad de contención. Por ello, con el propósito de simplificar y conocer las principales manifestaciones somáticas apreciables en el adulto, las cuales permitirán vincular la relación TDAH e imputabilidad, pueden referirse, siguiendo a Gratch y a San Sebastián Cabasés, Soutullo Esperón y Figueroa Quintana, las siguientes:

- Rendimiento por debajo de las capacidades a nivel laboral o profesional.
- Inestabilidad para conservar trabajos.
- Falta de capacidad para mantener la concentración por un largo período de tiempo.

¹⁴ De acuerdo con ello, tanto vías aferentes como eferentes influirían en el resultado o manifestación de la sintomatología como reflejo de la responsabilidad del lóbulo frontal en la propia función ejecutiva.

¹⁵ GRATCH, L., *El trastorno...* cit., p. 24.

- Falta de organización y caos.
- Escasa capacidad para cumplir con lo acordado.
- Incapacidad para establecer una rutina y poder cumplirla.
- Olvidos, pérdidas y descuidos importantes.
- Depresión, daño crónico a la autoestima.
- Confusión, dificultades para pensar y expresarse con claridad.
- Frecuentes discusiones y peleas motivadas por la fuerte impulsividad presentada.
- Inestabilidad afectiva, lo cual puede conllevar múltiples separaciones.
- Tendencia a actuaciones impulsivas.
- Tendencia a interrumpir a otros, dificultades para escuchar y esperar su turno.
- Frecuentes choques automovilísticos a causa de la tendencia a estar distraídos y a una conducción impulsiva, frecuentes multas por exceso de velocidad y conducciones temerarias.
- Frecuente consumo de alcohol y abuso de sustancias¹⁶.

Aunque todas ellas son perfectamente identificativas del trastorno, aun siendo también características propias de otros recogidos en el DSM, debo traer especialmente a colación, por el objeto del estudio, las vinculadas a las constantes discusiones y peleas, actuaciones impulsivas, dificultad para escuchar y respetar turno, la conducción de vehículos a motor y el consumo de tóxicos ya que, debido a la impulsividad, motivada o no por la falta de atención, va a generar conductas ilícitas que el individuo, por la esencia del trastorno, no va a ser capaz de controlar en el momento de los hechos; esto es, un accidente de circulación motivado por su propia falta de atención –conducta muy habitual y característica del trastorno- puede derivar en una agresión por la propia impulsividad del sujeto ante el impropio del conductor que sufre el daño o incluso recibir la agresión por no prestar atención a los requerimientos del accidentado, situaciones producidas, como se ha referido, de manera completamente involuntaria pero sin destrezas para actuar de otra forma debido al TDAH. A modo de ejemplo, tal y como puso de relieve originariamente Barkley, las personas que presentan TDAH tienen una mayor probabilidad de cometer conductas ilícitas vinculadas con la conducción ilegal –principalmente, conducción sin permiso de conducir-

¹⁶ GRATCH, L., *El trastorno...* cit., pp. 150 y 151; SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C. y FIGUEROA QUINTANA, A., «Trastorno...» cit., pp. 63 y ss.

así como una mayor incidencia en su suspensión o revocación una vez obtenida la licencia. Del mismo modo que, una vez conseguido, resultan más habituales y frecuentes las multas y citaciones judiciales por exceso de velocidad, llegando a incrementarse por cuatro la probabilidad de tener un accidente de tráfico cuando son ellos quienes conducen el vehículo¹⁷.

Por ello, a modo de resumen o conclusión, considero muy ilustrativa, desde la esfera de la imputabilidad, la identificación del trastorno llevada a cabo por San Sebastián Cabasés, Soutullo Esperón y Figueroa Quintana, quienes lo han vinculado a una alteración de la función ejecutiva; esto es, una modificación de las capacidades necesarias para atender a un estímulo, planificar y organizar una acción, reflexionar sobre las posibles consecuencias de las acciones e inhibir la primera respuesta automática cambiándola por otra más apropiada¹⁸.

En consecuencia, analizadas y verificadas las variables mencionadas puede establecerse una mayor probabilidad de riesgo de comisión de ilícitos de las personas que presentan TDAH por las propias manifestaciones del trastorno en los términos descritos anteriormente. Piénsese, nuevamente, en el individuo que no posee la capacidad para contener la primera respuesta automática generada ante un hecho, en no pocos casos de naturaleza violenta o, cuanto menos, de rechazo externo, o la no verificación o evaluación de las consecuencias de un acto, actuando a través de impulsos. Es más, de las distintas subcategorías, la que presentaría una mayor asociación con el hipotético desarrollo de comportamientos ilícitos, principalmente de naturaleza violenta, sería el subtipo impulsivo, debiendo especificar, siguiendo a Álvarez y Ollendick, que no sería tanto la consideración del trastorno en sí mismo como la repercusión de sus características del en otras esferas, pudiendo afirmar que el déficit en las habilidades ejecutivas concretas constituye la razón más evidente para predecir el inicio de trastorno de conducta o, lo que es lo mismo, quedaría vinculada parte de la naturaleza multidimensional del TDAH, pudiendo afirmar que sería la impulsividad la predictora de posteriores conductas problemáticas, por encima de otros elementos como, por ejemplo, la hiperactividad¹⁹.

¹⁷ BARKLEY, R.A., «Driving impairments in teens and adults with attention-deficit/hyperactivity disorder», *Psychiatric Clinics of North America* 27, 2004, p. 235.

¹⁸ SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C. y FIGUEROA QUINTANA, A., «Trastorno...» cit., p. 55.

¹⁹ ÁLVAREZ, H.K. and OLLENDICK, T.H., «Individual and Psychosocial Risk Factors», in Cecilia A. Essau, *Conduct and Oppositional Defiant Disorders. Epidemiology, Risk Factors, and Treatment*, New Jersey, 2003, p. 108.

2. Imputabilidad y TDAH

El punto de partida para determinar o verificar la afectación de la imputabilidad del adulto que presenta TDAH y desarrolla un comportamiento delictivo radica en el propio concepto de imputabilidad y los efectos propios derivados del citado trastorno, lo cual va a devenir en una cuestión fundamental de cara al futuro del trastorno: la imposición de una pena o medida de seguridad.

Mir Puig ha sido muy claro al afirmar que sólo tiene sentido prohibir los hechos antijurídicos a quienes pueden conocer su antijuridicidad, por lo que la incapacidad personal de evitar el hecho procedente de una causa de inimputabilidad elimina la capacidad de evitación; esto es, la infracción de una norma permite imputar la antijuridicidad penal a su autor pero eso no basta para considerar adecuada la imposición de una pena ya que no recae directamente sobre el hecho, sino sobre su autor, de modo que para que resulte legítima no basta un hecho penalmente antijurídico y concretamente antinormativo, sino que es preciso que su autor aparezca como un sujeto idóneo para responder penalmente²⁰.

En este sentido, pese a tratarse de una cuestión que afecta de lleno a la culpabilidad, entendida como el conjunto de presupuestos que fundamentan frente al sujeto la reprochabilidad personal de su conducta típica y antijurídica, la imputabilidad constituye el elemento primigenio de la culpabilidad, pareciendo lo más adecuado reducir su análisis directamente hacia la esfera de la imputabilidad, ya que es ahí donde surgen las cuestiones más conflictivas y que ahora interesan.

En consecuencia con lo anterior y vinculándolo con la temática objeto de estudio, la pregunta a formular resulta evidente: ¿presenta el TDAH efectos intrínsecos que afecten a las facultades intelectual y volitiva del individuo que lo padece?

La respuesta, como se apreciará en el epígrafe siguiente, es compleja. No obstante, el punto de partida es claro y evidente: se trata de un trastorno y no de una enfermedad mental, lo que conlleva, siguiendo a Martínez Garay, la presencia de un comportamiento o grupo de síntomas identificables en la práctica clínica, que en la mayoría de los casos se acompañan de malestar o interfieren en la actividad del individuo²¹.

Ahora bien, sus efectos al respecto son muy dispares y así, en primer lugar, habría que verificar exclusivamente si el autor del hecho delictivo era capaz de comprender la ilicitud de su actuación en el momento de

²⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2015, pp. 551-553.

²¹ MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad...* cit. pp. 303 y 304.

comisión del delito; esto es, en palabras de Urruela Mora, se trata de un criterio fundado en la potencialidad intelectual del sujeto con base en su situación bio-psicológica; esto es, la facultad de entender el carácter prohibido de la conducta concretamente realizada²².

En mi opinión, en el caso del trastorno por déficit de atención e hiperactividad, semejante afectación no acontece pues el sujeto es en todo momento plenamente consciente de la ilicitud del hecho cometido. Es más, el citado trastorno no conlleva deterioro cognitivo alguno sino modificaciones o alteraciones funcionales o de la capacidad ejecutiva, debiendo negar, de manera rotunda, afectación alguna en este sentido. Semejante tesis ha sido defendida igualmente por la Jurisprudencia y así, por ejemplo, como se explicitará en el epígrafe siguiente, la Sentencia del Tribunal Supremo 802/2009, de 7 de julio [RJ 2009\6711], ha señalado que no existen datos empíricos que corroboren el citado postulado y, en el caso enjuiciado –TDAH tipo combinado–, si bien no puede generalizarse al respecto, el acusado no tiene limitada su capacidad de comprensión de la ilicitud de la acción ya que nada más ver a los agentes se desprende de las pastillas de droga que portaba; o el Auto del Tribunal Supremo 428/2010, de 11 de marzo [JUR 2010\100368], al manifestar que las capacidades intelectivas y volitivas se encuentran dentro de la normalidad, pese a los distintos trastornos presentados por el acusado, entre ellos TDAH²³.

Por el contrario, donde creo que existen mayores dudas y el debate se torna más prolijo, constituyendo el elemento nuclear de la cuestión, es en la afectación de la facultad volitiva ya que, a mi juicio, representa la única opción posible para plantear una modificación en la imputabilidad del autor del hecho ilícito en tanto, como ya se ha referido, la capacidad cognitiva aparece inalterada debiendo reconducir todos los postulados aplicativos hacia la repercusión que el TDAH presenta en la capacidad ejecutiva del individuo en el sentido de si es capaz de orientar semejante conocimiento hacia su voluntad.

La respuesta a esta pregunta, clave para determinar la posible afectación del nivel de imputabilidad de la persona que padece TDAH, no resulta, para nada sencilla, pudiendo residir no en hacer una valoración

²² URRUELA MORA, A., *Imputabilidad...* cit., p. 165.

²³ Las Audiencias Provinciales, como se detallará en el epígrafe siguiente, mantienen la citada tesis, siendo el caso más paradigmático el de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 675/2005, de 29 de septiembre [JUR 2008\286751], único en el que se aplica una eximente incompleta por la presencia del TDAH, con otros trastornos, fundando la modificación de la imputabilidad del sujeto en una afectación de su capacidad volitiva, presentando inalterada la cognitiva.

conjunta del trastorno, independientemente del hecho de verificar la imputabilidad siempre a nivel particular; esto es, caso por caso, sino según la incidencia presentada en la voluntad de la persona en el instante de comisión del delito, resultando indispensable diferenciar los subtipos de TDAH ya que las particularidades de cada uno resultan muy dispares en la temática que ahora me ocupa. Así, por ejemplo, en mi opinión, de acuerdo con las características identificativas de cada uno, la posibilidad de apreciar una afectación en la imputabilidad de la persona es mayor si el subtipo es exclusivamente impulsivo frente al inatento o, donde más dificultades aprecio, en el hiperactivo en sentido estricto. La explicación para establecer una diferenciación de niveles viene puesta de manifiesto por las características de cada uno, por lo que podría apreciarse esta triple posibilidad:

- i) El de corte impulsivo presenta una clara imposibilidad de controlar sus impulsos, lo que lleva aparejado que actúe para dar respuesta a los mismos, pudiendo afirmarse que, aunque no es del todo correcto pero creo que ejemplifica bastante lo que quiero poner de manifiesto, lo hace por impulso natural, porque no tiene otra forma de responder al estímulo, lo que lleva a una desinhibición y ausencia de control, aun conociendo la ilicitud de la acción, por el trastorno neuroconductual presentado.
- ii) El inatento se caracteriza por presentar una falta de atención con determinados estímulos, lo que implica una desatención en las actividades que puede estar desarrollando, generándose la conducta ilícita precisamente por una falta de atención a actividades principales por estímulos secundarios que “lo distraen de lo que debería estar haciendo”, pudiendo equipararse a una hipoprosxia en el sentido de que genera una disminución de la capacidad de atención del sujeto que es lo que va a originar la producción del ilícito.
- iii) El hiperactivo en sentido estricto, cuya vinculación directa con el comportamiento criminal es más compleja por su naturaleza, si bien puede ser el causante o generador del delito producido, principalmente contra la persona o la salud, debido al constante movimiento, no poder realizar actividades de ocio de manera tranquila, desarrollo de comportamientos físicos en situaciones inapropiadas (...) ²⁴.

Aguilar Cárceles ha sido muy clara al respecto y, en particular, sobre este trastorno, al indicar que determinados cuadros psicológicos pueden ser controlados o remitir ante ciertos factores externos y aparecer ante

²⁴ No he referido nada del tipo combinado ya que, dependerá de las tipologías anteriores concurrentes para poder establecer la correspondiente afectación.

la presencia de otros, tal y como acontecería con la remisión por tratamiento farmacológico. Por ello, si en el momento de llevarse a cabo la conducta típica no se demostrara nexo causal alguno entre la patología y el desarrollo comportamental, no se le debería aplicar al sujeto beneficio alguno ya que se trataría de un supuesto controlado. Ahora bien, en caso contrario; esto es, la persona padece un brote en un momento determinado o que, aún por factores externos que pudieran ser efectivos para controlar la conducta, no fuese capaz de reprimir deliberadamente su actuación, debiera aplicarse alguna de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal²⁵.

Lo anterior, a modo de ejemplo, puede corroborarse en la Sentencia del Tribunal Supremo 185/2017, de 23 de marzo [2017\1792], donde queda probado que uno de los autores del delito de secuestro padece un grave trastorno de la personalidad y un trastorno por déficit de atención e hiperactividad «lo que conlleva inestabilidad emocional e impulsividad con un déficit de control de impulsos que lleva en ocasiones a cierta tendencia a conductas violentas» si bien no consta, entiende el Tribunal, alteración de las facultades de conocimiento y voluntad en el momento de ejecución del comportamiento delictivo, por lo que no cabe aplicar ningún tipo de atenuación de la responsabilidad penal.

3. Respuestas dadas por la jurisprudencia española

Frente a la doctrina jurídico-penal, que prácticamente no ha entrado a valorar los posibles efectos en torno a la imputabilidad derivados de la comisión de un delito por una persona que presente TDAH²⁶; la Jurisprudencia ha sido relativamente más prolija en este sentido, encontrando referencias y análisis cada vez más particularizados al respecto y, lo más importante, vinculando además los postulados actuales no a un nivel genérico sino particularizado de casos.

Sin embargo, el tratamiento jurisprudencial otorgado al trastorno, tal y como se adelantó en el epígrafe anterior, ha sufrido diversos vaivenes temporales en su tratamiento, pudiendo resumir su evolución, tal y como se especificará a continuación, conforme a las siguientes directrices y fases:

²⁵ AGUILAR CÁRCELES, M.M., *El trastorno...* cit., p. 414.

²⁶ Tratando expresamente esta cuestión, vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Imputabilidad y trastorno por déficit de atención e hiperactividad», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 3, 2013, pp. 37-40.

A) Hay que distinguir dos niveles de actuación distintos: por un lado, el Tribunal Supremo, el cual, salvo contadas excepciones basadas en postulados genéricos para cualquier trastorno que pueda incidir en la imputabilidad de la persona, sigue las directrices marcadas por las Audiencias Provinciales. En consecuencia con ello, para conocer el alcance y tratamiento jurisprudencial otorgado por el Tribunal Supremo basta, hasta la fecha, con conocer la opción particular defendida por las Audiencias Provinciales.

B) Las Audiencias Provinciales no han otorgado un tratamiento uniforme respecto al grado de afectación de la imputabilidad en el sujeto activo que presenta TDAH, pudiendo distinguir dos fases claramente diferenciadas: i) por un lado, una primera, donde se vislumbra un escaso nivel de comprensión del trastorno y sus especificidades, lo que denota un enorme desconocimiento que incide en aplicaciones y razonamientos carentes de justificación basados en equiparaciones erróneas con otros trastornos, negar per se la afectación del TDAH en las capacidades cognitiva o volitiva del sujeto sin justificación alguna o, directamente, no entrar a su análisis y connotaciones criminales pese a constar acreditada su presencia en el sujeto activo, aspecto éste más achacable y criticable a la defensa; y ii), por otro, la aparición, desde el año 2012-2013, hasta la fecha, de líneas argumentales, que comienzan a atenuar la responsabilidad penal del victimario con TDAH basándose en postulados concretos sobre la realidad del citado trastorno sobre la base de una afectación en su capacidad volitiva.

Conforme a ello, se procede a realizar un análisis de las distintas manifestaciones jurisprudenciales con el propósito de compilar las líneas interpretativas de la imputabilidad respecto a los sujetos que presentan TDAH, verificando, con ello, si en la práctica cabe la aplicación de algún tipo de circunstancia modificativa de la responsabilidad penal y en base a qué argumentos. Por ello, y de conformidad con lo manifestado en el párrafo anterior, se iniciará el estudio de la línea jurisprudencial seguida por las Audiencias Provinciales ya, que como se ha resaltado, marcarán los planteamientos, salvo muy contadas excepciones, del Tribunal Supremo.

3.1. Audiencias Provinciales

Como ya se ha referido, los postulados de las Audiencias Provinciales deben ser focalizados –mayoritariamente- sobre dos etapas: una tradicional y otra actual, donde se observa una clara modificación de los planteamientos y el tratamiento otorgado a afectos de imputabilidad a las personas que presentan TDAH, siendo muy probable que aquéllas que aún no han dado semejante paso caminen, en breve, hacia la citada

dirección, algo similar que acontecerá con el Tribunal Supremo, si mantiene el razonamiento seguido hasta la fecha de validar lo referido en esta materia por las respectivas Audiencias.

En definitiva, el cambio en el tratamiento jurisprudencial que se observa respecto al TDAH es algo progresivo que comienza a implementarse en la planta judicial española hacia el reconocimiento de la afectación de la capacidad volitiva de las persona, lo cual se traduce en una modificación de su responsabilidad penal en virtud de la aplicación de la circunstancia atenuante analógica por anomalía o alteración psíquica en los términos que describiré a continuación. Semejante cambio se justifica por la comprensión de las connotaciones, características e incidencia directa del TDAH respecto al ilícito penal cometido; esto es, el conocimiento de la problemática y dimensión del trastorno por déficit de atención e hiperactividad conlleva la aplicación de un juicio valorativo y normativo distinto al tradicional, el cual se sustentaba sobre un absoluto desconocimiento del trastorno, lo que conllevaba que no se abordara su problemática, se realizaran comparativas infundadas con otros trastornos -muy habitual ha sido el de la personalidad- o simplemente se enunciara y no se proyectara sobre la imputabilidad.

A) Corriente tradicional. Comprende el planteamiento consolidado en las Audiencias en el pasado -y aún presente en algunas- sobre un modelo en el que el TDAH pasaba desapercibido a efectos de imputabilidad. Representa la tónica habitual de la planta judicial española basada en la negación per se del trastorno o su equívoca asimilación con otros hasta el bienio 2012-2013, si bien existen algunas excepciones al respecto. En este sentido, se agrupan las resoluciones judiciales en los siguientes grandes grupos:

a1) Excepcionalidad. Bajo la citada rúbrica se incluyen las escasas sentencias en las que las Audiencias Provinciales procedieron a modificar, con mayor o menor acierto, la responsabilidad penal de la persona que presenta TDAH sobre la base de una afectación parcial de la imputabilidad en el momento de comisión del delito.

a1.1) Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 675/2005, de 29 de septiembre [JUR 2008\286751]. Se estima parcialmente el recurso interpuesto, considerando la presencia del TDAH como una eximente incompleta. Inicialmente, resulta muy relevante la citada Sentencia ya que constituye la única manifestación jurisprudencial existente al respecto, si bien, si se profundiza en el contenido de los razonamientos jurídicos, puede observarse más de una inexactitud.

Los hechos en cuestión parten de un claro trastorno por déficit de atención e hiperactividad junto con un trastorno antisocial de la perso-

nalidad y capacidad intelectual límite²⁷ del imputado desde los dos años de edad, lo cual es corroborado por seis informes médicos. Ahora bien, el médico forense, por el contrario, manifiesta que en el momento de la exploración no existen déficits en la capacidad intelectual y volitiva del sujeto en relación a los hechos imputados, si bien, dada la naturaleza del trastorno y su presencia desde la infancia, no es descartable la afectación parcial de su capacidad volitiva con respecto al hecho imputado. Semejante declaración, a juicio de la Audiencia Provincial, adquiere su máxima significación en el sentido de que la capacidad volitiva se encuentra seriamente mermada, afectando no sólo a su comportamiento conductual, sino también a la comprensión de la posible gravedad del acto incendiario que se le imputa. Por todo ello, la Audiencia entiende que el estado de anomalía psíquica padecido por el acusado presenta la trascendencia suficiente para dar lugar a la apreciación no de una atenuante analógica del art. 21.6^a –actual 21.7^a–, sino de una eximente incompleta del art. 21.1^a en relación con el art. 20.3^o del Código Penal.

Como puede comprobarse, no queda muy claro el razonamiento final seguido por la Audiencia Provincial ya que, pese a hablar de anomalía psíquica, menciona expresamente el apartado 3^o, el cual incluye las alteraciones de la percepción. En mi opinión, semejante razonamiento pudiera validarse desde el prisma de la alteración psíquica pero no de la percepción. Sin embargo, pese a tratarse de una resolución pionera, no ha vuelto a tener incidencia en ningún supuesto de TDAH ni de ésta ni de otra Audiencia Provincial por lo que el hilo argumental seguido no parece consolidado sino más bien todo lo contrario.

a1.2) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 225/2005, de 6 de abril [ARP 2005\233], antecesora del actual pensamiento, parte de la premisa de que el acusado padece un trastorno de déficit de atención con hiperactividad desde la infancia, traduciéndose ello en una notable dificultad en el control de sus impulsos, con un importante grado de intolerancia a la frustración y reacciones con heteroagresividad, que en sí pueden suponer una alteración de su capacidad volitiva en modo alguno le impiden conocer la trascendencia de sus actos, procede a aplicar la atenuante analógica en relación con los artículos 21.1^a y 20.1^o del Código Penal, si bien conviene advertir que el razonamiento seguido se basa en una equiparación entre el TDAH y los trastornos de la personalidad, para concluir que el fundamento de la atenuación radica en la reiterada «doctrina de esta sala que, en estos casos de trastorno de la personalidad, permite aplicar esta circunstancia del art. 21.6 por

²⁷ Si bien el contenido de la sentencia se refiere en exclusividad al primero.

encontrarse afectada, no la capacidad de conocer (“la comprensión de la ilicitud del acto”, en expresión del art. 20.1 y 3), sino la de controlar sus impulsos (“actuar conforme a esa comprensión”, dicen tales apartados 1 y 3 del art. 20)» y en consecuencia dicha afectación del control de los impulsos a que se refieren en sus informes los médicos forenses y que incide en una limitación de sus facultades volitivas, no afecta para nada a su capacidad cognoscitiva, siendo plenamente consciente de los actos que está realizando y del reproche penal que los mismos merecen, lo que exige apreciar una disminución leve de su imputabilidad que sólo alcanza a una atenuante analógica pero en ningún caso puede determinar la apreciación de una circunstancia eximente completa o incompleta como pretende la defensa».

a1.3) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 138/2010, de 15 de septiembre [JUR 210\110396], reconoce que en el momento de los hechos el acusado era consumidor habitual de sustancias estupefacientes, en concreto cocaína y sufría un trastorno por déficit de atención con hiperactividad, que afectaba de modo leve a sus facultades volitivas, por falta de control de la impulsividad, lo que motivó la aplicación de sendas atenuantes: i) la analógica de trastorno mental²⁸ del artículo 21.6º -en la actualidad 21.7ª- en relación con el 20.1º; y ii) la circunstancia atenuante analógica de toxicomanía con el 20.2º.

Por último, aunque no supone una excepcionalidad en sí al criterio tradicional enunciado, considero muy adecuado traer a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 322/2009, de 10 de julio [JUR 2009\340910], por constituir uno de los casos más paradigmáticos en el tratamiento jurisprudencial del TDAH, máxime cuando lo que hace es dibujar el camino que, de futuro, seguirán las Audiencias Provinciales. La defensa del procesado intentó que el citado trastorno diera origen a la aplicación de una eximente completa, incompleta o atenuación por arrebató, obcecación o estado pasional. Sin embargo, las expectativas depositadas en los razonamientos jurídicos del Tribunal pierden todo su peso en el instante que se equipara el TDAH a un trastorno de la personalidad, por lo que las motivaciones recogidas carecen de carácter científico sobre la base de las aportaciones jurisprudenciales que vienen a negar semejante postulado. No obstante, dicho lo anterior, la Audiencia identifica el TDAH como un trastorno «caracterizado por la combinación de un comportamiento hiperactivo y pobremente modulado con una marcada falta de atención y de continuidad en las tareas; existe

²⁸ Pese a que la Audiencia reafirma la consideración de “trastorno mental” parece que lo adecuado es referirse a “anomalía o alteración psíquica”.

una falta de persistencia en la actividades que requieren la participación de procesos cognitivos, tendencia a cambiar de actividades sin terminar las precedentes, y una actividad desorganizada y excesiva», lo cual «no afecta a la capacidad de comprender lo injusto del hecho, ni impide la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento, pues si bien el trastorno examinado puede suponer una minoración de los frenos para actuar en determinado sentido, el procesado, aunque esforzadamente, era capaz de rechazar la conducta gravemente lesiva realizada, máxime teniendo en cuenta que se trata de un hecho que no guarda relación intrínseca con el mencionado trastorno». No obstante, al final del Fundamento Jurídico Tercero, a modo de conclusión, se resalta la imposibilidad de sustentar una eximente completa o incompleta²⁹, dejando abierta la hipótesis de la atenuante analógica³⁰.

a2) No alusión al TDAH como posible circunstancia modificativa de la responsabilidad penal. Llama poderosamente la atención semejante grupo de sentencias, en las que podría haberse creado una línea argumental clara para modular la responsabilidad penal del imputado pero, por una u otra circunstancia, no se ha producido. En este sentido, conviene destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 44/2012, de 2 de octubre [JUR 2012\376015], donde, pese a presentar el imputado un diagnóstico clínico de trastorno por déficit de atención e hiperactividad por el que sigue tratamiento farmacológico y atención educativa específica en el contexto escolar, está aprendiendo a controlarse, se muestra más tranquilo y su pauta conductual actual resulta más adaptada, pese a necesitar fortalecer estrategias relacionadas con el autocontrol y la conducta prosocial, no se aduce nada al respecto como posible elemento motivador de la agresión, cuando por las características del hecho puede existir una correlación entre trastorno y agresión producida.

Del mismo modo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 898/2012, de 18 de diciembre [JUR 2013\24963], deja un margen de duda al respecto ya que aunque se corrobora la presencia del TDAH en el condenado, no parece que el trastorno guarde relación con los hechos imputados, no existiendo, en consecuencia, una convicción firme por parte del órgano judicial al respecto, sin motivación alguna, lo que podría suponer una vulneración del principio *in dubio pro reo*.

²⁹ En particular, el Tribunal es algo más duro, refiriendo que se trata de una «pretensión que se considera verdaderamente absurda».

³⁰ Cuestión que no entra a desarrollar por carecer «de sentido práctico, pues la pena decidida ya está incurso en la mitad inferior».

De otro lado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 239/2011, de 13 de junio [JUR 2011\245879], recoge que los informes periciales contemplan la presencia de TDAH, trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad de tipo impulsivo o límite, vinculado con un consumo perjudicial (abuso) de alcohol y de cocaína, estimando los peritos que la imputabilidad se vería afectada de un modo parcial si al trastorno impulsivo se le une el consumo de drogas o de alcohol, pero en este caso no consta que el procesado hubiera consumido recientemente cocaína.

Por último, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 90264/2013, de 31 de mayo [JUR 2013\261760], refleja muy claramente el espíritu de esta tendencia jurisprudencial, toda vez que queda acreditada la presencia del TDAH en el sujeto activo pero ante la petición de aplicación de una atenuación de la pena por parte de la defensa, la Audiencia manifiesta que no puede atender semejante premisa toda vez que no se ha practicado una prueba que permita concluir la existencia de una afectación mayor o menor en el imputado, que se manifestara en el momento de comisión del hecho delictivo; esto es, queda acreditado que el sujeto presenta un TDAH pero no se aportó prueba pericial alguna en relación a la afectación de la imputabilidad en el momento de comisión del delito³¹.

a3) Desconocimiento de las partes del proceso de la significación y efectos del TDAH. Se trata, como ya se ha referido, del supuesto más habitual en la planta jurisdiccional española, caracterizándose por el diagnóstico del TDAH del imputado pero un nulo tratamiento a sus posibles efectos, lo cual, en no pocas situaciones, podría otorgar una explicación a la comisión del delito. Como puede corroborarse empíricamente, la hipótesis más repetida es la de enunciar que el imputado presenta TDAH, normalmente junto a otros trastornos, y proceder al análisis de uno de ellos –normalmente de la personalidad-, llegando como mucho a realizar equiparaciones incorrectas entre trastornos –el más común TDAH y trastorno de la personalidad-, lo que no hace sino evidenciar su desconocimiento.

Por el contrario, también es cierto que conforme se avanza en el estudio jurisprudencial del tratamiento del TDAH por los Tribunales

³¹ Justamente lo contrario aconteció en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 117/2013, de 8 de marzo [JUR 2013\189194], donde la citada pericial se practica y se procede a la aplicación de la atenuante analógica de alteración psíquica, no prosperando el recurso ante la Audiencia en la solicitud de aplicación de la eximente incompleta debido precisamente al resultado de la prueba practicada.

españoles se observa que semejante hipótesis va disminuyendo conforme avanzan las anualidades, siendo cada vez menores las tasas de desconocimiento, confusión o equiparación errónea del trastorno, pudiendo citar, a modo de ejemplo, a la Audiencia Provincial de Madrid como caso más paradigmático al respecto, en el sentido de la mayor presencia de resoluciones judiciales sobre TDAH en las que de manera más o menos adecuada dan una correcta interpretación –o al menos lo intenta– del trastorno y su vinculación con los fenómenos delictivos.

No obstante, como ejemplos paradigmáticos del grupo de sentencias que conforman el colectivo citado, se refieren las siguientes manifestaciones jurisprudenciales:

a3.1) Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 724/2011, de 31 de octubre [JUR 2012\17413], donde el recurrente intenta evitar el ingreso en prisión por la presentación de un trastorno por déficit de atención e hiperactividad y trastorno antisocial de la personalidad con dependencia de sustancias tóxicas y alcohol, presentes antes, durante y después de la comisión del ilícito penal, de los cuales evoluciona favorablemente, frustrando el ingreso en prisión los fines de prevención y reinserción social. Sin embargo, el Tribunal rechaza semejante hipótesis en tanto ni el penado ni su defensa alegaron en su momento la existencia de circunstancia modificativa alguna, ahora resaltan la presencia del TDAH y el trastorno antisocial, por lo que semejante parámetro no ha sido contrastado por un médico forense y, en consecuencia, dicho diagnóstico no justifica la sustitución de la pena, sin perjuicio de que el penado pueda recibir la asistencia psicológica que precise en el seno de la prisión.

a3.2) Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 108/2011, de 29 de marzo [JUR 2011\295289], donde el condenado presenta TDAH y consumo de sustancias tóxicas desde los trece años. En el Auto de referencia se decreta la suspensión de la pena impuesta y continuación de su tratamiento en el Centro de Salud Mental, el cual se refiere únicamente al consumo de drogas, dejando de lado toda referencia al trastorno por déficit de atención e hiperactividad, con las implicaciones que esto puede tener tanto para el propio consumo de tóxicos como para futuros comportamientos criminales, los cuales no podrá cometer en un plazo de tres años para cumplir con las condiciones de la sustitución.

a3.3) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de noviembre de 2009 [JUR 2009\468066], recoge un juicio de valor llevado a cabo por el Tribunal absolutamente criticable ya que, tras concluir que el imputado no presenta realmente un trastorno por déficit de atención e hiperactividad o trastorno por déficit de atención, de acuerdo con lo manifestado por los peritos, no suponiendo en modo alguno una disminución en el menor de sus facultades volitivas o intelectivas, pues tal como

se puso de relieve, importantes personajes de la historia lo padecían y en modo alguno han incurrido en una actividad criminal, sino todo lo contrario, han hecho grandes aportaciones a la sociedad, manifestando también el perito que las personas que sufren tales déficits evolucionan hacia la normalidad.

B) Corriente actual. Como ya ha podido observarse, a partir del bienio 2012-2013 comienza a apreciarse un ligero cambio en el tratamiento jurisprudencial del TDAH, empezando a vislumbrarse fundamentos jurídicos acordes con la naturaleza y efectos del trastorno, lo cual lleva a que se planteen adecuadamente reducciones de la responsabilidad penal sobre el criterio de la imputabilidad³² o, cuanto menos, indicios claros para su consideración.

Por ello, a partir de la citada fecha y hasta la actualidad, pese a convivir ambas corrientes, son cada vez mayores las resoluciones judiciales que abogan por aplicar la atenuante analógica en relación con los artículos 21.1^a y el 20.1^o del Código Penal, derivado de la alteración psíquica, procediendo incluso a reconocerse, ya de manera expresa, que semejante atenuación de la responsabilidad penal proviene directamente del trastorno por déficit de atención e hiperactividad, sobre la premisa de una afectación leve de la facultad volitiva del sujeto, rompiendo con ello la clásica tendencia de no aislar independientemente al TDAH sino otorgarle un tratamiento conjunto con otros trastornos³³.

Esta nueva línea argumental puede apreciarse, entre otras, en las siguientes resoluciones:

b1) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 340/2016, de 21 de junio [JUR 2016\181713], reafirma los planteamientos de la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Murcia, de 2 de diciembre de 2014, en el sentido de apreciar la atenuante analógica del artículo 21.7^a en conexión con el 21.1^a y el 20.1^o del Código Penal por alteración psíquica del autor en un delito de quebrantamiento de condena por padecer un trastorno

³² Un ejemplo puede ser la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, 274/2013, de 31 de mayo [JUR 2013\207350], donde se le aplica al imputado la atenuante analógica por padecer un «trastorno psiquiátrico de hiperactividad» del que se encuentra en tratamiento y ha producido una merma en su capacidad cognitiva y volitiva, sin llegar a anularla. El problema es que se desconoce si el Tribunal se está refiriendo a un supuesto de TDAH no especificando los motivos que llevan a considerar afectadas las citadas capacidades ni en qué medida.

³³ En este sentido, véase, a modo de ejemplo, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Valladolid 266/2015, de 14 de septiembre [JUR 2015\233483]; Madrid 286/2013, de 13 de junio [JUR 2013\261463]; y Vizcaya 18/2012, de 2 de marzo [JUR 2012\188903].

por déficit de atención e hiperactividad desde la pubertad, manifestando una conducta descontrolada, impulsiva, anárquica y con conflictos externos transgresores cuando no toma correctamente la medicación que tiene pautada, algo intrínsecamente vinculado con la naturaleza concreta del delito imputado, lo cual quedó acreditado por el hecho de incumplir la pena de localización permanente que se encontraba cumpliendo en el sentido de no permanecer en el domicilio el tiempo que le correspondía.

b2) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 426/2016, de 7 de junio [R] 2016\184230], condena al acusado como autor de un delito de resistencia grave con la concurrencia de una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas y la analógica de alteración psíquica, toda vez que, para apreciar la última, toma como fundamento el hecho probado de padecer en el momento de los hechos un trastorno por déficit de atención e hiperactividad que disminuía al autor ligeramente sus facultades volitivas, constituyéndose como un sujeto susceptible de reaccionar agresivamente.

b3) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa 104/2016, de 3 de mayo [JUR 2016\188357], realiza un exhaustivo análisis, incorporando los razonamientos periciales, para concluir que uno de los acusados, por un delito de agresión sexual, presentaba una discapacidad intelectual leve, debido al consumo de alcohol y cannabis junto con un trastorno por déficit de atención e hiperactividad –de tipo combinado-, que afectó de manera leve a sus facultades volitivas.

A tal conclusión llega la Audiencia una vez oídos todos los peritos que emitieron informes muy concluyentes al respecto como, por ejemplo: i) el consumo de alcohol agrava más los rasgos de hiperactividad y déficit de atención; ii) se viene tratando al acusado desde los catorce años por un trastorno por déficit de atención e hiperactividad, que es un déficit para controlar y regular sus funciones, el trastorno dificulta el control de los impulsos y si encima hay consumo de alcohol o de otra sustancia resulta más difícil regular su comportamiento, disminuyéndose su capacidad para controlarlo, pese a que en la actualidad sigue en la consulta, toma mediación y en parte le regula el autocontrol; iii) los síntomas vienen de la infancia, generando problemas en el neurodesarrollo del área frontal del cerebro y sus conexiones con áreas subcorticales, su origen es multifactorial y, aunque depende sobre todo de alteraciones genéticas, hay otros factores que pueden influir en su aparición y desarrollo como el consumo de tabaco durante el embarazo y las situaciones de abuso o maltrato en la infancia, si bien, conociendo los antecedentes del paciente es probable que se haya visto expuesto a alguna de estas influencias; y iv) se resalta nuevamente que el trastorno dificulta el control de los impulsos y si además hay consumo de alcohol o de otra sustancia

resulta más difícil regular su comportamiento, disminuyendo su capacidad para controlar su comportamiento.

b4) Sin embargo, no todas las manifestaciones jurisprudenciales de las Audiencias Provinciales abogan por aplicar la atenuante analógica en los términos descritos y así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León 275/2014, de 28 de mayo [JUR 2014\181943], vincula directamente el TDAH con la eximente incompleta de alteración o anomalía psíquica, toda vez que el Tribunal considera que en el momento de los hechos las facultades volitivas del acusado se encontraban ligeramente disminuidas por la presencia del trastorno por déficit de atención e hiperactividad, disminuyéndose en alguna medida su imputabilidad. Ciertamente no existe una valoración suficiente respecto al criterio de la motivación en la aplicación de la eximente incompleta en lugar de la atenuante analógica, más que la presunción del grado de afectación de la culpabilidad por su incidencia en la esfera volitiva, si bien penológicamente sí que conlleva una mayor atenuación de la pena.

b5) Ciertamente, volviendo otra vez a esa línea argumental clásica, los Tribunales preferían focalizar la atenuación de la pena sobre otras atenuantes más consolidadas, siendo el ejemplo paradigmático el del consumo de tóxicos, no siendo infrecuente verificar la presencia de un TDAH con una adicción y centrar la atenuación en esta última. Sin embargo, como ya se ha verificado en los ejemplos anteriores la Jurisprudencia reciente, viene otorgando un tratamiento diferenciado a ambas hipótesis y, cuanto menos, en el caso de no ser así, es consciente de que la adicción viene estrechamente influenciada por el TDAH. En este sentido, resultan muy clarificadoras las siguientes sentencias, que no hacen sino mostrar un importante grado de madurez por parte de los Tribunales a la hora de valorar las connotaciones y efectos del TDAH:

b5.1) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 247/2016, de 18 de abril [JUR 2016\136874], atenúa la responsabilidad penal del condenado con la atenuante analógica de drogadicción, si bien consta expresamente que su adicción proviene en cierta medida del trastorno por déficit de atención e hiperactividad que presenta toda vez que «dificulta su abstinencia a los tóxicos», lo cual representa un evidente avance en el conocimiento y los efectos del TDAH, toda vez que este tipo de reconocimientos eran prácticamente impensables hace un quinquenio, pese a ser una de las posibles consecuencias padecidas por los sujetos.

b5.2) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 81/2017, de 11 de abril [ARP 2017\695], considera que existe una afectación de intensidad leve-moderada en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto activo, por lo que aplica la eximente incompleta del artículo 21.1^a en relación con el 20.1^o. El Tribunal llega a esa conclusión visto los informes

periciales presentados al respecto. El primero concluye que en los días previos a los hechos consumió altas dosis de anfetaminas, y para revertir los efectos estimulantes había consumido benzodiazepinas mezclándolas con alcohol, que podía afectar a sus capacidades intelectivas y volitivas de forma leve-moderada, a lo cual hay que sumar rasgos de personalidad de tipo impulsivo; mientras el segundo establece un diagnóstico de Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH) en el adulto, Síndrome de dependencia de cocaína, cannabis y otros estimulantes en remisión y ludopatía en remisión, atribuyendo una especial relevancia al TDAH, que, asociado al consumo de sustancias, y en un contexto de alta tensión emocional, permite concluir que a la fecha en que sucedieron los hechos enjuiciados, existía una afectación en la capacidad de control de impulsos de grado moderado. Por ello, en este segundo caso, el Tribunal considera la existencia de un *totum revolutum*, una conjunción de trastornos y adicciones que merecen un tratamiento global, no pudiendo entenderse cada uno por separado sino adquiriendo una significación conjunta, lo cual, a efectos de tratamiento, resulta más positivo por aplicación de la eximente incompleta.

Sin embargo, la corriente jurisprudencial en el tratamiento de la imputabilidad de las personas con TDAH no es uniforme, encontrándose, del mismo modo, Audiencias Provinciales en las que continúa manteniéndose el criterio tradicional, no habiéndose profundizado en las connotaciones y repercusiones del TDAH. Así, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 90337/2016, de 30 de diciembre [JUR 2017\66819], donde queda acreditado el diagnóstico del acusado respecto a un trastorno límite de la personalidad, un trastorno por déficit de atención e hiperactividad y patrón de abuso a cannabis y estimulantes de larga duración, centrando los esfuerzos el abogado defensor y, por ende, en lo que entra a conocer el Tribunal de los efectos atenuatorios de la pena únicamente por drogadicción.

Semejante crítica no va dirigida exclusivamente a los jueces y magistrados, quienes a fin de cuentas juzgan el hecho ilícito, sino sobre todo a las partes implicadas en el proceso y los peritos intervinientes quienes, a instancias del órgano judicial, debieran informar de las connotaciones, efectos y consecuencias del trastorno, algo que, como demuestra la práctica, no acontece.

Llegados a este punto, conviene recordar las reflexiones de Martínez Garay en virtud de las cuales la imputabilidad constituiría un complejo empírico-normativo en cuyo esclarecimiento concurrirían la competencia del perito y la del juez. Así, respecto del elemento biológico o psicológico, la intervención del juez se justificaría por la determinación de los hechos que realiza el perito en su dictamen, el cual ha de ser plausible

pudiendo comprender por qué ha llegado a esa conclusión, marco teórico sobre el que se sustenta, correlación de los síntomas hallados con los que se describe al trastorno diagnosticado (...). Todo ello obliga a que el juez compruebe, en la medida en que su formación no especializada en ciencias de la psique se lo permita, la exhaustividad, coherencia y comprensibilidad del dictamen pericial. Del mismo modo acontecería con el criterio de la comprensión del hecho y la actuación conforme a esa comprensión, donde la práctica totalidad del peso científico recae en el perito, no quedando mucho margen para una valoración posterior del juez con arreglo a otros criterios no empíricos. En otras palabras, ¿Quién mejor que el perito para responder a la pregunta de si el acusado pudo comprender que el hecho era antijurídico y pudo gobernar según esa comprensión? Así pues, el penalista está obligado a llevar a cabo una clarificación de aquello sobre lo que se pide opinión al perito y una delimitación entre esto y el verdadero componente normativo de la imputabilidad³⁴.

En resumen, como ha podido apreciarse, algunas Audiencias Provinciales, entre las que conviene destacar las de Madrid, Murcia, Guipúzcoa o Navarra, han dado un paso importante al frente en el tratamiento del TDAH a los efectos de imputabilidad de las personas que lo presentan, toda vez que reconocen la existencia de una afectación ligera en la capacidad volitiva del sujeto, recurriendo mayoritariamente a la fórmula de la atenuante analógica en relación a los artículos 21.1^a y 20.1^o del Código Penal, con los consiguientes efectos penológicos que conlleva.

3.2. Tribunal Supremo

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido clara hasta la fecha al considerar el TDAH como un trastorno padecido por el sujeto, junto a otros vinculados, principalmente, a la personalidad o adicciones, sin entrar a profundizar en él, mayoritariamente porque la propia parte defensora no lo ha invocado como posible elemento atenuatorio de la responsabilidad penal del sujeto³⁵. Un buen ejemplo de ello, puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal Supremo 185/2017, de 23 de marzo, donde se declara probado que el condenado presenta un grave trastorno de personalidad y un trastorno por déficit de atención e hiperactividad, lo que conlleva inestabilidad emocional e impulsividad con un déficit de control de impulsos que llevan en ocasiones a cierta tendencia

³⁴ MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad...* cit., pp. 293-301.

³⁵ Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo 810/2010, de 30 de septiembre [RJ 2010\7648].

a conductas violentas, sin que conste alteración de sus facultades de conocimiento y voluntad.

Sin embargo, tomando en consideración aquellas en las que sí se ha aducido y el Tribunal Supremo ha entrado a analizar su incidencia, se traen a colación las siguientes manifestaciones, las cuales considero más representativas de las hipótesis descritas:

A) El Auto del Tribunal Supremo 428/2010, de 11 de marzo [JUR 2010\100368], viene a reafirmar el razonamiento seguido por la Audiencia Provincial de Valencia quien, en su Sentencia 421/2009, de 29 de junio [JUR 2009\376359], aplicó una atenuante analógica por anomalía o alteración psíquica del acusado, quien padecía un trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad de tipo impulsivo o trastorno límite de la personalidad, de intensidad moderada, que, sin embargo, no afectaron a la inteligencia y voluntad del acusado. De manera conjunta con lo anterior, y reconocido por todas las partes implicadas, el imputado presentaba igualmente un trastorno por déficit de atención, trastorno del control de los impulsos, trastorno de ansiedad de alta intensidad y rasgos anómalos de la personalidad, de lo que se desprende una evidente dificultad para controlar sus impulsos, estando en tratamiento desde 2000 con altas dosis de medicación. En atención a esto último, corrobora la sentencia conforme a lo manifestado por la Audiencia, no presenta las facultades intelectivas y volitivas significativamente alteradas sino prácticamente dentro de la normalidad, debiendo verificar la aplicación de la atenuante analógica debido al trastorno presentado y el tratamiento que venía recibiendo desde el año 2000, lo que evidencia una necesidad de intervención para controlar sus impulsos, por mínima que sea³⁶.

B) El Auto del Tribunal Supremo 274/2010, de 11 de enero [JUR 2010\82466], incide en lo que desgraciadamente viene siendo una práctica habitual en los supuestos en los que se alega la presencia de TDAH en el imputado: una mala praxis por parte de los sujetos intervinientes. En este sentido, la responsabilidad parece recaer en el informe pericial emitido al respecto, donde se pone de manifiesto que al procesado se le diagnosticó a los ocho años de edad un trastorno de hiperactividad con déficit de atención, que fue tratado farmacológicamente durante un año y los tres siguientes con psicoterapia. Posteriormente se inició en el consumo de cannabis, presentando fracaso escolar y alteraciones conductuales. El 30 de mayo de 2006 se integró en el Programa de Adolescentes

³⁶ La referencia al trastorno versa sobre el trastorno del control de impulsos intenso presentado, el cual guarda una vinculación evidente con el TDAH en su subcategoría de impulsivo y, llegado el caso, combinado.

y Familias del Centro español de Solidaridad-Proyecto Hombre, en cuyo desarrollo se consideró que no era precisa medicación y recibió terapia de apoyo individual. Sin embargo, semejante informe no fue tenido en consideración por el Tribunal al no aportar las copias de las pruebas diagnósticas e informes que explícita haber analizado, no constando semejante trastorno en posteriores seguimientos médicos ni en los demás informes periciales emitidos al respecto.

No obstante, conforme a lo anterior, el Tribunal Supremo concluye diciendo que la única posibilidad de asociar relevancia al trastorno padecido sería a la toxicomanía presentada y no por el trastorno en sí.

C) En la Sentencia del Tribunal Supremo 802/2009, de 7 de julio [RJ 2009\6711], la parte recurrente intenta el reconocimiento del TDAH por aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6 del Código Penal en relación con el artículo 20.2ª del Texto Punitivo, donde se motiva pericialmente que el acusado presenta TDAH tipo combinado, si bien la Sala entendió que no existen datos objetivos empíricos contrastados que fundamenten la acreditación de una anomalía psíquica que permita hablar de reducción de la imputabilidad, destacando que, pese a ser cierto lo anterior, no se ha acreditado que «el acusado tuviera limitada su capacidad de comprensión de la ilicitud de la acción (de hecho, se desprendió de la bolsa con las pastillas nada más ver a los agentes) ni tampoco se ha probado que no pudiera ajustar su conducta a las exigencias de esa comprensión», no existiendo una base psicopatológica suficiente para acreditar la justificación en la aplicación de una atenuación penológica, lo cual, en consecuencia, se rechaza.

De acuerdo con lo anterior, para que el Alto Tribunal estime una atenuante es preciso acreditar la realidad del hecho que la justifique y su concurrencia en el momento de la comisión de la conducta enjuiciada, lo cual no queda probado en el informe pericial presentado ni tampoco cabe derivarlo del comportamiento del autor el día de los hechos³⁷, tal y como lo evidencia el desprendimiento de las bolsas al ver a los agentes, lo cual prueba justamente lo contrario, que era plenamente consciente de lo que hacía, ni que, conociendo la ilicitud, no pudiera atemperar su conducta a tal comportamiento.

D) El Auto del Tribunal Supremo 260/2009, de 5 de febrero [JUR 2009\87232], rechaza la aplicación de cualquier atenuante o eximente pese a constatar la apreciación expresa de un TDAH, rechazándose en

³⁷ Siguiendo ese mismo razonamiento, véase el Auto del Tribunal Supremo 500/2007, de 15 de marzo [JUR 2007\98150], si bien se asocia únicamente al consumo de tóxicos, dejando de lado el TDAH presentado por el imputado.

el informe forense una patología psiquiátrica y constatándose solamente una personalidad impulsiva, añadiendo el Tribunal de instancia que la misma es insuficiente para apreciar una atenuante. Por tanto, para el Alto Tribunal, la valoración efectuada por la Audiencia Provincial se muestra razonable, lógica y de acuerdo con las máximas de la experiencia.

Como puede observarse, el criterio seguido por el Tribunal Supremo en las causas recibidas no es otro que mantener las resoluciones y planteamientos defendidos en las correspondientes Audiencias Provinciales, vaticinando que el Alto Tribunal modificará sus postulados en el instante en el que reciba causas juzgadas por las Audiencias en las que apliquen el denominado "criterio actual"; esto es, considerar la existencia de una ligera afectación de la capacidad volitiva en la persona, lo cual se traducirá en la aplicación de la circunstancia atenuante analógica del actual artículo 21.7^a en relación con el parágrafo 21.1^a y la alteración psíquica del 20.1^o del Código Penal, no bastando la mera acreditación de la presencia del TDAH, derivada de los correspondientes informes periciales, sino verificando sus concretos efectos durante la comisión del hecho delictivo. Sin embargo, hasta la fecha, aunque es pronto aún para ello, no ha habido ningún pronunciamiento al respecto si bien, reitero, el criterio evolutivo sufrido en determinadas Audiencias Provinciales debe ser idéntico al proceso de cambio que debe desarrollar el Tribunal Supremo.

4. Conclusiones

1^a. El trastorno por déficit de atención e hiperactividad se configura hoy día como un trastorno del neurodesarrollo, cuya sintomatología se exterioriza sobre tres ámbitos: la inatención, la impulsividad y la hiperactividad. Su origen se vincula al ámbito biológico en el que cohabita una importante carga genética.

Desde una dimensión exclusivamente jurídico-penal; esto es, de realización de conductas antisociales, alcanza especial atención los comportamientos vinculados a discusiones y peleas, actuaciones impulsivas, dificultad para escuchar y respetar turno, la conducción de vehículos a motor y el consumo de tóxicos ya que, debido a la impulsividad, motivada o no por la falta de atención, va a generar conductas ilícitas que el individuo, por la esencia del trastorno, no va a ser capaz de controlar en el momento de los hechos.

2^a. El TDAH sigue siendo un gran desconocido para los operadores jurídicos, si bien, con el paso de los años, se aprecia un mayor nivel de conocimiento en relación a sus particularidades, características, connotaciones y, sobre todo, efectos vinculados al ámbito de la imputabilidad.

Semejante evolución es plenamente constatable tanto a nivel doctrinal como, sobre todo, jurisprudencial. En relación a la primera, empiezan a observarse investigaciones y estudios científicos en los que se miden diversas variables de naturaleza criminológica y jurídico-penal, siendo el ámbito más relevante de estudio, el de la imputabilidad. Respecto a la segunda, puede establecerse el binomio 2012-2013 como el instante en el que hay un cambio sustancial en los Tribunales de Justicia, en concreto las Audiencias Provinciales, toda vez que pasa de ser un trastorno inobservado, sobre el que había mucha desinformación en los agentes intervinientes en el proceso penal y donde, si acaso, se hacían erróneas comparativas con otros; hacia la actualidad, donde determinadas Audiencias Provinciales -principalmente, entre otras, Madrid, Murcia, Guipúzcoa o Navarra- comienzan a realizar análisis serios y exhaustivos sobre sus implicaciones en la conducta criminal del delincuente, otorgando respuestas jurídicas adecuadas y convenientes a la realidad del trastorno.

3ª. La afectación en la imputabilidad de la persona que presenta TDAH debe realizarse a través de un juicio valorativo, caso por caso, vinculado al instante de comisión del delito, valorando el cuadro clínico correspondiente que presente la persona toda vez que el TDAH está ligado a diversas comorbilidades, con el propósito de verificar si existe algún tipo de merma en las facultades psíquicas mínimas requeridas para, o bien valorar y comprender la ilicitud del hecho y actuar en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico, o poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos.

Dicho lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia actuales tienden a negar la incidencia del TDAH, por sí mismo, en la esfera cognitiva del sujeto y aceptar la presencia de una ligera merma en el ámbito volitivo, basado, principalmente, en la dificultad para controlar los impulsos; esto es, la persona sería plenamente consciente del hecho ilícito cometido y el reproche penal que comporta pero se muestra incapaz de controlarlos, pudiendo incluso, en determinados casos, llegar a ser moderada, precisamente por las comorbilidades que coadyuvarían con el TDAH, si bien esta opción es minoritaria en la práctica y no depende exclusivamente del trastorno por déficit de atención e hiperactividad.

Lo anterior abre la puerta a la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y, en concreto, en lo que coinciden tanto doctrina como jurisprudencia, en la atenuante analógica del artículo 21.7ª del Código Penal, sobre las premisas de los parágrafos 21.1ª y 20.1ª; esto es, la atenuante analógica vinculada a la anomalía o alteración psíquica, permitiendo una reducción de la pena en su mitad inferior.

La prisión permanente revisable en el Código Penal español*

DRA. EVA M^a DOMÍNGUEZ IZQUIERDO**

Sumario

1. La irrupción de la Prisión Permanente Revisable en el CP español
2. Los argumentos “a la defensiva” del legislador. Revisión crítica
3. Régimen de aplicación
4. Los periodos de seguridad en la prisión permanente revisable, el acceso al tercer grado y la libertad condicional
5. La concesión de permisos de salida
6. La influencia de la LO 2/2015 sobre la prisión permanente revisable

1. La irrupción de la Prisión Permanente Revisable en el CP español

La pena de prisión permanente revisable se introduce en el CP español, en contra de muchas voces críticas y con ausencia total de debate sobre la misma, a través de la Reforma operada por LO 1/2015, si bien su origen se remonta a una enmienda formulada a la LO 5/2010 de reforma del CP¹ que pretendía la introducción en nuestro Ordenamiento de esta pena -entonces llamada sin eufemismos “perpetua”, aunque reconociendo la posibilidad de salir en libertad pasados como mínimo veinte

* Estas reflexiones constituyen mi contribución al Libro Homenaje en honor del Prof. Ignacio Francisco Benítez Ortúzar, grandísimo penalista, compañero imprescindible y mejor amigo.

** Doctora en Derecho. Profesora de Derecho penal de la Universidad de Jaén (España). evadomin@ujaen.es

¹ Concretamente, la enmienda n^o 384 a la Ley 121/52 de 19 de noviembre de 2009, proponía la reforma del art. 33, en el sentido de añadir en su numeral segundo, como pena grave, *la pena de prisión perpetua revisable*. BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de ley, n^o 52-9, de 18 de marzo de 2010, pp. 173 y ss., con la siguiente justificación: “La «prisión perpetua revisable» que se propone introducir se configura como una pena excepcional a aplicar en supuestos muy restringidos, pero que han alcanzado el máximo grado de reprochabilidad social”.

años de privación efectiva de libertad sin posibilidad de aplicar ningún beneficio- y que no prosperó por tratarse de una modificación parcial e incompleta en muchos aspectos.

Con estos antecedentes y con el terreno allanado, cuando el Partido Popular alcanza el Gobierno de España, se hace público, en julio de 2012, el primer Anteproyecto de LO para la Reforma del Código penal, Texto en el que, tal y como se había comprometido en la campaña electoral, se incluye lo que se denominó “prisión de duración indeterminada” con carácter revisable, manteniendo férrea aquella iniciativa que en su día no obtuvo frutos². El 11 de octubre de 2012 se presenta un segundo Anteproyecto de reforma en el que se prevé igualmente una pena de “prisión permanente” aunque con un contenido considerablemente distinto, pero en sentido ampliatorio y manteniendo el adjetivo “revisable” en una suerte de aporía de difícil encaje. En este proceso de gestación la sanción fue cambiando no solo el *nomen iuris*, sino también las figuras a las que se anuda, así como los criterios para su revisión.

Esta novedosa pena que enmascara una cadena perpetua bajo una cierta apariencia de constitucionalidad³, en un claro fraude de etiquetas, es fruto indudable de un debate político propiciado por una parte del electorado que bajo el manto de la exigencia del incremento punitivo, ha visto en esta figura la solución a una sensación de impunidad artificialmente creada. Por tanto, una novedad puramente simbólica dado que la evolución de la delincuencia en España evidenciaba una tasa de criminalidad descendente y en los últimos años tampoco se observa un incremento alarmante de la misma⁴. Sin embargo, los medios de comunicación, lanzando un mensaje distorsionado y catastrofista, alientan una sensación de inseguridad en la población exponiendo una realidad sobredimensionada que termina por transformarse en una demanda social

² En ese primer Anteproyecto se incluía un pfo. 3º en el art. 36 CP que señalaba: “en estos casos, la progresión a tercer grado requerirá que el penado haya extinguido de forma efectiva 32 años de prisión.”

³ Ciertamente, que el Estatuto de Roma de 17 de Julio de 1998, que creara la Corte Penal Internacional y que, por primera vez pretendía configurar un modelo de Justicia penal Internacional Universal, prevé entre las penas aplicables la “reclusión a perpetuidad”. Sin embargo, es destacable que al adherirse España a este Estatuto por LO 672000, de 4 de octubre, se introdujo una cláusula que condiciona la ejecución en nuestro territorio de las penas privativas de libertad que este órgano pudiera imponer, al hecho de que la duración de la pena no excediera del máximo previsto para cualquier delito por el ordenamiento español.

⁴ Vid. JUANATEY DORADO, Carmen, “Política Criminal, reinserción y prisión permanente revisable”. *Anuario de derecho penal y Ciencias Penales*, Madrid, 2013, pp. 127 y ss.

de mayor intervención punitiva⁵. Y este reclamo se convierte, al tiempo, en una cuestión electoral relevante, pues parte de los ciudadanos ven en la prisión no un instrumento resocializador y reeducador sino un mecanismo de inocuización del delincuente a quien pretenden ver separado de la sociedad el mayor tiempo posible⁶. Se hace así presente una política criminal de corte electoral que no necesita justificación alguna relativa a la necesidad y los efectos positivos de esta iniciativa en conexión con la función que al Derecho penal se le asigna en lugar de una política criminal racional y fundada en principios básicos como la intervención mínima, la proporcionalidad y la función preventiva de las sanciones impuestas⁷.

2. Los argumentos “a la defensiva” del legislador. Revisión crítica

El Preámbulo de la LO 1/2015, en lugar de proporcionar una justificación en términos jurídicos⁸ utiliza constantemente argumentos defensivos que muestran la propia inseguridad de quienes elaboran el Texto. Por una parte, necesita excusarse señalando que se hace siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo para demostrar, de

⁵ La doctrina, desde la Reforma del CP de 2003 venía denunciando el endurecimiento de la pena de prisión, que en muchos casos ya suponía una prisión permanente dado los topes previstos para los concursos de delito, el régimen de cumplimiento efectivo y las grandes dificultades para acceder a un régimen de semi-libertad. Vid. CUERDA RIEZU, Antonio., *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España*. Barcelona, 2011, p. 23, nota 3; GARCÍA ALBERO, Ramón, en GARCÍA ALVERO/TAMARIT SUMALLA, *La reforma de la ejecución penal*, Valencia, 2003, p.66.

⁶ Señalando, acertadamente, que el sistema ya contenía de facto la prisión perpetua pero que, al no aparecer con ese nombre no generó los efectos deseados sobre la opinión pública, FUENTES OSORIO, Juan Luis, “La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente: el modelo vigente y la propuesta de reforma” *ReD-CE*, núm. 21, enero-junio, 2014, p.14

⁷ Sobre las razones de política criminal que subyacen tras la incorporación de esta pena en nuestro ordenamiento, MAPELLI CAFARENA, Borja, “La cadena perpetua”. *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, abril, 2010, pp. 28 y ss.

⁸ El propio Consejo de Estado, nada sospechoso como órgano consultivo que es del Gobierno, se pronunció sobre esta nueva pena considerando que si bien no resulta contraria a lo dispuesto por la Jurisprudencia del TEDH ni del TC por cuanto no impide la reinserción social por la cualidad de ser “revisable”, “en ningún momento apunta las razones, motivos, causas o circunstancias por las que se ha entendido que una reforma de esta magnitud resulta necesaria en el momento actual”, lo cual resulta una crítica de fondo a la política criminal reinante.

este modo, que tal pena puede tener cabida también en nuestro ordenamiento, en una clara muestra de los complejos del legislador, que evita aportar un argumento fundado. También en un tono justificativo, advierte que se introduce únicamente para aquellos delitos “de extrema gravedad” e incluso recurre al clamor popular cuando asevera que “los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido” lo que es muestra de una política criminal cada vez más populista e irracional.

Por otra parte, el listado de delitos para los que se ha previsto la pena de prisión permanente es cerrado aunque se vio ampliado como consecuencia del inconsistente debate sobre esta pena, los distintos discursos contradictorios y los diversos Textos que se fueron elaborando. Si en el Anteproyecto de julio 2012, solo se había previsto para los casos más graves de terrorismo⁹, en el de octubre de 2012 el elenco de delitos ya se había extendido a otras figuras que se consideran “de extrema gravedad”, pero sin justificación jurídica alguna: asesinatos cualificados (art. 140 CP); muerte del Rey o del Príncipe heredero¹⁰ (art.485.1 CP), muertes en actos de terrorismo (art.572.2.1 CP entonces vigente); muerte del Jefe de un Estado extranjero (art.605 CP); genocidio (art. 607CP) y crímenes de lesa humanidad (art.607 bis CP). Esta variación entre lo inicialmente proyectado y lo que finalmente fue aprobado manifiesta una ausencia de criterio por parte del legislador, que en pocos meses pasa de considerar de extrema gravedad ciertas figuras que antes no merecían tal consideración ni, en consecuencia, tal pena. Por lo demás, si realizamos un somero análisis de las figuras incluidas en el catálogo de las que son castigadas con esta nueva pena, puede observarse que, exceptuando las nuevas y discutibles figuras de asesinato hiperagravado que parecieran haber sido configuradas *ad hoc* para dar un espacio de juego real a esta nueva pena y las muertes en atentado terrorista (art. 572.2.1 anterior a la LO 2/2015) a las que, considero (vid. Infra), ya no les resulta aplicable esta sanción por la redacción otorgada al nuevo art. 573 bis, la previsión

⁹ Así, la EM del Anteproyecto de Julio de 2012, decía “La reforma introduce una nueva pena de prisión permanente revisable, que podrá ser impuesta en los casos más graves de delincuencia terrorista. En estos casos, la valoración de la especial gravedad de delitos que, además del extraordinario daño causado a la víctima, atentan contra el Estado y el orden constitucional, justifica una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada, si bien sujeta a un régimen de revisión”. Art. Centésimo cuarenta y cuatro de Anteproyecto de julio, modificando, a su vez, el art. 572.2 CP.

¹⁰ La enmienda núm. 392 presentada al Proyecto de Reforma de 2010 solo proponía la prisión perpetua para la muerte del Rey o de la Reina. BOCG, *Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de ley, n° 52-9, 18 de marzo de 2010*, p. 178.

para el resto de las figuras, no deja de ser simbólica o puramente anecdótica, aunque efectivamente se trate de conductas muy graves pero raramente aplicadas¹¹.

Se cuidan asimismo los autores de la Ley en asegurar, lo que pone de relieve cierto temor a que la decisión pueda ser tachada de inconstitucionalidad por su dudosa compatibilidad con el art. 25.2 CE que proclama el derecho a la reinserción social y reeducación del penado, que con la incorporación de esta pena, “de ningún modo se renuncia a la reinserción del penado”¹². Tampoco vulneraría el art. 15 CE ya que la previsión de “una revisión judicial periódica de la situación personal del penado idónea para poder verificar el necesario pronóstico favorable de reinserción social, aleja toda duda de inhumanidad de esta pena”¹³. Por lo demás, lejos de ser *una suerte de “pena definitiva” se trata de “una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión”*. Con todo ello, curándose en salud, quedaría alejada toda sombra de inconstitucionalidad. La configuración material de esta pena en el articulado demuestra, sin embargo, todo lo contrario, que tras el intento de edulcoración, se presenta una auténtica cadena perpetua.

Ocurre que ante cualquier cambio legislativo de gran calado, y máxime si es en materia penal por los derechos fundamentales a los que afecta,

¹¹ Cabría alegar que España pudiera ser competente para juzgar alguno de estos delitos en virtud del principio de Justicia Universal. Sin embargo, las modificaciones operadas en el art. 23.4 LOPJ por LO 1/2009 supusieron el inicio del fin de este principio, al exigir acreditarse que los presuntos responsables se encuentren en España o que existen víctimas de nacionalidad española o algún vínculo de conexión relevante con España. La reforma de LO 1/ 2004 de 13 de marzo, farragosa y casuística en extremo, viene a dar carpetazo definitivo prácticamente a este principio de extraterritorialidad.

¹² “(...) tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos. La prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida **una parte mínima** de la condena un Tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal” EM, pfo. II.

¹³ El carácter inhumano de la Cadena perpetua se discute hace siglos pues a los efectos negativos de la prisión de larga duración, se le une la falta de esperanza de alcanzar la libertad. Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis., “El principio de humanidad en derecho penal”. *Eguzquillore*, nº 23, San Sebastián, 2009, p. 216.

lo primero que se plantea es la duda acerca de su encaje constitucional. En el caso de esta nueva pena de prisión permanente “revisable”, se suscita la duda de su acomodo al art. 25.2 CE que expresamente establece que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”¹⁴. De modo que, en principio, cualquier sanción que dificulte o imposibilite este cometido sería contraria a este mandato. Desde luego, no parece que una prisión indefinida -por mucho que sea “revisable” tras un largo periodo de cumplimiento- pueda contribuir o encaminarse a tales finalidades. La obtención de la libertad se convierte en un objetivo lejano e incierto tras el cumplimiento de una serie de requisitos temporales y subjetivos, por lo que la persona que sea condenada a dicha pena fácilmente puede perder toda motivación para desarrollarse personal o profesionalmente y no mostrar ninguna actitud positiva para la resocialización ante el hecho “no seguro” de la recuperación de la libertad. Ello lleva a un riesgo claro: el fracaso del tratamiento penitenciario y la contravención del mandato de la Ley al legislador encargado de la política penitenciaria. La orientación resocializadora de la pena privativa de libertad requiere, entre otras actuaciones, establecer una limitación en la duración máxima. De ahí los topes que rigen en el caso de concurso de delitos y los límites máximos de la pena cuando es única.

El argumento tantas veces esgrimido de que en países de nuestro entorno se contempla una pena de prisión perpetua¹⁵, puede contrarrestar-

¹⁴ Considerando que esta pena es difícilmente compatible con los fines de reinserción penal, CARBONEL MATEU, Juan Carlos, “Prisión permanente revisable I (arts. 33 y 35)”, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.) Y MATALLÍN EVANGELIO, A. Y GÓRRIZ ROYO, E. (Coord.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia, 2015, pp. 218 y 220; ACALE SÁNCHEZ, María, “Prisión permanente revisable: arts. 36 (3 y 4), 70.4, 76.1, 78 bis, 92, 136 y concordantes de la parte especial” en *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012* (ALVAREZ GARCÍA, Javier, Dir.), Valencia, 2013, p. 180; HIDALGO BLANCO, Sara, “Comentario jurídico social sobre la modificación del código penal. La prisión permanente revisable en España”. *La Ley penal*, 4 de noviembre de 2012 (La Ley 18309/2012), pp. 18-20 y CANCIO MELIÁ, Manuel, “La pena de cadena perpetua (2ª prisión permanente revisable)” en el proyecto de reforma del Código penal”. *Diario La Ley*, nº 8175, octubre 2013, p.4.

¹⁵ En Italia existe la prisión perpetua, *ergastolo* (arts. 17 y 22 del CP de 1947), estableciéndose la libertad condicional (art. 176.3) a los 26 años, aunque los requisitos son muy estrictos en los casos de criminalidad organizada. Está prevista en la parte especial para delitos muy graves como la muerte del presidente de la República, atentados con fines terroristas y resultado de muerte o contra jefes de Estado extranjero, entre otros. En Francia para la “reclusión criminal a perpetuidad” se establece una revisión con carácter general a los 18 años de cumplimiento y, ex-

se haciendo ver que en las últimas décadas estos países de nuestra tradición jurídica no han introducido *ex novo* la pena de prisión perpetua, siendo como es una sanción propia de los Códigos penales del S. XIX. Es por ello que una institución tan vetusta ha tenido que ser corregida en su aplicación para adaptarse a la respuesta penal del S. XXI. De esta forma, una pena supuestamente bendecida por el TEDH¹⁶ no ha sido más que objeto de matizaciones para que los Estados, manteniendo su legislación, se acomoden a los principios marcados por el Convenio, por tanto, como correctivo de lo que ya existe en los derechos internos e introduciendo una serie de mecanismos, bien sea la suspensión de la ejecución, la libertad condicional o el indulto, para convertirla en una pena finita. Aprovechando interesadamente tales argumentos, se intenta camuflar una institución obsoleta con adjetivos como “revisable” o “permanente” en lugar de perpetua para que no resulte frontalmente en contra de la CE, las recomendaciones en esta materia del Consejo de Europa¹⁷ y la Convención Europea de Derechos Humanos.

Sin embargo, esta invocación comparativa que ha sido recurrente en el argumentario de los autores del Texto, desde el Borrador primigenio, que acude como estrategia de defensa tanto al Derecho comparado como la doctrina de TEDH, no rema en absoluto a su favor. El 18 de septiembre de 2012, el citado Tribunal Europeo dictó una contundente sentencia que, fundada en la vulneración por el Gobierno Británico del art. 5.1 del

cepcionalmente, a los 22 años (art. 121-23), periodo durante el cual no se adoptan medidas penitenciarias de individualización de la pena. En Alemania también se ha previsto la pena de prisión a perpetuidad pero puede suspenderse la ejecución cuando se ha cumplido un periodo de seguridad mínimo de 15 años (art. 57 a. StGB) seguida de un libertad vigilada durante 5 años. U. K., contempla el régimen más severo habiendo sido objeto de algunas correcciones por parte del TEDH. En este ordenamiento la posibilidad de obtener la libertad condicional se sitúa entre los 20 y los 25 años, frente a los siete que se requiere en Irlanda.

¹⁶ Así, el TEDH ha considerado ajustado al art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos la pena de prisión permanente siempre que exista la posibilidad de revisión de una pena de duración indeterminada, bien para su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional. Así las SSTEDH 12-2-2008, caso Kafkaris vs Chipre, o 3-11-2009 caso Meixner vs Alemania, citadas en la EM de la LO 1/2015.

¹⁷ Rec. (2003) 22 concerniente a la libertad condicional y la Rec. (2003) 23 concerniente a la gestión por la administración penitenciaria de las condenas a perpetuidad y a otras penas de larga duración y Rec. (2006) 2 del Comité de Ministros de los Estados miembro, sobre las Reglas penitenciarias europeas (1) adoptado por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006.

Convenio de Derechos humanos¹⁸ por las denominadas “IPP” que vendrían a suponer “condenas indeterminadas para la protección pública”, daba la razón al demandante. En esta resolución el Tribunal considera que, una condena indeterminada incorporada a un sistema de penas, obliga al Estado a cumplir, aun cuando en su ley interna no se contemple, las obligaciones internacionales asumidas en relación con la finalidad rehabilitadora del sistema penitenciario y siendo fiel a los compromisos encaminados al objetivo rehabilitador que emana de los distintos instrumentos internacionales¹⁹. Bajo estas premisas, acoge la tesis de los demandantes aduciendo que el Gobierno Británico no puso los medios necesarios para su rehabilitación, aunque este fuera el propósito de una privación de libertad indeterminada. De manera firme y razonada el Tribunal afea al Gobierno que hubiera introducido una pena semejante sin una planificación y sin el preceptivo análisis del impacto de la medida²⁰.

En suma, se puede concluir que, en efecto, no existe una barrera internacional que impidiera la introducción de esta pena en nuestro ordenamiento, pero hay que recordar que el TEDH ha basado siempre la

¹⁸ Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas. Roma 4 XI, 1950. Art. 5.1: toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley.

¹⁹ Art. 10 del Pacto de Derechos Humanos y Civiles, de 1966 y la Recomendación (REC /2/2006) del Comité de Ministros de los Estados Miembros de la UE de 11 de enero de 2006.

²⁰ STDH sección 4^a, de 18 de septiembre de 2012 caso James, Wells and Lee v. The UK párrafos 165 y ss y 210. (La Ley 140917/2012). Se señala, recordando el Pacto de Derechos Sociales y políticos de 1966, que el sistema penitenciario procurará un tratamiento dirigido a su reforma y rehabilitación social, que la persona privada de libertad tendrá un trato humanitario. En consecuencia, se afirma que mantener a una persona privada de libertad por una razón de “protección pública” es contrario al art. 5 de la Convención, constituyendo una “estructura seriamente defectuosa”. Por otra parte, La STDH de 9 de julio de 2013 -caso Vinter and others v. Reino Unido- planteaba serias reticencias acerca de que la cadena perpetua tal y como se regula en este país, que pudiera contravenir el art. 3 de la Convención de Derechos Humanos. Posteriormente, en el caso Hutchinson -resolución de 3 de febrero de 2015- el Tribunal de Estrasburgo rectifica o de algún modo matiza y, salvando aquellas dudas, considera que la condena perpetua revisable del Reino Unido no es degradante ni supone un trato inhumano. En general, y así queda recogido en esta resolución, su doctrina exige que se permita la excarcelación del condenado para que se mantenga una expectativa de libertad y salvaguarda de la idea de reinserción. Por tanto, según se afirma, el art. 3 CEDH obliga a introducir la revisión de la condena de manera que sea *realmente posible su remisión* cuando se constate un comportamiento del reo favorable y se hayan producido progresos en el tratamiento rehabilitador.

adecuación de esta pena al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en que la posibilidad de revisión sea real y efectiva para que el penado tenga la ocasión de reinsertarse garantizando que los mecanismos previstos propendan a la suspensión del resto de la pena y no la dificultan o conviertan en imposible. Por tanto, la contravención al citado art. 3 del Convenio vendría dada, no solo cuando no esté prevista la posibilidad de revisión, sino también cuando los mecanismos de revisión sean difusos, dependientes de la voluntariedad del órgano decisor y no del comportamiento objetivo del sujeto. Y esta es la piedra angular de la cuestión. La configuración que se le otorga en nuestro Ordenamiento y su carácter formalmente revisable, no la hace automáticamente aceptable, ya que se parte de una barrera que se ha de derribar. El sujeto es, en principio, irrecuperable, salvo que demuestre lo contrario en un pronóstico de reinsertabilidad, tras un larguísimo periodo de reclusión. El planteamiento debiera ser otro: si se dan los requisitos objetivos deberá motivarse la necesidad de la continuación de la privación de libertad por el comportamiento del sujeto o por no haber avanzado en el tratamiento.

No es solo que el principio de resocialización que preside el cumplimiento de la pena de prisión resulte abiertamente incompatible con una pena a perpetuidad y también el derecho a la dignidad que garantiza el art. 10 CE y la prohibición de sometimiento a tratos inhumanos o degradantes contenido en el art. 15 CE, es que, además de ello, una pena que supone claramente una nueva versión de la conocida antaño "cláusula de retención" y la forma en la que se ha articulado atenta claramente contra el principio de seguridad jurídica y el mandato de certeza derivado del principio de legalidad penal (arts. 9.3 y 25.1 CE). La oportunidad de revisión con resultado positivo resulta impredecible. El periodo mínimo es tan elevado que algunos de los requisitos se vuelven inviables y la indeterminación preside todo el proceso. Baste poner de relieve que el tribunal deberá considerar, junto a las circunstancias del delito cometido, la personalidad del penado y sus antecedentes (puro derecho penal de autor), la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito (art. 92.1 c). Sería suficiente, a tenor de lo expuesto, con que el juez tome en consideración, en negativo, la importancia del bien jurídico que podría verse afectado en caso de reiteración para denegarla²¹, llevando a la desestimación de la libertad condicional en todo caso.

²¹ Como dato objetivo se incorpora, eso sí, su conducta durante el cumplimiento sus circunstancias familiares y sociales y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución (aunque se atienda a los informes remitidos por el

En consecuencia, el problema no es solo que sea permanente e indeterminada – lo que es ya suficientemente grave- sino que resulta incompatible con el mandato de readaptación social por las condiciones de revisión en las que reina la incertidumbre y el libre arbitrio judicial sin que quepa la suspensión obligatoria en ningún caso, por establecer requisitos en muchos casos de imposible cumplimiento tras, en algunos casos hasta 35 años de prisión (habiendo pluralidad delictiva) y por hacer depender en otros (terrorismo) el acceso a la libertad condicional de ciertos actos de constricción propios del fuero interno del sujeto que nada tienen que ver con el pronóstico de reinserción, sino con pautas morales²². Y, en suma, por la clara contravención al principio de legalidad. Esta pena consigue instalar un sistema penológico sin precedentes en nuestro orden penal positivo que se ha caracterizado siempre por establecer penas determinadas al cobijo del principio de legalidad y siempre delimitadas por el hecho que supone el principio de culpabilidad. Este cambio de rumbo con un fundamento abiertamente retributivo e inocuizador, está en clara pugna con el mandato del art. 25.2 CE y con la normativa interna e internacional sobre interdicción de penas inhumanas y degradantes.

3. Régimen de aplicación

La figura gira en torno a dos características esenciales incluidas en su *nomen iuris* que resulta ser así bastante descriptivo: su carácter indefinido (permanente) y la posibilidad de revisión. Vistos los requisitos para su adecuación a los compromisos y a la Jurisprudencia internacional, la cuestión se centraría en determinar si el régimen jurídico que establece el art. 92 CP relativo a la suspensión del resto de la condena y concesión de la libertad condicional, presenta las suficientes garantías como para cumplir con aquel mandato. En este sentido, la mera alusión a las sentencias del TEDH sirve de poco para avalar la figura si no existe detrás un sistema conforme con sus postulados, para ello habrá de tomarse en consideración no sólo los plazos a partir de los cuales la revisión es posible²³, sino también la viabilidad de los requisitos establecidos. La

centro penitenciario y los especialistas que el tribunal determine y a la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social

²² El art. 92.2 CP se refiere a “una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito”.

²³ Son muy largos -mínimo 25 años- como consecuencia de la desmesurada extensión que la pena de prisión temporal presenta en nuestro Ordenamiento, sobre todo tras la Reforma de 2003.

extrema dificultad para la consecución de buena parte de los requisitos una vez cumplida esa “mínima parte de la pena” que se requiere para la revisión, hace que ésta se convierta en una simple licencia estilística.

Centrados en los aspectos aplicativos, siendo la prisión permanente revisable una pena de duración indeterminada y no estar formada por un máximo y un mínimo con un contenido delimitado, el proceso de individualización judicial de la pena encaminado a adecuar el castigo al injusto y la culpabilidad del sujeto presenta particularidades negativas. Así, ha de partirse de que el órgano sentenciador está obligado a imponer esta pena de prisión permanente habiéndose cometido en grado de consumación algunos de los delitos para los que se ha previsto imperativamente, al no haberse contemplado como alternativa una pena de prisión de límites precisos que permitiera un mejor acomodo a las circunstancias del caso concreto. Y partiendo de esta pena abstracta que no presenta límites, la determinación cualitativa y cuantitativa no puede regirse por las reglas generales establecidas en el CP al efecto, debiendo establecerse unas pautas que permitan su graduación, cuando concurra alguna circunstancia que obligue a imponer una pena inferior en grado²⁴ para tomar en consideración las circunstancias del autor y del hecho²⁵. Así las cosas, se hacía necesario recoger una previsión específica de la que el prelegislador se había olvidado. Finalmente, el Proyecto que llegó a las Cortes Generales, mediante su artículo trigésimo sexto introduce un apartado 4º al art. 70 CP con la siguiente redacción: “la pena inferior en grado a la de prisión permanente es la de prisión de 20 a 30 años”. Sería el caso del autor de un asesinato cualificado del art. 140 CP si este se cometiera en grado de tentativa, pena, ahora sí determinada, a la que podrían acumularse otras rebajas en grado aplicando para ello la regla general contenida en el art. 70.1.2º CP, si se dieran en el caso concreto otras circunstancias que lo hicieran posible (pensemos en un caso de una eximente incompleta). Se trata una previsión que tiene una significación de especial trascendencia, puesto que, en contra del propio diseño inicial de esta pena, se configura como una prolongación de la pena privativa

²⁴ Ya sea la tentativa, art. 62 CP, la complicidad, art. 63; la concurrencia de una eximente incompleta, art. 21.1 en relación con el 68 CP o bien la presencia de varias atenuantes o alguna muy cualificada, a tenor del art. 66 CP, los actos preparatorios punibles respecto de las figuras en que se haya previsto su castigo, como ocurre en el caso del asesinato, o el error de prohibición vencible (art. 14 CP).

²⁵ No resulta aplicable la regla contenida en el art. 70.1.2º CP, según la cual se ha de tomar la cifra mínima de la pena de la que se parte, deduciendo de esta la mitad de su cuantía para constituir con tal resultado el nuevo límite mínimo de la pena inferior en grado.

de libertad, ya que enlaza con el límite máximo establecido para la pena de prisión en el art. 36.2 CP y que, además, origina la paradoja de que la pena inferior en grado así establecida, puede superar la pena originaria cuyo plazo general de suspensión seguido de libertad condicional está establecido en 25 años.

Restaría aún la cuestión de la determinación cuantitativa, pues en una segunda fase de individualización, debe establecerse con exactitud la extensión de la pena que va a ser impuesta. En este caso, estando ante una pena indeterminada, y no habiéndose previsto ninguna regla específica, la concurrencia de alguna atenuante, no tendrá virtualidad, pues no cabe concretar la pena, ni establecer una mitad inferior o superior de la misma, salvo que previamente se haya procedido a imponer la pena inferior en grado conforme a la nueva regla introducida, en cuyo caso al convertirse en una pena acotada, el juez concretará la cantidad en el marco de la mitad inferior o, salvo que se estime la atenuante como muy cualificada (lo que dicho sea, de paso, quizá no se muestre demasiado ventajoso para el reo). Esta peculiaridad también tiene relevancia a la hora de determinar la sanción en el caso de un concurso ideal de delitos, si se tiene en cuenta que el art. 77 CP no se ha reformado en previsión de que uno de los delitos llevados a cabo con una misma acción tuviera asignada la pena de prisión permanente, caso en el que resulta de imposible aplicación la regla penológica de la exasperación²⁶ y que puede comportar un factor criminógeno muy relevante.

Una vez establecida en los términos expuestos por el juzgador la pena a imponer, esto es, su duración nominal, es en la etapa ejecutiva, que le corresponde a la Administración penitenciaria -bajo el control judicial siempre- cuando nos encontramos en la fase más trascendental para el penado ya que en ella se determina la duración efectiva de la condena impuesta, tanto que, en ocasiones, existe una considerable diferencia entre la llamada “pena nominal” fruto de la individualización judicial y la “condena real o efectiva” fruto del proceso de individualización penitenciaria. Pues bien, en el caso de la prisión permanente revisable, según se ha expuesto, desaparece prácticamente la primera fase, al ser la pena, salvo excepciones, indeterminada, y solo en fase de ejecución se podrá llegar -con suerte- a concretar mediante el sistema de revisión (art. 92 CP). Para ello, es necesario que el sujeto haya alcanzado el tercer

²⁶ Salvo que se entiendan aplicables las reglas concursales del art. 76 CP, tanto si se han cometido varias acciones como una sola, interpretación que vendría a suponer una ruptura con todo el tratamiento del CP para los distintas situaciones de concurrencia de infracciones penales y que resulta inviable al referirse a la pena de prisión de duración limitada.

grado de tratamiento. Se renuncia, en consecuencia, tanto a la individualización judicial como a la penitenciaria, al imponerse esos límites para alcanzar determinadas instituciones propias de la ejecución de condenas, apartado en el que el único límite que impuso el legislador en el sistema propio de la individualización científica fue la imposibilidad de clasificar a un penado directamente en denominado el cuarto grado penitenciario o libertad condicional pudiendo, sin embargo, ser calificado en cualquiera de los anteriores (art. 72 LOGP). Con este rigorismo desaparece la posibilidad de progresiva incorporación del delincuente a la sociedad en atención al correspondiente tratamiento penitenciario y al principio de humanidad de las penas como límite al *ius puniendi*. Volvemos, claramente a una concepción retributiva de la pena en la que pesa más el delito cometido que el fin resocializador.

4. Los periodos de seguridad en la prisión permanente revisable, el acceso al tercer grado y la libertad condicional

Una de las cuestiones relativas a la ejecución de la pena de prisión permanente revisable y regulada en el nuevo art. 36.1 CP es la relativa al acceso al tercer grado como requisito previo a la “revisión” de la condena, en relación a la cual se ha establecido, como no podía ser de otro modo teniendo en cuenta el máximo de pena de prisión temporal previsto en el Texto punitivo para una sola infracción (30 años), un doble periodo de seguridad especialmente riguroso, a tenor del cual el régimen de semilibertad no podrá alcanzarse hasta haber cumplido el penado quince años de prisión efectiva, esto es, de internamiento en régimen ordinario, llegando a alcanzar este periodo de seguridad los veinte años en caso de haberse impuesto la pena por un delito de terrorismo (delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código).

Para centrar la relevancia del precepto debe partirse del entendimiento de que el denominado sistema de individualización científica que rige en nuestro sistema penitenciario y consagrado en el art. 72 LGP para potenciar la resocialización del delincuente, no es absolutamente flexible para adecuarse a la evolución positiva del penado por cuanto no solo impide el acceso directo a la libertad condicional, sino que a través de las últimas reformas y, esencialmente, desde la operada por LO 7/2003 de 30 de junio, la clasificación no es enteramente ajena al cumplimiento de los plazos – a semejanza del viejo sistema progresivo- restringiéndose los fundamentos que inspiraron el sistema de individualización científica y restándole plasticidad, al impedir, como regla general, la posible clasificación en tercer grado de tratamiento a los condenados por penas

superiores a los cinco años de privación de libertad sin tener en cuenta las consecuencias negativas que ello podría comportar. Ciertamente es, y debe destacarse, que la Reforma de 2010 retoma en cierto modo el espíritu individualizador, suavizando el tratamiento del periodo de seguridad en la generalidad de los casos, que pasa a convertirse en potestativo salvo en los casos en que la pena sea impuesta por delitos relativos a terrorismo o a la indemnidad sexual de menores de trece años²⁷.

La LO 1/2015, tras incorporar la pena de prisión permanente vuelve a insistir en la fijación de plazos diferentes para la clasificación en tercer grado de tratamiento, imponiendo un periodo de seguridad obligatorio para los condenados a esta pena, variando el mismo según el delito cometido. Con ello se impide que se tengan en consideración las circunstancias del hecho, o del autor (el pronóstico de integración social su personalidad o su conducta)²⁸, puesto que durante este periodo de tiempo -15 ó 20 años-, la individualización científica brillará por su ausencia, soportando injustamente Instituciones Penitenciarias estos cambios repentinos e injustificados en el Derecho penal sustantivo. Y es que un sistema que se pretende flexible y enfocado a los fines de resocialización, debe tener como criterio rector las circunstancias del interno para concretar un programa individual de tratamiento, su clasificación inicial en un determinado grado y, en consecuencia, su destino al tipo de establecimiento más adecuado a su clasificación. Así pues, la posibilidad de acceder al tercer grado está sometida a un elemento objetivo (temporal) y otro valorativo, de modo que la amenaza de la pena se centra no en su límite, que es incierto, sino más bien en la dureza de su ejecución. Respecto al elemento temporal²⁹, dejando al margen los supuestos de concurrencia en función del tipo delictivos recogidos en el art. 78 bis³⁰, el

²⁷ Debería corregirse e indicar 16 años, ya que es la edad actual para consentir en el plano sexual.

²⁸ Arts. 65.2 y 3 LOGP así como art. 106.2 y 3 RP.

²⁹ Vid. estructurados en tablas el modelo ordinario y el extraordinario en FUENTES OSORIO, Juan Luis, "Periodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida" en Comentarios a la Reforma penal de 2015, (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Dir.), Pamplona, 2015, pp. 128-132.

³⁰ A esta regulación habría que sumar las previsiones del nuevo art. 78 bis CP en relación con el art. 76.1 CP para los casos en los que el sujeto fuere condenado por dos o más delitos, siendo uno de ellos castigado con prisión permanente o incluso cuando hayan recaído varias condenas de prisión permanente exigiéndose en tales casos un mínimo de 18, 20 o 22 años, ampliándose tales plazos a 24 o 32 si se tratase de condenas por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Como puede observarse, la regulación de la prisión permanente revisable ha previsto la posibilidad de lograr el tercer grado, una vez

sistema que pudiera denominarse ordinario -se comete un único delito castigado con esta pena- establece una distinción entre el tiempo que se requiere en cualquier delito (15 años) y el necesario en caso de delitos de terrorismo (20 años) bajo el fundamento de la mayor gravedad de estos delitos que conduce a imponer un periodo de seguridad mayor³¹. Esta regulación del periodo de seguridad para acceder al tercer grado, se suaviza notablemente respecto al Borrador y el Anteproyecto de julio de 2012. De los 32 años previstos en aquel texto primitivo se pasó a fijar en el Anteproyecto presentado por el Gobierno el 11 de octubre de 2012³² los plazos actualmente vigentes. Su cuantía se corresponde, en puridad, con las penas más graves de nuestro ordenamiento, esto es, con unas penas individuales de 30³³ y 40 años. Establecer una mayor dilación en el tiempo necesario para poder alcanzar el tercer grado según la tipología delictiva, sigue la tónica general de distinguir en los institutos penitenciarios los delitos de terrorismo del resto de condenas otorgándole a los primeros un régimen más gravoso, pero supone, al tiempo, una ruptura frontal con el criterio acogido por el CP para la prisión temporal en el apartado siguiente, sede en la que la cantidad de pena efectivamente cumplida no se modifica para los distintos delitos, variando, únicamente el carácter preceptivo o no del periodo de seguridad. Si la progresión al tercer grado es la consecuencia de una evolución favorable en el tratamiento penitenciario y si las modalidades delictivas, se supone que de gravedad equiparable, son sancionadas con la misma pena, el establecimiento de un tiempo de prisión efectiva distinto³⁴, más grave en algu-

cumplido un periodo de carácter obligatorio que oscila entre los 15 años y los 32 si tomamos en cuenta los supuestos de concurso de delitos.

³¹ En este sentido el *Dictamen del Consejo de Estado*, ob. Cit., octava (B).

³² También a los veinte años de cumplimiento inicial “en todo caso” que proponía el grupo popular al intentar introducir esta pena en el Proyecto de Reforma de 2010 (Ley 121/52, 19 de noviembre de 2009). Vid. enmienda núm. 387. BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de ley, nº 52-9, 18 de marzo de 2010.

³³ Considerando, por la misma razón, que la duración mínima de cumplimiento real de la pena de prisión permanente revisable, se debe situar por encima de los quince años, GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta, “Art. 36”, en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto...*, (ÁLVAREZ GARCÍA, Javier., Dir.), ob. cit., p. 209.

³⁴ Por el contrario, y puesto que esta situación no se ha contemplado expresamente en el art. 78 CP, habrá que entender que si son varios delitos, uno castigado con prisión permanente revisable y el resto suman penas inferiores a cinco años resultará aplicable la regla general contenida en el art. 36.1 CP, pudiendo el sujeto alcanzar el tercer grado a los 15 años de cumplimiento, aun cuando esto pudiera provocar un efecto criminógeno, al no ser tomadas en consideración estas otras penas menos graves, lo que analizado en término de costes, puede significar que

nos casos, denota el propósito de endurecer el régimen de cumplimiento atendiendo, exclusivamente, al tipo de delito en un claro ejemplo de lo que es un Derecho penal de autor³⁵.

El segundo requisito³⁶ está referido al pronóstico individualizado y favorable de reinserción social³⁷, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, siguiendo el criterio competencial establecido por el art. 36.2 CP para el periodo de seguridad de la pena de prisión, lo que supone apartarse de la regla general de concesión por el Centro Directivo previa propuesta de la Junta de Tratamiento (art. 103.4 RP). Esta autorización de acceso al tercer grado es similar al levantamiento del periodo de seguridad, con la diferencia de que en el caso de la prisión lo concede el Juez de Vigilancia Penitenciaria iniciando el procedimiento la Junta de Tratamiento que lo propone al juez valorando como criterios favorables la asunción del delito, la actitud de respeto a la víctima, la conducta en libertad después de la comisión del delito y la participación en programas de tratamiento, mientras que el caso de la prisión permanente revisable, esta atribución corresponde al tribunal sentenciador que será quien conceda el tercer grado. A tales efectos, hay que recordar que el Anteproyecto de julio de 2012 establecía en un apartado tercero del art. 36 CP que “en el caso de que hubiera sido impuesta una pena de prisión permanente revisable, la concesión de permisos de salida o la progresión a tercer grado requerirán de la existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social adoptado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria (...)” y que es el segundo Anteproyecto presentado en octubre de 2012 el que ya se refiere, como en la actualidad, al “tribunal” (sentenciador). No obstante, hubiera sido preferible dejar su concesión en manos del Juez de Vigilancia por su mayor especialización y proximidad.

al sujeto le resulta indiferente cometer algunos delitos de esta entidad acompañando al que lleva aparejada la pena de prisión permanente revisable, que no serán computables.

³⁵ El mismo CGPJ en su Informe al Anteproyecto pone de manifiesto que el establecimiento de un requisito temporal de mayor duración para el acceso al tercer grado a causa de la especial tipología delictiva, supone una quiebra de la sistemática seguida por el CP y no resulta conveniente ni jurídicamente fundado”.

³⁶ Habrá que considerar que, además de los especificados en el art. 36.1 CP, deben contemplarse el resto de los requisitos contemplados en la LGP, esto es, la capacidad de vivir en semilibertad y el pago de la responsabilidad civil (art. 72.5), así como los específicos previstos para condenados por delito de terrorismo (colaboración con las autoridades y petición expresa de perdón a las víctimas (art. 72.6).

³⁷ Es difícil imaginar que estos penados puedan obtener un pronóstico favorable de reinserción social que le permita acceder al régimen abierto, especialmente si no se les ofrece un programa de tratamiento adecuado e individualizado.

Esta modificación presenta un sentido marcadamente reaccionario dirigido a la supresión de funciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria que vienen contribuyendo de forma decisiva a la protección de los derechos de los reclusos.

Por otra parte, establecido este sistema, resulta destacable la notable diferencia que existe entre la regulación del tercer grado y el cumplimiento mínimo para la obtención de la libertad condicional, en la medida en que el art. 92 CP exige el cumplimiento de 25 años de prisión como mínimo (salvo lo dispuesto en el art. 78 bis para el concurso de delitos). Así, el penado puede estar entre cinco y diez años en tercer grado de tratamiento pero sin lograr el paso a la libertad condicional. En este sentido se ha advertido que “una mayor coherencia con el tercer grado y las ideas preventivo- especiales positivas que contiene, demanda, por tanto, hacer coincidir el momento de concesión del tercer grado con el de libertad condicional. Ambos a los 15 años”.

En otro orden de cosas, también se establece una discriminación entre las víctimas de los delitos castigados con esta pena y aquellas otras que lo son de delitos castigados con pena de prisión temporal. Así, cuando se trata de una pena de prisión superior a cinco años, la clasificación penitenciaria será adoptada por el JVP “previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, oídos el MF, Instituciones penitenciarias y las demás partes”, sin embargo, a tenor del art. 36.1 CP, cuando se trata de la prisión permanente revisable las partes, esto es, la acusación particular y la popular, no participan en el proceso consultivo y quedan al margen del recorrido penitenciario, ya que el tribunal solo debe oír para adoptar su decisión sobre la progresión a tercer grado al Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias. Con esta apreciación no es que se pretenda dar más protagonismo a las víctimas en el devenir de la ejecución de la pena, pero sí poner de relieve que sería deseable un trato igualitario, en uno u otro sentido. Las partes vuelven a aparecer en el apartado tercero, a la hora de conceder el régimen de semi libertad por motivos humanitarios, a pesar de que en el Anteproyecto solo se había incluido al Ministerio Fiscal. Queda por saber si esta disparidad de tratamiento es intencionada, en cuyo caso habría que reconocer que, a pesar de la presión de determinados grupos de víctimas sobre el Gobierno para incluir esta pena de prisión permanente revisable, la influencia no ha llegado al punto de concederles una función determinante en la fase de ejecución de la pena por los peligros que ello puede conllevar, o si bien es producto de un error de técnica legislativa.

Los requisitos establecidos para la libertad condicional de esta pena en el art. 92 CP, entre los que no se exige expresamente la buena conducta, aunque sí se alude a la valoración de su comportamiento durante el

cumplimiento, incluye, superando ampliamente los requisitos temporales establecidos en las legislaciones de nuestro entorno, el cumplimiento efectivo de 25 años de condena, pudiendo alcanzarse los 35 años en los supuestos de concurso real de delitos (art. 78 bis CP). La EM asegura que al ser una pena revisable no se renuncia a la reinserción, ya que “una vez cumplida *una parte mínima* de la condena un Tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito”. Que la parte mínima que se requiere para ello no es tan exigua queda claro incluso para el propio legislador que, teniendo en cuenta los plazos requeridos en el articulado para que el tribunal considere o no la presencia de los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, decide eliminar un párrafo del Preámbulo contenido en la redacción del Anteproyecto donde constaban expresamente los plazos de revisión³⁸, para no evidenciar en las primeras líneas donde trata de exponer las bondades de este tipo de pena privativa de libertad, la gran farsa que constituye esta figura.

La regulación, tal y como se plantea, está claramente preordenada a la perpetuidad, tanto por los plazos que difícilmente pueden adaptarse al mandato constitucional de reinserción, como por las condiciones para su revisión y concesión. Revisión que además, depende exclusivamente de una decisión absolutamente discrecional del juez, sin que algún dato objetivo lleve a la adopción de una suspensión de forma preceptiva. Esto ya por sí solo resulta contrario al principio de legalidad que impone la necesidad de *lex certa*, tanto en el presupuesto de hecho como en la consecuencia jurídica, lo que implica que el sujeto debe tener conocimiento previo y tasado de las consecuencias que se anudan a un determinado hecho delictivo, sin que el tiempo máximo de duración quede sometido a un régimen en el que resulta imprevisible. Por ello, el sistema se impregna de connotaciones ajenas a la responsabilidad por el hecho y se acerca, peligrosamente, a los presupuestos de un Derecho penal del enemigo, en el que la confianza en la vigencia y el refuerzo de la norma, sacrifica a un determinado sector de la población.

Por lo demás, las facultades del JVP³⁹ quedan muy disminuidas en cuanto a la concesión del tercer grado, de la libertad condicional o su adelantamiento. La ya extinta libertad condicional permitía un control

³⁸ “Para la revisión de la prisión se establece un doble régimen. Cumplida una parte de la condena que oscila entre 25 y 35 años de condena, el Tribunal deberá revisar de oficio si la prisión debe ser mantenida cada dos años; y lo hará también siempre que el penado lo solicite (...)”. *Anteproyecto de LO de Reforma CP de 3 de abril de 2013*.

³⁹ Juez de Vigilancia Penitenciaria

por parte de la Administración penitenciaria que no permite este híbrido que es en la actualidad la suspensión de la ejecución, al estar la pena en suspenso y no en cumplimiento, como lo demuestra el hecho de que de revocarse la suspensión del resto de la pena, el tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena⁴⁰. El tribunal resolverá sobre la suspensión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado. Será el propio tribunal previa valoración de los informes remitidos por el centro penitenciario quien decida sobre el pronóstico favorable o no de reinserción, quedando obligado, al menos cada dos años a verificar si el sujeto cumple con los requisitos legales para la suspensión de la pena y el acceso a la libertad condicional.

5. La concesión de permisos de salida

El especial rigor que demuestra el Texto reformado con relación a esta nueva pena se trasluce también en las limitaciones reforzadas para disfrutar de los permisos de salida, para los que se exige un mínimo de ocho años de prisión como norma general y doce si el delito objeto de la condena es de terrorismo (art. 36.1, segundo inciso, en relación con los apartados a) y b) respectivamente del inciso primero)⁴¹. Según la LGP, el permiso de salida tiene como finalidad esencial la preparación del penado para su vida en libertad (arts. 47.2 LOGP y 154 RP). Por tanto, se convierte en un elemento esencial para hacer efectivo el mandato constitucional que señala la reeducación y la reinserción social como finalidad de las penas privativas de libertad (art. 25.2 CE)⁴². Los permisos también atenúan los efectos desestructuradores que origina la cárcel en la persona privada de libertad, fortalece los vínculos familiares, la futura

⁴⁰ Si bien el art. 92.3 CP establece que la revocación corresponde al JVP cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias. Sin embargo, es el juez o tribunal quien puede modificar o acordar nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones.

⁴¹ En el caso de concurso de delitos, siendo uno de ellos castigado con pena de prisión permanente revisable no se han previsto plazos especiales para la obtención de permisos de salida, por lo que habrá que entender que son los mismos que en los supuestos generales.

⁴² La STC 115/2003 de 16 de junio mantiene el permiso de salida como medida individualizada de tratamiento penitenciario, dirigida a la reinserción social del penado y con una base constitucional en el art. 25 CE, cuya concesión o denegación tiene que ser motivada.

inserción laboral y las relaciones personales. El TC, no obstante, a pesar de conectar los permisos de salida al art. 25 CE, considera que este dato no es suficiente para conferirles la categoría de “derecho subjetivo” y menos aún, de “derecho fundamental”⁴³.

La concesión de los permisos de salida, pese a ser materia netamente penitenciaria que encontraría mejor acomodo en aquella legislación, pasa ser materia del CP, precisamente por apartarse de la norma general que los regula. Según el art. 154 del RP para su concesión –hasta un total de treinta y seis días al año en segundo grado y cuarenta y seis en tercer grado-⁴⁴ es necesario que se haya cumplido una cuarta parte de la condena y que el penado no haya observado mala conducta, además de estar en segundo o tercer grado. Dado que el cómputo del cuartil es imposible de realizar en el caso de una pena de prisión permanente, el legislador ha procedido a establecer estos parámetros temporales. Puesto que la norma penitenciaria exige haber cumplido un cuarto de la condena, el legislador estaría considerando que el condenado cumple una pena de 32 y 48 años respectivamente, según la tipología delictiva, y a partir de ahí, realiza un cálculo y contempla el periodo mínimo para la concesión del primer permiso. Como es lógico, el sujeto condenado a esta pena deberá encontrarse en segundo grado, ya que para el tercer grado, los plazos establecidos son superiores. En este orden de cosas cabría plantearse por qué no se ha tomado en consideración para calcular el porcentaje de pena cumplida el plazo mínimo de revisión de la condena, o, al menos, de nuevo, la pena de mayor duración establecida en el CP para un solo delito, esto es, treinta años, de tal suerte que sería necesario que el sujeto condenado a esta pena permanente hubiese cumplido siete años y medio antes de disfrutar de los permisos ordinarios de salida. Ahora bien, imaginamos que el legislador ha situado el mínimo en ocho años para hacer notar, mediante ese redondeo al alza, que existe un salto cualitativo entre la pena de prisión ordinaria y esta otra que reviste mayor gravedad. En cualquier caso, se advierte una notoria descoordinación en los preceptos y en los módulos de referencia, ya que el periodo contemplado para la consecución de permisos corresponde, siguiendo las directrices del Derecho penitenciario, a 32 y 48 años de prisión, mientras que el número de años tomados en consideración para la obtención del tercer grado serían treinta y cuarenta, (ya que 15 y 20 serían la mitad de

⁴³ STC 91/ 2000 de 30 de marzo establece que el art. 25.2 CE no recoge un derecho fundamental sino un mandato que el legislador tiene que tener en cuenta para elaborar la política criminal y penitenciaria, del que, sin embargo, no se derivan derechos subjetivos.

⁴⁴ Art. 47 LGP.

la pena). Por tanto, como señala el CGPJ los parámetros seguidos para la progresión al tercer grado y para el disfrute de permisos de salida son diferentes señalando a este respecto que sería conveniente fijar un régimen homogéneo para todos los delitos sancionados con PPR⁴⁵. Sea como fuere, se trata de un retraso sin fundamento en la concesión del primer permiso que viene a corroborar que el carácter aflictivo de la pena se centra básicamente en la ejecución, agudizando el conocido efecto de prisionización.

Resulta curioso, sin embargo, constatar que uno de los motivos por los que se deniegan los permisos ordinarios es estar “muy prisionizado”. Cuando la persona lleva muchos años en prisión los efectos del encarcamiento ocasiona unos efectos que inciden en su estado general psicofísico, pero si, finalmente se deniega el permiso por tal motivo, el sujeto estará aun más prisionizado y más deteriorado a todos los niveles por lo que este derecho resultará alienado. Puede optarse por deshumanizar la pena, incrementando los rasgos aflictivos o, contrariamente, por reforzar los rasgos positivos del penado, humanizando la pena. La prisión no puede convertir en autómatas, en cosas a los seres humanos⁴⁶.

Más allá de los plazos establecidos para obtener los 36 días de permiso anuales si el sujeto se encuentra en segundo grado de tratamiento – pues para estar en tercer grado deben haber transcurrido al menos quince años en cuyo caso podía optar a cuarenta y ocho días-, es necesario que se muestren favorables el resto de los factores que son tomados en consideración para la concesión. Y es aquí donde el obstáculo puede ser insalvable, ya que la Tabla de Variables de Riesgos se presta a la subjetividad y a la consideración de circunstancias tales como, la gravedad de los hechos, la alarma social, el tiempo que reste para llegar a la cuarta parte de la condena (...) que en una pena de este tipo, impuesta por un delito de extrema gravedad y sin límite temporal van a ser de casi imposible cumplimiento⁴⁷. En este sentido, se trata de poner de relieve que, en ocasiones, los datos que se utilizan para denegar un permiso no se refieren precisamente a la personalidad del penado y su conducta penitenciaria o a su situación familiar y social, sino a lo elevado de su condena y, en consecuencia, a la gravedad del delito. Pero si el largo periodo de tiempo restante para alcanzar la libertad fuera sinónimo de un pronóstico negativo de reinserción y no su conducta penitenciaria, los condenados a esta pena nunca podrán disfrutar de un permiso, aun cumpliendo

⁴⁵ *Informe*, cit., pp. 46 y 47.

⁴⁶ Vid. en un sentido similar, Auto 9/1999 de AP Madrid sec. 5^a de 13 de enero.

⁴⁷ Vid. La Instrucción SGIP 22/1996 de 16 de diciembre.

el requisito temporal marcado por el art. 36. 1 CP⁴⁸. Los datos del pasado referidos al hecho enjuiciado y condenado ya han tenido su traducción en la gravedad de la pena impuesta y, por ende, en la mayor dificultad para cumplir el requisito legal referido a la extinción de la cuarta parte de la pena o los plazos fijos establecidos para la PPR (requisito ya fijado por el legislador). Por tanto, si los datos del pasado no han de condicionar la concesión del permiso y si no existen datos del presente o una prognosis de futuro en contra de él, el permiso debe concederse⁴⁹.

6. La influencia de la LO 2/2015 sobre la prisión permanente revisable

Según se ha expuesto, el art. 36.1 CP diferencia a efectos de concesión del tercer grado de tratamiento según la pena de prisión permanente se haya impuesto por un delito de terrorismo o por cualquier otro de los consignados. Sin embargo, el plazo más estricto y excepcional -20 años- solo sería aplicable al delito de atentado terrorista que causara la muerte de una persona -art. 572.2.1 CP ya derogado, pero que durante la Tramitación del nuevo Texto era la única figura del citado capítulo VII del Título XXII del libro II que tenía prescrita la pena de prisión permanente revisable- y no al resto de los delitos llevados a cabo por “organizaciones y grupos criminales o delitos de terrorismo”. Sin embargo, finalmente, en el último trámite parlamentario, esto es, ya en sede del Senado, y “por razones de política criminal”, se suprimió el art. doscientos cincuenta y tres que modificaba el apartado segundo del art. 572 CP, que en su numeral primero preveía la pena de prisión permanente revisable para el atentado terrorista que causare la muerte de una persona, todo ello como consecuencia de la revisión global que se produce en materia terrorista⁵⁰.

⁴⁸ Así, el Auto AP de Cantabria de 17 de enero de 2000, señala que la guía rectora de los permisos no debe ser la gravedad de la conducta por las que fue condenado, sino el comportamiento seguido por el interno, pues, de lo contrario, los delincuentes condenados por delitos graves no podrán disfrutar de ninguna clase de permiso hasta su excarcelación.

⁴⁹ Auto 1161/2000, AP de Madrid, secc. 5^a. Esto es aplicable al condenado a prisión permanente revisable. Vid. también, Auto 612/2014 del TS sala 2^a, de lo Penal, de 27 de marzo de 2014 y sentencia TS 1097/2004, de 30 de septiembre de 2004.

⁵⁰ La regulación relativa a los delitos de terrorismo ya fue objeto de una reforma en profundidad en año 2010 (LO 5 /2010, de 22 de junio), castigando nuevos fenómenos por la incursión también en nuestro país de un terrorismo de corte fundamentalmente religioso y con una forma de actuar peculiar, a través de células independientes sin la cúpula que caracteriza a una organización criminal de corte tradicional.

En efecto, la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, modifica paralelamente el CP en materia de delitos de terrorismo⁵¹, atendiendo según se recoge en su preámbulo, a la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178 (24 de septiembre de 2014) que pide a los Estados que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se puedan enjuiciar y sancionar las conductas terroristas que se describen, de tal forma que quede debidamente reflejada la gravedad del delito. Pues bien, esta Ley modifica el capítulo VII del Título XII del Libro II del Código penal, dando una nueva definición del delito de terrorismo en el art. 573 CP que se inspira en la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI de 28 de noviembre de 2008⁵².

La maniobra legislativa resulta, cuanto menos, sorprendente, pues, con un trámite de urgencia propio de una legislación de excepción y obviando toda justificación acerca de la necesidad porque una nueva realidad criminológica y no meramente coyuntural lo demandase, se decide extraer de un Proyecto de LO de Reforma en profundidad del Código penal en tramitación – ya en su fase final- una serie de enmiendas o reformas sobre materia de terrorismo para llevarlas a una nueva Proposición de Ley que, paralelamente, tiene el mismo objetivo de reformar el Código penal. La superposición de dos iniciativas legislativas sobre la misma materia ha dado lugar a inevitables inconvenientes y desajustes que, finalmente, no han podido ser resueltos por una falta de sincroni-

⁵¹ El 14 de enero de 2015 salta a los medios de comunicación la noticia de que el presidente del Gobierno, Mariano Rajoy y el secretario General del Partido Socialista Obrero Español habían cerrado un “Pacto de Estado” centrado en luchar de forma conjunta contra la amenaza del terrorismo islámico. El compromiso debía plasmarse en la elaboración de forma conjunta de una propuesta de LO urgente contra el terrorismo que se pretendía hacer extensivo al resto de partidos. Ello se produce en un momento en el que, desde hacía más de un año – desde el 23 de septiembre de 2013- se encontraba en tramitación el Proyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del CP, por tal razón, y afectando tal iniciativa a algunas enmiendas que centradas en esta cuestión habían sido presentadas por el Grupo Parlamentario popular, entre ellas la incorporación de la prisión permanente a los casos de muertes por terrorismo, ellos mismos procedieron a su retirada, incluyéndolas en la Proposición de LO que debía aprobarse a tenor de dicho “acuerdo”.

⁵² Sin embargo, de la lectura del art. 1 de la DM 2002/475, se desprende que el catálogo de delitos previsto en la Ley desborda sus previsiones. También lo referido a las finalidades que cualifican el tipo delictivo y le otorgan el carácter “terrorista”, exceden lo previsto en la Decisión Marco a la que se ciñen.

zación entre los dos procesos (solo respecto a uno de los cuales existía “acuerdo”) y porque las modificaciones en materia de terrorismo fueron siempre por delante.

Sin adentrarnos en el fondo de la reestructuración y ampliación de figuras que supone la nueva regulación, en exceso casuística y expansiva, plagada de términos vagos e imprecisos y donde se castigan conductas alejadísimas del más mínimo inicio de la ejecución⁵³ por lo que toca a la conducta anteriormente recogida en el derogado art. 572.2. CP (actual art.573 bis.1.1^o), el asesinato terrorista, como la conducta más grave dentro de los delitos de terrorismo establecidos en el art. 573 CP, pasa de castigarse con la prisión permanente revisable prevista en el Proyecto⁵⁴ a sancionarse con la de “prisión por el tiempo máximo previsto en este Código”. Con ello, la pirueta para no nombrar lo que realmente quiere decir pero no puede, es doble: de una parte la prisión permanente revisable esconde eufemísticamente la cadena perpetua y de otra, la citada Ley evita también aquel suavizado nombre, dada la oposición del partido socialista a su incorporación y para dar muestra de un consenso con la oposición en un tema tan sensible, dando un rodeo que origina problemas interpretativos y aplicativos de gran calado.

La técnica legislativa es tan deficiente que, aunque sin duda quería referirse a ella, en puridad no está estableciendo como consecuencia jurídica para las muertes terroristas la prisión permanente revisable. Si esta pena es distinta a la de prisión temporal -así la presentaron los miembros del Gobierno cuando estaban en la oposición⁵⁵- tal y como parece desprenderse de los arts. 33, 35 y 36 CP, que cuenta con sus propias reglas y efectos, la expresión utilizada en el art. 573 bis CP no puede estar haciendo alusión a la prisión permanente, sino a la pena de prisión temporal a la que sin duda está aludiendo expresamente cuando señala el límite “máximo” para la misma establecido en el CP, por tanto, a los 30 años

⁵³ Tales como la lectura de un texto en internet, el adoctrinamiento pasivo o el autoadoctrinamiento, todo ello guiado por la finalidad de “capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este capítulo”, convirtiendo las figuras en una especie de acto de preparación a un delito de emprendimiento.

⁵⁴ Fruto de la enmienda 875 al Proyecto de CP y justificada en atención a la “graveidad de los hechos cometidos” sin más.

⁵⁵ Vid. la enmienda n^o 384 presentada por el Partido Popular al proyecto de Reforma de 2010: “El carácter singular que se le pretende dar, ha hecho que se configure como una pena distinta y no como una prolongación de la pena privativa de libertad. Por ello, tampoco se altera el artículo 70.3 del Código Penal (...)”. *BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, n^o 52-9, de 18 de marzo de 2010, p. 173.*

de prisión que es el máximo recogido en el Texto punitivo para una sola conducta delictiva, aun cuando, sin duda, no fuera esta la intención del legislador. Esta previsión absolutamente perturbadora es consecuencia de la elaboración de dos textos paralelos que reforman el CP, habiéndose buscado el consenso solo en uno de ellos⁵⁶.

Como consecuencia inmediata, toda la regulación específica de acceso al tercer grado, permisos de salida y libertad condicional, señalada mediante un aluvión de plazos diferentes – y aun de comportamientos necesarios para acceder a determinadas instituciones- tratándose de delitos relacionados con la actividad terrorista, queda vacía de contenido, pues la única conducta para la que se había proyectado la pena de prisión permanente en este apartado, ha quedado finalmente sancionada con una pena de prisión temporal a cuyo régimen general de ejecución habrá que remitirse. Además de ello, el resultado de esta peculiar forma de legislar puede dar lugar a que se castigue menos una muerte por un atentado terrorista que un asesinato agravado del art. 140 CP, salvo que, a través del concurso de normas, pueda entenderse este otro precepto de aplicación preferente, en cuyo caso no se estarían tomando en consideración las finalidades específicas recogidas en el art. 573 CP que convierten la conducta en un “acto terrorista”, lo que iría en contra de los propios propósitos de la norma y del principio de especialidad.

Resulta una distorsión que solo puede explicarse en clave política, en el marco un procedimiento legislativo. Si existía esa voluntad de lograr un acuerdo este podía haberse logrado en el curso de la Reforma, sin embargo, esta otra decisión demuestra que la labor legislativa y, en este caso la política criminal, se aleja de los intereses generales (la prevención del delito) para servir a los intereses de cada partido, que, con estos métodos expeditivos, pretende dar la impresión de que el sistema responde y es capaz de actuar como garante de la seguridad.

⁵⁶ Aunque se imposibilite su aplicación a los delitos de terrorismo hay que poner de manifiesto que, aun cuando tuviera alguna justificación este tipo de penas, la realidad de nuestro país en la que el terrorismo interno (ETA) ha dejado de ser un problema de primera línea, convertiría en un tremendo error de política criminal introducir la cadena perpetua para una situación desaparecida, la situación diferente que vive el país, aconseja revisar básicamente aspectos de ejecución penitenciaria Y, respecto a las nuevas amenazas internacionales de terrorismo islámico, por sus características intrínsecas no parecen fácilmente combatibles mediante la amenaza de una pena privativa de libertad permanente. Así lo hace notar CARBONEL MATEU, Juan Carlos, “Prisión Permanente Revisable (Arts. 33 y 35)”, cit., p. 218.

Las causas de exclusión de la pena

DRA. CRISTINA CALLEJÓN HERNÁNDEZ*

Sumario

1. Introducción
2. Algunas cuestiones relativas a la punibilidad
3. Las causas de exclusión de la pena
 - 3.1. Origen
 - 3.2. Denominación y fundamento
 - 3.3. Ubicación en la teoría jurídica del delito
 - 3.4. Posibles clasificaciones
 - 3.5. Las causas de exclusión de la pena en el Ordenamiento jurídico español
 - 3.5.1. Delitos contra el patrimonio causados entre parientes
 - 3.5.2. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social
 - 3.5.3. Delitos de rebelión y sedición
 - 3.5.4. Delito de falso testimonio
 - 3.5.5. Delito de cohecho
 - 3.5.6. Delito de matrimonio ilegal
 - 3.5.7. Delito de frustración en la ejecución
 - 3.5.8. Delito de incendio
 - 3.5.9. Delito de sustracción de menores
 - 3.5.10. Delito de encubrimiento
 - 3.5.11. Desistimiento voluntario
 - 3.5.12. Otros supuestos
 - 3.6. Figuras afines
 - 3.6.1. Condiciones objetivas de procedibilidad
 - 3.6.2. Inviolabilidades, inmunidades y fueros especiales
4. Las causas de exclusión de la pena en Iberoamérica. Especial referencia al Derecho Penal cubano

* Contratada Predoctoral FPU de Derecho Penal. Universidad de Jaén (España).
chernand@ujaen.es

1. Introducción¹

La doctrina mayoritaria define el delito como una acción típica, antijurídica, culpable y punible. De esta manera, una conducta delictiva es aquella recogida como tal dentro de la ley penal (frecuentemente en el Código Penal aunque puede también encontrarse tipificada en una Ley Penal Especial); contraria a Derecho; que puede ser reprochada a título de dolo o imprudencia al autor; y merecedora de la sanción que se haya previsto expresamente para tal conducta.

Por regla general, cuando nos encontramos en presencia de una acción típica, antijurídica y culpable, dicha acción deviene asimismo punible. Empero, toda regla general presenta excepciones. Así, puede ocurrir que aun existiendo una acción típica, antijurídica y culpable, se requiera algún otro elemento para que sea punible, elemento que suele encontrarse fuera del ámbito de control del sujeto, concurriendo una denominada condición objetiva de punibilidad, como la responsabilidad en cascada del artículo 30 del Código Penal, en la que es requisito para castigar al sujeto la imposibilidad de sancionar a quien venga mencionado en el apartado inmediatamente anterior del tipo; mientras que en otras ocasiones ocurrirá justamente lo contrario, quiere decirse, pese a encontrarlos frente a una acción típica, antijurídica y culpable, la conducta no será punible por algún motivo concreto, lo que se denomina causa de exclusión de la pena o excusa absolutoria. Ambas son elementos pertenecientes a la punibilidad y, por tanto, ajenos tanto al tipo como a la culpabilidad, por lo que poseen un funcionamiento radicalmente distinto a las causas de justificación o de exculpación. Recordemos que las primeras eliminan la antijuridicidad, de manera que lo que inicialmente parecía una actuación delictiva acaba siendo conforme a Derecho y las segundas impiden el reproche al sujeto activo por la conducta realizada. Las causas de exclusión de la pena parten de la existencia de una acción antijurídica y culpable pero primarán otros intereses que hagan aconsejable la no imposición de la pena.

Es por esto que VIZUETA FERNÁNDEZ observa que la definición de delito puede ser completada indicando que “es la acción u omisión

¹ A Ignacio Benítez Ortúzar, mi maestro, hacia el que siento un profundo cariño y un gran respeto y admiración, no solo por su meritoria trayectoria profesional, sino especialmente por las extraordinarias cualidades que presenta como persona, entre las que destacan su sencillez y generosidad. En otras palabras, si su amplio dominio del Derecho Penal es innegable, mayor es su calidad humana. Gracias por guiar mi carrera académica con tanto esmero y dedicación, sin ti no lo habría conseguido.

típica, antijurídica y culpable, siempre que concurra la correspondiente condición objetiva de punibilidad y no exista una excusa absolutoria”².

2. Algunas cuestiones relativas a la punibilidad

El punto de partida debe pasar por la distinción entre punibilidad y pena. LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ exponen de forma cristalina la diferencia existente entre ambas: “La punibilidad se diferencia de la pena en varios aspectos. Ante todo, la punibilidad señala el hecho de que una conducta típica, antijurídica y culpable debe ser castigada [...]; mientras que la pena concretiza el quantum: la clase de pena y la magnitud de la misma. Por ello, la pena puede faltar por diversas circunstancias aun existiendo el delito [...]; mientras que la punibilidad es totalmente necesaria para que exista el delito: si falta, la conducta, a pesar de ser típica, antijurídica y culpable, no será delito. Esta inexistencia del delito desde el momento de poner la conducta es lo que diferencia las causas de exclusión de la punibilidad de las causas de extinción de la misma (art.130 CP), pues en estas últimas, el delito ha existido durante un periodo de tiempo más o menos prolongado, para extinguirse después”³.

Esclarecedora resulta en este sentido la tesis mantenida por FERRE OLIVE⁴ acerca de la distinción entre *merecimiento* de pena y *necesidad* de pena. Según esta teoría, cuando una conducta presenta todas las características propias de un delito, la misma es merecedora de pena. Sin embargo, cuando el legislador incluye ciertos requisitos adicionales que hacen no solo que la conducta sea merecedora de pena, sino también necesaria, puede ocurrir, en el caso de no estar presente la condición objetiva de punibilidad o la causa de exclusión de la pena, que ésta sea merecida pero no necesaria.

² VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Derecho Penal. Parte General*, (coord. ROMEO CASABONA, Carlos María, Esteban Sola Reche y Miguel Ángel Boldova Pasamar), 2ª edición, Comares, Granada, 2016, p. 304.

³ LANDECHO VELASCO, Carlos María y Concepción MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2015, p. 434.

⁴ FERRE OLIVE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Penal. Parte General* (coord. DEMETRIO CRESPO, Eduardo y Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE), 3ª edición, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016, p. 308.

Esta alusión a los términos de merecimiento y necesidad de pena ya había sido realizada previamente por HIGUERA GUIMERÁ⁵, para quien, en caso de concurrencia de una causa de exclusión de pena, el delito cometido es merecedor de una pena pero se considera que no necesita ser castigado en base a razones de política criminal.

3. Las causas de exclusión de la pena

3.1. Origen

Las causas de exclusión de la pena o excusas absolutorias implican la imposibilidad de atribuir una sanción a una conducta pese a ser típica, antijurídica y culpable. De esta manera, la concurrencia de una causa de exclusión de la pena determina la presencia de una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible (en el sentido de que merecería ser penada), si bien se rechazará el recurso a la pena por algún motivo determinado.

Para explicar las causas de exclusión de la pena, HIGUERA GUIMERÁ se retrotrae a los denominados “privilegios”, señalando acertadamente que esta figura ha sido “una forma peculiar en que se manifestó la actividad jurídica durante la Edad Media”⁶, definiéndolos como “una disposición cuyo objeto es crear una situación jurídica concreta”⁷, y distinguiéndolos de la ley en que ésta es de carácter general y abstracto y aquél es un acto jurídico fuera de la ley, una anomalía⁸.

En el Ordenamiento jurídico español fue SILVELA⁹ quien introdujo las causas de exclusión de la pena cuando reflexionaba sobre la existencia de algunas causas de exención que no constituían ni causas de justificación ni causas de inimputabilidad.

En un momento posterior SILVELA trata de buscar la razón de tales exenciones y llega a la siguiente conclusión: “Si queremos investigar la razón o el porqué de esta especie de exención, habremos de convenir en que no se apoya en que el acto sea en sí mismo legítimo, como sucede

⁵ HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 70.

⁶ HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, “*Las excusas absolutorias*”...Ob. cit., p. 19.

⁷ HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, “*Las excusas absolutorias*”...Ob. cit., p. 20.

⁸ HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, “*Las excusas absolutorias*”...Ob. cit., p. 20.

⁹ SILVELA, Luis, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, volumen 2, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1903, p. 201.

en las causas de justificación, ni tampoco en que no aparezca sujeto con condiciones de capacidad para responder, como acontece en las causas de no imputabilidad, sino que aparece más bien fundada en motivos transitorios y de conveniencia, correspondiendo a lo que hemos llamado política dentro del Derecho penal. Estima el legislador, en efecto, más útil tolerar el delito que castigarlo aun conociendo que existe delito, y que hay persona que de él pudiera responder”¹⁰.

3.2. Denominación y fundamento

Las causas de exclusión de la pena presentan infinidad de inconvenientes dogmáticos, empezando por su denominación. Explica HIGUERA GUIMERÁ que el término “excusa absolutoria” tiene origen francés¹¹. Sin embargo, fue SILVELA quien lo incardinó en el Ordenamiento jurídico español con las siguientes palabras: “Estas causas, que no tienen denominación especial en nuestro Derecho, pueden ser, con bastante propiedad, designadas bajo el nombre de excusas absolutorias”¹².

A pesar de la denominación común de “excusas absolutorias”, el término no me parece adecuado porque tal expresión transmite un mensaje distinto de la verdadera naturaleza que subyace en estos elementos. El término excusa absolutoria parece referirse a una especie de disculpa que conlleva la absolución por el hecho delictivo cometido (según la Real Academia Española, excusa es un “motivo o pretexto que se invoca para eludir una obligación o disculpar una omisión”) y no es que se justifique o se disculpe al que ha cometido el delito (lo que podría llevar a confusión con respecto a las causas de justificación), sino que se decide dejar la acción sin castigo porque así lo aconsejan distintas razones de política criminal cuando concurren unos requisitos muy concretos.

Por lo que respecta al fundamento de las causas de exclusión de la pena, el mismo no es otro que la constatación de que la imposición de una pena en el caso concreto acarrearía más inconvenientes que ventajas, es decir, las causas de exclusión de la pena están basadas en razones de política criminal por las cuales el legislador decide que determinadas conductas aptas para ser subsumidas en un supuesto de hecho de la norma penal, contrarias a Derecho e imputables a un determinado sujeto de forma dolosa o imprudente no van a ser finalmente sancionadas, excluyéndose la pena, por tanto, para aquellas personas en las que concurra la causa que motivó tal decisión.

¹⁰ SILVELA, Luis, “*El Derecho Penal estudiado en principios...*” Ob. cit., p. 201.

¹¹ HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, “*Las excusas absolutorias*”... Ob. cit., p. 29.

¹² SILVELA, Luis, “*El Derecho Penal estudiado en principios...*” Ob. cit., p. 201.

Cuando hablamos de causas de exclusión de la pena, frecuentemente sale a colación el término “política criminal”, algo a lo que también alude la jurisprudencia. Así, el Tribunal Supremo, en una sentencia de 26 de diciembre de 1986 las definía de la siguiente manera: “Bajo el nombre de “excusas absolutorias” se vienen comprendiendo un conjunto de circunstancias de dudosa y controvertida naturaleza jurídica que, colocadas junto al delito a que afectan, son de difícil clasificación, pero, prescindiendo de hacer un ensayo clasificatorio, la propia excusa absoluta debe su origen a razones de política criminal que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos no obstante estar presente en ellos las notas de antijuridicidad tipificada y culpabilidad”. Pero, ¿en qué consiste exactamente la política criminal?

Una buena definición de política criminal viene de la mano de BORJA JIMÉNEZ: “aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad”¹³.

3.3. Ubicación en la teoría jurídica del delito

Señala ASÚA BATARRITA, al exponer la teoría de WOLTER al respecto, que “las causas personales o materiales de exclusión de la punibilidad actúan como obstáculos que bloquean la pretensión punitiva pese a concurrir los presupuestos del injusto culpable y de la necesidad de pena”¹⁴.

ORTS BERENGUER Y GONZÁLEZ CUSSAC las definen como “supuestos de delito punible no penado”¹⁵. Esta expresión es correcta y esclarecedora, es decir, estamos ante supuestos en los que la conducta es reprochable al sujeto, es punible (se castigaría en el caso de que la condición prevista en la causa de exclusión de la pena no estuviese presente) pero para el caso concreto no va a ser objeto de sanción dada la existencia de alguna razón por la cual se estima que no es conveniente la imposición de una pena.

¹³ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Curso de política criminal*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 9.

¹⁴ ASÚA BATARRITA, Adela, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 229.

¹⁵ ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 423.

Esta cuestión que acaba de plantearse relativa a si la causa de exclusión de la pena niega automáticamente la existencia del hecho delictivo o si simplemente lo deja impune no es pacífica en la doctrina, de manera que pueden encontrarse opiniones muy diversas.

Señalan LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ que “la punibilidad puede definirse como la potestad que tiene el legislador de señalar una pena a una acción típica, antijurídica y culpable. Por lo tanto, hay que afirmar que el legislador penal tiene la potestad de dejar sin señalar pena a ciertas acciones típicas, antijurídicas y culpables, sin lesionar el principio de igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, por razones de política criminal, pero en tal caso no podrá hablarse de delito”¹⁶.

Sin embargo, considero más acertada la postura de LUZÓN PEÑA cuando afirma que en caso de concurrencia de una causa de exclusión de la pena (a las que él denomina causas personales de exclusión de la punibilidad al entender que el término “excusa absolutoria” invita a confusión) “es más correcto afirmar que hay delito y se excluye la punibilidad del sujeto”¹⁷, si bien yo añadiría que lo que se excluye no es la punibilidad, sino la pena. Un pensamiento contrario llevaría a conciliar muy difícilmente, por ejemplo, que el artículo 268 excluya la responsabilidad penal pero no así la civil con respecto a los delitos patrimoniales cometidos entre parientes y que no aplique la exención de pena a terceros extraños que participen el delito, pues si no existe el delito no se entiende sobre qué recae la responsabilidad civil (quizá sobre la existencia de un daño) y sería imposible castigar a los partícipes en virtud del principio de la accesoriedad de la participación.

Igual opinión merece para MIR PUIG, que alude a que existen dos formas de considerar las causas de exclusión de la pena: “Por una parte, puede sostenerse que, no excluyendo ni el injusto penal ni tampoco la posibilidad de imputarlo al sujeto, no impiden la presencia de un delito, sino, solo, excepcionalmente, el castigo del mismo cuando es cometido por una determinada persona. Por otra parte, si solo se entendiera por delito el hecho concreta y personalmente punible, debería exigirse la concurrencia de los elementos personales referidos en el sentido de una categoría de punibilidad posterior a las de antijuridicidad e imputación

¹⁶ LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *“Derecho Penal Español. Parte General...”*, Ob. cit., p. 434.

¹⁷ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 559-560.

personal. Me inclino por la primera solución, más acorde con el significado de objetivo desvalor que tiene el término delito”¹⁸.

Así las cosas, coincido con HIGUERA GUIMERÁ cuando indica que “la concepción que previamente se tenga sobre lo injusto y la culpabilidad, y asimismo la teoría de los fines de la pena, será decisivo en orden al estudio de las excusas absolutorias”¹⁹, pero también con LUZÓN PEÑA cuando establece que “la discusión al respecto tampoco constituye un tema central en la Parte general del Derecho penal porque al fin y al cabo son contados los casos en que se plantea algún requisito específico para su punibilidad distinto del injusto y la culpabilidad, ya que generalmente, si hay una acción típica, antijurídica y culpable, es ya sin más punible”²⁰.

Al pertenecer a la esfera de la punibilidad, las causas de exclusión de la pena son perfectamente compatibles con causas de justificación o exculpación. Quiere decirse que puede que no se necesite llegar al estudio de la propia punibilidad o impunidad de la conducta porque la misma haya resultado encontrarse amparada bajo una causa de justificación o porque el autor no haya actuado con dolo o imprudencia.

En cuanto a lo que error se refiere, ante el silencio del Código Penal acerca de cómo proceder en caso de error sobre la punibilidad, no queda otro remedio que deducir una interpretación al respecto. A mi juicio, el error sobre una causa de exclusión de la pena es irrelevante a efectos prácticos. Esto significa que si una persona actúa pensando que la conducta que está realizando puede ser enmarcada en una causa de exclusión de pena, debería ser castigada. Del mismo modo, la exención de pena se producirá aun cuando el sujeto activo desconozca la existencia de la misma. Esto es así porque estas causas concurren o no concurren, independientemente de la voluntad y el conocimiento del sujeto al que eventualmente pudiesen afectar, dado que no pertenecen al tipo ni a la culpabilidad. Y otro tanto ocurriría en el caso de las condiciones objetivas de punibilidad: pese a que el sujeto pueda pensar que se encuentran presentes en la conducta cometida, la misma no será penada si realmente no lo están; del mismo modo, la conducta habrá de ser objeto de sanción incluso aunque el sujeto crea que no se ha producido la condición obje-

¹⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Reppertor, Barcelona, 2016, p. 155.

¹⁹ HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, “Las excusas absolutorias...”, Ob. cit., p. 14.

²⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Lecciones de Derecho Penal. Parte General...”, Ob. cit., p. 554.

tiva de punibilidad si, efectivamente, ésta existe. En el mismo sentido se pronuncia VIZUETA FERNÁNDEZ²¹ y la doctrina alemana dominante.

HIGUERA GUIMERÁ²² opina en sentido contrario, estimando que el error sobre una excusa absolutoria es un error *sui generis* y que, ante la falta de legislación al respecto, debería aplicarse analógicamente el error de prohibición.

BACIGALUPO sostiene que “el autor que supo que su acción era contraria a una norma, pero que estimó que no era punible, no debería ser sometido a un tratamiento resocializador, toda vez que no toda lesión de una norma es síntoma sin más de un estado personal de desocialización”, abogando por la aplicación del error de prohibición para tales supuestos²³.

3.4. Posibles clasificaciones

Son múltiples las clasificaciones que se han realizado con ocasión de las causas de exclusión de la pena, dando la impresión de que cada autor posee un criterio propio:

TÉLLEZ AGUILERA²⁴ distingue entre excusas absolutorias subjetivas, aquéllas que se refieren a circunstancias personales que concurren en quien a ella se refieren (por ejemplo, la prevista en el artículo 268 del Código Penal); y las excusas absolutorias objetivas, aquéllas que no hacen referencia a circunstancia personal alguna y que, por tanto, despliegan sus efectos frente a cualquier partícipe del hecho (por ejemplo, las previstas en sede de los delitos fiscales).

LUZÓN CUESTA²⁵ realiza una clasificación entre excusas absolutorias en sentido estricto (aquéllas que concurren en el momento de la comisión del delito), excusas absolutorias en sentido amplio (aquéllas que se producen con posterioridad a la comisión del hecho delictivo) y causas personales de exclusión de la pena (que se fundamentarían en el cargo que ocupan las personas a las que afecta y son las inmunidades e inviolabilidades).

²¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, “Derecho Penal. Parte General...”, Ob. cit., p. 313.

²² HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, “Las excusas absolutorias...”, Ob. cit., p. 159.

²³ BACIGALUPO, Enrique, “El error sobre las excusas absolutorias”, en *Derecho Penal y Criminología*, No. 2, mayo-julio 1978, pp. 41-43.

²⁴ TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Derecho Penal. Parte General*, Edisofer, Madrid, 2015, p. 418.

²⁵ LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 22ª edición, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 116-122.

En cuanto a la doctrina alemana, ROXIN²⁶ habla de causas de exclusión de la punibilidad o de la pena, realizando tres clasificaciones al respecto de las mismas: causas personales de exclusión de la punibilidad (por ejemplo, la inmunidad parlamentaria), causas materiales de exclusión de la punibilidad (por ejemplo, la prueba de veracidad tras una difamación según la opinión mayoritaria) y causas de supresión de la punibilidad (como sería el desistimiento voluntario según la doctrina alemana dominante). Sin embargo, algunos supuestos apreciados por la doctrina alemana mayoritaria como supuestos de exclusión de la punibilidad son tratados por Roxin como aparentes causas de exclusión de la punibilidad que encierran en realidad verdaderas causas de justificación (informes de veracidad presentados por parlamentarios acusados de difamación) o causas de exclusión de la responsabilidad (desistimiento voluntario).

HIGERA GUIMERÁ distingue entre excusas absolutorias pendientes cuando el hecho descrito y exigido por el Código Penal no se ha realizado aún pero es posible realizarlo (condición pendiente); excusa absoluta realizada cuando se produce el hecho que elimina la punibilidad y hace que la acción sea típica, antijurídica y culpable pero no punible (condición cumplida); y excusa absoluta fallida cuando el hecho no se produce, quedando constituida plenamente la punibilidad (condición fallida)²⁷.

Con independencia de si se prefiere optar por una clasificación entre causas de exclusión y causas de levantamiento de la pena o, por el contrario, por la clasificación entre causas objetivas y subjetivas, lo cierto es que es innegable que existen algunas causas de exclusión de la pena que responden a características personales del autor (el parentesco en los delitos contra el patrimonio) y otras que se centran en el hecho delictivo, normalmente en una actuación posterior por parte del sujeto activo (regularizar una situación tributaria, retractarse del falso testimonio, convalidar un matrimonio inválido, etc.), pero también anterior (exención prevista para los delitos de rebelión o sedición).

²⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, 1ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 971-977.

²⁷ HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, “*Las excusas absolutorias...*”, Ob. Cit., pp. 39-40.

3.5. Las causas de exclusión de la pena en el Ordenamiento jurídico español

3.5.1. Delitos contra el patrimonio causados entre parientes

En el Ordenamiento jurídico español probablemente la causa de exclusión de la pena más conocida sea la prevista en el artículo 268 del Código Penal en relación con los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, que exime de responsabilidad penal (si bien manteniéndose la responsabilidad civil) a los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos y afines en primer grado si existiese convivencia, algo no aplicable a terceros que participasen en el delito.

TELLEZ AGUILERA²⁸ sitúa el origen de esta causa de exclusión de la pena en el Derecho romano, pues el Digesto recogía una ficción de patrimonio familiar que permitía al *paterfamilias* realizar cualquier tipo de robo o defraudación sobre el patrimonio de la esposa y los descendientes y en caso de que fuera aquélla la que llevara a cabo el hurto no podía interponer contra la misma la llamada *actio furti* (infamante) sino la *actio rerum amatorum* (no infamante), algo que después fue acogido en la Ley de las Siete Partidas, que excusaba de este tipo de comportamientos a la esposa, abuelo, padre e hijos. Sin embargo, con el transcurso del tiempo se ha ido extendiendo la línea de parientes exentos de responsabilidad penal en determinados delitos contra el patrimonio y ya el Código Penal de 1848 abarcaba también a hermanos y cuñados si viviesen juntos (artículo 468).

En relación con los delitos cometidos contra la pareja, apunta TÉLLEZ AGUILERA que “la excusa carece de sentido cuando ha desaparecido la *afectio maritalis*, de tal modo que los intereses económicos parecen contrapuestos, exigiéndose por tanto no estar separados o en trámites de separación o divorcio (en tal caso, irrelevante aunque haya convivencia)”²⁹.

Debe resaltarse que, pese a la literalidad del precepto, es perfectamente posible aplicar esta causa personal de exclusión de la pena en el caso de personas entre las que existe una relación sentimental aunque no hayan contraído matrimonio, pues así se decidió por Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 1 de marzo de 2005.

La existencia de esta causa de exclusión de la pena no encuentra justificación alguna. Se sobreentiende que el legislador ha tratado de

²⁸ TÉLLEZ AGUILERA, Abel, “Derecho Penal. Parte General...”, Ob. cit., p. 419.

²⁹ TÉLLEZ AGUILERA, Abel, “Derecho Penal. Parte General...”, Ob. cit., pp. 418-419.

proteger los lazos familiares pero la realidad es que solo se exige en el precepto la existencia de parentesco, no así de vínculos afectivos, de manera que podría aplicarse incluso entre parientes que lleven años sin tener comunicación, si bien en algunas ocasiones el criterio jurisprudencial ha sido el de no aplicar la exención de pena en estos casos.

Así las cosas y considerando esta causa personal de exclusión de pena como algo arcaico propio de épocas pasadas, me sumo al criterio doctrinal de solicitar *de lege ferenda* la conversión de este delito en semipúblico o semiprivado, de manera que la misma no opere de manera automática (máxime teniendo en cuenta la amplitud que presenta), sino que se deje a la elección del sujeto pasivo decidir si desea o no exigir la responsabilidad penal del sujeto activo, algo que se lograría fácilmente con la simple exigencia de denuncia previa para la persecución de los delitos contra el patrimonio cometidos entre parientes.

Esto es lo que ocurre en Alemania, pues el § 247 del StGB (Código Penal alemán) establecía una causa de exclusión de la punibilidad para los parientes en caso de delitos contra el patrimonio, configurándose posteriormente como delitos perseguibles solo a instancia de parte.

3.5.2. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social

El artículo 305 del Código Penal castiga la defraudación a la Hacienda Pública por importe superior 120.000 euros. Sin embargo, se incluye una causa de exclusión de la pena consistente en que el deudor regularice su situación tributaria, lo que conlleva tanto el reconocimiento como el pago de la deuda en momento anterior al inicio de actuaciones o su notificación (artículo 305.4).

En los mismos términos se expresa el artículo 307 para el caso de que la defraudación se produzca no ya a la Hacienda Pública, sino a la Seguridad Social y por un valor superior a 150.000 euros, con previsión, por tanto, de una causa de exclusión de la pena si el deudor regulariza su situación tributaria.

En semejante línea, el artículo 307 ter castiga la obtención ilícita de prestaciones de la Seguridad Social o su facilitación, incluyendo una causa de exclusión de la pena exactamente igual que en los supuestos anteriores aunque en esta ocasión se sustituye la regularización de la situación tributaria por el reintegro de *una cantidad equivalente al valor de la prestación recibida incrementada en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió.*

Finalmente, el artículo 308 del Código Penal sanciona la obtención fraudulenta de subvenciones públicas y en cantidad superior a 120.000

euros, quedando exento de pena quien proceda al reintegro junto con los intereses de demora correspondientes en idénticas condiciones que los artículos precedentes.

Obviamente, el legislador ha previsto todas estas causas de exclusión de la pena para animar a la población a abonar las deudas habidas con los distintos entes públicos, pues para el Estado es mucho más beneficioso ingresar las cantidades defraudadas que la imposición de la pena correspondiente. Quienes cometan este tipo de conductas delictivas se sentirán inclinados a satisfacer la deuda sabiendo que es la única vía de evitar la pena de prisión.

Resulta interesante la reflexión de CUELLO CONTRERAS y MAPELLI CAFFARENA cuando afirman que esta causa de exclusión de la pena “tiene el inconveniente de que puede ser utilizada por la misma hacienda pública para que el defraudador “compre” su impunidad”³⁰.

3.5.3. Delitos de rebelión y sedición

El artículo 480 del Código Penal exime de pena por delito de rebelión a quien lo revele a tiempo de poder evitar sus consecuencias, mientras que el artículo 549 hace lo propio con el delito de sedición.

En ambos casos, la motivación del legislador es clara: alentar al individuo que pretenda cometer estos delitos a revelarlo para que puedan ser evitados y no existe mejor motivación que la exención de responsabilidad. Sin embargo, puede cuestionarse la utilidad de estos preceptos dado que las conductas que describen integran una tipificación expresa de desistimiento voluntario, por lo que podrían ser englobadas en el artículo 16 del Código Penal.

3.5.4. Delito de falso testimonio

El artículo 462 incluye una causa de exclusión de la pena en sede del delito de falso testimonio, eximiendo a quien se retracte y manifieste la verdad siempre antes del dictado de la sentencia.

En este caso, el legislador ha considerado prioritario el buen funcionamiento de la Administración de Justicia sobre la imposición de la pena para el testigo falso. En aras de poderse dictar una resolución judicial más justa se incentiva a quien ha mentado en un testimonio para que subsane dicha conducta (por supuesto siempre y cuando esto pueda surtir efecto, motivo por lo que se exige que se realice antes del dictado del

³⁰ CUELLO CONTRERAS, Joaquín y MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2015, p. 148.

fallo), premiándose tal subsanación con la exoneración de responsabilidad penal.

3.5.5. Delito de cohecho

El artículo 426 contiene una causa de exclusión de la pena para el particular que haya accedido previamente a retribuir a una autoridad o funcionario público (cometiendo, por tanto, un delito de cohecho activo) pero lo denuncie ante la autoridad pertinente antes del inicio del procedimiento y en el plazo de dos meses a contar desde el acaecimiento de los hechos.

La utilidad de esta causa de exclusión de la pena reside en el intento de evitar la corrupción de los trabajadores de ámbito público. En realidad, más que evitar se trataría de identificar a los sujetos corruptos, dado que el funcionario o autoridad ya ha solicitado la dádiva y el particular ha aceptado. El legislador ha querido estimular al particular que haya recibido este tipo de “ofertas” eximiéndolo de pena a cambio de “entregar” al corrupto. Todo ello con el objetivo de mejorar el sistema de Administración de Justicia.

La confusa redacción del tipo hace dudar acerca de si estamos realmente en presencia de un desistimiento voluntario, dado que el segundo apartado del artículo 424 castiga al particular que *entrega* la dádiva pero el artículo 426 exime a quien *ha accedido* ocasionalmente a la solicitud de la misma, no utiliza el verbo “entregar”, sino “acceder”, de lo que puede inferirse que se trata del caso de quien se compromete pero no llega a entregar, supuesto de desistimiento. Por el contrario, si se interpreta que la causa de exclusión de la pena se refiere asimismo al particular que haya procedido a la entrega de la dádiva solicitada por la autoridad o funcionario público entonces si se trataría de una causa de exclusión de la pena en toda regla.

3.5.6. Delito de matrimonio ilegal

El artículo 218 castiga a quien contrae matrimonio inválido con el objetivo de perjudicar al otro contrayente, incluyéndose una exención de pena para el supuesto de que posteriormente quede dicho matrimonio convalidado.

El legislador en este caso puede haber reputado más conveniente la convalidación del matrimonio que la imposición de pena para el que contrae matrimonio ilegal, otorgando primacía a la subsistencia del vínculo matrimonial. Se trata, no obstante, de una norma penal en blanco, dado que los requisitos legales relativos al matrimonio han de ser ratificados conforme a la legislación civil.

3.5.7. Delito de frustración en la ejecución

El artículo 258 sanciona la presentación de una declaración de bienes incompleta o mendaz en caso de ejecución judicial o administrativa. Sin embargo, el tercer apartado contiene una exención de pena para el caso de que el deudor ejecutado presente la declaración correcta antes de ser descubierto.

El fundamento de esta causa de exclusión de la pena no es otro que motivar a quien se encuentra inmerso en un procedimiento de ejecución a replantearse la decisión de aportar una lista de bienes incorrecta para que aquélla pueda llegar a buen puerto, suministrando los datos correctos, lo que conllevará la exención de responsabilidad penal como premio.

3.5.8. Delito de incendio

El artículo 354 tipifica la conducta de prender fuego a montes o masas forestales en ausencia de propagación del incendio. No obstante, incluye en el segundo apartado una causa de exclusión de la pena si la mencionada no propagación se debe a la actuación voluntaria y positiva del autor del incendio.

El fundamento de esta causa de exclusión de la pena es claro, el legislador prefiere incentivar a quien prende fuego a un monte para que recapacite e intente minimizar el daño causado, pues la propagación del fuego puede conllevar consecuencias irreversibles y altamente negativas no solo para la flora y fauna del lugar, sino también para la población de alrededor. Los incendios pueden causar grandes estragos y el legislador sacrifica la imposición de la pena al delincuente en beneficio de la naturaleza.

3.5.9. Delito de sustracción de menores

El artículo 225 castiga al progenitor que sustraiga al hijo menor de edad por medio de un traslado ilícito o una retención, estableciéndose en el cuarto apartado que se exime de pena al sustractor en dos supuestos: si el sujeto activo comunica al otro progenitor o a quien se encargue del cuidado del menor el lugar en el que éste se encuentra en un plazo de veinticuatro horas desde el momento de la sustracción, comprometiéndose a devolverlo o entregarlo y cumpliendo con tal compromiso; cuando la ausencia no supera las veinticuatro horas.

Esta causa de exclusión de la pena ha sido pensada en beneficio del menor, dado que el legislador juzga que la devolución o entrega del mismo a quien corresponde legalmente su compañía (pues así lo marca el interés superior del niño) presenta suficiente relevancia como para motivar al sujeto activo del delito a que se eche atrás en la sustracción a

cambio de una exención de pena. Otro de los argumentos de esta causa de exclusión de la pena reside en impedir un procedimiento penal (con el desgaste que ello supone para todos los implicados, especialmente cuando los litigantes son o han sido una familia y existen menores de por medio) ante la presencia de conductas de escasa importancia que suponen una leve o nula vulneración del bien jurídico protegido, en respeto al principio de intervención mínima.

3.5.10. Delito de encubrimiento

El artículo 454 es valorado mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia como una causa de exclusión de la pena, frente a otras posturas que declaran que se trata de una causa de inexigibilidad de otra conducta. A favor de la primera opción se muestra TELLEZ AGUILERA³¹, al entender que no se exige prueba de no haber podido actuarse de otra manera. Para HIGUERA GUIMERÁ constituye una causa de exculpación³². En mi opinión se trata realmente de una causa de inexigibilidad de otra conducta, responde a un esquema distinto a las causas de exclusión de la pena. El legislador no ha establecido dicha exoneración por motivos de utilidad o de política criminal, sino más bien por una cuestión íntimamente relacionada con la culpabilidad, con el reproche al sujeto por la actuación cometida, algo completamente ajeno a la esfera de la punibilidad. Al ser pariente, la persona no puede acatar con normalidad la disposición penal y es por ello por lo que queda exenta de pena.

3.5.11. Desistimiento voluntario

El artículo 16 contempla en el segundo y tercer apartado la exención de pena para quienes eviten la consumación de un delito intentado, ya sea desistiendo de la ejecución iniciada, ya sea impidiendo la producción del resultado, lo que se conoce con el nombre de desistimiento voluntario. El precepto hace referencia a que esta exoneración se producirá, siempre y cuando lo ejecutado hasta el momento del desistimiento no constituya por sí mismo una actuación delictiva, de manera que se castigaría en tal caso por lo ejecutado. Por ejemplo, si una persona desiste en el intento de acabar con la vida de otra pero ya le ha causado lesiones, no responderá por un delito de homicidio pero sí por un delito de lesiones. Por regla general, los casos de desistimiento supondrán una vulneración o una puesta en peligro, siquiera mínima, del bien jurídico protegido.

³¹ TELLEZ AGUILERA, Abel, *"Derecho Penal. Parte General..."*, Ob. cit., p. 420.

³² HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 397.

Dicho precepto es estudiado por gran parte de la doctrina como una causa de exclusión de la pena. En realidad, el desistimiento voluntario participa de la misma fundamentación que las causas de exclusión de la pena, pues su existencia se basa en razones de política criminal, de utilidad. El legislador brinda al delincuente hasta el último momento la oportunidad de renunciar a la comisión del delito, ofreciéndole a cambio una descarga de responsabilidad penal, en una aplicación más que práctica de la tan famosa expresión “a enemigo que huye, puente de plata”.

3.5.12. Otros supuestos

TELLEZ AGUILERA³³ incluye también como causas de exclusión de la pena la exención prevista en los artículos 145 bis, 146 y 158, que especifican que la embarazada no será penada por los delitos de aborto sin cumplimiento de los requisitos legales aunque dentro de los casos permitidos por la ley; aborto imprudente; y lesiones al feto imprudentes, respectivamente, reparando en que se fundamentan en que para la mujer embarazada ya es suficiente con la pena natural, es decir, con el sufrimiento que conlleva el paso por un proceso de aborto o el sentimiento de culpa que tendrá toda madre que haya causado lesiones al feto de manera imprudente.

En opinión de MORENO-TORRES HERRERA³⁴, el supuesto previsto en el apartado tercero del artículo 171 del Código Penal constituye una causa de exclusión de la pena. El citado precepto permite al Ministerio Fiscal, en el caso de que una persona amenace a otra con revelar el delito por esta cometido, abstenerse de acusar por tal delito para facilitar la sanción de la amenaza.

LUZÓN PEÑA considera como una causa personal de exclusión de la pena la minoría de edad a partir de los siete años (por debajo de esta edad defiende la inimputabilidad del sujeto) al entender que llegado este momento existe una imputabilidad, si bien disminuida, y que la no imposición de penas a los adolescentes de entre 14 y 17 años se debe realmente a razones de política criminal.

3.6. Figuras afines

3.6.1. Condiciones objetivas de procedibilidad

Las causas personales de exclusión de la pena pueden ser confundidas con las denominadas *condiciones de procedibilidad*. Éstas últimas, que reci-

³³ TÉLLEZ AGUILERA, Abel, “Derecho Penal. Parte General...”, Ob. cit., p. 422.

³⁴ MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa (coord.), *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 166.

ben también otras denominaciones, como *condiciones objetivas de perseguibilidad* o simplemente *presupuestos procesales*, también son elementos ajenos al tipo y a la culpabilidad y, en ocasiones, la distinción entre ellas y las causas de exclusión de la pena presenta un elevado grado de dificultad.

Las condiciones objetivas de perseguibilidad son aquéllas que se requieren para que la acción pueda ser, como su propio nombre indica, perseguida. No estamos ya refiriéndonos a la esfera penológica, sino al ámbito del proceso. Cuando concurre una causa de exclusión de la pena o el reverso, es decir, una condición objetiva de punibilidad, el proceso no se ve afectado, simplemente se verá afectada la posibilidad o imposibilidad de imposición de una pena. No obstante, la ausencia de una condición objetiva de perseguibilidad determina la imposibilidad de iniciar el proceso judicial oportuno. Por tanto, pese a la presencia de una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible, el proceso no dará comienzo hasta que se produzca la aparición de la condición de procedibilidad exigida para el delito concreto.

Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando el legislador exige la previa denuncia o querrela del ofendido en determinados delitos que no van a ser perseguibles de oficio. Así, el requisito de la previa denuncia se exige en determinadas ocasiones, lo que acontece en sede de los delitos contra las relaciones familiares como en el de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento o el impago de la pensión de alimentos (artículo 228 del Código Penal) o con ocasión del delito de sustracción de menores (artículo 225 bis), en el caso del delito de acoso de hostigamiento o *stalking* (artículo 172 ter), para los delitos leves, etc.; mientras que se exige no ya denuncia sino querrela para los delitos de injurias y calumnias (artículo 215).

Como puede apreciarse, estas condiciones no afectan en absoluto al hecho típico ni se pronuncian acerca de la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad o penalidad de la conducta; simplemente son una serie de exigencias sin las cuales todas estas cuestiones siquiera serían objeto de discusión por cuanto conforman la única llave capaz de abrir el proceso en el que se dilucidarán las mismas.

3.6.2. Inviolabilidades, inmunidades y fueros especiales

Según DÍEZ RIPOLLÉS³⁵, son auténticas excepciones al principio de igualdad ante la ley recogido en el artículo 14 de la Constitución Española que se justifican por los intereses ligados al desempeño de los cargos

³⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Derecho Penal Español. Parte General*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 557.

de las personas en quienes confluyen, sin que puedan ser considerados privilegios de carácter personal.

Para HIGUERA GUIMERÁ, “el fundamento de las inviolabilidades y de las inmunidades se basa en razones de política criminal ya que se considera que el desempeño institucional de ciertas altas y fundamentales funciones, requiere para que se conserve el prestigio y la integridad y la indemnidad de la institución (haciendo abstracción de las concretas personas particulares que ejercitan en concreto esas funciones) o bien, que el Estado renuncie a imponer la pena (inviolabilidades), o bien, como indica la Doctrina penal mayoritaria, la existencia de ciertos privilegios de carácter procesal o adjetivo (inmunidades personales y fueros personales)”³⁶.

Las inviolabilidades constituyen una supresión de responsabilidad criminal en atención al cargo o función que desempeña una persona. La mayoría de la doctrina las considera acertadamente una auténtica causa de exclusión de la pena. Son de carácter eminentemente personal. Los ejemplos más importantes son la inviolabilidad real (artículo 56.3 de la Constitución Española) y la parlamentaria (artículo 71.1 de la Constitución Española).

La inmunidad puede definirse como “la imposibilidad de detener, inculpar o procesar a ciertas personas por la comisión de un delito, salvo que concurren determinados requisitos”³⁷.

El mismo precepto constitucional que establece la inviolabilidad de los Diputados y Senadores se ocupa asimismo de la inmunidad que se les atribuye, de manera que el artículo 71.2 establece que solo pueden ser detenidos en caso de flagrante delito, necesitándose la previa autorización de la Cámara correspondiente para ser inculcados o procesados. Dicho precepto no puede tratarse de una causa de exclusión de la pena dado que no pertenece a la esfera penal propiamente dicha, sino que alude en todo caso al proceso.

En lo que respecta al fuero especial, para DÍEZ RIPOLLÉS “supone un privilegio procesal en la persecución del delito” cuyo fundamento se encuentra en que “los intereses ligados al desempeño del cargo priman sobre la pretensión de que se respete el principio del juez ordinario en la persecución de la conducta llevada a cabo durante el ejercicio del cargo,

³⁶ HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torio Lopez*, Comares, Granada, 1999, p. 398.

³⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, “*Derecho Penal. Parte General...*”, Ob. cit., p. 311.

lo que implica la necesidad de una verificación de la exigencia de responsabilidad con especiales garantías”³⁸.

Puede encontrarse un fuero especial parlamentario en el artículo 71.3 de la Constitución, que establece que solo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo puede conocer de las causas contra Diputados y Senadores. De nuevo no pueden confundirse con las causas de exclusión de la pena por cuanto se refieren a la competencia de un Tribunal concreto para conocer de determinados asuntos, es materia del Derecho Procesal Penal pero no de Derecho Penal.

4. Las causas de exclusión de la pena en Iberoamérica. Especial referencia al Derecho Penal cubano

Las causas de exclusión de la pena no se circunscriben a los sistemas penales europeos, sino que también existen en otros Ordenamientos. Por lo que respecta al sistema Iberoamericano, podemos poner el ejemplo de Cuba, cuyo Código Penal contempla varias causas de exclusión de la pena, varias de ellas coincidentes con las previstas en el Ordenamiento español.

De tal manera, el artículo 13 del Código Penal cubano exonera de pena en el caso de desistimiento voluntario, en similares términos al artículo 16 del Código Penal español.

Con ocasión de los delitos contra la seguridad del Estado, el artículo 127 del Código Penal cubano exime de pena a quien se vea implicado en uno de ellos pero lo revele a tiempo de poder evitarse las consecuencias, al igual que realiza el sistema penal español para los delitos de rebelión y sedición.

Muy parecida resulta también la causa de exclusión de la pena prevista en el artículo 157 del Código Penal cubano, que exime de responsabilidad a quien, habiendo cometido perjurio, se retracte a tiempo de poder evitar las consecuencias de la declaración falsa, en semejantes términos a los expuestos en el artículo 462 del Código Penal español.

El artículo 160 del Código Penal cubano coincide con el artículo 454 del Código Penal español, al exonerar de pena por el delito de encubrimiento entre parientes, si bien el primero es menos amplio pues es una causa de exclusión circunscrita únicamente a ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos (no se incluyen afines como en el caso del sistema penal español) y coincide asimismo en exigir la inexistencia de aprovechamiento de los efectos del delito. Lo menciono al ser considerado

³⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “*Derecho Penal Español. Parte General...*”, Ob. cit., p. 557.

mayoritariamente como causa de exclusión de la pena pero reiterando que, a mi juicio, la verdadera naturaleza es de causa de inexigibilidad de otra conducta.

El artículo 161 del Código Penal cubano sanciona con pena de prisión o multa a quien tiene conocimiento de la comisión pasada o futura de un delito y no lo denuncia a las autoridades pertinentes, pero el segundo apartado exime de pena a las personas que no tienen el deber de denunciar, que aparecen mencionadas en el artículo 117 de la Ley de Procedimiento Penal (básicamente los parientes y el abogado del delincuente).

En sede del delito de favorecimiento de evasión de presos, el artículo 164 dispensa de pena a quien haya favorecido la evasión de un preso o detenido si logra la aprehensión del mismo antes del transcurso de un mes desde la misma, probablemente porque el legislador otorga prioridad a la localización y aprehensión del preso o detenido que al castigo de quien lo ayuda a fugarse, motivo por el cual decide incentivar a este último para que ayude a una nueva detención.

El artículo 215 castiga la entrada ilegal en territorio nacional cubano pero se incluye una causa de exclusión de la pena (por motivos humanitarios) para quien cometa el delito con el objetivo de obtener asilo.

Por otra parte, el Capítulo III del Título VII (dedicado a los delitos contra la fe pública) inserta una causa de exclusión de la pena aplicable a los delitos de falsificación de documentos en el artículo 260, para el caso de que esa falsificación responda a la formación de un medio de prueba de hechos verdaderos.

El artículo 318, al tipificar el delito de difamación, prevé la exención de pena en caso de concurrencia de la *exceptio veritatis*. Aunque esto pueda ser considerado una causa de exclusión de la pena, lo cierto es que, en línea con el delito de injurias español, en mi opinión se trata de un elemento que excluye la tipicidad de la conducta, de manera que si la supuesta difamación resultara posteriormente cierta, no es que el delito no sea punible, sino que desde un principio la conducta es atípica.

En otro orden de cosas, el artículo 335 (delito de apropiación indebida) establece una causa de exclusión de la pena al arbitrio del sujeto pasivo del delito para cuando la apropiación indebida recae sobre objetos personales, pues se procederá por el delito solo previa denuncia del afectado, quedando el culpable exento de pena si aquél desiste de la misma por escrito y de forma expresa antes del inicio del Juicio. Esta misma causa de exclusión de la pena se contempla en el artículo 179 para referirse al conductor que, infringiendo las normas de circulación, cause daños en una propiedad privada; y en el artículo 184 cuando se provoca un accidente con ocasión del tránsito ferroviario, aéreo y marítimo, causando daños igualmente a propiedades privadas.

En términos parecidos se expresa el artículo 170, relativo al incumplimiento de obligaciones derivadas de la comisión de contravenciones, que contiene la condición de procedibilidad de previa denuncia por parte de la autoridad o funcionario que ha dictado la resolución, pudiendo quedar el culpable exento de pena si procede a la satisfacción de las obligaciones pertinentes antes del dictado de la sentencia.

Finalmente y al igual que la causa de exclusión de pena por excelencia del Ordenamiento penal español, el artículo 341 exonera de responsabilidad a los parientes (incluidos afines) por los delitos de hurto, estafa, apropiación indebida y daños que se causen entre sí, disposición no aplicable a aquellos extraños que participasen en el delito.

5. Conclusiones

Las causas de exclusión de la pena consisten en exenciones de responsabilidad criminal que responden a razones de política criminal, siendo instauradas por el legislador cuando así lo ha estimado oportuno, en la creencia de que existen factores más importantes que la sanción que merecen prioridad aunque ello suponga el sacrificio de la pena. Podría decirse que engloban supuestos en los que la pena es merecida pero no necesaria en los que existe una acción típica, antijurídica, culpable y punible pero no penada.

Estos elementos responden a distinto tratamiento en función de la ubicación que se les dispense en la teoría jurídica del tipo. En este trabajo se ha adoptado la línea de insertarlos en la esfera de la punibilidad. Efectivamente de tal ubicación dependen las consecuencias que se anuden a las mal llamadas excusas absolutorias, pudiendo apreciarse que niegan la existencia de delito o que, aun afirmando la existencia del mismo, se decide prescindir del castigo, adoptándose en el presente escrito la segunda postura, pues el delito continúa existiendo aunque se decide no castigarlo.

En el Ordenamiento jurídico español existe una variedad de causas de exclusión de la pena, muchas de ellas coincidentes con otros sistemas penales, cuya naturaleza tampoco es pacífica en la doctrina. Aunque algunas de ellas puedan tener sentido en aras de la defensa de otros intereses, otras aparecen superadas por el devenir del tiempo (como sería el caso del parentesco en los delitos contra el patrimonio, dada la existencia de mejores fórmulas con las que proteger dichos intereses como la conversión del delito en semipúblico), sin olvidar que existe algún supuesto que nos invita a mostrarnos escépticos con el principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (la inviolabilidad del Rey, sobre todo si se entiende que afecta no solo a los actos inherentes a su cargo, sino también a los de ámbito privado).

Crimen Organizado Transnacional: Normativas globales para su combate

DRA. LIZBETH GARCÍA MONTOYA*
DR. ISMAEL CAMARGO GONZÁLEZ**

Sumario

Introducción

1. Crimen organizado transnacional como un fenómeno de la globalización
2. El combate al crimen organizado desde una perspectiva jurídica
 - 2.1. Tratados y convenios internacionales en la materia
 - 2.1.1. Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional
 - 2.1.2. Reglamentación en la Unión Europea. a) Decisión Marco. b) Acciones comunes
 - 2.1.3. Marco Normativo Americano: Documentos Internacionales Suscritos
 - 2.1.3.1. Estados Unidos de América y América Latina. a) El caso de México
3. El combate al crimen organizado desde nuevas estrategias jurídicas

Conclusiones

* Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa, Diploma de Estudios Avanzados y Doctorado en Criminología y Delincuencia Juvenil por la Universidad de Castilla La Mancha, Profesora e Investigadora de Tiempo completo de la Universidad Autónoma de Sinaloa adscrita a la Facultad de Derecho Culiacán. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

lizabeth.garcia@uas.edu.mx

** Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa, Doctorado en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa, Profesor e Investigador de Tiempo completo de la Universidad Autónoma de Sinaloa, adscrito a la Facultad de Derecho Culiacán. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

ismael@hotmail.com

Introducción

El crimen organizado se ha caracterizado por ser un eficiente proveedor de un voraz mercado internacional entre los que destacan principalmente los Estados Unidos de América y Europa. Entre los principales bienes y servicios ilegales que proporciona el crimen organizado encontramos diversas formas de vicio como las drogas y el juego, así como otras actividades ilícitas muy redituables económicamente, como la pornografía, el tráfico de personas, el secuestro, el robo de vehículos y otros más tipificados como delitos graves.

Precisamente, el poder económico que detentan los grupos de la criminalidad organizada es a la vez una de sus fortalezas pero también una debilidad, pues el dinero lo utilizan para comprar armas y cómplices, pero a su vez, necesitan movilizar sus activos pecuniarios, con relación a lo anterior, García Rivas (1998:24), reflexiona lo siguiente:

Los puntos débiles más significativos tienen que ver con la imposibilidad de derivar hacia la inversión los enormes ingresos generados por la actividad ilícita. Ese exceso de liquidez provoca una necesidad imperiosa de entrar en contacto con el mercado financiero legal con el fin de aprovecharlo con el máximo beneficio. Es por ello imprescindible golpear a las organizaciones criminales en el punto de mayor debilidad: el blanqueo de dinero, porque la batalla está completamente perdida si nos dedicamos exclusivamente a perseguir cargamentos de heroína o cocaína por el mundo. Ahora bien, al tiempo que se incrementa la presencia de los grupos criminales dedicados al tráfico de drogas, aumenta igualmente el número de países susceptibles de convertirse en paraísos fiscales, opacos a la intervención del mercado financiero.

1. Crimen organizado transnacional como un fenómeno de la globalización

El crimen organizado como tal, no es reciente, este fenómeno lo han sufrido ya países considerados como desarrollados económica y políticamente, por citar algunos: Estados Unidos de América e Italia, aunque ambos países en la actualidad se encuentran sumergidos en una crisis que abarca ambas situaciones: la económica y la política.

No resulta tarea fácil la conceptualización de este fenómeno, por los distintos elementos que lo componen, sin embargo es pertinente preguntarnos lo siguiente: ¿Cómo caracterizar al crimen organizado? Y ¿Qué ha influido para que este problema haya proliferado tanto a través del tiempo? Centrándonos en la primera interrogante, nos parece viable externar en relación a la composición plural y objetivos del crimen organizado lo manifestado por Sánchez García de la Paz (2008:28):

A la hora de definir la criminalidad organizada, la doctrina coincide en la necesidad, como punto de partida, de diferenciar la organización criminal de una simple asociación para delinquir. Esto es, estamos ante algo más que una simple concertación de personas con el propósito de cometer delitos. El concepto estricto de crimen organizado necesita del complemento de otros indicadores, y vendría a ser así un plus respecto de la asociación criminal, tradicionalmente tipificada en la mayoría de los ordenamientos penales.

Ahora bien, dando respuesta a la pregunta sobre qué factores han contribuido a que la delincuencia organizada se haya agudizado y proliferado en las últimas décadas, hemos considerado que uno de esos factores es el fenómeno de la globalización, definiendo a éste como: todas las prácticas que el ser humano pueda desarrollar: comunicaciones, política, economía, comercio, etc., por ello el crimen organizado aprovecha este factor. La idea de una aldea global explica por sí misma el hecho de la mundialización de las relaciones humanas.

Esta coincidencia entre globalización y mundialización, la encontramos también en documentos de las Naciones Unidas como es el caso de la Declaración sobre el Crimen Organizado¹ donde se establece:

En la nueva era de la mundialización, las fronteras se han abierto, las barreras comerciales han caído y la información se transmite rápidamente por todo el mundo al alcance de una tecla. Los negocios están floreciendo... y también lo está la delincuencia organizada transnacional. Se están forjando fortunas como resultado del tráfico de drogas, la prostitución, las armas de fuego ilícitas y todo un conjunto de delitos transfronterizos. Todos los años, los delincuentes organizados blanquean enormes sumas de dinero de procedencia ilícita.

Sin duda alguna, se puede afirmar categóricamente que el crimen organizado convertido en empresa transnacional ha expandido su ilícito mercado a un mundo sin fronteras, a un mundo globalizado. De la misma manera la guerra internacional contra el mercado negro en el comercio de narcóticos y otros delitos graves ha sido emprendida por los gobiernos de las naciones afectadas, reforzada esta lucha por los correspondientes organismos mundiales.

En estas circunstancias, el derecho internacional, el acuerdo entre naciones juega un rol importantísimo en el combate al crimen organizado, los nuevos esquemas legales internacionales tendrán como objetivo

¹ Declaración sobre el Crimen organizado, X Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento al Delincuente celebrado en Viena en el año 2000, este documento puede ser consultado en la página web de la Office on Drugs and Crime. ONU en www.unodc.org/unodc/index.html

estrechar o de plano desaparecer los márgenes de maniobra de las asociaciones corporativas criminales.

En este mismo contexto, (Ferrajoli, 2006:18) considera que estamos ante la presencia de la criminalidad global o globalizada cuando por los actos realizados o por los sujetos implicados, no se desarrolla en un único país o territorio estatal, sino que, como las actividades económicas de las grandes corporaciones multinacionales a nivel transnacional o planetario se desarrollan a nivel global.

2. El combate al crimen organizado desde una perspectiva jurídica

Cuando el crimen organizado traspasa las fronteras, su estructura se convierte en una organización corporativa transnacional y sus ilícitos negocios afectan a diversos países el crimen organizado entra así a la era global por lo que el combate a esa corporación criminal debe adquirir la misma naturaleza global. Desde luego, sin perder en ningún momento de vista el combate a estas corporaciones desde el interior de cada país.

Sobre éste carácter, resulta atinente un comentario vertido por Zúñiga (2009:2) quien refiriéndose al crimen organizado expresa:

Pero el aspecto más sobresaliente de los últimos tiempos es sin duda el carácter transnacional de la criminalidad organizada, cómo ésta ha demostrado una extraordinaria capacidad de adaptación a los modernos fenómenos sociales, aprovechándose de las ventajas de la liberalización del comercio internacional y de los mercados financieros, de las facilidades de las comunicaciones propias de una sociedad de la información, potenciando su poder criminógeno en cuanto a calidad y cualidad en dimensiones nunca antes vistas. Se estima que la internacionalización de las actividades criminales hace que las diversas organizaciones criminales establezcan alianzas, en lugar de combatirse, repartiéndose así territorios y especialidades, teniendo en consideración los riesgos y las facilidades que presentan los diversos países.

Consideramos, la cooperación no sólo como elemento clave como estrategia en la lucha contra el crimen organizado a nivel global, sino vital, dada la movilidad del crimen organizado y su capacidad de adaptación a los diferentes escenarios mundiales. La cooperación resulta sumamente necesaria ante las notorias deficiencias del marco normativo de algunos países, deficiencias también en los respectivos controles del sistema financiero y otros de igual o mayor envergadura.

En este tenor, las Naciones Unidas reconocen que:

El incremento de la sofisticación y globalización del crimen organizado convierten a la cooperación internacional en un elemento crucial

para combatir este fenómeno. Por esta razón se encuentran sumidas en un proceso de elaboración de una Convención Internacional relativa al crimen organizado, cuyas discusiones tienen lugar en el Comité especial para la elaboración de una Convención contra la criminalidad transnacional organizada. (Blanco y Sánchez 2000:5).

2.1. Tratados y convenios internacionales en la materia

Lógicamente, estos documentos de carácter internacional en el aspecto normativo, constituyen una obligación a cargo de los países firmantes. Destaca por ello, la materia de combate a la delincuencia organizada por el flagelo que ésta constituye a nivel global.

2.1.1. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Quizá, este documento sea el más importante en la lucha global contra el crimen organizado transnacional o tal vez no lo sea, lo que si podemos asegurar es que se trata de un documento internacional que dimensiona en toda su realidad el fenómeno del crimen organizado como operador transnacional asimilándose a una empresa con esas características.

En diciembre de 2000, al suscribir en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas.²

² Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, Naciones Unidas, Nueva York 2004, consúltese en: <http://www.unodc.org/documents/peruandecuador//Publicaciones/tocebook.pdf>. Más sobre el mismo tema: Los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña. En cambio, nuestros esfuerzos por combatirlos han sido hasta ahora muy fragmentarios y nuestras armas casi obsoletas. La Convención nos facilita un nuevo instrumento para hacer frente al flagelo de la delincuencia como problema mundial. Fortaleciendo la cooperación internacional podremos socavar verdaderamente la capa-

Destacan por su importancia el contenido normativo de los artículos 19³ y 28⁴ del citado documento internacional, ya que el primero norma un aspecto relevante en el trabajo colectivo o de equipo, esto es, las Investigaciones conjuntas. El segundo dispositivo, versa también sobre un aspecto toral en esta lucha: Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la naturaleza de la delincuencia organizada.

Complementan este documento internacional, algunos protocolos en materia de delitos en lo particular, a manera de anexos, tal es el caso del:

Anexo II. 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. En cuyo numeral 4 se dispone el ámbito de aplicación en el siguiente tenor:

*“A menos que contenga una disposición en contrario, el presente Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de esos delitos”.*⁵

cidad de los delincuentes internacionales para actuar con eficacia y ayudaremos a los ciudadanos en su a menudo ardua lucha por salvaguardar la seguridad y la dignidad de sus hogares y comunidades.

³ Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de acuerdos o arreglos de esa índole, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada.

⁴ 1. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de analizar, en consulta con los círculos científicos y académicos, las tendencias de la delincuencia organizada en su territorio, las circunstancias en que actúa la delincuencia organizada, así como los grupos profesionales y las tecnologías involucrados.
2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de desarrollar y compartir experiencia analítica acerca de las actividades de la delincuencia organizada, tanto a nivel bilateral como por conducto de organizaciones internacionales y regionales. A tal fin, se establecerán y aplicarán, según proceda, definiciones, normas y metodologías comunes.

⁵ El artículo 11. Medidas fronterizas: 1.Sin perjuicio de los compromisos internacionales relativos a la libre circulación de personas, los Estados Parte reforzarán, en la medida de lo posible, los controles fronterizos que sean necesarios para prevenir y detectar la trata de personas. 2. Cada Estado Parte adoptará medidas legislativas u otras medidas apropiadas para prevenir, en la medida de lo posible,

Estos protocolos, sintetizan la forma operativa y el carácter de las fuerzas armadas que participan en el combate global al crimen organizado con características corporativas internacionales, así como las materias inherentes y las herramientas jurídicas necesarias para llevar a cabo tal fin de manera satisfactoria.

Anexo III. Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Documento en el cual, los Estados Parte en el citado Protocolo, declaran que para prevenir y combatir eficazmente el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire se requiere un enfoque amplio e internacional, que conlleve la cooperación, el intercambio de información y la adopción de otras medidas apropiadas, incluidas las de índole socioeconómica, en los planos nacional, regional e internacional.⁶

la utilización de medios de transporte explotados por transportistas comerciales para la comisión de los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 del presente Protocolo. 3. Cuando proceda y sin perjuicio de las convenciones internacionales aplicables se preverá, entre esas medidas, la obligación de los transportistas comerciales, incluidas las empresas de transporte, así como los propietarios o explotadores de cualquier medio de transporte, de cerciorarse de que todos los pasajeros tengan en su poder los documentos de viaje requeridos para entrar legalmente en el Estado receptor. 4. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias, de conformidad con su derecho interno, para prever sanciones en caso de incumplimiento de la obligación enunciada en el párrafo 3 del presente artículo. 5. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar medidas que permitan, de conformidad con su derecho interno, denegar la entrada o revocar visados a personas implicadas en la comisión de delitos tipificados con arreglo al presente Protocolo. 6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención, los Estados Parte considerarán la posibilidad de reforzar la cooperación entre los organismos de control fronterizo, en particular, entre otras medidas, estableciendo y manteniendo conductos de comunicación directos.

Anexo III

⁶ Recordando la resolución 54/212 de la Asamblea General, de 22 de diciembre de 1999, en la que la Asamblea instó a los Estados Miembros y al sistema de las Naciones Unidas a que fortalecieran la cooperación internacional en la esfera de la migración internacional y el desarrollo a fin de abordar las causas fundamentales de la migración, especialmente las relacionadas con la pobreza, y de aumentar al máximo los beneficios que la migración internacional podía reportar a los interesados, y alentó a los mecanismos interregionales, regionales y subregionales a que, cuando procediera, se siguieran ocupando de la cuestión de la migración y el desarrollo.

2.1.2. Reglamentación en la Unión Europea

En la unión europea encontramos una gran diversidad de documentos internacionales que se enfocan más a la cooperación y colaboración en materia de combate al crimen organizado global principalmente a través de las llamadas “Leyes marco” y las directivas.

Las Naciones Unidas y la Unión Europea, han abordado recientemente este fenómeno criminal mediante diversas iniciativas, entre las que se incluyen la elaboración de instrumentos jurídicos que permitan hacerle frente de una manera eficaz.

Los cambios que el Derecho Internacional en materia penal experimenta para luchar contra el crimen organizado transnacional plantean numerosos problemas de gran impacto que precisan de un análisis pormenorizado. De ellos nos ocupamos en este estudio, en particular, de la exigencia de sancionar penalmente la participación en una organización criminal, así como de las cuestiones de aplicación de la ley penal en el espacio que se suscitan en este contexto.

Otras cuestiones de interés propias del Derecho Internacional Penal en este tema, también muy interesantes, pero en las que no podemos entrar en este momento, serían las relativas a la cooperación policial internacional en el marco del crimen organizado, la cooperación judicial, extradición, asistencia mutua o embargo y confiscación de los productos del crimen, aspectos muy importantes que sería bien abordar en otro momento.

a) Decisiones marco

Un aspecto que no se puede dejar de abordar cuando se habla de la normatividad Europea del fenómeno de la criminalidad organizada es sin duda de la decisión marco del Consejo de la Unión Europea 2003/JAI Relativa a los ataques contra los sistemas de información, cuyo objeto es reforzar la cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes, incluida la policía y los demás servicios represivos especializados de los Estados miembros, mediante la aproximación de su legislación penal en materia de ataques contra los sistemas de información⁷.

⁷ Dictamen del Parlamento Europeo emitido el 27 Agosto de 2002, publicado en el Diario Oficial C 203 E el 22 de octubre del mismo año. La distancia y las divergencias significativas que existen entre las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito pueden dificultar la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo y pueden complicar la cooperación eficaz de los servicios de policía y las administraciones de justicia en materia de ataques contra los sistemas de información. La naturaleza transnacional y transfronteriza de los modernos sistemas

Se ha comprobado la existencia de ataques contra los sistemas de información, en particular como consecuencia de la amenaza de la delincuencia organizada, y crece la inquietud ante la posibilidad de ataques terroristas contra sistemas de información que forman parte de las infraestructuras vitales de los Estados miembros. Esto pone en peligro la realización de una sociedad de la información segura y de un espacio de libertad, seguridad y justicia, y por tanto exige una respuesta eficaz por parte de la Unión Europea.

b) Acciones Comunes

Otra de las gestiones que en Europa han tenido impacto en el combate del crimen organizado es: la acción común de 19 de marzo de 1998, adoptada por el Consejo, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se establece un programa de intercambios, formación y cooperación para responsables de la lucha contra la delincuencia organizada (Programa Falcone) 98/245/JAI.⁸ Esta acción derivada de las conclusiones del Consejo Europeo de Ámsterdam de junio de 1977, en el que se aprobó el plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada, redactada por un grupo de expertos de alto nivel, en el que se definen las prioridades de la cooperación en el ámbito de la justicia y de los asuntos del interior.

2.1.3. Marco Normativo Americano: Documentos Internacionales Suscritos

2.1.3.1. Estados Unidos de América y América Latina

a) El caso de México

Por lo que respecta América Latina existen algunos países como: México, Costa Rica, Colombia, por citar algunos, que han tomado medidas importantes para la prevención y erradicación del crimen organizado,

de información significa que los ataques suelen revestir un carácter transfronterizo, lo que plantea la necesidad urgente de proseguir la aproximación de las legislaciones penales en este ámbito.

⁸ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1998-0222+0+DOC+XML+V0//ES>— Este documento considera, el establecimiento de un marco de apoyo a las medidas dirigidas a facilitar la ejecución del mencionado plan de acción y en concreto los programas de encuentro e intercambio multidisciplinario, las investigaciones o estudios, así como otras formas de mejora de la capacitación y de los métodos de funcionamiento de dimensión europea, en beneficio de los responsables de la lucha contra la delincuencia organizada, ya que contribuyen a intensificar y facilitar la lucha contra este fenómeno y a reducir, allí donde existan, los obstáculos a una mayor cooperación aduanera, policial y judicial entre los Estados miembros en este ámbito.

lo anterior como producto de una serie de recomendaciones internacionales hechas a estos países, pues no hay que olvidar que estos tienen suscritos tratados internacionales en la materia.

En el caso específico del país mexicano, sin duda, la cooperación interna (entre la federación y las entidades federativas), y la internacional (entre nuestro país y otros), en materia de combate al crimen organizado es un elemento fundamental para llevar al éxito las acciones que en este campo se lleven a cabo.

En este tenor, la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) impulsó diversas acciones en materia de cooperación internacional reconociendo su importancia como herramienta para hacer frente a la capacidad de las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de drogas, armas y personas, entre las que destacan las siguientes:

- En ocasión de la 51 Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, celebrada en marzo de 2008, se aprobaron dos resoluciones propuestas por nuestro país en materia de precursores químicos y la vinculación de tráfico de armas y tráfico de drogas.
- Del 26 al 29 de mayo de 2008 en la ciudad de Panamá, Panamá, se celebró la II Conferencia Ministerial sobre Cooperación Internacional contra el Terrorismo y la Delincuencia Organizada Transnacional, organizada por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) y el Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE).
- Durante la XXXVIII Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) la delegación de México presentó la resolución "Ejecución del Plan de Acción contra la Delincuencia Organizada Transnacional y Fortalecimiento de la Cooperación Hemisférica", misma que fue aprobada el 3 de junio de 2008.
- En la Cumbre Regional sobre el Problema Mundial de las Drogas, Seguridad y Cooperación, celebrada del 30 de julio al 1o. de agosto en Cartagena de Indias, Colombia, se adoptó la Declaración de Cartagena, con el objetivo de fortalecer la cooperación internacional contra el narcotráfico y los delitos relacionados, incluyendo el tráfico de armas. México ofreció albergar la próxima edición de la Cumbre para avanzar en los temas de seguridad pública y combate a la delincuencia organizada transnacional.
- Asimismo, el haber sido sede de la primera Reunión de Ministros en Materia de Seguridad Pública de las Américas en el ámbito de la OEA (7 y 8 de octubre) permitió convertir la reunión en un marco de referencia de las acciones de cooperación en este ámbito en el hemisferio.

- Por otro lado, en Centroamérica se ha avanzado en el Diálogo México-SICA (Sistema de la Integración Centroamericana) sobre Seguridad Democrática, al aprobarse la Estrategia de Seguridad de Centroamérica y México, que se complementará con el Plan de Trabajo para el Bienio 2009-2010.⁹

Por su parte, la Secretaría de Marina (SEMAR), con la finalidad de promover el conocimiento recíproco y el intercambio de ideas en los campos de la defensa, seguridad hemisférica y combate a la delincuencia organizada, en 2008 llevó a cabo las siguientes acciones:

- Del 2 al 6 de septiembre (2008), asistió a la Conferencia de Ministros de Defensa de las Américas, celebrada en Banff, Alberta, Canadá, que tuvo como tema “Refuerzo de la defensa y la seguridad hemisférica, regional y subregional, fomentó de la confianza mediante la cooperación y colaboración”¹⁰.
- El Estado mexicano se reunió con distintos países y organismos, entre los que destacan: los Estados Unidos de América, Colombia, Panamá, Guatemala, Canadá, Perú y Argentina, además de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), Grupo Bilateral de Análisis e Intercambio de Información sobre la Intercepción México-Estados Unidos de América (GBAIII) y Grupo de Alto Nivel de Seguridad y Justicia (GANSEJ) entre los gobiernos de México y Canadá. En estas reuniones, se trataron asuntos relacionados con la seguridad fronteriza, el crimen organizado, el tráfico de estupefacientes y armas, el intercambio de información, así como el terrorismo.
- Dentro del Grupo de Contacto de Alto Nivel Sobre Seguridad y Justicia México-Colombia (GANSJ) se logró fortalecer la cooperación entre ambas partes.

Por su parte la Procuraduría General de la República (PGR) continuó el intercambio de información con diversos países, siendo los más relevantes los siguientes:

- Durante la III Reunión del Comité México-El Salvador de Cooperación Contra el Narcotráfico y la Farmacodependencia, celebrada el 21 de julio de 2008, en San Salvador, se acordó fortalecer los mecanismos de capacitación e intercambio de información sobre delincuencia organizada, rutas de tráfico ilícito de drogas y sustancias químicas

⁹ http://pnd.calderon.presidencia.gob.mx/pdf/SegundoInformeEjecucion/1_10.pdf

¹⁰ <http://www.pgr.gob.mx/informesinstitucionales/Documents/PND/2008.pdf>

fiscalizadas, la identificación de vínculos entre grupos delictivos, la prevención del delito y atención a la farmacodependencia como la mejor forma de enfrentar el consumo de drogas.

- Se fortaleció e intensificó la relación con los Estados Unidos de América, mediante los trabajos del Grupo Plenario México-Estados Unidos de América sobre Procuración de Justicia, realizados el 6 de octubre de 2008. En dicha reunión, se informó sobre los resultados alcanzados de manera coordinada en temas como: tráfico de drogas, control de químicos, fugitivos y asistencia legal, transferencia de reos, aseguramiento de bienes y lavado de dinero, propiedad intelectual, tráfico y trata de personas, capacitación y asistencia técnica, iniciativas multilaterales y tráfico de armas.

En este mismo tema, la Secretaría de Seguridad Pública (SSP) ha enfocado sus tareas de cooperación internacional al intercambio de experiencias en materia de prevención y combate a la delincuencia, capacitación y profesionalización para fortalecer la gestión y operación policial.

II. Acuerdo de cooperación entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el gobierno de la República Italiana en materia de lucha contra el crimen organizado¹¹.

Con respeto a la soberanía de cada Estado, en el marco de los respectivos ordenamientos constitucionales, jurídicos y administrativos de las Partes Contratantes; se acordó: la búsqueda de los fugitivos que se encuentren en sus respectivos territorios y que sean responsables o probables responsables, de hechos delictivos, con la finalidad de asegurarlos a la justicia, en aplicación del derecho internacional y de sus respectivas legislaciones nacionales.

Entre los compromisos contraídos por ambas naciones es atinente señalar el intercambio sistemático, detallado y rápido, a petición o por iniciativa propia, de informes inherentes a las diversas formas de crimen organizado y a la lucha en contra del mismo; actualización constante y recíproca sobre las actuales amenazas del crimen organizado, así como sobre las técnicas y las estructuras de organización de que cada Parte

¹¹ El 19 de noviembre de 2001, en la Ciudad de México, el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, debidamente autorizado para tal efecto, firmó ad referendum el Acuerdo de Cooperación en Materia de Lucha Contra el Crimen Organizado, con el Gobierno de la República Italiana.

El Acuerdo mencionado fue aprobado por la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, el 25 de abril de 2002, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de mayo del propio año.

Contratante dispone para combatirlo, incluyendo el intercambio de expertos y la programación en los dos países, cursos comunes de adiestramiento en técnicas específicas de investigación y de operación; intercambio de información operativa de interés recíproco relativa a eventuales contactos entre asociaciones o grupos criminales organizados en los dos países; intercambio de legislación nacional, de publicaciones científicas profesionales y didácticas inherentes a la lucha contra el crimen organizado, así como información sobre los medios técnicos utilizados en las operaciones policíacas; colaboración en la investigación de las causas.

3.El combate al crimen organizado desde nuevas estrategias jurídicas

Como lo hemos señalado anteriormente, el crimen organizado cuenta con recursos económicos y materiales que lo hacen temible como organización, su diversificación en las actividades delictivas, y otros elementos más que el Estado debe tomar en cuenta al implementar una estrategia de combate haciendo uso de sus facultades constitucionales y legales.

Andrade Sánchez (1997:27), ubica de tal manera la naturaleza del crimen organizado que resulta pertinente reproducir aquí algunos de sus comentarios al respecto: *“Quizá el primero de ellos sea identificar la dificultad como un problema real que ataca a la sociedad y que tiene una naturaleza diferente al delito tradicionalmente considerado.*

Abunda Andrade Sánchez (1997:27) lo siguiente:

De ahí ha partido toda la respuesta jurídica, es decir, entender que las organizaciones criminales constituyen un fenómeno de carácter distinto al delito concebido en su generalidad a lo largo de muchos años y que requiere, como problema nuevo y complejo, primero un reconocimiento y luego un enfrentamiento conscientemente elaborado por parte de la autoridad y el diseño de respuestas jurídicas que sean adecuadas a los retos planteado.

La idea, de incluir como elemento de combate al crimen organizado estrategias legales, nace primera y precisamente del XXVIII Curso de Especialización en Derecho “Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo”, que hemos acreditado ante la Universidad de Salamanca, España (desarrollado entre los días 10 y 26 de enero 2011), ya que en éste se tuvo conocimiento que en España, los integrantes del crimen organizado (incluyendo terroristas) tienen un régimen legal especial respecto a sus garantías individuales, en la relativo a su defensa, por supuesto sin violar ningún precepto constitucional y sin detrimento de ellas.

En este tenor, Andrade Sánchez (1997:29), describe así este procedimiento:

Un ejemplo de este nuevo enfoque puede ser analizar un principio jurídico tradicionalmente aceptado y aplicado y que puede ser aprovechado por las organizaciones delictivas: el derecho a comunicarse de inmediato con abogado o persona de confianza para hacerle saber que se ha sido detenido. Éste que es un principio en favor del ciudadano, del respeto a su libertad y a su derecho de defensa, se convierte en un mecanismo de información rápida para el delincuente organizado que sabe que cuenta con eso a su favor en caso de detención. Como consecuencia, algunas legislaciones, como veremos la española, imponen la obligación de tener durante los primeros días posteriores a la detención, un defensor de oficio. Así ocurre con cada uno de los instrumentos que veremos más adelante, como la privacidad de las comunicaciones y algunas otras garantías tradicionales.

Ahora bien, enfocándonos en el Estado mexicano, como estrategia jurídica se ha implementado en este país la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.¹² Ley que tiene por objeto establecer reglas para

¹² Artículo 2 de la citada ley). I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter 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; 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; 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 138 de la Ley General de Población; IV. Tráfico de órganos previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud; 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. Trata de personas, previsto y sancionado en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, y VII. Las conductas previstas

la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.

Como leyes complementarias a la lucha contra la delincuencia organizada, se han implementado también en México, la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro (ley antisequestro) Reglamentaria de la fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y; la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas (LPSTP).

La primera, establece los tipos y punibilidades en materia de secuestro. Para la investigación, persecución, sanción y todo lo referente al procedimiento serán aplicables el Código Penal Federal, el Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO) y los códigos de procedimientos penales de los Estados. Así como que en el caso del delito de secuestro no procederá la reserva del expediente, aún si de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales y no aparece que se puedan practicar otras. La policía, bajo la conducción y mando del Ministerio Público, estará obligada en todo momento a realizar las investigaciones tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos.

La ley antisequestros en su artículo 9 fracción I, inciso d, se califican nuevos delitos como el secuestro exprés en los siguientes términos: “Cometer secuestro exprés, desde el momento mismo de su realización, entendiéndose por éste, el que, para ejecutar los delitos de robo o extorsión, prive de la libertad a otro. Lo anterior, con independencia de las demás sanciones que conforme a esta Ley le correspondan por otros delitos que de su conducta resulten”.

Por otra parte, la LPSTP, tiene por objeto la prevención y sanción de la trata de personas, así como la protección, atención y asistencia a las víctimas de esta conducta con la finalidad de garantizar el respeto al libre desarrollo de la personalidad de las víctimas y posibles víctimas, residentes o trasladadas al territorio nacional, así como a las personas mexicanas en el exterior. Esta Ley se aplicará en todo el territorio nacional en materia del Fuero Federal¹³.

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.

¹³ En lo que delitos se refiere el Artículo 3, de la citada ley establece que: “Los delitos previstos en esta Ley se perseguirán, investigarán y sancionarán por las autoridades federales cuando se inicien, preparen o cometan en el extranjero, siempre

En el contexto internacional, encontramos un excelente marco normativo en la lucha contra el crimen organizado transnacional y entre las principales normativas internacionales podemos enumerar las siguientes: CONVENCIÓN de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000; PROTOCOLO contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000; PROTOCOLO para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; PROTOCOLO contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, Nueva York 31 de mayo de 2001¹⁴ .

Conclusiones

Del análisis, resulta una clara conclusión, y es el hecho de que las organizaciones criminales tienen normalmente su origen en un sólo Estado y desarrollan sus actividades a nivel estatal. Sin embargo, se han producido en las últimas décadas cambios en su contexto de actuación. El crimen organizado presenta ahora una dimensión internacional que dificulta enormemente una actuación eficaz contra él.

Como se ha examinado en el apartado correspondiente, la globalización de la economía es el factor más importante que ha influido en el desarrollo y expansión de la criminalidad a nivel mundial.

La moderna criminalidad no es ajena a los grandes procesos y cambios contemporáneos, así las grandes organizaciones criminales tienen una gran habilidad para aprovechar las ventajas que ofrece el nuevo espacio mundial, con la creación de zonas de libre comercio en algunas regiones del mundo, en las que se produce una permeabilización económica de las fronteras nacionales y se reducen los controles. La habilidad para utilizar las condiciones y recursos que ofrece el nuevo espacio

y cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio nacional; o cuando se inicien, preparen o cometan en el territorio nacional siempre y cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el extranjero, o en su caso, cuando se cometan en el territorio nacional y se actualice alguno de los supuestos previstos en el artículo 50, fracción I, incisos b) a j) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación”.

¹⁴ <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

mundial explica la extraordinaria expansión de estas redes criminales, auténticamente internacionales.

Efectivamente, en las últimas décadas, surgido un mercado mundial de bienes y servicios ilegales que coexiste con el mercado de aquellos de carácter legal. Armas, drogas, dinero de origen ilícito, materiales radioactivos, mano de obra, trata de blancas, tráfico de órganos humanos, de embriones, de obras de arte, etc., son bienes cuyo intercambio a nivel mundial ha generado un nuevo sector de la actividad económica. Este mercado mundial se conforma por productos que gozan de gran demanda por el público, pero que se encuentran prohibidos o han sido obtenidos de manera ilícita. Y es que en este mercado global los cauces oficiales no son suficientes para satisfacer los deseos e intereses de un sector de la población que solicita bienes y servicios prohibidos.

Los diversos países principalmente los afectados por esta lacra, han adoptado también políticas criminales globalizadas entre las que se destacan la cooperación internacional en materias como la extradición y el auxilio judicial. Destacan también por su importancia la firma de diversos documentos internacionales que establecen la obligación por parte de esos Estados de adoptar, legislativa y administrativamente determinadas medidas tendentes a ese fin. Tal y como lo establece el artículo 1 del Proyecto de Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada “El objeto de la misma, es promover la cooperación entre los Estados para mejorar la eficacia en la lucha contra el crimen organizado de dimensión internacional...”¹⁵.

¹⁵ https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf

La persecución penal de la explotación de los inmigrantes ilegales y la transformación del Derecho penal laboral. Análisis de la regulación española

DRA. ESTHER POMARES CINTAS*

Sumario

1. Consideraciones previas
2. El art. 312. 2 *in fine* CPe como instrumento penal de lucha contra la inmigración ilegal
 - 2.1. Súbditos extranjeros sin permiso de trabajo
 - 2.2. Perfil de la explotación laboral de los inmigrantes ilegales
 - 2.2.1. Conductas-tipo de explotación del inmigrante ilegal
 - 2.2.2. Fundamento de la elevación de la pena de prisión
3. Problemas principales que plantea el delito del art. 312.2 *in fine*
4. El empleo de extranjeros sin permiso de trabajo como delito (art. 311 bis): la defensa de la política inmigratoria y la competencia empresarial

1. Consideraciones previas

La política económica dictada desde organismos supranacionales, de patente déficit democrático¹, que cobran un protagonismo decisivo en la producción del derecho interno, ha revertido sobre los trabajadores las consecuencias de la crisis económica y financiera. La Unión Europea, que actuó con pasividad y despreocupación ante la desregulación de las

* Profesora Titular acreditada de Derecho penal de la Universidad de Jaén (ESPAÑA). epomares@ujaen.es

¹ El presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, ha reconocido ante el Comité Económico y Social Europeo que la *troika*, formada por la Comisión Europea, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Central Europeo, es una institución a la que le falta legitimidad democrática. 18 febrero de 2015. Europa Press.

operaciones financieras sobre la deuda privada, ahora toma las riendas afectando de lleno a las políticas sociales. Los derechos sociales están sufriendo una grave metamorfosis en aras de una ética que gira en torno exclusivamente a la competitividad económica, a la supremacía de los intereses del mercado, la competencia empresarial. Se impone una reducción drástica del techo social, de los costes laborales, incrementando el poder empresarial y su “confianza” a la hora de mantener, o en su caso, generar empleo –precario- porque menores serán los costes de producción.

Es el paradigma de la rentabilidad económica: la instrumentalización mercantilista de las personas como fuerza productiva, más que como sujetos de unos derechos que van vaciándose de contenido en aras de la rentabilidad económica del sistema, de la sostenibilidad del mercado, bajo el pretexto del impacto de la crisis económica y financiera.

La reforma llevada a cabo en España por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha apostado por este paradigma. Y, como cabía esperar, no tarda en trasladarse sin piedad al ámbito penal, siendo utilizada el arma penal como *gendarme* de esa política económica. La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, que modifica el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, ha distorsionado profundamente la estructura y la coherencia interna de la figura central del derecho penal laboral español (art. 311 Código penal), añadiendo un discutido párrafo que no se dirige a la tutela de derechos sociales (suficientemente protegidos por la redacción original del precepto), sino a incentivar la iniciativa empresarial garantizando unas relaciones económicas y empresariales basadas en la reglas *leales* de la competencia, así, impidiendo los abusos frecuentemente ligados a un menor coste de producción derivados de la técnica “*dumping*”.

En consecuencia, la función del Derecho penal en este ámbito es controvertida y muy limitada: no desarrolla ninguna función promocional de los derechos económicos y sociales de los trabajadores, no sirve para neutralizar la grave flexibilización y precariedad del sistema de garantías sociales, sino que está a merced de las reglas que establece la legislación laboral en el tiempo en que se aplica, es decir, tutela un modelo de mercado laboral actuarial, que reduce el techo social y aumenta la vulnerabilidad del trabajador².

² POMARES CINTAS, E., (2013) *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia.

En virtud de lo señalado, asistimos a una desnaturalización del Título XV, dedicado exclusivamente a los “*delitos contra los derechos de los trabajadores*”, que, con entidad propia, reivindicaba la salvaguarda de aquellos derechos y garantías merecedores de tutela penal. El Legislador lo ha ido descomponiendo para transformarlo en “garante” de la competencia y el incentivo empresarial³, un valor ajeno al mismo que perturba su originaria pretensión. La reforma de 2015 se inscribe en esta corriente perturbadora del Título XV a través de la incorporación del art. 311 bis, que incrimina la ocupación o empleo de extranjeros sin autorización para trabajar y consolida el delito de tráfico ilegal de mano de obra extranjera del art. 312.

El Código Penal español (CPe, en adelante), en el artículo 312.2 *in fine*, castiga la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar (inmigrantes-ilegales) en condiciones laborales perjudiciales para sus derechos. Sorprendentemente, el Legislador ha preferido regular estos supuestos al margen del precepto que se considera instrumento central del derecho penal laboral: el artículo 311 CPe, que tutela a todas las personas trabajadoras frente a situaciones de explotación en el entorno laboral privado o público⁴.

En efecto, el art. 312.2 *in fine* se contempla dentro de las modalidades delictivas que giran en torno a la contratación ilícita de trabajadores (*tráfico ilegal de mano de obra*), bajo la amenaza de una pena de prisión, en su límite mínimo mucho más elevada que la que prevé el art. 311⁵. Ello plantea si la explotación laboral de este perfil de trabajadores es diferente, o de mayor gravedad, y si es ésta la razón que justifica una regulación separada respecto del delito principal del art. 311 CPe.

En principio, ambas figuras delictivas comparten un bien jurídico común: la protección de la prestación de trabajo en condiciones que respeten los derechos laborales reconocidos (por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual). Sin embargo, sus exigencias típicas son distintas. Véase el siguiente cuadro comparativo.

³ TRAPERO BARREALES, M^a A. (2014), “La transformación del derecho penal laboral: De protector de los derechos de los trabajadores a garante de la competencia empresarial y de las políticas migratorias”, *Cuadernos de Política Criminal*, n^o 114, pp. 5-44.

⁴ Véase, con referencias bibliográficas y jurisprudenciales, POMARES CINTAS, E. “Delitos contra los Derechos de los Trabajadores”, En, F.J. Álvarez García, Dir.), *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, 1^a Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011; la misma autora, *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, cit.

⁵ Véase la nota siguiente, a propósito de la reforma de enero de 2013.

Art. 311.1º CPe	Art. 312.2 <i>in fine</i> CPe
Prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses (hasta el 16 de enero de 2013) Prisión de 6 meses a 6 años y multa de 6 a 12 meses (desde el 17 de enero de 2013)*:	Prisión de 2 a 5 años** y multa de 6 a 12 meses.
Trabajadores al servicio del sujeto activo	<i>Emplear a “súbditos extranjeros sin permiso de trabajo”</i>
<i>Imponer “mediante engaño o abuso de situación de necesidad, condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenio colectivo o contrato individual”</i>	<i>“en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenio colectivo o contrato individual”</i>

* Pese a sus dificultades de interpretación, el art. 311 no se había reformado desde que se aprobó el Código Penal de 1995. La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, que modifica el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, ha añadido un tipo penal -*ocupación simultánea de una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de Seguridad Social* (apartado 2º)- que no se concilia bien con el principio de intervención mínima en materia laboral ni con los requisitos típicos de la modalidad central del precepto. Esta reforma legislativa se encuadra dentro de un conjunto de medidas adoptadas con motivo de la crisis económica en el ámbito español, siendo el centro de atención, como señala el Preámbulo, los perjuicios que la economía sumergida origina a la financiación de la Seguridad Social y a la competencia empresarial, es decir, “los perniciosos efectos que presenta para las relaciones económicas y empresariales el hecho de que haya quienes producen bienes y servicios a unos costes laborales muy inferiores a los que han de soportar aquellos otros que lo hacen cumpliendo con sus obligaciones legales en la materia, lo que distorsiona la competitividad y desincentiva la iniciativa empresarial”. Pues bien, la introducción, en el contexto de la crisis económica, de esta nueva conducta típica (apartado 2º) es lo que ha justificado, según el citado Preámbulo, elevar el límite máximo de la pena de prisión (hasta 6 años). Con todo, la reforma que entró en vigor en enero de 2013 no ha afectado al discurso central del presente trabajo: si observamos las exigencias típicas y el marco mínimo de las penas de prisión previstas para el art. 311. 1º y el art. 312.2 *in fine*, en realidad, no se suaviza la distancia entre ambos preceptos, manteniéndose aún un tipo penal autónomo dirigido exclusivamente al inmigrante ilegal (312.2. *in fine*).

** Téngase en cuenta que, en general, a partir de los 2 años de prisión, el art. 80 CPe obstaculiza la aplicación del beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad.

2. El art. 312. 2 *in fine* CPe como instrumento penal de lucha contra la inmigración ilegal

Como se observa en el cuadro comparativo, la figura del trabajador-inmigrante-ilegal ha distorsionado toda pretensión de similitud estructural con el art. 311 CPe: ni las exigencias típicas son las mismas, ni la pena de prisión respectivamente aplicable. Esta distinta regulación ha llevado a cuestionar si el art. 312. 2 *in fine* protege algo más que el atropello de derechos laborales por adopción de condiciones ilícitas de trabajo. En otras palabras, este precepto penal debe representar algo más que la contratación ilícita de extranjeros pero también algo más que una vulneración de derechos laborales.

Si se analiza con detenimiento, el art. 312. 2 *in fine* no sólo prohíbe situaciones de explotación laboral, también prohíbe *emplear* a extranjeros sin autorización administrativa para trabajar, una modalidad de contratación ilícita que contraviene la legislación de extranjería y que se corresponde con la infracción administrativa muy grave del art. 54.1. d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx., en adelante). Sin embargo, la ilicitud de dicha contratación no recae sobre la actividad laboral desempeñada por el trabajador, o sobre otras circunstancias, sino que se deriva exclusivamente de la condición del sujeto pasivo del delito: ser *extranjero-inmigrante-ilegal*.

Obsérvese que este sujeto pasivo se convierte, a su vez, en sujeto activo de infracciones administrativas contrarias a la legislación de extranjería que llevan consigo la posibilidad de expulsión del territorio nacional; así, el art. 53.1. b) LOEx lo sanciona por "*Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida*".

La condición de trabajador-inmigrante-ilegal, el "*súbdito extranjero sin permiso de trabajo*", ha provocado el distanciamiento entre este delito y el regulado en el art. 311. La doble composición de la conducta típica del delito del 312.2 *in fine* es especialmente significativa, es lo que explica que no sea un tipo agravado (en su límite mínimo) respecto del art. 311, sino un tipo autónomo de naturaleza intermedia entre éste y el delito de tráfico ilegal de mano de obra del art. 312.1 CPe, junto al que se encuentra sistemáticamente regulado (con la misma pena). La prohibición de la contratación de trabajadores extranjeros "*sin permiso de trabajo*" es un elemento del tipo portador de un bien jurídico particular. No es en sí la validez formal del contrato laboral el valor a proteger, sino el interés que subyace del origen de la ilicitud de esta contratación específica: la presencia en

territorio español del extranjero- trabajador-ilegal⁶. En consecuencia, el art. 312.2 *in fine* tutela también un valor directamente relacionado con el interés estatal del control del flujo migratorio, con la protección del régimen de concesión de autorizaciones para trabajar, y con ello, para permanecer en España, por tanto, dentro del territorio de la Unión Europea⁷. La tipificación de un delito exclusivamente dirigido al “*súbdito extranjero sin permiso de trabajo*” lo convierte en un instrumento penal de lucha contra la inmigración ilegal (al igual que lo es el delito de colaboración en la inmigración clandestina de extranjeros del art. 318 bis CPe)⁸.

La pena de prisión prevista fue producto de una decisión política adoptada por la Disposición Final 1ª de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero (LOEx.). La elevación de pena va referida a los delitos de tráfico ilegal de mano de obra, siendo el art. 312.2 *in fine* una modalidad específica. Asimismo, afectó al delito de colaboración en la inmigración clandestina de trabajadores (extranjeros) a España u otro país de la UE que, hasta la reforma de 2010, se regulaba en el art. 313.1, y que protege exclusivamente el interés estatal del control del flujo migratorio⁹.

⁶ La Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, considera “empleo ilegal” a la contratación de un nacional de un tercer país en situación irregular (art. 2 d), esto es, presente en el territorio de un Estado miembro, que no cumpla o haya dejado de cumplir las condiciones necesarias para poder permanecer o residir en dicho Estado miembro (art. 2 b).

⁷ Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, S. /CARDENAL ALEMANY, F., “El delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312.2 *in fine* CP). Especial referencia a su aplicación jurisprudencial”, *Revista del Poder Judicial*, nº 66, 2002, p. 222. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 762/2003, de 30-5.

⁸ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 479/2006; [Circular 5/2011, de 2 de noviembre de 2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración](#). PORTILLA CONTRERAS, G. /POMARES CINTAS, E., “Los delitos relativos al tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (arts. 313 y 318 bis)”, En, (F.J. Álvarez García/ J.L. González Cussac, Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 355 y ss.; POMARES CINTAS, E. / PÉREZ ALONSO, E. “Inmigración clandestina”, En, (F.J. Álvarez García, Dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 871 y ss. Véase más adelante.

⁹ Cfr. POMARES CINTAS, E., “La inmigración laboral del extranjero en el Derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 86, 2005, pp. 31 y ss.; de la misma autora, “Las incongruencias del Derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de

2.1. Súbditos extranjeros sin permiso de trabajo

El sujeto pasivo del delito del 312. 2 *in fine* es sólo el extranjero sin autorización para trabajar en España. El término *extranjero* es un concepto normativo que se define por exclusión: el *no*-nacional de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes *no* sea de aplicación el régimen comunitario¹⁰ (art. 1. 3 LOEx.). No goza del derecho a la libre circulación, de residencia, ni de acceso al trabajo, sólo bajo las condiciones que impone el Estado receptor, a las que estará permanentemente sometido. El extranjero precisa, por tanto, de unos presupuestos que están recogidos en la legislación de extranjería: las distintas autorizaciones que habilitan para entrar, residir y trabajar en España. Así, el art. 36.1 LOEx. exige al extranjero mayor de 16 años, si quiere ejercer en España una actividad laboral, la obtención de la “*correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar*”. Sólo si reúnen esos requisitos, los extranjeros tendrán derecho a acceder a un puesto de trabajo, “*así como a acceder al sistema de la Seguridad Social*” (arts. 10, 36.2 LOEx.).

Salvo la libertad sindical y el derecho de huelga consagrados en el art. 11 LOEx. (desde diciembre de 2009)¹¹, los derechos laborales reconocidos al inmigrante ilegal están sujetos a un régimen diferente del resto de los trabajadores ante una contratación ilícita, o en comparación con otras situaciones de economía sumergida, debido a la ausencia del sustrato principal: estos trabajadores no gozan del derecho al acceso al puesto de trabajo. De hecho, el art. 312.2 *in fine* ni siquiera se atreve a llamarlos “trabajadores”, sino “*súbditos extranjeros sin permiso de*

trabajadores a España (art. 313.1 CPe)”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 5, 2006, pp. 16 y ss.

¹⁰ Tampoco podrán ser sujetos pasivos de este delito aquellos que no precisen autorización para realizar actividades laborales en España, así, los nacionales de países de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y de la Confederación Suiza. Véase el art. 3.2 del Real Decreto 178/2003, de 14 febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Las personas mencionadas tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, en las mismas condiciones que los españoles. Cfr. LÓPEZ CERVILLA, J.M., *El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales (Artículos 318 bis, 313.1 y 312.2. 2º del Código Penal)*, Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, 2004, p. 2780 (http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/flash/ebook/cejebook.jsp).

¹¹ Desde la reforma de la legislación de extranjería por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

trabajo”¹², una denominación que acentúa la connotación peyorativa del término “extranjero” desde el punto de vista semántico y legal.

Conforme al art. 36.5 LOEx.¹³, se les reconoce derechos laborales derivados de la relación de trabajo y ciertos derechos o prestaciones sociales. Tras la modificación de este precepto por LO 2/2009, los derechos sociales del extranjero trabajador ilegal han quedado restringidos –aun cuando pudieran corresponderle– en la medida en que “*sean compatibles con su situación*”, pues, salvo en los casos legalmente previstos, “*el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero*”¹⁴: así, probablemente, el derecho a la reincorporación al puesto de trabajo no será compatible con su estatus de inferioridad legal. Asimismo, se le niega expresamente el derecho a obtener prestaciones por desempleo¹⁵.

¹² “*aún no disponen del permiso necesario para ser considerados legalmente como trabajadores en nuestro país*”, Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2003; también, Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Secc. 1ª, 77/2004, de 24-2. Un término “arcaico” que denuncia Mª ACALE SÁNCHEZ, “Regulación penal de diversos aspectos de la extranjería”, en D. Boza Martínez/F.J. Donaire Villa/D. Moya Malapeira (Coords.), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la Ley 12/2009*, 2012, pp. 561 y ss. (www.tirantonline.com); asimismo, LÓPEZ CERVILLA, J.M., *El extranjero como víctima del delito...*, cit., pp. 2779 y 2780.

¹³ Señala que “*La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero*”.

¹⁴ En este sentido, la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, señala que “El nacional de un tercer país empleado ilegalmente no podrá adquirir un derecho de entrada, estancia y acceso al mercado laboral derivado de su relación laboral ilegal ni del pago de salarios o atrasos, contribuciones a la seguridad social o impuestos por parte del empleador o de una persona jurídica que deba pagarles en lugar del empleador”.

¹⁵ Derecho que sí ha sido reconocido con anterioridad en diferentes resoluciones dictadas en el orden social: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 634/2002, de 30-9, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 21 de noviembre de 2005. Se declaraban ya contrarias al reconocimiento del derecho a las prestaciones sociales por desempleo, Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS, en adelante) de 18 de marzo de 2008, de 12 de noviembre de 2008.

2.2. Perfil de la explotación laboral de los inmigrantes ilegales

La explotación laboral del inmigrante ilegal se localiza en el entorno de una modalidad de economía sumergida sin parangón con aquella de la que es objeto el autóctono¹⁶. El estatus de extranjero la equipara a las situaciones de economía sumergida de los inmigrantes legales. Son sustitutos en la producción¹⁷, de modo que los trabajadores ilegales acceden a los mismos ámbitos productivos que los extranjeros autorizados para trabajar, desempeñando actividades similares¹⁸.

Hay que tener en cuenta que la legislación de extranjería diseña el estatus de extranjero de tal manera que establece también al inmigrante legal trabas a la estabilidad de su situación de legalidad porque se supedita a la permanencia en el trabajo o a la disposición de recursos económicos fehacientemente acreditada. La situación administrativa del inmigrante puede fluctuar de modo constante, alternando períodos de legalidad con otros de clandestinidad. Esa latente fluctuación de situaciones administrativas describe la fragilidad de su permanencia en territorio español, y, con ello, su especial vulnerabilidad ante la explotación¹⁹.

2.2.1. Conductas-tipo de explotación del inmigrante ilegal

Veamos las características que se extraen de las conductas de explotación de los “*súbditos extranjeros sin permiso de trabajo*” valoradas por los tribunales en la esfera penal:

- Son siempre supuestos de explotación económica. Piénsese que el extranjero es valorado por su perfil económico.

¹⁶ Como indica CACHÓN RODRÍGUEZ, “Su” economía sumergida es muy diferente a la economía oculta de los autóctonos”. Cfr. “Segregación sectorial de los inmigrantes en el mercado de trabajo en España”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 10, 1997, p. 71.

¹⁷ Cfr. MARTÍNEZ VEIGA, “La inmigración, algunos elementos para su análisis”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 10, 1997, pp. 43-44.

¹⁸ Cfr. CACHÓN RODRÍGUEZ, “Segregación sectorial de los inmigrantes en el mercado de trabajo en España”, cit., p. 56; asimismo, IZQUIERDO ESCRIBANO/LÓPEZ DE LERA, “La política de extranjería y el control de los flujos migratorios en España”, *Economistas*, nº 86, 2000, p. 91.

¹⁹ Vid. Informe ACCEM (G.Susaj/K.Nikopoulou/A.Giménez-Salinas Framis, Coord.), *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral. Un estudio de aproximación a la realidad en España*, 2006, p. 33.

- En muchas ocasiones, el empleador somete a las mismas condiciones a los inmigrantes ilegales y legales²⁰ (su situación administrativa es frágil, va a depender de la estabilidad en el empleo)²¹.
- La explotación del extranjero no difiere esencialmente respecto de la del autóctono (o el inmigrante legal) en cuanto a la inobservancia de medidas de prevención de riesgos laborales que afectan a la vida, salud o integridad física del trabajador. En general, el delincuente social no suele discriminar en este sentido: la consideración del trabajador como fuerza productiva es igual aquí, sea extranjero o autóctono, al menos este dato no es significativo. Aunque es cierto que, en el marco de la economía sumergida de los inmigrantes ilegales, hay sentencias que describen lugares de trabajo que hacen la función de alojamiento y que se encuentran “en condiciones deplorables”²². Pero ese desprecio por la vida o salud de los trabajadores movido por una finalidad productiva también lo podemos encontrar en la economía sumergida de los autóctonos, así, paradigmático es el lamentable *caso Ardstil* (STS 537/2005, de 25-4²³).
- En ocasiones, la explotación del inmigrante ilegal se ha identificado con la falta de reconocimiento de aquellos derechos que el Estado le niega por su situación de ilegalidad (p. ej., no dar de alta en el régimen de la Seguridad social²⁴). Sin embargo, son significativos de este perfil de trabajador los comportamientos explotadores consistentes en la apropiación ilícita del valor del trabajo acompañada del sometimiento del trabajador a una situación de disponibilidad total del empleador (estas características concurren también en el ámbito

²⁰ Sentencia Audiencia Provincial (SAP, en adelante) de Sevilla, Secc. 7ª, 216/2003, de 14-5; SSAP Zaragoza, Secc. 1ª, 68/1999, de 12-2; Secc. 3ª, 597/2008, de 11-11; STS 1311/2006, de 28-11.

²¹ El Informe ACCEM (2006) sobre la trata de personas con fines de explotación laboral en España se centra en la población inmigrante. Reconoce la vulnerabilidad ante la explotación de las personas que necesitan ser empleadas, tanto si son extranjeras en situación regular como irregular. Cfr. *La Trata de Personas con Fines de Explotación Laboral...*, cit., p. 33.

²² SAP Huelva, Secc. 1ª, 77/2006, de 23-3; SAP Sevilla, Secc. 7ª, 216/2003, de 14-5; STS 1311/2006, de 28-11; SSAP Madrid, Secc. 3ª, 98/2001, de 13-2; Secc. 23ª, 63/2004, de 12-7; SAP Alicante, Secc. 1ª, 511/2002, de 4-10.

²³ Empresa de estampación textil aerográfica clandestina que obligaba a utilizar productos químicos nocivos, sin medidas de seguridad, y en locales sin ventilación, produciendo la muerte de 5 trabajadores y graves enfermedades pulmonares crónicas de 21 trabajadores.

²⁴ Entre otras, SAP Barcelona, Secc. 6ª, de 25-3-2010, Rec. 116/2009; SSTS 208/2010, de 18-3, 540/2006, de 17-5; SAP Alicante, Secc. 2ª, 453/2003, de 17-10.

del trabajo de los inmigrantes legales). Una situación así se produce cuando se les excluye de todos los mínimos: derechos sociales (para los inmigrantes legales), no se percibe remuneración por los servicios prestados, o ésta es muy deficiente (en caso de percepción)²⁵, imponiendo, asimismo, jornadas laborales exageradas, sin períodos de descanso²⁶.

- También es más característico de esta modalidad de explotación la utilización de menores de edad laboral²⁷.

El análisis de esta relación de comportamientos explotadores intolerables, meramente estadística, quedaría incompleto si no se reconduce al estatus de inferioridad legal y vulnerabilidad que le reserva el Estado al extranjero trabajador ilegal como arma de control y lucha contra su presencia, que, sin duda, contribuye –incluso explica– que estas situaciones se produzcan. Esa disponibilidad del trabajador se puede obtener fácilmente mediante el aprovechamiento del estatus jurídico del extranjero, porque, al tiempo, es potencial autor de infracciones administrativas cuya posible sanción sea la de expulsión del territorio, además de comportar la vulneración legal de otros derechos fundamentales (detención e internamiento en centros especializados para extranjeros).

Por tanto, el Estado coloca al extranjero en una situación tal –tenga o no autorización administrativa para residir y trabajar– que hace que soporte cualquier condición de trabajo, bien porque lo necesita para permanecer legalmente, o porque no la tiene. El empleador utiliza este tratamiento estatal del extranjero, sabe que difícilmente va a ser denunciado por ellos. Esa *espada de Damocles* que supone la expulsión del territorio es una amenaza constante²⁸, y sus efectos perniciosos alcanzan también al inmigrante legal, cuya situación de regularidad dependerá del mante-

²⁵ SAP Ciudad Real, Secc. 2ª, 31/2002, de 28-2; SAP Murcia, Secc. 3ª, 41/2002, de 14-5; STS 995/2000, de 30-6; SAP Granada, Secc. 2ª, 599/2008, de 17-10; SAP Madrid, Secc. 23ª, 63/2004, de 12-7; SAP Girona, Secc. 3ª, 630/2004, de 14-7, etc.

²⁶ SAP Madrid, Secc. 3ª, 316/2003, de 2-6; SAP Girona, Secc. 3ª, 630/2004, de 14-7; STS 1311/2006, de 28-11; SAP Teruel, Secc. Única, 20/2003, de 19-6; SAP Huelva, Secc. 1ª, 77/2006, de 23-3; SAP La Rioja, Secc. 1ª, 20/2007, de 2-2, etc.

²⁷ SAP Madrid, Secc. 23ª, 63/2004, de 12-7; SAP Girona, Secc. 3ª, 630/2004, de 14-7; SAP Madrid, Secc. 23ª, 738/2001, de 3-12.

²⁸ Lo reconocen expresamente SAP Sevilla, Secc. 7ª, 216/2003, de 14-5; SAP Zaragoza, Secc. 3ª, 64/2003, de 29-9; SAP Girona, Secc. 3ª, 630/2004, de 14-7. Señala V. MUSACCHIO que sólo se podrá hacer frente a estas situaciones inaceptables aboliendo el delito que gira en torno a la clandestinidad de un sector de seres humanos, “principal motivo de disuasión para la denuncia de los explotadores (...) que solamente alimentan la espiral de la clandestinidad”. Cfr. “Contratación

nimiento del puesto de trabajo. El resto ya es aportación del empleador al que no se puede reprochar mayor falta de escrúpulos que al Estado²⁹.

Es tal su vulnerabilidad ante un régimen de *Apartheid*³⁰, que la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, se ha visto obligada a señalar que cierta clase de solidaridad, esto es, la prestación de asistencia a nacionales de terceros países (inmigrantes ilegales) para la presentación de denuncias, “no se considerará facilitación de la estancia irregular” (art. 13.3), no será, por tanto, en virtud de esta Directiva, ilícita. Asimismo, permitirá la presencia del inmigrante ilegal en territorio del Estado miembro de que se trate durante el proceso penal por el delito de contratación ilegal (art. 13.4)³¹.

2.2.2. Fundamento de la elevación de la pena de prisión

Tras describir el perfil de la explotación laboral del inmigrante ilegal, es momento de aclarar si lo que ha justificado la tipificación de un delito reservado específicamente al “súbdito extranjero sin permiso de trabajo”, con una pena de prisión más elevada en contraste con la del

ilegal y tutela penal de los trabajadores extranjeros: problemas y propuestas de reforma entre Italia y Europa”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 14, 2010, p. 9.

²⁹ La política estatal en materia de extranjería favorece las situaciones de explotación laboral con las características señaladas. Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (Dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, 2007, pp. 414 y ss. Una discriminación institucionalizada que “sirve de caldo de cultivo para el mantenimiento y/o fomento de la discriminación en todas las instancias, públicas y privadas, y concretamente para la discriminación laboral”, p. 418.

³⁰ De esta situación ya era consciente el Parlamento Europeo –Resolución sobre la trata de personas de febrero de 1996 (DO C 32/88, de 5-2-1996)-, y en cambio, ha insistido en atribuirles una categoría normativa inferior al resto de las personas, una modalidad de *Apartheid* cuyo paradigma se encuentra en la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Cfr. POMARES CINTAS, E. “La Unión europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 7, pp. 125 y ss.

³¹ Los trabajadores que denuncien podrán expedir permiso de residencia de duración limitada vinculada a la duración del procedimiento penal. Medidas que también se ha visto obligada a adoptar la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DOUE L 101/01, 15.4.2011).

art. 311.1º CPe³², es la potencial gravedad del atropello de derechos, que requeriría una mayor protección, o, simplemente, la presencia de este sector de trabajadores en territorio español.

Para llegar a una conclusión, analizaremos primero la valoración judicial de las conductas de explotación laboral del inmigrante ilegal cometidas con anterioridad a la LO 4/2000, de 11 enero, que establece la pena de prisión de 2 a 5 años. Hasta ese momento, el marco penal del 311.1º y 312.2 *in fine* era el mismo: *prisión de 6 meses a 3 años y multa 6 a 12 meses*. Incluso hay sentencias que, por distintos motivos (normalmente, por el principio acusatorio), han aplicado el art. 311 CPe ante un sujeto pasivo inmigrante ilegal. Habrá que comprobar entonces si los tribunales señalaban una pena mayor en atención a la especial situación de fragilidad del inmigrante ilegal, de modo que el criterio jurisprudencial justificara la elevación posterior de la pena, además de un tratamiento separado. Así sabremos si, en realidad, se responde a la mayor gravedad de la explotación de este perfil de sujetos pasivos o a razones ajenas a ella.

Véanse los siguientes cuadros comparativos:

Con anterioridad a la citada reforma de la Ley Orgánica 4/2000, la aplicación de la pena mínima legalmente prevista había marcado la tendencia jurisprudencial mayoritaria cuando valoraba situaciones de explotación de inmigrantes ilegales³³: *pena de prisión de 6 meses y multa de 6 meses* (cuya cuota diaria ha girado generalmente en torno a los 6 Euros, o, excepcionalmente, no alcanza esa cantidad o la supera)³⁴.

³² Desde enero de 2013, la distancia se manifiesta en el límite mínimo. Véase nota 6.

³³ Es una estimación extraída del análisis de todas las resoluciones judiciales del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales que constan en esta materia (y bajo el CPe de 1995) en el Fondo jurisprudencial del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

³⁴ No se ha incluido, por aplicar el Código penal anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS, en adelante) 995/2000, de 30-6, que valora el caso del “contrato de esclavo”, en cuyos fundamentos jurídicos menciona el art. 311 CPe vigente. Esta sentencia, en virtud del art. 499 bis 1º CP de 1973, aplica la pena de 2 meses de arresto mayor y multa de 250.000 pts. Aunque es un delito de consumación permanente, se perfeccionó bajo el Código penal anterior.

Tabla 1. SAP: Sentencia Audiencia Provincial

Pts.: pesetas

€: Euros

Aplicación del Art. 311.1º CPe: sujeto pasivo inmigrante ilegal. Pena de prisión de 6 meses y multa de 6 meses	Aplicación del Art. 312.2 <i>in fine</i> CPe a hechos cometidos con anterioridad a la elevación de la pena por LO 4/2000. Pena de prisión de 6 meses y multa de 6 meses: tendencia mayoritaria
<ul style="list-style-type: none"> - SAP Barcelona, Secc. 5ª, de 6-7-2001, Rec. 276/2000. Cuota diaria de 1000 pts. - SAP Madrid, Secc. 6ª, 115/2004, de 27-2. Cuota diaria de 6€. - SAP Lleida, Secc. 1ª, 227/2004, de 13-5. Cuota diaria de 6€. - SAP Zaragoza, Secc. 3ª, 223/2004, de 6-7. Cuota diaria de 3€. 	<ul style="list-style-type: none"> - SAP Cádiz, Secc. 6ª, 4/2000, de 13-1. - SAP Albacete, Secc. 1ª, 84/2000, de 30-5. Cuota diaria de 1000 pts. - SAP Málaga, Secc. 2ª, 308/2000, de 5-10. Cuota diaria de 1000 pts. - SAP Zaragoza, Secc. 3ª, 400/2001, de 18-7. Cuota diaria de 3000 pts. - SAP Valladolid, Secc. 2ª, 773/2001, de 31-10. Cuota diaria de 1500 pts. - SAP Madrid, Secc. 15ª, 456/2001, de 22-11. - SAP Albacete, Secc. 2ª, 21/2002, de 21-3. Cuota diaria de 1,20€. - SAP Alicante, Secc. 1ª, 511/2002, de 4-10. Cuota diaria de 1000 pts. - SAP Madrid, Secc. 3ª, 316/2003, de 2-6. - SAP Zaragoza, Secc. 3ª, 49/2004, de 4-3. Cuota diaria de 3 €. (...)

Sin embargo, algunas sentencias condenatorias se han separado de esa tendencia, superando el marco penal mínimo. Dentro de este grupo, la mayor parte de ellas ha aplicado penas que no han alcanzado los 18 meses de prisión³⁵.

³⁵ Tomando como punto de referencia la pena del delito de hurto básico (art. 234 CPe).

Tabla 2. SAP: Sentencia Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

Pts.: pesetas

€: Euros

<p>Aplicación del Art. 311.1º CPe: sujeto pasivo inmigrante ilegal. Penas de prisión superiores a 6 meses y hasta 18 meses</p>	<p>Aplicación del Art. 312.2 <i>in fine</i> CPe a hechos cometidos con anterioridad a la elevación de la pena por LO 4/2000. Penas de prisión superiores a 6 meses y hasta 18 meses</p>
<p>- 1 año de prisión y multa de 6 meses (6€/día): SAP Madrid, Secc. 23ª, 63/2004, de 12-7. - 1 año de prisión y multa de 9 meses (20 €/día): STS 1311/2006, de 28-11.</p>	<p>- 8 meses de prisión y multa de 8 meses (1000 pts./día): <ul style="list-style-type: none"> • SAP León, Secc. 1ª, 27/2002, de 12-7 • STS 1349/2004, de 25-11. <p>- 9 meses de prisión y multa de 8 meses (1000 pts./ día): SAP Barcelona, Secc.10ª, de 23-1-2001. - 1 año de prisión y multa de 6 meses (1000 pts. /día): <ul style="list-style-type: none"> • SAP Madrid, Secc. 3ª, 98/2001, de 13-2 • SAP Valencia, Secc. 1ª, 277/2001, 15-11 • SAP Madrid, Secc. 23ª, 738/2001, de 3-12 • STS 221/2005, 24-2 (=SAP Madrid, Secc. 7ª, 100/2002, de 13-12). • SAP Madrid, Secc. 5ª, 111/2006, de 6-11 (10 €/ día). <p>- 1 año prisión y multa de 8 meses (2000 pts./día): SAP, Las Palmas, Secc. 2ª, 202/2000, de 24-10. - 1 año de prisión y multa de 10 meses (2500 pts./ día), más pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o comercio durante el tiempo de la condena: SAP Islas Baleares, 263/1999, de 30-12. - 1 año y 5 meses de prisión y multa de 10 meses (6€/ día): SAP Alicante, Secc. 1ª, 403/2005, de 3-6. - 1 año y 6 meses de prisión y multa de 8 meses: <ul style="list-style-type: none"> • SAP Murcia, Secc. 3ª, 36/2001, de 6-7 (1000 pts./día) • SAP Ciudad Real, Secc. 2ª, 31/2002, de 28-2 (2000 pts./día) <p>- 1 año y 6 meses prisión y multa de 9 meses (10.000 pts./día): SAP, Burgos, Secc. 1ª, de 27-2-2002.</p> </p></p></p>

Un núcleo aún más reducido supera la franja de 18 meses de prisión sin alcanzar la pena de 2 años de prisión:

Tabla 3

<p>Aplicación del Art. 311.1º CPe: sujeto pasivo inmigrante ilegal. Penas de prisión superiores a 18 meses e inferiores a 2 años</p>	<p>Aplicación del Art. 312.2 <i>in fine</i> CPe a hechos cometidos con anterioridad a la elevación de la pena por LO 4/2000. Penas de prisión superiores a 18 meses e inferiores a 2 años</p>
<p>- 1 año y 9 meses y un día de prisión y multa de 9 meses y un día:</p> <ul style="list-style-type: none"> • SAP Zaragoza, Secc. 1ª, 68/1999, de 12-2. Cuota diaria de 200 pts. • STS 438/2004, de 29-3. Cuota diaria de 12€. 	<p>- 1 año y 8 meses de prisión y multa de 8 meses (1000 pts./día): SAP Navarra, Secc. 3ª, 96/2001, de 29-6.</p> <p>- 1 año y 9 meses de prisión y multa de 9 meses (1,30 €/día): SAP Madrid, Secc. 15ª, 467/2002, de 10-10.</p> <p>- 1 año y 9 meses y un día de prisión y multa de 10 meses (6 €/día):</p> <ul style="list-style-type: none"> • SAP Burgos, Secc. 1ª, de 29-10-2001. • STS 837/2003, de 30-5. <p>- 1 año y 10 meses prisión, y multa de 10 meses (6€/día): SAP Murcia, Secc. 3ª, 41/2002, 14-5.</p>

Únicamente las siguientes sentencias han aplicado la pena de prisión de 2 años. Ninguna ha excedido ese límite.

Tabla 4

Aplicación del Art. 311.1º CPe: sujeito pasivo inmigrante ilegal. Pena de prisión de 2 años	Aplicación del Art. 312.2 <i>in fine</i> CPe a hechos cometidos con anterioridad a la elevación de la pena por LO 4/2000. Pena de prisión de 2 años
- 2 años prisión y multa de 10 meses (10€ /día): SAP Zaragoza, Secc. 3ª, 64/2003, 29-9.	- 2 años de prisión y multa de 6 meses (6 €/día): SAP Sevilla, Secc. 7ª, 216/2003, 14-5. - 2 años de prisión y multa de 10 meses (1000 pts./día): <ul style="list-style-type: none"> • SAP Almería, Secc. 2ª, 420/2000, 24-11. Actividades relacionadas con la prostitución. • SAP Navarra, Secc. 1ª, 11/2001, 24-1 (10.000 pts. /día). Actividades relacionadas con la prostitución.

Como se desprende de las cuatro tablas comparativas, el tratamiento jurisprudencial de las situaciones de explotación de los inmigrantes ilegales a través de los arts. 311.1º y 312.2 *in fine* no ha sido distinto (ni se ha separado sustancialmente respecto del atropello de derechos laborales de los autóctonos y de los inmigrantes legales).

En primer lugar, a la hora de aplicar el art. 311.1 CPe, los Tribunales no han tenido en cuenta, más allá de la interpretación de los medios típicos, criterios de fragilidad o vulnerabilidad del trabajador en función de su condición de inmigrante legal o ilegal. En la práctica, las penas impuestas no se distancian respecto de las sentencias condenatorias cuando el sujeto pasivo es un trabajador autóctono; al contrario, aquí también se manifiesta la tendencia a aplicar la pena mínima de prisión (6 meses)³⁶. Por tanto, el dato relativo a la condición del sujeto pasivo no ha sido significativo. Sólo cabe señalar una sentencia condenatoria (por el art. 311.1) que coincide con la pena mínima que se establece en el art. 312. 2 *in fine* a partir de la reforma de 2000 (SAP Zaragoza, Secc. 3ª, 64/2003, de 29-9)³⁷.

³⁶ Véase, *Tabla 1*.

³⁷ Véase, *Tabla 4*.

A similar conclusión conduce la valoración de la trayectoria jurisprudencial en torno a la aplicación del art. 312. 2 *in fine* como delito laboral específico cuyo sujeto pasivo lo constituye el trabajador extranjero sin permiso de trabajo. El criterio mayoritario no coincide en absoluto –se aleja bastante– con el criterio del Legislador de 2000 (LO 4/2000, de 11 de enero) que decide elevar la pena de prisión entre 2 y 5 años. Como se observa en la *Tabla 4*, con anterioridad a la vigencia de dicha reforma, se había aplicado la pena de 2 años de prisión únicamente en tres ocasiones, dos de ellas, en materia de prostitución o actividades de alterne. Ha sido la máxima pena impuesta por hechos anteriores a la reforma del art. 312.2 *in fine* CPe. Al igual que ocurre en el ámbito del art. 311 CPe, en este período, ninguna sentencia condenatoria ha superado los 2 años de prisión, y, por tanto, se ha posibilitado la suspensión condicional del cumplimiento de la misma, o su sustitución (los condenados no presentan, por lo general, antecedentes penales).

La SAP Albacete, Secc. 1ª, 84/2000, de 30-5, revoca una sentencia condenatoria que imponía la pena de 9 meses de prisión y multa de 8 meses (1000 pts./día). En su lugar, aplica la pena mínima porque “careciendo de antecedentes penales se estima adecuado rebajar las penas al grado mínimo”.

En síntesis, la trayectoria jurisprudencial descrita en torno a la aplicación de los arts. 311 y 312. 2 *in fine* (con anterioridad a la elevación de la pena de prisión) cuando el sujeto pasivo es inmigrante sin autorización para trabajar en España, demuestra que, en realidad, la agravación de la pena de 2 a 5 años de prisión no se vincula con el perfil de la explotación de esta clase de víctimas. Cuando el marco penal era el mismo, se han impuesto penas similares a las establecidas para los responsables de la explotación de los autóctonos, y, por ende, no se ha considerado necesariamente más grave la explotación por la condición del extranjero sin papeles. En consecuencia, la mayor pena obedece, no a la finalidad de ofrecer una mayor protección de los derechos de los inmigrantes ilegales frente a la adopción de condiciones de trabajo perjudiciales, sino al hecho de su presencia ilegal en territorio español: la elevación de la pena establecida por la Ley Orgánica 4/2000 (LOEx.) se vincula con la salvaguarda del interés estatal del control flujo migratorio.

El delito contemplado en el art. 312. 2 *in fine* no es sino fruto de una política criminal que utiliza el Derecho penal como mecanismo de control y lucha contra la inmigración ilegal. Piénsese que el aumento de pena iba dirigido al delito de intervención en la inmigración clandestina de trabajadores extranjeros (previsto, hasta la reforma de 2010, en el art. 313.1), que no exige más que la clandestinidad o ilegalidad de la inmigración. Esto es, la protección penal separada de los derechos labo-

rales de los “*súbditos extranjeros sin permiso de trabajo*” sirve, al tiempo, de instrumento penal de combate contra la inmigración ilegal que complementa la finalidad del art. el 318 bis CPe (delito de colaboración en la inmigración clandestina o tráfico ilegal de personas)³⁸.

Obsérvese que es posible condenar a una persona como autora, por un lado, del delito del art. 311, y, de otro, del art. 312.2 *in fine*, en el caso de que los sujetos pasivos sometidos a condiciones ilícitas sean trabajadores extranjeros legales e ilegales, respectivamente³⁹. Aunque la explotación laboral sea similar, la protección penal del interés estatal del control de la inmigración determina la mayor pena del art. 312. 2 *in fine*, ante unas exigencias típicas menores. Piénsese en la situación experimentada por los ciudadanos rumanos y búlgaros, cuya explotación laboral, antes del 1 de enero de 2007, había sido resuelta por el art. 312. 2 *in fine*⁴⁰; desde ese año, es decir, desde que se han convertido en ciudadanos de un Estado miembro de la UE, cualquier conducta perjudicial para sus derechos laborales deberá ajustarse a los términos típicos del art. 311 CPe⁴¹.

Sin embargo, la reforma de 2000 no incrementó la pena de multa, que seguirá siendo inferior a la sanción económica que correspondería al empleador por la infracción administrativa prevista en la legislación de extranjería (una infracción por cada trabajador ilegalmente empleado⁴²). Tampoco impuso penas privativas de derechos, como la suspensión o inhabilitación especial para el ejercicio del comercio o profesión. Tal vez se pensara en el efecto disuasorio inmediato de una pena mínima de prisión de 2 años, que crea el riesgo de ingreso en prisión.

³⁸ Cfr. también, MIRÓ LLINARES, F., “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-05, 2008, p. 11. Y, en esa medida, cabe cuestionar la legitimación de esta forma de incriminación separada de la explotación laboral ilícita. En este sentido, M^a ACALE SÁNCHEZ, “Regulación penal de diversos aspectos de la extranjería”, cit., pp. 561 y ss. (www.tirantonline.com).

³⁹ Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 5 de Sevilla de 2-12-2002; SAP Zaragoza, Secc. 1^a, 68/1999, 12-2.

⁴⁰ Por ejemplo, SAP Salamanca, Secc. 1^a, 31/2007, de 29-3.

⁴¹ Véase, SAP Alicante, Secc. 2^a, 310/2008, de 14-5. Al respecto, *vid.* CUGAT MAURI, M., “Las repercusiones de la incorporación de Rumanía y Bulgaria a la UE en la interpretación del delito de tráfico de extranjeros (art. 318 bis CP): Comentario a la STS de 29 de mayo de 2007”, *Diario La Ley*, nº 6873, 31 enero de 2008.

⁴² El art. 54.1. d) LOEx. establece como infracción administrativa muy grave la contratación de trabajadores extranjeros “*sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito*”.

No obstante, si se analizan las sentencias condenatorias (art. 312.2 *in fine*) por hechos cometidos con posterioridad a la reforma de 2000, la inmensa mayoría no ha sobrepasado la pena de prisión mínima señalada (2 años)⁴³. En estos casos, la cuota diaria de la pena de multa –normalmente, de 6 meses- oscila entre 6 y 20 €. Se observa, además, que algunas sentencias compensan la gravedad de las conductas a través de la pena de multa, es decir, aplican la pena mínima de prisión pero la mitad superior de la pena de multa (9 o 10 meses⁴⁴).

Las sentencias condenatorias que superan el umbral mínimo de prisión son escasas y responden a un determinado perfil: actividades relacionadas con la explotación de la prostitución ajena (o actividades de alterne)⁴⁵. Sólo excepcionalmente se refieren a ámbitos de explotación laboral no sexual; en este sentido, la SAP Lugo, Secc. 2ª, 41/2010, de 29-3, y la SAP Huelva, Secc. 1ª, 77/2006, de 23-3, rompen afortunadamente esa línea de vinculación de los criterios de gravedad a actividades de explotación sexual.

⁴³ Es una estimación extraída del análisis de todas las resoluciones judiciales que constan en esta materia (y bajo el CPe vigente) en el Fondo jurisprudencial del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

⁴⁴ SAP Albacete, Secc. 1ª, 61/2002, de 10-6; SAP, Girona, Secc. 3ª, 630/2004, de 14-7; SAP Ciudad Real, Secc. 1ª, 6/2005, de 11-4; SAP Madrid, Secc. 7ª, 230/2007, de 28-2; SAP Salamanca, Secc. 1ª, 31/2007, de 29-3; SAP Granada, Secc. 2ª, 599/2008, de 17-10, etc.

⁴⁵ Cuestión distinta es la aplicación -en concurso real- del delito relativo a la prostitución correspondiente (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 30-05-2006). *Vid.*, por ejemplo, STS 1106/2009, 10-11.

Tabla 5. Aplicación del Art. 312.2 *in fine* CPe a partir de la reforma de 2000 (LO 4/2000)

Actividades relacionadas con la explotación de la prostitución ajena: Penas de prisión superiores a 2 años	Actividades de explotación laboral no sexual Penas de prisión superiores a 2 años
<ul style="list-style-type: none"> - 2 años y 2 meses de prisión y multa de 7 meses (9 €/día): STS 208/2010, de 18-3. - 2 años y 6 meses de prisión y multa de 8 meses: <ul style="list-style-type: none"> • STS 461/2010, de 19-5 (20 €/día) • SAP Vizcaya, Secc. 1ª, 786/2004, 22-11 (6 €/día). - 2 años y 6 meses de prisión y multa de 9 meses (10 €/día): STS 378/2011, 17-5 (=SAP Pontevedra, Secc. 5ª, 50/2010, de 21-10). - 3 años de prisión y multa de 8 meses: <ul style="list-style-type: none"> • SAP Barcelona, Secc. 7ª, 408/2007, 2-5 (6 €/día) • STS 293/2004, de 8-3 (18 €/día), también, pena accesoria de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio. - 3 años de prisión y multa de 9 meses (12 €/día): STS 1360/2009, de 22-12. - 3 años y 6 meses de prisión y multa de 9 meses (60 €/día): SAP Burgos, Secc. 1ª, de 28-6-2002. Delito continuado. - 4 años y 3 meses de prisión y multa de 12 meses (20 €/día): SAP Granada, Secc. 1ª, 281/2004, de 14-5. Delito continuado. 	<ul style="list-style-type: none"> -3 años y 6 meses de prisión y multa de 9 meses: <ul style="list-style-type: none"> • SAP Huelva, Secc. 1ª, 77/2006, 23-3 (6€/día). • SAP Lugo, Secc. 2ª, 41/2010, 29-3 (no aclara la pena de multa).

Por último, sólo en raras ocasiones se ha aplicado la pena accesoria de suspensión o inhabilitación especial del ejercicio del comercio o profesión durante el tiempo de la condena (art. 56. 1, 1º y 3º CPe). Tales casos han respondido especialmente a actividades de explotación laboral de naturaleza sexual (SAP Islas Baleares, 263/1999, de 30-12⁴⁶, que aplica la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o

⁴⁶ Aplica 1 año de prisión y multa de 10 meses (2500 pts./día).

comercio durante el tiempo de la condena, y STS 293/2004, de 8-3⁴⁷, que impone la pena de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio), o, tratándose de otras actividades, ante víctimas menores de edad, incluso menores de 16 años (la SAP Girona, Secc. 3^a, 630/2004, de 14-7⁴⁸, opta por la pena de inhabilitación mencionada).

3. Problemas principales que plantea el delito del art. 312.2 *in fine*

Como se ha señalado, la presencia del trabajador-inmigrante-ilegal ha distorsionado toda pretensión de similitud estructural entre el delito del 311 y el 312.2 *in fine*⁴⁹. Este último precepto regula un delito que no está exclusivamente encaminado, como el 311, a la tutela de los derechos de los trabajadores frente al sometimiento a condiciones ilícitas que los quebrantan.

La conducta típica del art. 312.2 *in fine* está compuesta por dos comportamientos diferenciados entre sí.

a) Por un lado, la contratación ilícita de extranjeros - *emplear a “súbditos extranjeros sin permiso de trabajo”* -, una ilicitud basada exclusivamente en la ausencia de autorización administrativa para trabajar.

La redacción de este delito no se ha adaptado aún a la terminología de la legislación de extranjería que ha sustituido el permiso de trabajo por el de autorización administrativa para trabajar, una autorización que, además, se concede conjuntamente con la de residencia.

Así se establece en la infracción administrativa muy grave, prevista en el art. 54.1. d) LOEx., consistente en contratar trabajadores extranjeros *“sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados, siempre que el hecho no constituya delito”*⁵⁰. Esta

⁴⁷ 3 años de prisión y multa de 8 meses (18 €/día).

⁴⁸ 2 años prisión y multa de 9 meses (18 €/día).

⁴⁹ Como reconoce LÓPEZ CERVILLA, J.M., la aplicación práctica del artículo 312.2 *in fine* “presenta no pocas dificultades”. Cfr. op. cit., p. 2774.

⁵⁰ El art. 37.1 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, también sanciona a *“Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado”*. Es una infracción muy grave que plantea problemas de concurrencia con la contemplada en el art. 54.1. d) LOEx.

infracción se basa en la vulneración de la exigencia, por parte de quien ocupe a un trabajador extranjero, de solicitar la autorización para trabajar, “*que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización*” (art. 36. 4 LOEx.).

Por tanto, la autorización para trabajar no equivale estrictamente al “*permiso de trabajo*”, también es necesaria la autorización conjunta de residencia. Pero, en cualquier caso, el tipo penal requiere que el extranjero no haya obtenido previamente al inicio de la relación laboral “*permiso de trabajo*”.

Este elemento típico plantea el siguiente problema: el “*permiso de trabajo*” que no posee el trabajador extranjero que es empleado debe ser objetivamente requerido para realizar la actividad laboral de que se trate. Por esta razón, habrá que excluir del ámbito típico del art. 312.2 *in fine* CPe la realización de actividades en sí ilícitas, es decir, aquéllas que no requieren la obtención previa de autorización para trabajar⁵¹.

Normalmente, la explotación de la prostitución ajena va vinculada a la realización de otras prestaciones que se incluyen dentro de la actividad de alterne: servir copas y captar clientes, atender llamadas y otras funciones dentro del establecimiento, incluso labores de limpieza del local, que objetivamente sí requieren autorización administrativa⁵².

Asimismo, y por las mismas razones, la contratación de extranjeros menores de edad laboral (*ex* art. 36.1 LOEx.) no puede integrar este elemento del tipo⁵³.

Estas conductas que resultan excluidas del tipo que se analiza pueden encuadrarse en el ámbito del art. 312.1 CPe (delito de tráfico ilegal de mano de obra), y, en su caso, en el ámbito del art. 311, que no requiere semejantes exigencias porque persigue exclusivamente la protección de los derechos laborales frente a situaciones que vulneran la libertad de decisión del trabajador como tal.

Para evitar el problema mencionado, habría que actualizar el término típico “*sin permiso de trabajo*” y sustituirlo por la ausencia de autorización válida para residir en el territorio nacional, una terminología coherente

⁵¹ Véase, SAP Málaga, Secc. 3ª, 45/2002, de 6-3.

⁵² *Vid.* acerca de la naturaleza laboral de la actividad de alterne en el sentido expuesto, SSTs 1045/2003, de 18-7, 293/2004, de 8-3, 837/2003, de 30-5, 1106/2009, de 10-11, 208/2010, de 18-3; SAP Granada, Secc. 2ª, 395/2002, de 1-7; SAP Almería, Secc. 2ª, 420/2000, de 24-11.

⁵³ De modo incorrecto, la SAP Girona, Secc. 3ª, 630/2004, de 14-7, extiende los criterios materiales aplicables al art. 311 CPe.

con la LOEx. y con la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. De este modo, para colmar el requisito de contratación ilícita, bastaría emplear a un extranjero que no tenga derecho a residir legalmente en España, con independencia de que la actividad realizada requiera objetivamente o no autorización para trabajar, o de la edad de la víctima.

b) Por otro lado, el art. 312.2 *in fine* exige otro requisito: que el trabajador extranjero “*sin permiso de trabajo*” desarrolle una actividad laboral en condiciones ilícitas perjudiciales para sus derechos -“*en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenio colectivo o contrato individual*”. Las condiciones a las que se sujeta la prestación laboral del extranjero-ilegal deben menoscabar el estatus jurídico-laboral de este sector de trabajadores.

Este segundo requisito plantea dos problemas principales. El primero de ellos gira en torno al tratamiento que se debe dispensar a los supuestos en los que el empleador se limita a no reconocerle derechos que el Estado niega al inmigrante-ilegal, así, no darle de alta en el sistema de Seguridad social, sin adoptar adicionalmente condiciones laborales ilegales perjudiciales para sus derechos. Aunque para esta situación los tribunales han ofrecido soluciones muy dispares, es acertado el criterio doctrinal mayoritario que considera que estas hipótesis deben quedar fuera del campo de aplicación del art. 312.2 *in fine*⁵⁴. El no dar de alta en la Seguridad Social se deriva exclusivamente de la situación de ilegalidad del trabajador (arts. 10, 36.2 LOEx.), del hecho de carecer de “permiso de trabajo”. No se le puede exigir al empleador suplir lo que el Estado deniega a los trabajadores que declara ilegales⁵⁵, precisamente porque ello constituye un instrumento de lucha contra la inmigración ilegal. Si acudimos al art. 53. 2. a) LOEx, comprobamos que no dar de alta en el

⁵⁴ Cfr. BAYLOS GRAU, A./TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, p. 95; CARDENAL MONTRAVETA, S./CARDENAL ALEMANY, F., “El delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312.2 *in fine* CP)...”, cit., pp. 267, 268; MARTÍNEZ -BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 700, 703; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (Dir.), *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, cit., p. 295.

⁵⁵ Así, STS 208/2010, de 18-3. También, SSTS 1638/2002, de 11-12, 1390/2004, de 22-11, 540/2006, de 17-5, 1471/2005, de 12-12, SAP Huelva, Secc. 2ª, 152/2002, de 28-5, SAP Alicante, Secc. 2ª, 453/2003, de 17-10, SAP Girona, Secc. 3ª, 417/2000, de 26-9.

sistema de la Seguridad social a un extranjero sin autorización para trabajar no es un ilícito administrativo⁵⁶.

Por ello no se entienden los pronunciamientos judiciales que exigen al empleador realizar, en su lugar, una póliza privada de seguros (SAP Barcelona, secc. 6ª, de 25-3-2010, Rec. 116/2009). La Directiva 2009/52/CE, de 18-6-2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, contempla la tipificación penal de la contratación de extranjeros-inmigrantes-ilegales en situación irregular bajo cualquiera de las circunstancias que prevé, entre ellas, la adopción de "condiciones laborales especialmente abusivas", de modo similar al art. 312.2 *in fine*. Según la Directiva, esa situación abusiva concurre cuando se deriva de la discriminación por razón de sexo o de otro tipo, cuando se aprecia una desproporción flagrante con respecto a las condiciones de empleo que disfrutaban los trabajadores empleados legalmente, o cuando afectan a la salud y la seguridad de los trabajadores y atentan contra la dignidad humana (art. 2 i).

Con todo, parece que el Legislador español ha pretendido recientemente acabar esta discusión. La Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, ha añadido un discutido párrafo al art. 311 CP, que distorsiona la coherencia interna de dicho precepto, y su relación con el delito que estamos analizando, el 312.2 *in fine*. Castiga con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses:

"2.º Los que den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de:

- a) el veinticinco por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores,
- b) el cincuenta por ciento, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o
- c) la totalidad de los mismos, en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de cinco y no más de diez trabajadores".

⁵⁶ El art. 53. 2 a) LOEx. considera infracción grave "No dar de alta, en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, al trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena hubiera solicitado (...), cuando el empresario tenga constancia de que el trabajador se halla legalmente en España habilitado para el comienzo de la relación laboral".

Por otro lado, aunque la adopción de condiciones ilícitas perjudiciales sea un elemento necesario para dotar de relevancia penal a la contratación de extranjeros sin permiso de trabajo, la regulación específica y separada que ofrece el art. 312.2 *in fine* ha sido criticada por la doctrina mayoritaria. Este precepto no exige, como el art. 311 (apartado 1º), “imponer” tales condiciones perjudiciales ni medios comisivos tendentes a doblegar o neutralizar la voluntad del trabajador (engaño, abuso de situación de necesidad o violencia o intimidación).

Sin embargo, al mismo tiempo, se ha pretendido salvar ese agravio comparativo extendiendo al delito del 312.2 *in fine* el contenido de injusto del art. 311, es decir, considerando implícito en aquél el abuso de situación de necesidad⁵⁷. A mi juicio, es un planteamiento difícil de aceptar, por dos razones. En primer lugar, porque el 312.2 *in fine* no exige expresamente la intervención de medios comisivos que anulen la libertad de decisión del trabajador⁵⁸, no requiere limitar la libertad de decisión del extranjero-trabajador-ilegal más allá de lo que ya se la limita el Estado. Y, sobre todo, por una razón material. La situación de necesidad o vulnerabilidad del trabajador-inmigrante-ilegal es singular, se deriva precisamente de la ausencia de permiso de trabajo, una circunstancia que niega legalmente el derecho a acceder al empleo a unas personas que lo necesitan como medio de supervivencia. La del inmigrante ilegal no es una situación de economía sumergida como la de los demás trabajadores: es sujeto activo de una infracción administrativa (art. 53.1. b) LOEx.) que puede conllevar la expulsión del territorio español, además

⁵⁷ BAYLOS GRAU, A. /TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 95; FABIÁN CAPARRÓS, E.A., “Tráfico ilegal de mano de obra”, En, (M.R. Diego Díaz Santos/V. Sánchez López, coords.), *Nuevas cuestiones penales*, 1998, pp. 52-53; ORTUBAY FUENTES, M., *Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal*. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 202; CARDENAL MONTRAVETA, S. /CARDENAL ALEMANY, F., op. cit., pp. 247, 248; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, cit., p. 702; SSTS 1311/2006, de 28-11, 1045/2003, de 18-7.

⁵⁸ Vid. LÓPEZ CERVILLA, J.M., op. cit., pp. 2781-2782; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (Dir.), op. cit., pp. 288, 289; MORILLAS CUEVA, L., “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, (L. Morillas Cueva, Coord.), *Sistema de Derecho penal español, Parte especial*. Dykinson, Madrid, 2011, p. 678; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*. 2009, p. 217, prefiere hablar del abuso de una situación de superioridad sobre el trabajador por la falta de autorización para el ejercicio del derecho a desempeñar una actividad laboral, con las garantías jurídicas que conlleva, pero reconoce que el tipo penal no lo exige. Además, el abuso de situación de necesidad entendido implícitamente en la condición de inmigrante ilegal también sería trasladable al ámbito sancionador administrativo, y, por tanto, no serviría para establecer la frontera con el Derecho penal.

de la violación (legal) de otros derechos fundamentales. Esto significa que es el propio Estado el que, a través de la legislación de extranjería, crea al inmigrante ilegal una especial situación de vulnerabilidad, que, a su vez, forma parte esencial de la estrategia estatal de lucha contra la inmigración ilegal. Por eso, es difícil sostener que, a través del 312.2 *in fine*, el legislador desvalore penalmente (y con pena más grave hoy en su límite mínimo) una situación de necesidad que administrativamente no desvalora, en otras palabras, es una situación de necesidad valorada positivamente y diseñada por el Estado en tanto instrumento de lucha contra la presencia de inmigrantes ilegales en su territorio; y por lo mismo, es difícil pensar que su finalidad sea la de proteger más (con más pena) a los que legalmente el Estado más desfavorece. Si así lo pretendiera, hubiera bastado introducir un subtipo agravado dentro del art. 311 CPe, bajo las exigencias de dicho precepto, pero no lo ha hecho. En consecuencia, la gravedad de la pena del art. 312.2 *in fine* (desde 2013, en su límite mínimo), en comparación con la prevista para el 311, hay que relacionarla con el desvalor que representa la lesión del interés estatal del control del flujo migratorio. No cabe esperar del legislador español otra cosa, como lo ha demostrado en la reforma de 2015 con la incorporación del art. 311 bis.

4. El empleo de extranjeros sin permiso de trabajo como delito (art. 311 bis): la defensa de la política inmigratoria y la competencia empresarial

El nuevo delito del artículo 311 bis⁵⁹, que prohíbe emplear, bajo determinadas circunstancias, a extranjeros sin autorización para trabajar, se deriva del Derecho de la Unión Europea, del mandato de armonización penal de la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (art. 9.1, letras a, e). Al menos así cabe deducirlo de la más que parca motivación del Preámbulo de la reforma, que se presume que a él alude.

⁵⁹ “Será castigado con la pena de prisión de 3 a 18 meses o multa de 12 a 30 meses, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quien: a) de forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo, o b) emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo”.

La persecución penal de los que colaboran en la inmigración ilegal empleando de forma reiterada a ciudadanos extranjeros [art. 311 bis a)], o a un menor de edad [extranjero, art. 311 bis b)], se inspira también en las directrices actuariales contenidas en la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, la que modificó el art. 311 CP. Esta nueva conducta se regula precisamente junto al citado precepto. En efecto, el nuevo delito se inscribe dentro de las medidas de lucha contra la economía sumergida (Considerando 33 Directiva 2009/52/CE), concretamente aquella vinculada a la inmigración ilegal (Art. 1 Directiva), con el objetivo de neutralizar el recurrente factor de atracción de flujos de migración irregulares. Sin embargo, la del inmigrante ilegal no es una situación de economía sumergida como la de los demás trabajadores, precisamente por su condición como tal: no goza del derecho al acceso al puesto de trabajo (arts. 10, 36.2 Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -LOEx. en adelante), al tiempo que, ante una situación de ocupación efectiva, la Directiva les elimina cualquier prestación o garantía social incompatible con su situación administrativa, es decir, les abarata y desprotege como arma de control de los flujos migratorios⁶⁰. Paradójicamente, como señala el Comité Económico y Social Europeo, esta situación produce el efecto de fomentar la economía sumergida de una población condenada al trabajo clandestino (Dictamen de 15 de diciembre 2004, sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal”). Para evitar el aprovechamiento del abaratamiento de los costes laborales y sociales -también los relacionados con la Seguridad Social (arts. 10, 36.2 LOEx.)- que supone emplear al extranjero sin autorización para trabajar, el art. 15. 3 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal considera como tal “la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería” (apartado introducido por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre).

En consecuencia, el objeto de tutela del nuevo delito del art. 311 bis adquiere una doble dimensión: como herramienta de combate contra la economía sumergida, protege la competencia empresarial; como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal, salvaguarda la política de control del flujo migratorio, el régimen de concesión de autorizaciones para trabajar.

⁶⁰ Un régimen que ya ha sido adaptado en el art. 36.5 de la LOEx—por Ley Orgánica 2/2009.

Sin perjuicio de realizar una valoración global acerca de la innecesaria incorporación de este precepto penal, cabría destacar algunos inconvenientes técnicos que plantea, así, la alusión central a un término ya obsoleto en la legislación de extranjería: el “*permiso de trabajo*”.

El “*permiso de trabajo*” que no posee el trabajador extranjero que es empleado debe ser objetivamente requerido para realizar la prestación laboral de que se trate. Por esta razón, habrá que excluir del ámbito de aplicación de este precepto dar ocupación al extranjero para realizar actividades en sí ilícitas, aquéllas que no requieren la obtención previa de autorización para trabajar. Asimismo, y por las mismas razones, el empleo de extranjeros menores de edad laboral (menores de 16 años, *ex art. 36.1 LOEx.*) no puede integrar este elemento del tipo. Para evitar estas limitaciones, la Directiva 2009/52/CE utiliza un lenguaje más amplio: basta que el extranjero “no cumpla o haya dejado de cumplir las condiciones necesarias para poder permanecer o residir en dicho Estado miembro” (art. 2 b), es decir, basta que carezca de autorización válida para residir en el territorio nacional.

En suma, el Legislador de 2015 ha introducido el delito del art. 311 bis de modo irreflexivo, sin atender, entre otras reglas básicas, a la coherencia del ordenamiento jurídico interno en su conjunto (véase, sobre los criterios de transposición de Directivas, la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre un enfoque de la UE acerca del Derecho Penal). Partiendo de esta premisa, la tipificación que analizamos se antoja innecesaria⁶¹ por las siguientes razones.

1. La legislación administrativa responde de modo solvente a los compromisos procedentes de la Directiva 2009/52/CE en el contexto de la contratación de inmigrantes ilegales.

- El art. 54.1. d) LOEx. castiga, como infracción administrativa muy grave, emplear a trabajadores extranjeros “*sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados (...)*”. Aquí ya se prevé la reiteración en la ocupación de extranjeros. Esta infracción está sancionada con multa desde 10.001 hasta 100.000 euros (art. 55), por cada uno de los extranjeros ocupados, como señala el precepto.
- El art. 37.1 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones

⁶¹ Estas reflexiones, ya manifestadas en anteriores trabajos, han sido respaldadas por la mayoría de los Grupos Parlamentarios que presentaron Enmiendas en el Senado.

en el Orden Social, también sanciona, como infracción muy grave, a *“Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo, o su renovación, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado”*.

2. Por otra parte, el art. 312.1 del Código Penal castiga a *“los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra”*. Esta modalidad delictiva castiga el empleo o colocación de trabajadores que vulnere el régimen de contratación previsto en la normativa laboral o administrativa, es decir, situaciones de economía sumergida. Así, la ocupación de un menor de 16 años, la reiteración de la contratación ilícita de extranjeros, o el empleo simultáneo de un número considerable de extranjeros en situación de irregularidad migratoria (*vid.* art. 9.1, letras a, e) Directiva 2009/52/CE), son supuestos susceptibles de encuadrarse en el art. 312.1 CP como delitos de tráfico ilegal de mano de obra. Además, la pena de prisión prevista en el art. 312 –de 2 a 5 años–, que se acumula junto a la pena de multa, es extraordinariamente superior a la impuesta por el art. 311 bis (pena de prisión de 3 a 18 meses, que es, además, alternativa a la pena de multa). No puede olvidar el Legislador que la pena de prisión asociada al delito de tráfico ilegal de mano de obra fue resultado de una decisión adoptada por la Disposición Final 1ª de la Ley de Extranjería para ajustarse a los criterios político-criminales de la Unión Europea en la lucha contra la inmigración ilegal. En consecuencia, el nuevo art. 311 bis nunca se aplicaría: lleva incorporada una cláusula que declara expresamente su naturaleza subsidiaria (*“salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código”*).

La protección del inversor: (Una visión comparativa del fraude de inversores español con el modelo italiano. Delito de falsedad en el folleto *-falso in prospetto-*)

DR. IGNACIO LLEDÓ BENITO*

Aportación al Libro Homenaje al Dr. Catedrático de Derecho penal:
DON IGNACIO BENÍTEZ ORTÚZAR

Sumario

1. Síntesis explicativa en el fraude de inversores en el Código Penal español
2. El modelo italiano en el fraude de inversores
 - 2.1. Interés tutelado
 - 2.2. Sujetos activos
 - 2.3. Conducta típica
 - 2.4. Elemento subjetivo
 - 2.5. La consumación del delito

1. Síntesis explicativa en el fraude de inversores en el Código Penal español

El artículo 282 bis plantea una de las cuestiones más sensibles y difíciles de resolver relativas a la protección del inversor en los mercados de valores. Efectivamente, la admisión de un valor a cotización oficial no garantiza “per se” la calidad del producto cotizado (acciones, obligaciones etc). El inversor, en consecuencia, sabe que se expone a un riesgo económico cuando decide operar en el mercado. La información no es un fin sino un medio para alcanzar la debida

* Doctor Internacional en Derecho penal, profesor de Derecho penal en la Universidad San Pablo CEU-Madrid. Abogado experto en Derecho penal económico.
nacholledo31@hotmail.com

protección de los mercados, y por tanto del inversor. Además, obliga a hacer alguna reflexión sobre otro aspecto, que presenta trascendencia “igualmente moral”, como es el de la codicia del inversionista, el de la asunción de riesgos excesivos por él, el de su tutela, reflexión que ayuda al legislador a adoptar una decisión estratégica para optar entre una defensa a ultranza del “consumidor” en el mercado de valores, o lanzarle - el propio legislador al inversionista- el mensaje de que dicho inversor es un agente autónomo y no puede “externalizar” completamente su tutela, sino que él mismo ha de velar por la protección de sus intereses, poner su dosis de propio cuidado y no fiarlo todo a la “acción tuitiva” de los organismos rectores del mercado. Quizá en el equilibrio esté la virtud y en este caso el inversor debe ser responsable e informarse antes de invertir, así como los controles deben funcionar eficazmente y de igual manera para todos los inversores y emisores, así como la difusión de información debe ser simétrica, quizás así se redujesen los peligros del mercado financiero, que ya de por sí es un mercado arriesgado y tendente a las fluctuaciones del propio mercado, de las materias primas, de las guerras, de la política internacional y ya casi de todo lo que tiene valor en el mundo o que pueda llegar a cotizar. Quizás también poner ciertos límites en los mercados financieros suene a panfletario, pero “no todo vale”, la reciente crisis nos ha demostrado que la desregulación de los mercados fue uno de los errores que llevaron a las burbujas económicas en los diferentes países. Una mejor regulación de los mercados financieros se hace absolutamente necesaria para evitar los delitos cometidos en su seno.

Como ocurre en la mayoría de los países europeos, un sistema de información aunque sea obligatorio y desarrollado, no será suficiente si no se acompaña de instrumentos jurídicos que sirvan para persuadir a los obligados a difundir dicha información a cumplir la norma, como en el caso de los emisores de valores. Aún así, deberán instalarse más controles o mejorar los protocolos de la CNMV con respecto a la difusión de información y la garantía de las empresas que emitan valores en el mercado financiero a nivel nacional. A nivel europeo, impulsar la ESMA (European Securities and Markets Authority) contribuirá a asegurar la integridad, transparencia, eficiencia y correcto funcionamiento de los mercados financieros y reforzar la coordinación internacional en la supervisión de los mercados.

El nuevo art. 282 bis se integra en la sección 3ª del capítulo XI del título XIII del Código Penal que abarca una serie de conductas de carácter heterogéneo que suponen infracciones al mercado y a los derechos de los consumidores. A través de la tipificación de esas conductas, se protegen directa e indirectamente bienes de carácter supraindividual encontrándonos ante delitos contra el orden socioeconómico.

La reforma está orientada a completar la transposición de la Directiva 2003/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero 2003 sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado. Como se dice en el Informe se ha sancionado de este modo la denominada "estafa de inversiones". Referida a las inversiones en instrumentos financieros regidos por las reglas del mercado de valores. Con ello se tutela no sólo el patrimonio del inversor particular que resulta lesionado, sino, y sobre todo, también las reglas de transparencia y libre concurrencia de los mercados financieros.

Es correcto deducir que este delito trate de proteger la susodicha transparencia y el correcto funcionamiento de los mercados, con una exposición de la información financiera veraz transparente y completa. La fiabilidad y veracidad de aquellos instrumentos o documentos informativos que los emisores de valores negociados en su seno están obligados a publicar, para conseguir que los mismos funcionen de la forma correcta y transparente con lo que dichos valores institucionales se convertirán en el verdadero bien jurídico protegido por este delito.

Su comisión representa una infracción formal del deber de veracidad que establecen los mercados financieros para salvaguardar la transparencia informativa necesaria para garantizar su correcto funcionamiento.

El elemento central en torno al cual se construye el delito es la información que debe proporcionarse a los inversores en el mercado de valores. La veracidad de la información económico-financiera que deben facilitar las empresas que operan en el mercado de valores, como valor esencial para la transparencia y equilibrio del mercado, es el objeto de protección específico de este nuevo art. 282 bis. El logro de una relativa posición de igualdad entre sociedades emisoras e inversores y depositantes, pasa necesariamente por la garantía de que éstos dispongan de una información exacta y veraz respecto de la situación de empresas y valores, en el momento de decidir sobre los instrumentos financieros que se les ofrecen. En definitiva, pues, el bien jurídico acomodado al ámbito en el que se produce la conducta, el mercado de valores: la veracidad de la información necesaria para asegurar la confianza en el mercado de valores, en cuanto presupuesto de la protección del patrimonio de quienes negocian con instrumentos financieros.

La preocupación del legislador comunitario y nacional es asegurar la integridad de los mercados de servicios financieros. Esto constituiría el bien jurídico protegido de primera instancia, aunque de forma más precisa, puede decirse que con este artículo se protege; de manera inmediata el funcionamiento correcto de los mercados de valores y de forma mediata el patrimonio de los participantes en dichos mercados, así como el derecho a recibir una información veraz para la toma de decisiones en

la inversión. Sin olvidarnos, que en el tipo agravado se protege el patrimonio colectivo y difuso de los inversores, depositantes o colocadores de activos o financiación, y al mismo tiempo el correcto y buen funcionamiento del mercado.

Estemos ante un delito de “naturaleza pluriofensiva” entendiendo que son bienes jurídicos protegidos tanto la funcionalidad del documento y el patrimonio individual de los inversores y el correcto funcionamiento del mercado de valores, según los tipos a los que se atienda.

El legislador español optó por configurar los tipos contemplados en el delito del artículo 282 bis, no como simples modalidades específicas de estafa, sino como verdaderos tipos cualificados del delito de peligro.

En nuestra opinión, el artículo 282 bis ha venido a cubrir una laguna de punibilidad en materia del mercado financiero creando un tipo de peligro abstracto dirigido a tutelar el patrimonio difuso de los inversores (al hilo con la moderna técnica de tipificación recomendada por la doctrina especializada en Derecho penal económico).

Con respecto a los sujetos activos del delito, se trata de un delito especial propio en el que los posibles sujetos activos del delito son administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, teniendo en cuenta la comprensión de la doctrina tanto sustantiva como jurisprudencial, debemos entender, a nuestro modo de ver en una aproximación inicial en el planteamiento del problema, que deben incluirse en la concepción de administradores de hecho, aquellos profesionales que “real y eficazmente” ejercen funciones de administración de facto. Es decir, dar preferencia a la posesión de estado de cumplimiento *ad internos y ad externum* de la función de administrador, más que a la referencia puramente formalista de la “verdad registral”. Así, lo sería quien en la sociedad ejerce “poder de decisión”, que ejercita actos de administración y que vincula así su gestión a la sociedad.

La cuestión no es baladí; puesto que el tipo penal se limita al administrador de hecho o de derecho de la sociedad emisora de valores, la definición del alcance del concepto de administrador de hecho o de derecho es de extrema importancia. Si la entidad directora puede recibir un mandato para verificación de la información financiera que debe figurar en el folleto (art. 35 RLMV) y en particular para verificar que “la información contenida en la nota de los valores relativa a la operación o a los valores no es falsa ni se omiten datos relevantes requeridos por la legislación aplicable”, está asumiendo facultades de dirección material efectiva de la sociedad emisora, pues asume por mandato de la emisora y con cobertura legal, la responsabilidad de determinar frente a terceros los estados contables y financieros a efectos de la emisión de valores o instrumentos financieros.

Podría ser administrador quienes asumiesen “facultades de dirección material efectiva de la sociedad emisora”. Téngase en cuenta que no vale cualquier administrador *lato sensu*, sino que debe tratarse de quienes ejerciten sus funciones en una sociedad emisora de valores.

Y así, a nuestro modo de ver el elemento esencial de la figura del administrador de hecho es el de autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de la voluntad social.

En el caso del art 282 bis, ese “particular” es el administrador de hecho o de derecho que según la LMV y RD 1310/2005 es responsable del folleto o de la información que se hace pública, por lo tanto no es un mero “particular”, es una persona con responsabilidad sobre esos documentos, con la posición de dominio y la función de garante en ese momento. Y tiene la responsabilidad de publicar la “verdad material” sobre la situación de la sociedad.

Lo que ocurre entonces es que no solo los administradores de hecho o de derecho de las empresas pueden ser penalmente responsables por el delito cometido, sino también las propias empresas que difunden la información económico-financiera falsa pueden ser sujetos activos del delito a través del art 31 bis, como indica el art. 288 1º y 2º párrafo. No olvidemos que las sanciones aplicables a las personas jurídicas que cometen hechos delictivos pueden ser la suspensión de actividades, la prohibición de realizar actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito (la negociación bursátil, por ejemplo), la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, o la intervención judicial de la empresa (arts. 129 y 33.7 del CP).

En cuanto al sujeto pasivo, “serían los inversores, depositantes, adquirentes de los activos financieros o acreedores, destinatarios finales de los folletos o información falseada. En definitiva “consumidores” de los mercados de valores”.

Creemos que de cara a una modificación del artículo en el futuro, de *lege ferenda*, debería convertirse en un delito común e incluirse a cualquier persona de manera que fuera “*Los que...*” al estilo de la figura alemana e italiana. Puesto que en los mercados financieros son muchos sujetos los que participan y no debería limitarse a un círculo cerrado de personas.

Respecto a la conducta típica, el art. 282 bis no sanciona la “comunicación” al público de una información previamente falseada; sino la situación *ex ante* de la realización de la falsedad en la información económico-

financiera. Se concreta así, de nuevo, una de las características propias de los delitos bursátiles, cual es, el adelantamiento de las barreras punitivas, tal y como ha ocurrido en general respecto a todo el Derecho penal contemporáneo, y muy especialmente en áreas como el Derecho penal económico. “El falseamiento de esa información”, presenta una imagen distorsionada del producto financiero, lo que puede producir el engaño del inversor, e incitarle a adoptar decisiones que no habría tomado en el caso de contar con una información fiable.

Las características de dicha conducta falsaria tienen que proceder de sociedades, fundamentalmente de aquellas entidades que están obligadas a emitir, y difundir públicamente una información más detallada y constante sobre su situación económica por parte de quienes deben conocerla (sus administradores) y que consienten dichas falsedades, especialmente idóneas para poner en peligro los patrimonios del “amplísimo y difuso” colectivo de sujetos que este delito trata de proteger.

Sólo se refiere el art. 282 bis, a administradores de sociedades emisoras de valores negociados en los mercados de valores. En fin, sólo con respecto a aquéllos es punible la conducta de falsear la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones cuya publicación y difusión exige la legislación del mercado de valores. Todo ello, además, debe haberse realizado dolosamente con el propósito de captar inversores o depositantes, de colocar activos financieros o de obtener financiación.

La conducta típica será falsear información relevante para el Mercado de Valores, inversores, depositantes y financiadores. Tanto los folletos de emisión de cualquier instrumento financiero, como las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir constituyen referencias normativas a interpretar conforme a la legislación del Mercado de Valores.

La falsedad puede consistir tanto en proporcionar información veraz, como en omitir datos que por su naturaleza pudieran alterar el sentido de la misma (art. 28.2 LMV), porque haya obligación de decir verdad o sean relevantes para el público inversor.

La conducta ha de ser objetivamente adecuada y subjetivamente orientada a la captación de inversores o depositantes. La conducta falsaria debe haber constituido un riesgo “*ex ante*” jurídicamente desaprobado, en términos tanto cuantitativos como cualitativos.

La conducta se consuma con el falseamiento de la información, y no requiere el elemento de la idoneidad. es precisamente la falta de la “idoneidad” de la falsedad para causar un perjuicio económico a los sujetos pasivos, lo que le diferencia de los delitos de los arts. 282 y el art. 290.

De *lege ferenda*, y algo que criticamos fue la desaparición del elemento de aptitud del Anteproyecto de Nuevo CP 2007 “*de modo apto para*

producir perjuicio", algo que de cara a una modificación del artículo sería imprescindible porque además de completar el delito de una forma más perfeccionada e inteligible, nos evitaría problemas tanto con el elemento subjetivo como con los concursos con la figura del art. 290.

La conducta típica es por tanto una falsedad incluyendo la "falsedad ideológica"; en concreto, de falsedad en la información, lo que tiene como correspondencia directa "*la falta a la verdad en la narración de los hechos*". Lo fundamental en estos casos es la discordancia provocada por parte del que documenta las declaraciones (administrador de hecho y/o derecho) en los instrumentos económico-financieros (folletos y restante información económica) frente a la realidad de las que efectivamente fueran verdadas y lo que el documento recoge. Respecto a esta falsedad ideológica, estamos de acuerdo con la mayoría de la doctrina que es la que mejor se adapta a la falsificación realizada tanto en el folleto como en la información económico financiera y por tanto somos partidarios de su inclusión.

Esta conducta falsa deberá recaer sobre la "información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualquier instrumento financiero" o la que "la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros".

No quiere decir que cualquier falseamiento de información sea relevante a los efectos del artículo 282 bis. Debe ser un falseamiento que objetivamente sea eficaz para la captación de inversores o financiación, es decir que de una manera u otra oculte la verdadera situación patrimonial o financiera de la sociedad.

Otra tipo de conducta sería, por ejemplo, lo que habrá de entenderse por uno o varios de los destinatarios de la falsedad castigada por el tipo básico del delito del artículo 282 bis llegasen a descubrir los datos o informaciones falseados por su autor y, pese a ello, decidiesen a realizar la inversión, depósito o financiación solicitada, por considerarlas rentables o atractiva, nos encontraremos ante verdaderos casos de asunción consciente y voluntaria por parte del riesgo inherente a dichas operaciones, con lo que sería su decisión y su responsabilidad en la actuación.

También somos partidarios de incluir la conducta omisiva, cuando la ocultación de datos, hechos o información hubiese sido relevante a la hora de decidir sobre la inversión por parte de los perjudicados.

En cualquier caso, la conducta ha de recaer sobre documentos que van a ser dirigidos al público en general, con la finalidad de captar eventuales financiadores; de este modo, quedarían al margen del tipo penal aquellas falsedades contenidas en documentos que no se van a ser accesibles al público.

Creemos y compartimos la opinión de la mejor doctrina que para mejorar la redacción del tipo de cara a un futuro a parte de la “*comunicación de datos falsos*” se debería incluir “*la publicación, difusión de información o datos falsos*” quedando redactado de la siguiente forma; “*Los que omitan o comuniquen, publiquen o difundan información o datos falsos...*”. Añadiendo también su omisión, en otra vertiente de la conducta (omisiva).

Con respecto al objeto material, únicamente serán punibles mediante la aplicación de este delito del art. 282 bis, el falseamiento de los documentos de los sujetos obligados por la legislación del mercado de valores, lo que limita el campo de aplicación de este delito a la información que deben publicar y difundir las sociedades cotizadas y a las sociedades de inversión enumeradas por la Ley del Mercado de Valores.

Falseamiento de la información debe producirse una vez que los valores han empezado a ser negociados en el mercado de valores. En el caso de los valores cotizados una vez que han salido a Bolsa (en caso contrario, el falseamiento sería atípico).

El tipo penal se circunscribiría a una sociedad emisora de valores “que los presenta para ser negociados en los mercados secundarios oficiales, con lo que quedaría fuera del “tipo” no sólo los valores que no están destinados a no ser negociados, como los “sistemas alternativos de negociación”.

En este sentido, y remitiéndonos a la LMV como “marco de referencia”, para la protección del inversor y el correcto funcionamiento del mercado, no debemos olvidar además de los art. 26, 27, 35 y 35 bis, examinados, la referencia del art. 43 LMV “de informar sobre las operaciones del mercado”; el art. 53 “sobre la obligación de informar sobre la adquisición o transmisión de acciones de una sociedad admitidas a negociación en Bolsa”; el art. 82 “en cuanto a lo que debe ser considerado como información relevante”, y la “obligación de difundirla y publicarla”; el art. 89 “que regula la publicidad de hechos o informaciones relevantes que afectan a la negociación de los valores; el interesante art. 79 bis “en las obligaciones de información de las entidades que presten servicios de inversión (así la referida información de los instrumentos financieros y a las estrategias de inversión)”; la importancia del art. 84 en cuanto al ámbito de supervisar a cargo de la CNMV; el fundamental art. 92 en cuanto a la clasificación de los registros públicos en relación con los emisores (registro de las entidades de folletos informativos de documentos de Empresas de Servicios de Inversión y otros registros informáticos); y que no harán extensivos, esta síntesis motivado recordar el trascendental art. 99 en cuanto a las infracciones a que se refiere el art. 95. Por ejemplo, la falta de publicación o de remisión a la CNMV de información y documentación, como consecuencia de actua-

ciones que obliguen a la presentación de una oferta pública de valores, o la aportación a la CNMV de “datos inexactos o no veraces” o de información engañosa o que omita aspectos o datos relevantes (vide art. 89 ñ).

El art. 282 bis, menciona el folleto informativo emitido por la sociedad. En este sentido tenemos que remitirnos a la LMV, para determinar el contenido del citado folleto. El precepto se refiere, por una parte, a los folletos de emisión de instrumentos financieros y, por otra parte, a cualquier otro tipo de documento que deba publicarse con el objeto de obtener, por diferentes vías, cualquier tipo de financiación. Tales documentos han de proceder exclusivamente de “sociedades emisoras de valores negociados en el mercado de valores”.

Se trata de evitar la difusión de información falsa en el momento en que una sociedad de tales características decide captar inversores, y para ello hacer públicos todos los aspectos económicos de la vida societaria, intentando atraer a posibles participantes en el capital social.

Con respecto al objeto material como vemos está integrado por “*los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros*”. Folletos de emisión se explica que son en los arts. 26 y 27 de la LMV. Informaciones incluyen la que los emisores tienen obligación de publicar periódicamente (art. 35 LMV), otras obligaciones de información (art. 36 LMV); así como la que se debe aportar y registrar en la Comisión Nacional del Mercado de Valores en relación con la admisión a negociación en un mercado secundario oficial (art. 96 LMV).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.1 de la LMV, el folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial español o en un mercado regulado domiciliado en la Unión Europea. Téngase en cuenta, añadimos por nuestra parte, que conforme al citado art. 27 LMV, del documento –folleto–, se refiere a la información que debe contener tanto respecto al emisor, como a los valores negociados. Deberá contener toda la información “necesaria”, para que los inversores puedan evaluar la situación, por ejemplo, de los activos, pasivos, situación financiera, beneficios, pérdidas, etc.

El art 282 bis, no limita las falsedades a los folletos de emisión. Se incluyen en el “tipo” de falsedades en “las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación de mercado de valores sobre sus recursos actividades y negocios presentes y futuros”; las informaciones deben versar sobre “los recursos, actividades y negocios presentes y futuros” pero “carece de lógica”, dado que hubiese bastado con que se exigiese una falsedad sobre “cualquier información relevante”

o sea, según el art. 82 LMV, aquella cuyo conocimiento puede afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros, y, por tanto, pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario

De *lege ferenda*, quizá sería bueno no limitarse en cuanto al objeto material con la legislación del mercado de valores y ampliarlo a todos los instrumentos financieros como en la redacción dada al artículo 264a StGB alemán.

El delito del art. 282 bis es de comisión exclusivamente dolosa para la mayoría de la doctrina. Se exige además la presencia de alguno de los siguientes elementos subjetivos del injusto: “*el propósito de captar inversores o depositantes, el de colocar cualquier activo financiero, o el de obtener financiación por cualquier medio*”. Se construye por lo tanto un tipo de resultado cortado: es sancionada una determinada conducta, “la creación de una falsedad”, siempre que venga acompañada de alguna de las intenciones señaladas anteriormente.

El falseamiento de la información sólo es posible cuando se haga con el “propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activos financiero, u obtener financiación por cualquier medio”.

No basta para la comisión de este delito con la concurrencia del dolo típico, entendido como conocimiento y voluntad en la realización de los elementos del tipo objetivo. Además debe concurrir el elemento subjetivo consistente en que la falsedad se realice con el propósito de captar recursos en cualquiera de las modalidades previstas en la norma.

El legislador ha querido exigir un dolo directo específico en este delito (dolo directo de primer grado), por lo que exige en el tipo el propósito claro de querer conseguir financiación, inversores, o la colocación de algún producto financiero a través de las falsedades recogidas en el folleto, o sobre la información que deben hacer pública las sociedades cotizadas.

Nosotros no somos proclives a admitir la hipótesis del dolo eventual, pues choca con el elemento subjetivo del injusto del art. 282 bis, y no se cohonestan, la falsedad de la información, encaminada por un propósito en el autor, al tiempo de llevar a cabo el falseamiento con el “dolo eventual”. Resulta conceptualmente incompatible con el dolo eventual, porque la falsedad aparece indisolublemente vinculada al elemento subjetivo de la acción.

El dolo debe abarcar el falseamiento de la información económica-financiera contenida en el folleto de emisión, o en la información que la sociedad deba publicar conforme a la legislación del mercado de valores; pero también debe concurrir un elemento subjetivo de lo injusto específico determinado por el propósito de captar inversores o depositantes,

o colocar cualquier activo u obtener financiación por cualquier medio, de manera que si el falseamiento no se hace con esa finalidad, no cabría aplicar este delito, sin perjuicio de resultar aplicable el delito del art. 290.

Tampoco podríamos aceptar fácilmente la concurrencia de un error sobre la prohibición, precisamente por el argumento ofrecido respecto al error sobre el tipo en relación con el folleto de emisión, pues si mediante la legislación extrapenal, en concreto el art. 27 y ss. de la LMV exigen la firma y que una persona con capacidad de obligar a la empresa se responsabilice, no parece posible aceptar que esa persona tuviera un conocimiento deformado sobre la prohibición que haga concurrir en el supuesto un error de prohibición. Es decir, es una persona calificada que trabaja en el mercado de valores y al que se le presupone un conocimiento específico y especializado en la materia, con lo cual no es posible que se produzca el error fácilmente.

En cuanto a la cuestión referida al error sobre los elementos objetivos del tipo: error de tipo, diremos, que esta cuestión, tiene especial relevancia para quienes son partidarios de la teoría de la culpabilidad, en virtud de la cual el error de tipo excluye en todo caso el dolo, dejando a salvo la imprudencia si el error es vencible, en tanto que el error de prohibición incide solamente en la culpabilidad, por lo que la cuestión aquí planteada no tendría la misma relevancia para los defensores de la teoría del dolo, en virtud de la cual tanto el error de tipo como el error de prohibición excluyen el dolo.

En concreto el art. 282 bis no admite la imprudencia porque no está tipificada, por tanto no hay formas imprudentes en la comisión de este delito.

La cuestión relativa a la falta de relación de causalidad; en el artículo 282 bis, frente al tradicional delito de estafa, "se exige sin más que se verifique, por un lado, la falsedad documental, y por otro lado, el daño económico, pero sin exigir la prueba de una auténtica conexión entre ellos", lo que, de hecho, le llevó a afirmar que "la aplicación única del tipo agravado del párrafo segundo del artículo 282 bis, quedaría únicamente reservada para aquellos casos en que, junto con la falsedad de los documentos sociales, se constatan perjuicios para los inversores pero sin que pueda demostrarse claramente ni la inducción a error derivada del documento, ni la conexión directa entre la información falsa y perjuicio patrimonial", sin nexo de causalidad.

La consumación en el tipo básico no se exige como la causación de un perjuicio patrimonial que no se protege en el tipo básico del art. 282 bis sino que lo que se requiere es que se falsee la información con el fin de obtener inversores. Se consuma con independencia de que se consigan esos inversores, sólo con el falseamiento de la información y precisa-

mente por esta circunstancia. aleja esta figura de la órbita de los verdaderos delitos patrimoniales como la “estafa” para acercarla a la de otros, como el contemplado en el art. 290. Es decir, el delito queda consumado con la simple falsedad de la información económico financiera, aunque no se produzca un perjuicio económico a los inversores, depositantes o adquirentes, e incluso cuando se produzcan beneficios.

En el art. 282 bis se protege prioritariamente el correcto funcionamiento del mercado, aunque de alguna manera asimismo, sobre todo a través de los tipos agravados, los intereses particulares de los ahorradores, en forma parecida al regulado en el art. 264a StGB (estafa de inversores alemana) y también introduce este tipo penal para la protección de los inversores que operen en los mercados de valores, sin embargo como ha explicado un sector doctrinal, la redacción del artículo parece superponerse con la del art. 290. Además prevé, en exceso, una pena mayor para un hecho sustancialmente igual al de dicho artículo y cuando además el art. 290 cuenta con un elemento de aptitud. Sobre la llamada “estafa de inversores” sería conveniente que el legislador considerara otros modelos del Derecho europeo en esta materia (por ejemplo, el artículo el citado art. 264a StGB), para evitar superposiciones con el artículo 290 y con el delito de estafa en el caso de que se perjudique realmente a un inversor por esos medios (hipótesis que está prevista en el artículo 282 bis, como agravación en el párrafo 2º.).

Entendemos que el legislador para dotar de autonomía propia al nuevo tipo delictivo del reiterado art. 282 bis, lo ha centrado en el hecho de que se lleve a cabo con el fin de obtener la cesión voluntaria de activos patrimoniales por parte de sus posibles víctimas. Es lo que permitiría encontrarle sentido, al ubicar en su ámbito no solo “falsedades inidóneas” para provocar perjuicios, o aquellas que siendo idóneas, hubiesen sido erróneamente consideradas. Lo que las distanciaría del tipo del art. 290, pero que podrían castigarse a través de aquél.

Así fundamentalmente, para distinguir la falsedad del artículo 290 de las falsedades documentales de los artículos 390 y ss, se ha venido a señalar que las falsedades protegen la autenticidad del documento, en el artículo 290 se protege la veracidad del mismo, es decir, que el mismo documento ofrezca una imagen fiel de la empresa. Para el supuesto de estafa de inversiones, el falseamiento de los documentos consistirá precisamente en eso, alterar la imagen de la sociedad de modo que la información de la sociedad emisora de valores ofrecida por el folleto no sea la que espera el inversor para formar su decisión sobre si invertir o no en ese instrumento financiero que se quiere colocar.

Respecto a los tipos agravados, resulta evidente que desde un punto estrictamente técnico, convendría reformarlos para solventar los inne-

gables problemas de proporcionalidad que plantean, especialmente el tipo hiperagravado del párrafo 2º inciso dos, referido a la producción de un daño de notoria gravedad, no sólo porque castigue a su autor con la pena que tiene un límite mínimo de un año, notablemente inferior a la que el evidentemente menos grave, tipo que castiga la producción de cualquier perjuicio con independencia de la cuantía, cuando prevé para el suyo (2 años y 6 meses), sino que también porque establece para su realización una pena dotada de idéntica extensión a la que se prevé para las estafas que generen perjuicios de especial gravedad contemplado en el artículo 250, a nuestro juicio resulta todo un punto extraño, ya que, incluso si se mantiene que ambos tipos agravados castigan lesiones patrimoniales iguales o similares, no siendo este nuestro caso, se nos hace difícil de entender cómo los dos pueden hacerlo con la misma pena, pese a ser evidente que cuando hablamos del tipo agravado del artículo 282 bis, estaremos ante una lesión que procederá de una conducta dotada de un desvalor de acción netamente superior a aquella que contempla y castiga el citado delito tradicional, lo que, sin duda, debería reflejarse en su mayor sanción.

En realidad, para que la producción de un perjuicio patrimonial pueda dar lugar a cualquiera de las agravaciones del delito de fraude de inversores, éste tendrá que ser consecuencia de que el autor de su falsedad típica consiga con la misma que algún tercero entregue y arriesgue su patrimonio y que sea, precisamente, dicha actuación de la víctima y no otra, la que llegue a generar la merma patrimonial finalmente producida.

Con la introducción en la Reforma CP 2015 del tipo de estafa hiperagravada del art. 250.2 “*cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros*”, habrá que reinterpretar y esperar a que marque la jurisprudencia las diferencias entre la notoria gravedad y el tipo hiperagravado. Aunque quizá la cantidad se acerca al tipo de estafas de inversiones que se pueden producir en los mercados financieros.

Al hilo de la mejor doctrina debería separarse en el artículo 282 bis la estafa de inversiones y la estafa de crédito, especificando cada tipo de estafa.

Respecto a la responsabilidad penal de los partícipes y cooperadores necesarios como son los auditores, contables, emisores, personas nombradas por la CNMV para negociar la emisión y con poder para emitir los valores, así como cualquiera con una participación sin la cual, el delito no se habría producido, respecto a estos *extranei*, somos partidarios de que o bien a través de unas Disposiciones Comunes al Capítulo o de alguna otra manera sean castigados taxativamente con multas e inhabilitación especial profesional.

Respecto a la penalidad, si bien no somos partidarios de un aumento de las penas de prisión en general en este tipo de delitos socioeconómicos, sí que nos parece adecuado el aumento de las multas a las personas físicas o jurídicas, el embargo y decomiso de sus bienes obtenidos con la realización de este delito y la máxima extensión de inhabilitación especial (profesional o industrial) para operar en el mercado financiero y realizar actividades relacionadas con el delito cometido en este ámbito.

2. El modelo italiano en el fraude de inversores

El artículo italiano 173 bis del Tratado de Intermediación financiera (en adelante TUF), objeto de comentario ha servido de precedente en la Reforma 2010 CP español, que introdujo el art. 282 bis. El estudio que llevamos a cabo se centra en varios artículos precedentes en el código civil (arts. 2621-2623) italiano, donde se regulaba la estafa de inversiones, antes de llegar específicamente al Decreto Legislativo nº 24 de febrero de 1998, que dio origen al 173 bis del TUF.

En la disposición previgente a la norma en vigor (art. 173 bis T.U.F.) se discutía (vgr. C.c 2621 ap. 1º) la introducción o no en el folleto de la noción de “comunicación social”. Así se decía entonces que la jurisprudencia en torno al debate interpretativo, afirmaba que el folleto, asumía relevancia externa, en cuanto que estaba destinada a la publicación, y constituía la típica comunicación social, fuere por su contenido, fuere por su finalidad dirigida a los posibles suscriptores. Así pues, la falsedad (de la información contenida en el folleto) integraba el delito previsto en el art. 2621 nº 1 C. Civil.

En la regulación legislativa anterior se concluía que “el delito de falsa comunicación social tenía por objeto el folleto informativo previsto (conforme a la legislación a la sazón) en el art. 18 D.L. 8-4-1974, y que existía a pesar de los controles efectuados por el CONSOB, en los cuales no se excluía ni el eventual hecho objetivo de la falsedad, ni la veracidad de los folletos”¹.

La norma del C. Civil (art. 2623) presentaba muchos aspectos propios de la reforma del derecho societario. Y así se distinguía dos clases de delito, una infracción menos grave de “peligro concreto” y una infracción más grave (con un daño económico a los destinatarios del folleto).

La ley sobre la Tutela del Ahorro ha introducido en el art. 173 bis T.U.F., el delito de falsedad en el folleto, derogando a su vez el delito de

¹ MAZZACUNA N. /AMATI E. *Diritto penale dell'economia*. CEDAM. Milano, 2010. p. 444.

falsedad en el folleto introducido, a su vez en el art. 2623 Código Civil, con ocasión de la reforma del Derecho penal societario. Dicho artículo se caracterizaba por unas penas leves, con una doble previsión: mera infracción y delictiva, según fuese el daño causado.

Ahora, la actual formulación se tipifica en “sede financiera”.

El delito de falsedad en el folleto (art. 173 T.U.F.) está ubicado dentro de los delitos económicos, y está dirigido a los “sujetos emisores de los productos financieros” (conforme a la modificación del D.L. nº 262/2005, sobre la Tutela del Ahorro). Además de este delito (similar al nuestro art. 282 bis) se tipifica la adquisición irregular de acciones (art. 172 T.U.F.)².

Como tal colocación era ilógica y criticada por la doctrina, se ha recondicionado el “folleto falso” en un Texto Único sobre Intermediación Financiera, lo que resulta más sistemático.

Por tanto, la norma objeto de comentario (art. 173 bis) se refiere a todas las hipótesis de falsedad de la información contenida en los documentos referidos a la actividad de los sujetos cualificados en el ámbito de los mercados regulados, y en general en el ámbito de la actividad que desarrollan los inversores/ahorradores. En fin, una disciplina normativa, pues en la que *lasedae materiae* no habría podido ser otra que unificarlo en un Texto Único en Materia de Intermediación Financiera.

2.1. Interés tutelado

El interés tutelado en el previgente art. 2623 C. Civil, venía generalmente identificado en el patrimonio de los singulares inversores. Es decir, las dos hipótesis del delito eran por un lado la tutela de la transparencia informativa financiera, en caso de infracción, y por otro la protección del patrimonio de los inversores, para el delito (más grave en su penalidad).

Por el contrario, la introducción de la hipótesis del art. 173 bis D. leg. nº 58 del 1998, operada por la protección del ahorro, obvia, cualquier referencia al “daño patrimonial”, lo que hace redefinir el bien jurídico protegido³.

El objeto jurídico del delito del art. 173 bis se considera que es la protección del patrimonio de los inversores. En cambio, en el art. 2623 del

² SEMINARA. S op.cit. (Falso in prospetto) in *AAVV in nuovo diritto penale della società*, pp. 201 y ss.

³ MAZZACUNA N. /AMATI E. op.cit. (*Diritto penale dell'economia*), 2010. p. 448.

Código Civil, no podía ser el patrimonio de los inversores, sino la propia transparencia de la información societaria⁴.

El interés tutelado es la correcta información acerca del mercado financiero, de modo que la elección de los inversores sea adoptada sobre la base de datos ciertos.

El delito de folleto falso (falso in prospetto) surge en su configuración actual con el fin de salvaguardar la transparencia de la información societaria y asegurar a los inversores una calidad en la información necesaria para adoptar decisiones informadas sobre los productos financieros como bien colectivo⁵.

Esta configuración de los intereses tutelados coloca la norma en cuestión en el ámbito de garantizar el correcto funcionamiento de los mercados, puesto que procura como objetivo minimizar la “*asimetría de información entre los sujetos*” (emisores, intermediarios e inversores) que operan en el ámbito de la actividad financiera, y en concreto de la oferta pública referida a los productos financieros. En este contexto, la norma procura un reforzamiento de los intereses generales, de los inversores y la propia transparencia e imparcialidad de los “operadores” que trabajen por los intereses de los inversores. Es este el interés que se debe tener en cuenta a la hora de legislar sobre los mercados y los instrumentos financieros especialmente en tiempos de “recurrentes escándalos” que perjudican a los inversores y/o ahorradores, y que dañan la credibilidad, y el funcionamiento ordenado de los mercados. En esta dirección se mueve el “tipo penal” que la reforma de 2005 ha reconducido a niveles de credibilidad, en relación con la importancia del interés protegido. Esto es, de hecho se comprende el interés del legislador de la reforma en mantener la necesidad del “dolo específico” que todavía se caracteriza por una connotación finalista de tipo privado.

El inversor que destina su ahorro en productos financieros tiene obviamente la expectativa de recuperar en un tiempo mas o menos largo

⁴ MALAVASI M. (*I nuovi reati societari*), 2008, p. 56. También PISTORELLI. L’*“Risparmio sui prospetti”* CONSOB decisivo il danno Guida. (dir). 2002, n. 16, p. 58. En la misma línea AMBROSETTI E.M./MEZZZETI E. y RONEO M. *le manipolazione mercato: illecito penale e amministrativo* Editores 2013 pp. 250 y 251. Coincide cuando afirma que el bien jurídico tutelado se identifica en el correcto funcionamiento del mercado, o lo que es lo mismo, la correcta formación del precio en los instrumentos financieros.

⁵ ZANNOTTI. R. *Il nuovo diritto penale dell’economia (Reati societari e reati in materia di mercato finanziario)*. Seconda edizione. Milano-Giuffrè Editore, 2008. p. 383. También BRICCHETTI R. PISTORELLI L. *Il falso in prospetto ritorna nel Tuf*. In Guida al (dir). 2006, n. 4, pp. 155 y ss.

el capital invertido aunque no desconoce que es una “actividad de riesgo” pero debe confiar que entra en un mercado transparente, íntegro y eficiente. Es así que el objetivo del instrumento penal de tutela debe ser pues la protección del ahorro, sancionando toda conducta que pueda poner en peligro intereses instrumentales al ahorro mismo y que se traducen en situaciones de riesgo anómalo contrario al buen funcionamiento del mercado⁶.

2.2. Sujetos activos

El supuesto de hecho analizado comienza su tenor literal con el término “cualquiera” (*chiunque*) presentándose aparentemente como un delito común⁷.

A diferencia de los delitos para los emisores previstos en los arts. 172 y 173 T.U.F., el art. 173 bis no individualiza un sujeto dotado de cualificación como tal, autor típico del delito.

La norma incriminatoria contempla todas las posibilidades de elección del ahorro mediante la comercialización de productos financieros previstas en el título II del T.U.F.

Por cuanto concierne a los folletos referidos a la oferta pública de productos financieros debe señalarse que el texto de la normativa vigente es fruto de una reciente reelaboración del art. 173 bis realizada a través del art. 4 apartado 1º letra c del d. Lgs. Nº 51/2007. El texto precedente hacía referencia a los folletos que se presentaban para solicitar la inversión; sin embargo, la fórmula vigente utiliza el término oferta pública de productos financieros. Se han modificado los arts. 94 y 98-ter del T.U.F.

La oferta al público de productos financieros debe entenderse como comunicación dirigidas a personas en cualquier forma y con cualquier medio que presenta suficiente información sobre las condiciones de la oferta y de los productos ofertados y de colocar a los inversores en un grado de decisión razonable para adquirir o suscribir tales productos.

Como vemos, se trata de una categoría abierta de sujetos de la que forman parte los emisores de los productos financieros, el oferente, el intermediario responsable de la colocación, el eventual garante, y en fin,

⁶ PISTORELLI L. “Risparmio: sui prospetti CONSOB decisivo il danno”, in *Guida al Diritto* 2002, nº 16, p. 58.

⁷ FOFFANI L. *Commento art. 2623 c.c. in Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003, p. 1826.

se prevé cualquier otra persona que haya tenido responsabilidad en el contenido informativo del documento⁸.

En resumen, cualquier sujeto que participa en la redacción del folleto puede devenir sujeto activo del supuesto de hecho; en la práctica, en la redacción del folleto colaboran sujetos internos y externos que responden en cada caso “autónomamente”.

En particular, la primera de las conductas tipificadas en el art. 173 bis, la comunicación de datos falsos en los folletos penaliza no tanto a quien utiliza o se sirve de un folleto falso sino aquellos que realizan un falsedad en la fase de redacción del documento.

En conclusión, son sujetos activos aquellos que en virtud de la normativa que disciplina esta materia (ahorradores, inversores de productos financieros) están obligados a presentar el folleto tanto del art. 94, el folleto de cotizaciones art. 113 o el documento previsto en el art. 102 del T.U.F.⁹

El art. 173 bis precisa que el delito de falsedad (como hemos analizado al comienzo) en el folleto puede ser cometido por cualquiera. Se considera como un delito común, “pero solo aparentemente” aunque la doctrina se muestra proclive a acercarlo a la categoría de delito propio –en sentido conforme con el derogado art. 174 T.U.F.–. Puesto que la conducta es realizable solo por sujetos encargados de la redacción del folleto informativo. De hecho, el destinatario puede ser, tanto el representante legal del emisor, el oferente, el responsable de la inversión, incluso los potenciales suscriptores del folleto. Entre los que podemos citar al sponsor, el garante el síndico, o también aquellos que asumen la responsabilidad del documento financiero¹⁰.

Incluso, puede darse una interpretación extensiva e incluir a los socios fundadores y promotores que en la fase constitutiva de la sociedad “comunicaban noticias falsas”.

⁸ MARTINI A. “Falso in prospetto commento”, in *Legislazione penale*, 2007, fasc. III, p. 545. También es interesante el estudio de ZANARDO ALESSANDRA, sobre la “responsabilidad” sobre el folleto (análisis de la corte de casación. 11 junio 2010 n° 14056 in *Responsabilita civile* 2013, fas a 11 804-810. Interesante esta sentencia, aunque la suprema corte de la cuestio de la responsabilidad por violación de las obligaciones en relación a los emisores, la obligación de cumplir el folleto con las informaciones contenidas en el mismo. Así la obligación para los responsables del folleto de resacir los daños como consecuencia de la falsedad del folleto, etc.

⁹ PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2006, p. 226.

¹⁰ MUSCO E. *Diritto penale societario*. Milano. 2002. p. 382.

Es conveniente añadir que en la esfera de los sujetos responsables resulta ahora ampliado por la introducción del art. 154 bis T.U.F. (art. 14 L. nº 262 del 2005); a su vez modificada por el art. 1 D.L. 6 nov. 2007) por la figura del “dirigente nombrado para la redacción de los documentos contables societarios”¹¹.

En la discusión en torno a si estamos en presencia de un delito común o de un delito específico, la doctrina se decanta por esta última concepción, ya que el art. 113 T.U.F., individualiza al “emisor”, como el sujeto destinatario de la publicación del folleto, implícitamente se refiere a sujetos cualificados. Siendo así, que el falso folleto presentado a la admisión a la cotización en los mercados regulados, configura la existencia de un delito específico. Igualmente puede concluirse en relación a los documentos para publicar con ocasión de la oferta pública de adquisición de acciones o cambio.

En opinión de AMBROSETTI, dada la propia indicación de la disposición “cualquiera” estamos en presencia de un delito específico puesto que los autores del ilícito sólo pueden serlo los sujetos que les compete la “comunicación” (de la información financiera) del folleto. Y por otra parte los sujetos pasivos lo serían los destinatarios del citado folleto¹².

No obstante, no es ésta reflexión, una cuestión pacífica en la doctrina ya que la norma en cuestión utiliza para individualizar a los sujetos activos el termino “cualquiera” por virtud de la cual la doctrina se ha convencido que el delito de falso folleto (falsa declaración) debe ser atribuido a la categoría de los delitos comunes¹³.

Al decir que el destinatario de la contravención puede ser cualquiera que haya tenido relación con los folletos o documentos, aparentemente se trata pues de un delito común¹⁴.

¹¹ MAZZACUNA N. /AMATI E. *Diritto penale dell'economia*. 2010. p. 450. ROSSI. “L'estensime delle qualifiche soggettive nel nuovo diritto penale delle società” in (dir). Pen. Proc. p. 897.

¹² AMBROSETTI E.M., MEZZETTI E./RONCO M. *Diritto penale dell'impresa*. Terza edizione ZANICHELLI EDITORE 2012. p. 159.

¹³ ZANNOTTI. R. *Il nuovo diritto penale dell'economia (Reati societari e reati in materia di mercato finanziario)*. Seconda edizione. Milano-Giuffrè Editore, 2008. p. 384. También MUSCO E. *Diritto penale societario*, Milano, 1999, p. 383.

¹⁴ VELLA F. *Comentario T.U.F. Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni*. Tomo II artt. 101 bis-216. Artt. 1-43 d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39. G Giappichelli Editore, Torino, 2012. p. 1758. En el mismo sentido GIUNTA, *Lineamenti di diritto penale dell'economia*. Torino, 2004, p. 49. También el mismo autor La riforma dei reati societaria i blocchi di partenza. Prima lettura del D.Legis. 11 aprile 2002, n. 61, in *Studium iuris*, 2002. p. 842.

Efectivamente todas las posibles figuras que intervienen en las operaciones de inversión o de admisión de las acciones en los mercados regulados o de oferta pública de adquisición o de intercambio de acciones están expresamente tipificados en la normativa de referencia. Los posibles vehículos de la falsedad han sido individualizados por el legislador en los folletos requeridos a los fines de solicitar la inversión de valores negociables, la admisión de acciones en los mercados regulados, o bien en los documentos que debe publicarse con ocasión de la oferta pública de compra y venta de acciones. El Decreto Legislativo n. 58 de 1998 describe también la modalidad de comunicación al CONSOB, es decir, el control por parte de la autoridad bursátil, ya que hablamos de sociedades de gestión financiera en los mercados regulados. También este Decreto Legislativo hablaba de la difusión al público de los folletos y de los documentos en cuestión¹⁵.

La norma penal del art. 173 bis T.U.F. se integra con la disposición que el mismo T.U.F. dedica al folleto en el plano extrapenal.

Estas disposiciones contribuyen a identificar a los sujetos activos que participan en la redacción y publicación del folleto.

Así el art. 94 T.U.F. obliga a aquellos que intentan efectuar una oferta al público de los instrumentos financieros de publicar previamente un folleto. La norma afecta incluso a los sujetos emisores extraños que intentan efectuar en Italia una oferta al público de instrumentos financieros, arts. 98 y 98 bis T.U.F. Análogas disposiciones en cuanto concierne a los folletos que se presentan para la admisión a cotización en los mercados regulados (arts. 113 y ss. T.U.F.)¹⁶.

Los sujetos activos serían aquellos que en virtud de la normativa que disciplina a los inversores y/o ahorradores y los emisores de instrumentos financieros, tienen obligación de presentar el "folleto" (art. 94 y 113) por ejemplo los administradores de una sociedad que intenta ofrecer al público un folleto de cotización o documentos (art. 102 – Decreto legislativo n. 58, 1998) por los que se propone una oferta pública de acciones.

También entrarían en la categoría de sujetos activos los fundadores y promotores que presentan información falsa. Existe una clara descoordiación legislativa entre lo previsto en el Código Civil (art. 2623); y lo dispuesto en el delito penalizado, en el art. 174-bis Decreto Legislativo

¹⁵ SEMINARA. *SLa tutela penale del mercato finanziario* in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA E SPAGNOLO. *Manuale di diritto penale dell'impresa*. Bologna, 2ª Edit. 2000. p. 514.

¹⁶ SGUBBI F. / FONDAROLI D. / TRIPODI AF. *Diritto penale del mercato finanziario*. Seconda Edizione. CEDAM 2013. p. 282.

24 de febrero 1998. Esta descordinación en cuanto a las circunstancias contempladas en el supuesto de hecho; falsa desinformación, contabilidad falsa, y los sujetos activos fue reformulada por la Ley 262/2005 que posibilita además la responsabilidad en el “falso folleto” a las personas jurídicas. De hecho, la nueva configuración ha afectado a la estructura del delito (en el sentido que el delito previsto en el art. 173 bis es sustancialmente diferente de los delitos que figuraban en el derogado art. 2623 C.C., lo que falta es la disposición expresa de la sanción administrativa para el nuevo art. 174 bis).

Es interesante destacar que la figura del “falso folleto”, ahora tipificado en el art. 173 bis, es una norma más específica que el delito societario. De suerte, que aquella disposición regula en concreto la materia concerniente a los delitos financieros. De hecho, el nuevo texto intenta colmar una laguna del anterior art. 2623, Código Civil, y en el previgente sistema de los delitos societarios del Código Civil de 1942. De modo y manera que en la falsedad del folleto, cuando se hablaba de falsedad en la información (antes del vigente art. 173 bis) se utilizaba por analogía el concepto de “otras comunicaciones sociales” contenida en el art. 2621, en virtud de una interpretación extensiva.

Respecto a la figura más grave (la delictiva) algún sector doctrinal se expresaba en términos de “delito específico”, recurriendo a por un lado la interpretación textual, por otro a la relación al D. Leg., y finalmente al criterio sistemático¹⁷.

En suma, es así, que en cuanto a los sujetos responsables no se les dá unas indicaciones específicas acerca de la individualización de quienes son esos sujetos, aunque estarían incluidos aquellos que han efectuado falsas informaciones en los folletos o que incluso han ocultado datos o noticias. En relación a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 61/2002, los sujetos responsables están individualizados como los autores de la conducta punitiva correspondiente a su función como administrador de la sociedad lo que le posibilita con una cualificación en el ejercicio de la actividad típica o funciones correspondientes a su cargo. Incluso la responsabilidad penal se amplía a aquellos que aunque no sean administradores de derecho ejerciten de modo continuado y significativo las funciones típicas que se le presumen a un administrador de derecho. En este punto

¹⁷ SEMINARA. Sop.cit (Falso in prospetto in Allesandrio Il nuovo diritto penale) p. 214.

interpretativo podríamos incluir aquellos que legalmente se encargan de los órganos de vigilancia en la administración de la sociedad.

En otro orden de cosas en relación al sujeto pasivo de la norma penalizadora se entiende que lo son los titulares de los bienes que constituye el objeto jurídico tutelado. Por tanto, no lo es cualquier persona que eventualmente sufra un daño por el delito sino sólo el titular del bien protegido por la norma y aquellos que sufran la ofensa o daño por la existencia del delito.

Así las cosas por cuanto concierne a la falsedad en el folleto, el art. 173 bis identifica al sujeto pasivo en los destinatarios del folleto; pero esto que puede ser válido desde un punto de vista meramente literal, necesita tener en cuenta el interés jurídico tutelado por la norma misma.

Así como en el anterior art. 2623 C.C. se identificaba en el bien jurídico “patrimonio de los inversores”, en el art. 173 bis en vigor parece concentrarse sobre bienes de un ámbito o espectro más amplio de naturaleza sustancialmente pública, como son la transparencia y funcionalidad de los mercados.

La disciplina prevista en el art. 100 T.U.F. referida a los casos de inaplicabilidad de las obligaciones informativas y las categorías abiertas por la normativa MIFID hacen posible la individualización exacta del posible sujeto pasivo del falso folleto o bien de inversores no profesionales o de empresas medianas que han sido engañados en virtud de la comunicación de las falsas informaciones o de la ocultación de datos y noticias.

2.3. Conducta típica

Análogamente a lo previsto en los artículos 261 y 262, así como en el previgente art. 2623 del C. Civil, también el art. 173 bis T.U.F. describe dos modalidades alternativas de conducta: la comunicación de la falsa información y la ocultación de datos o noticias relevantes.

La primera conducta sancionada con la comunicación de las falsas informaciones, configura una hipótesis de falsedad ideológica en documento privado. No se reproduce la expresión de “hechos materiales” que no corresponden con la verdad, contenida en los previgentes arts. 2621 y 2622 C. Civil. La nueva fórmula expresiva representa una extensión mayor de la tutela en caso de falsedad del folleto. Tal lectura vendría avalada por la circunstancia, según la cual, la relevancia de la información, no debe venir solo representada, por la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad; sino por las falsas “comunicaciones sociales”, que pueden sustanciarse en datos o noticias, incluso de carácter históri-

co, que contienen indicaciones sobre los resultados alcanzados, y sobre la evolución de la actividad del emisor¹⁸.

Es interesante constatar, que el criterio seguido por el legislador italiano de la última reforma de 2007, sigue el criterio “de la verdad legal”. Aunque ello signifique que no se penaliza las informaciones referidas a las valoraciones estimadas (en la oferta de productos financieros) que no superen el 10% de lo estimado. Esto se traduce en un formal reconocimiento al “canon de la razonabilidad”¹⁹.

Otros de los aspectos a resaltar, en el texto del modificado art. 173 bis T.U.F. en relación a la ocultación de datos o noticias, aquella debe concretarse en una información parcial, y en la “ausencia intencionada”, de la incorporación al documento de elementos relevantes que inducen al engaño a los inversores, o desvían las preferencias de los ahorradores. En particular, asume relevancia en el caso que nos ocupa, la propia falta de “actualización del folleto” o la falta de incorporación de información sustancial, exigida por la normativa financiera, en el curso de operaciones de solicitud de inversión, o de (la oferta al público de productos financieros) u oferta pública de adquisición o cambio²⁰.

Finalmente, no se exige que el sujeto pasivo del delito padezca un “error”, sino que la conducta en concreto fuese idónea para hacerle caer en el citado error. En otros términos, se requiere que la falsedad sea tan “evidente” que puede influir en su determinación.

El art. 173 T.U.F. individualiza como conducta penalmente relevante, la “comunicación de las falsas informaciones” o la ocultación de datos o noticias en modo idóneo para inducir a error a los destinatarios de la comunicación distinguiendo una hipótesis comisiva (activa) y por otra por omisión, cada una de los cuales es por sí sola idónea para integrar el supuesto de hecho. Es así que dicha locución recuerda a la utilizada (para los delitos societarios) para las “falsas comunicaciones sociales de los arts. 2621 y 2622 Código Civil; pero no contempla expresiones como que “concorre una alteración sensible de la situación económica patrimonial

¹⁸ CERQUA D. Art. 173 bis D. Leg. 24 febbraio 1998, n° 58, in LANZI e CADOPPI *I reali societari*. Padova, 2007, p. 68. También ZANNOTTI. *Il nuovo diritto penale dell'economía*. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario. Giuffrè, Milano, 2008. p. 388.

¹⁹ MUSCO E. *I nuovi reati societari*. Giuffrè, Milano, 2007, p. 72; también MAZZACUVA N/AMATI E. op. cit. (*Diritto penale dell'economía*). 2010. p. 456.

²⁰ CERQUA D. op. cit., (Art. 173 bis D. Leg. 24 febbraio 1998, n° 58), in p. 69. También NAPOLEONI, op.cit. “art. 2623 Código Civil” in AAVV Codice commentato delle nuove società a cura di BONFANTE. Milano, 2004, p. 1734.

o financiero de la sociedad, y no usa a la expresión “hechos materiales que no respondan a la verdad, por el contrario el objeto de valoración es simplemente “falsas informaciones”²¹.

El legislador ha optado por la formulación autónoma del hecho punible. Ha abandonado el criterio técnico de reenvío a otras normas. En la hipótesis que se penaliza, nos referimos específicamente a los folletos de emisión necesarios en la solicitud o admisión de valores negociables en los mercados regulados y también a los documentos que se publican con ocasión de la oferta de acciones²².

El hecho punible consiste en la comunicación de información falsa o en la ocultación de datos o noticias en modo idóneo para inducir a error a los destinatarios de los documentos o de los folletos. Como ocurre para las comunicaciones sociales falsas (en el delito societario). Aquí el legislador describe dos modalidades alternativas de conducta. Aunque en ambos casos debe tratarse de comportamientos idóneos para engañar.

En la hipótesis de la ocultación podía entenderse la citada falsa comunicación en circunstancias tales como las que proceden en las operaciones de solicitar la inversión, y en la omisión de datos previstos en la normativa referida al CONSOB e incluso datos no conocidos en el momento de la publicación del folleto; así como la falta de actualización de este último ante la concurrencia de hechos nuevos que puedan influir en la valoración del producto financiero objeto de la inversión.

Sin embargo, el legislador no llega a especificar el objeto de la información penalmente tutelada, esta última sólo puede definirse con referencia a la normativa extrapenal a la que nos tenemos que remitir. En la perspectiva de la norma penalizadora la citada información hace referencia a los datos y noticias relevantes a fin que los inversores puedan conseguir un criterio fundado sobre la situación patrimonial, económica y financiera y sobre la evolución de la actividad de la emisión.

Lo que sí es importante resaltar es que para todas aquellas infracciones menos graves de la información falsa o de la ocultación de datos y

²¹ MALAVASI M. op.cit. (*I nuovi reati societari*).2008, p. 59. También SANTORIELLO. *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino 2003. p. 112; También CERQUA op.cit. (El art. 173 bis T.U.F.) 2002, p. 58. También SANTORIELLO. *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino 2003. pp. 112-113 y SEMINARA op. cit. (*False comunicazioni sociali, falso in prospetto*) 2002. p. 208.

²² ZANNOTTI. R. *Il nuovo diritto penale dell'economia (Reati societari e reati in materia di mercato finanziario)*. Seconda edizione. Milano-Giuffrè Editore, 2008. pp. 385 y 386. Así también SEMINARA S. op. cit. (*False comunicazioni sociali, falso in prospetto*), p. 685.

noticias en materia de inversión o de oferta pública de acciones, que no sean idóneas para producir engaño, serían remitidas a las sanciones administrativas previstas en los artículos 191 y 192 T.U.F.²³

El art. 173 bis T.U.F. es taxativo en cuanto al contenido de la información a través de la cual se puede incurrir en el delito. Así pues el delito se configura solamente en la publicación falsa o en la ocultación de datos o noticias en los folletos de oferta al público de productos financieros o bien en la admisión a cotización en los mercados regulados. Es así que cualquier otra información que afecte a otros documentos o comunicaciones no integran el delito del art. 173 bis T.U.F. En particular no son relevantes en el sentido de penalizar la falsedad contenida en las comunicaciones al público ex art. 174 T.U.F. o en las comunicaciones al CONSOB ex art. 115 T.U.F.

La comunicación de información falsa requiere una manifestación hacia el exterior, en particular hacia el público referido a los inversores y/o ahorradores²⁴.

La información falsa debe configurarse en base a la inveracidad de los documentos mencionados expresamente por la norma, que pueden contribuir a transmitir información falsa al destinatario del folleto y que serían básicamente los siguientes:

- a) Ocultar los requisitos del folleto (art. 94, p. 2º D.L. 1998) en el caso de una oferta pública en la comunicación de valores y productos financieros.
- b) No cumplir los requisitos del folleto informativo requerido por el art. 113 DL n. 58 1998, en el caso que los emisores de instrumentos financieros sean admitidos a cotización en un mercado regulado.
- c) Incurrir en falsedad en relación al documento que se envía al CONSOB, de conformidad con los art. 102 y ss DL 1998, con motivo de una oferta pública de compra y venta de activos financieros.

Las declaraciones contenidas en el folleto constituyen el objeto material de la conducta.

Se ha mantenido la expresión “información” porque la función del folleto informativo no es sólo la de proveer una información sobre la

²³ VELLA F. *Comentario T.U.F. Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modificazioni. Tomo II artt.101 bis-216. Artt. 1-43 d.lgs. 27 gennaio 2010, n.39.*G Giapichelli Editore, Torino, 2012, p. 1760.

²⁴ ZANNOTTI. R. *Il nuovo diritto penale dell'economia (Reati societari e reati in materia di mercato finanziario)*. Seconda edizione. Milano-Giuffrè Editore, 2008. pp. 387 y 388. También PISTORELLI L. op. cit. (*Risparmio: sui prospetti*). pp. 59 y ss.

situación patrimonial, económica y financiera del emisor, sino también información para los ahorradores-inversores, que puedan formularse una opinión sobre los valores de emisión. Información que se encuentra en evidente relación con el contenido de los estados financieros (balances de ejercicio). De hecho los “datos contables” son ciertamente necesarios en los folletos, y en los documentos que lo complementan, con el fin de ofrecer a los inversores una información necesaria para evaluar la información necesaria y para examinar la “información proporcionada”. Si bien los datos contables son indispensables, es necesario que estos datos estén actualizados respecto al último balance de ejercicio aprobado. No es solo una aportación de datos contables, es una actualización permanente de la información con todas las indicaciones sobre la evolución de la actividad financiera. Es decir, es necesario que la información haga referencia no sólo al patrimonio de la sociedad, sino también un pronóstico sobre las ganancias. No en vano en la descripción de la conducta de la ocultación, el legislador se refiere a los “datos o a las noticias”, haciendo referencia no sólo a la información contable; sino a otros elementos básicos en la información financiera.

Como hemos visto la primera conducta penalmente relevante en el art. 173 bis es de naturaleza comisiva (activa) consiste en la comunicación de falsas informaciones en los folletos o en los documentos; así la falsedad en el folleto se configura como un delito de forma vinculada.

El concepto de información es primordial y su significado puede ser ciertamente amplio y no limitarse simplemente a lo propiamente prescrito en la conducta de la comunicación. Para explicar tal noción, puede resultar útil analizar el art. 94 apartado 2º del T. U.F. que precisa que el folleto debe estar redactado de una forma fácilmente analizable y comprensible, y contener toda la información que según las características del emisor o de los productos financieros ofertados sean necesarios a fin que los inversores puedan alcanzar un juicio fundado sobre la situación patrimonial y financiera sobre los resultados económicos, y sobre las perspectivas del emisor y de los eventuales garantes.

En suma, parece preferible la solución según la cual, prescindiendo del caso en que la base de hecho persistente sea falsa, la conducta de comunicación de las falsas informaciones tiene por objeto el dato que representa el substrato de la valoración y no la valoración en sí²⁵.

La reforma de 2002, introdujo en la falsa información la ocultación de datos y noticias. Tal modalidad contemplada, no se refiere sólo a

²⁵ SGUBBI F. *Il falso in prospetto*, in *Le nuove regole del mercato finanziario*, Padova, 2009, p. 656.

la omisión; sino también a través de información financiera insuficiente (partidas contables incompletas) que no proveen al inversor de un conocimiento cabal.

En tal sentido, debe observarse que la actual formulación del delito requiere la idoneidad en la conducta que no pueda inducir a error a los destinatarios del folleto. Es decir, que la ocultación de un dato sea relevante a los fines de la configuración del delito, de suerte que la omisión de datos representan un elemento relevante en las expectativas de los ahorradores/inversores a ser informados correctamente.

En relación a la explicación de estos conceptos (ocultación de datos y noticias) que incluyen el hecho punible son figuras difusas en el sistema legal, tanto en el art. 2624 del Código Civil, como en el art. 174 bis T.U.F.

La disposición objeto de examen no especifica en modo alguno qué "datos o noticias" son relevantes a los fines de la existencia del delito, y aparece pues excesivamente genérica. Es por ello que para evitar el déficit de determinación concreta y evitar una inoportuna aplicación de la sanción penal, incluso por la simple inobservancia de las obligaciones de comunicación, debe utilizarse el contenido sucesivo de la norma.²⁶

La actual formulación del supuesto de hecho inculpativo requiere el requisito, sometido, al criterio judicial, de la idoneidad de la conducta para inducir a error a los destinatarios del folleto.

La ocultación de un dato, es relevante, sobre la base de un criterio estrictamente funcional, cuando la ausencia o la falta del mismo, representa un deterioro a las legítimas expectativas de los ahorradores/inversores de estar correctamente informados.

En orden a la naturaleza de la ocultación, no puede hablarse de conducta meramente omisiva. En efecto, el término ocultar no encuentra correspondencia con la "omisión", desde el momento que implica un comportamiento penal decisivamente más incisivo, debe conceptuarse por tanto, como una conducta activa, debiendo de considerarse la ocultación como el acto de "colocar obstáculos" en el ejercicio de las obligaciones informativas. Por eso, no facilitar datos contables o la propia comunicación minuciosa y particularmente farragosa en el folleto puede inducir al lector a considerarlo "completo" trasladando datos negativos, que deberían haberse evidenciado.

²⁶ ZANNOTTI R. *Il falso in prospetto* (art. 2623) in *I nuovi reati societari: diritto e processo*. Padova 2002. p. 339.

De ahí que la ocultación, no es sinónimo de omitir, pero esa traslación de información debe ser dolosa e idónea para inducir a error²⁷.

En relación a los expuesto debemos reiterar que la conducta sancionada en la norma se puede realizar de dos modos: con la “comunicación de las falsas informaciones o bien omitiendo datos o noticias relevantes, pero ambas deben incidir sobre los documentos específicos, tanto en el folleto mismo, como en los documentos que acompañan al mismo, y forman parte integrante del citado folleto”.

Así pues, esta doble referencia elimina la incertidumbre que operaba bajo la vigencia del derogado art. 174 T.U.F., que penalizaba la “falsedad de las comunicaciones al CONSOB y a la Banca de Italia”. Y, no se explicaba correctamente que tales “términos” fuesen comprensivos para los folletos y los documentos correspondientes e integrantes del mismo²⁸.

Además, para identificar los posibles datos o contenido de la falsedad, se exigía que fuesen los documentos requeridos en el “Texto Único”, en particular y en concreto, los documentos referidos en los arts. 94, 98 ter, 102, 113 bis, que describen el contenido y las normas para la redacción del folleto. Así el contenido de la obligación debe ser identificada haciendo referencia al art. 94 apartado segundo T.U.F. (modificado por el art. 3 D. Leg. N. 51 de 2007) el cual prevé que debe contenerse toda la información que según las características del emisor, y de los productos financieros ofertados, son necesarios, a fin que los inversores puedan obtener un juicio fundado sobre la situación patrimonial y financiera, y sobre los resultados financieros y sobre las perspectivas del emisor y los eventuales garantes. También, el art. 173 bis puede tener por objeto el folleto completo o simplificado que debe ser alegado en la comunicación preceptiva al CONSOB, para aquellos que intentan efectuar una oferta de acciones, de fondos convertibles o de acciones en sociedades (SICAV)²⁹.

²⁷ SGUBBI F. *Il falso in prospetto*, 2008, p. 229 y también GIUNTA F. *Il nuovo falso in prospetto*, in *Diritto e pratica delle società* n. 22 dicembre, 2007, pp. 40-41. Asimismo, en relación a la “ocultación de datos, el estudio de AFFERNI GIORGIO. “La responsabilita dell intermediarios per omessa pubblicazione del prospetto informativo” in *Danno e responsabilita*, 2004 fasc 8-9 pp. 849-851. Al hilo del comentario de la sta de casación 17 nov de 2003 n°17368, que examina la cuestión de la responsabilidad por omisión en la información, la publicación del folleto y responsabilidad de los agentes intermediarios.

²⁸ MAZZACUNA N. /AMATI E. *Diritto penale dell'economia*. Milano, 2010. p. 451; también ROMOLOTTI, *la legge per la tutela del risparmio e la responsabilita diretta derivante da reato ex D.leg n°231/2001* in *soc n°102007* p. 1238.

²⁹ MAZZACUNA N. /AMATI E. *Diritto penale dell'economia*. Milano, 2010. p. 452

En fin, el art. 173 bis sanciona tanto la falsedad del folleto que debe ser “publicado” para el emisor, como las informaciones documentales presentadas en su caso al CONSOB, respecto a los folletos de sociedades cotizadas (art. 113 bis T.U.F.) no olvidemos que el folleto debe ser redactado siguiendo las indicaciones del reglamento de la autoridad y vigilancia de los mercados financieros.

La conducta consiste reiteramos en la comunicación y/o publicación de lo que se debe indicar en los folletos y que resulta que dicha información no resulta la verdad. La norma usa la expresión “informaciones”, se trata de una figura mucho más amplia que comprende no solamente el enunciado de los hechos; sino incluso datos, circunstancias o noticias. Para explicar tal noción se puede recurrir al art. 94 apartado 2 del T.U.F. (que hemos referido más arriba) donde afirma que el folleto contiene de una forma fácil y comprensible toda la información que según las características del emisor de los productos financieros ofertados son necesarios para que los inversores puedan obtener un juicio fundado sobre la situación patrimonial y financiera así como de los resultados económicos y sobre la prospección del emisor o de los eventuales garantes. El folleto contiene además una nota resumida que expresa los riesgos y las características esenciales de la oferta.

La conducta puede ser (como hemos descrito) “activa” en la forma de presentar la publicación de una falsa información, o bien puede ser “omisiva” en cuanto oculta datos o noticias. Se ha dicho que la información es falsa cuando no corresponde a la verdad; pero en la materia financiera no es fácil individualizar la falsedad en relación a los constantes flujos de información que contienen los folletos publicados. Ya que mucha de esta información es meramente descriptiva, y debe valorarse a tenor de lo que disponga los pertinentes órganos de control³⁰.

En la norma que comentamos se hace hincapié en que la información falsa debe ser idónea para engañar e inducir a error. En el Decreto Legislativo precisamente se reitera en que la idoneidad para engañar debe ser un modo de realización de la conducta suficiente para los destinatarios del folleto. Aunque no se tipifica y explica, el concepto de suficiencia o importancia de lo falso para ser idóneo. Además es necesaria la prueba de la intención del engaño para los citados destinatarios.

³⁰ CICCIA ANTONIO. *L nuovo reati societari e finanziari. Rischi penali per il management delle società quotate e non. Testo aggiornato alla L. 28 dicembre 2005, (Tutela del risparmio)*. II edizione. Sistema Editoriale SE. Gruppo Editoriale Esselibri-Simone. Nappoli 2006. pp. 56 y 57.

La conducta tiene que ser idónea para inducir a error a los destinatarios del folleto, de modo que constituye un requisito esencial en la penalización³¹.

Idéntica expresión figura en los arts. 2621-2622 del Código Civil y en el art. 174 bis T.U.F. y otros³².

La idoneidad significa “peligro concreto”: significa que el juez debe aceptar si la falsa comunicación o publicación o la ocultación ha tenido la finalidad de engañar al destinatario inversor. La idoneidad perjudica la elección de los ahorradores y/o inversores. En otras palabras, para citar literalmente lo que dice el art. 94 T.U.F. la idoneidad de la falsedad/ocultación impide la formación en el inversor de un juicio fundado sobre la situación patrimonial y financiera, sobre los resultados económicos, y sobre la perspectiva de los emisores acerca de la realidad informativa sobre los productos financieros³³.

De hecho la “idoneidad” para inducir a error presupone un modelo de ahorrador-inversor destinatario del folleto que no solamente lee, comprende y sabe valorar el folleto y las informaciones que están contenidas sino que presupone un modelo de ahorrador-inversor que examina la información con un juicio fundado en torno a la comprensión del citado folleto. Aunque se critica en la doctrina italiana que este modelo de ahorrador-inversor es inexistente en la práctica³⁴.

Es así, que la idoneidad será valorada como la capacidad de inducir a error a un lector medio y no inducir a error a una categoría específica de ahorradores.

Con tal interpretación, el requisito de la idoneidad se racionaliza. La penalización supone la infracción de la tutela del bien jurídico protegido: transparencia y correcta información de los productos financieros. La intención debe ser relacionada con el engaño de los destinatarios del folleto. Por tanto lo son potenciales inversores interesados en los instrumentos financieros objeto de la oferta³⁵.

³¹ Falsedad en las relaciones o en las comunicaciones de la sociedad

³² Por ejemplo en la Ley 206/2005 en materia de publicidad engañosa.

³³ SGUBBI F. / FONDAROLI D. /TRIPODI AF. *Diritto penale del mercato finanziario*. Seconda Edizione. CEDAM 2013. p. 288.

³⁴ SGUBBI F. / FONDAROLI D. /TRIPODI AF. *Diritto penale del mercato finanziario*. Seconda Edizione. CEDAM 2013, p. 289.

³⁵ En este sentido traemos a colación la sentencia de la Cassazione 19 de ottobre 2000: sobre balances de la Fiat, juzgado conforme al viejo texto del art. 2621 del Código Civil que afirmaba que toda información falsa o ocultada incluso marginal ofende al bien jurídico de la correcta información porque perjudica el activo

Una primera línea interpretativa, sugiere calibrar el requisito de la idoneidad en relación a las características de los singulares destinatarios del proyecto falso, considerados *hic e nunc*, así resulta resaltada la valoración del peligro concreto en torno a la cual gira el supuesto de hecho. Según tal orientación, el carácter decisivo de la conducta debe ser valorado en concreto, o bien sea por las características del engaño perpetrado, sea limitándose a ocultar datos que deberían haber sido revelados a la luz de las características personales de los destinatarios³⁶.

Por el contrario, hay una tesis sostenida en la doctrina que opina de forma contraria según la cual, la falsedad en el folleto, previsto en el art. 173 bis del T.U.F. asume la forma de "delito de peligro abstracto", donde en este último está implícito en la misma conducta y no forma parte de la estructura del supuesto del delito³⁷.

En realidad para valorar la valoración del peligro se debe examinar el hecho que frente a una misma información, los datos pueden ser completamente diversos, dependiendo de las personales características de cada singular ahorrador-inversor. La llave de la cuestión reside por tanto en la figura del inversor, y en la valoración que se tenga de su conocimiento de la dinámica del mercado financiero.

En conclusión, parece preferible la adopción de una figura abstracta del destinatario, o sea un lector medio sobre la cual se tiene que modelar el requisito de la idoneidad que el juez utilizará como parámetro de referencia³⁸.

2.4. Elemento subjetivo

El art. 173 bis en relación al elemento subjetivo, se distancia de la precedente disposición (art. 2623 CC), caracterizándose por el no necesario conocimiento de la falsedad. En el art. 2623 la referencia al conocimiento

conocimiento de los destinatarios en torno a los productos financieros (publicada in Cass. Pen. 2001, 2494)

³⁶ PISTORELLI L. "Risparmio: sui prospetti "CONSOB decisivo il danno", in *Guida al Diritto*, 2002, n. 16. Pág 59. También MONTICELLI L., *Abrogazioni in I nuovi reati societari*. Commentario al d. lgs. 11 aprile 2002, n. 62, Milano, 2002, pp. 42 y ss.

³⁷ SGUBBI F., *Il falso in prospetto in diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, pp. 230-231. GIUNTA F. *Il nuovo falso in prospetto*, in *diritto e pratica delle società* n. 22, dicembre, 2007, p. 40. Y también ANTOLISEI F. *Manuale di diritto penale leggi complementari i reati societari, bancari, di lavoro e previdenza*, Milano, 1999, p. 137.

³⁸ GIUNTA F. *Lineamenti di diritto penale dell'economia*. Torino, 2004, p. 234. y ZANNOTTI R. *op.cit (il nuovo diritto penale dell'economia 2008)* pp. 389 y 390.

de la falsedad, tenía la clara intención de eliminar la duda de la punibilidad a título de culpa en la infracción del apartado 1º.

La exclusión del error se pone de manifiesto, puesto que el conocimiento del hecho típico que expresamente supone la comunicación de las falsas informaciones, es componente estructural del “dolo” y por consecuencia se excluye el error en la falsedad del folleto.

La norma está construida sobre la fundamentación del dolo intencional, dolo específico, representado por el hecho típico cometido con la intención de engañar a los destinatarios del folleto con la intención de conseguir un beneficio injusto para sí o para otros.

La propuesta de intencionalidad de la acción excluye, penalmente la relevancia e intervención que pudiera tener el “dolo eventual” en la conducta típica que tratamos: el requisito explícito impone de hecho, que el sujeto activo haya comunicado la falsa comunicación o bien ocultado datos y noticias intencionalmente, y no se ha limitado a reparar el riesgo que tales datos comunicados no fuesen verificados³⁹.

Por lo tanto, el sujeto activo debe conocer la veracidad de la información “oculta” o la falta de juicio que expresa, teniendo con la “comunicación o la ocultación” conocimiento de la potencialidad del engaño perpetrado, dirigiendo su conducta en beneficio propio. Es por tanto decisivo el dato de la intención de engañar, la plena certeza de la idoneidad del engaño. De hecho, la conducta se caracteriza siempre porque implica una voluntad de engañar sin género de dudas⁴⁰.

No obstante, parte de la doctrina, critica la construcción del elemento subjetivo en términos tan rigurosos que hacen difícil la concreta aplicación del supuesto de hecho, inadmisibles en consideración a la objetiva idoneidad lesiva de la conducta y respecto al “bien jurídico”; el correcto funcionamiento del mercado financiero.

Desde el punto de vista subjetivo, (como vemos) el delito de falsedad en el folleto requiere de la “intención” de conseguir para sí o para otro

³⁹ SGUBBI F., *Il falso in prospetto in diritto penale del mercato finanziario*, Padova, 2008, p. 233. Este autor explica que la hipótesis de los consultores externos que colaboran en la redacción del proyecto (que son sujetos activos) puede suceder que estos puedan tener la duda pero no la certeza de la falsedad o de la ocultación. En tal caso la “duda” no puede ser suficiente para la imputación de la responsabilidad, tiene que concurrir que el agente (en este caso el consultor externo) obra teniendo en cuenta el engaño hacia los destinatarios como objeto finalístico de la propia conducta.

⁴⁰ MARTINI A. “Falso in prospetto-commento” in *Legislazione penale*, 2007, fasc. 3, p. 557.

un beneficio injusto (dolo específico). Ocurre pues que la “idoneidad” en concreto de la conducta a conseguir es la intención, y por tanto lo que caracteriza la existencia del delito. El “provecho” puede ser para sí o para otros, y puede corresponder tanto al sujeto activo, como a otras personas físicas o jurídicas. Por ejemplo en una operación societaria en el que se ha reconocido un folleto falso puede derivar un provecho al autor (redactor) del folleto falso, también a la sociedad, para cuyos intereses trabajan, incluso a los sujetos que tienen “participaciones” en esta sociedad. De hecho, existe el dolo intencional desde el momento que la norma (173 bis T.U.F.) requiere la “intención de engañar a los destinatarios del folleto. Se trata de un “dolo genérico” caracterizado por una mayor intensidad, cuya aparición excluye la configuración del dolo eventual⁴¹.

Se exige por tanto la intención de engañar a los destinatarios de la comunicación. Un dolo intencional.

El elemento de la intencionalidad está caracterizado (insistimos una vez más) por un “dolo genérico”, que consiste en la conciencia y voluntad falsa que se caracteriza por la idoneidad de la misma de inducir a error (información falsa, o que oculta datos o noticias de tal forma que pueda causarles error). Este requisito es apropiado, considerando la tendencia de la jurisprudencia en materia económica a privilegiar interpretaciones formalistas para evitar las reconstrucciones fundadas sobre el peligro abstracto.

En fin se prevee la intencionalidad del engaño, con el fin de eliminar la configuración del dolo eventual, siempre que tratemos sobre delitos económicos.

El delito es un dolo específico (con la intención de conseguir para sí o para otros un provecho injusto). El dolo intencional se presenta con la intención de engañar a los destinatarios del folleto. La previsión del dolo intencional quiere corregir cualquier iniciativa judicial anómala que pueda penalizar o condenar la realización de conductas en base al mero dolo eventual. Previsto el requisito explícito de la intención de engañar se debe aceptar que el sujeto activo comunique la falsa información o bien oculte datos o noticias intencionalmente.

⁴¹ MALAVASI M. op. cit. (*I nuovi reati societari*). 2008, pp. 62-63. MUSCO E. *I nuovi reati societari*. Milano. 2007. p. 137. También SEMINARA S. op. cit. (*partecipazioni sociali, falso in prospetto*) p. 214 y PISTORELLI. op. cit. (*Risparmio sui prospetti*), 2003, p. 59.

2.5. La consumación del delito

En el texto previgente del art. 2623 Código Civil se consideraba que el delito en el segundo apartado se consumaba al verificarse el evento dañoso. Mientras que se registraban opiniones divergentes en cuanto a la contravención e infracción prevista en el primer apartado. Su momento consumativo se consideraba para algunos autores en la “comunicación al CONSOB, de los documentos previstos en la norma, y en cambio para otra parte de la doctrina, en su publicación”.

En cuanto a la disposición en vigor, considerando los intereses patrimoniales como bien jurídico protegido (párrafo segundo) debe considerarse la argumentación, según la cual se considera consumado el delito con la publicación de los documentos falsos, siendo este el momento en que consiguen la disponibilidad los inversores, a los cuales se reconoce los intereses económicos tutelados⁴².

El art. 173 bis T.U.F. no menciona la publicación como factor constitutivo para la configuración del delito: penaliza la comunicación de las falsas informaciones o la ocultación en los folletos de información destinada al inversor. No dice en los folletos o en los documentos expresamente “publicados” (*pubblicati*) por tanto la consumación del delito se produce en el momento en el que el folleto o el documento es comunicado a la disponibilidad del emisor y ha sido previamente presentado a CONSOB⁴³.

La contravención del apartado 1º se consume con la comunicación al CONSOB del folleto solicitando la inversión (art. 94 T.U.F.) del documento de la oferta pública (art. 102 apartado 1º). Por cuanto concierne al art. 2623 CC el momento de consumación coincide con la verificación del daño patrimonial a los destinatarios del folleto.

Ahora bien, dada la evidente dimensión individual del daño a los inversores, en la perspectiva político criminal del legislador de la reforma, debe resaltarse que en el caso de una pluralidad de sujetos perjudicados resulte más difícil la aparición del delito, con la consecuencia de una

⁴² MALAVASI M. op. cit. (*I nuovi reati societari*, p. 63. También CERQUA D.op. cit. (*El art. 173 bis T.U.F.*), p. 71. También SANTORIELLO. op.cit. (*Il nuovo diritto penale delle società*), Torino 2003. p. 59.y sobre todo MANNA A. op cit. (*corso de diritto penale dell'impresa*) p. 650.

⁴³ La sección única civil de la Corte di Cassazione ha establecido que la responsabilidad del folleto falso, afecta a todos los sujetos que materialmente han participado en la redacción. En cuanto a la responsabilidad nace del acto de la comunicación de la noticia, informaciones, indicaciones falsas, no deriva tanto de la material ilustración (Cass. Sez. Un. Civ. 8 aprile 2011, n. 8034).

multiplicación de momentos consumativos que podrían incluso ser cronológicamente distintos⁴⁴.

La actual estructura del delito de la falsedad en el folleto (art 173 bis), según el esquema del delito de peligro concreto, no presenta obstáculos a la configuración de la tentativa punible, teniendo que ser actos idóneos, inequívocos en la comisión del delito, y que la “publicación” no se haya todavía producido⁴⁵.

En conclusión, el delito se consume en el momento que el folleto está a la disposición del emisor y ha sido presentado al CONSOB (sobre esta cuestión del momento consumativo remitimos al profesor SEMINARA). Es así que el folleto una vez completo y elaborado plenamente para los emisores, antes de la publicación debe ser comunicado y aprobado por el CONSOB (art. 94 T.U.F.). De igual modo para el documento previsto en el art. 102 T.U.F. para la oferta pública de adquisición de acciones y de cambio. Es más, para ambos documentos exige el CONSOB su presentación al citado organismo para la propia tutela de los inversores y que aquellos documentos y/o folletos vengan completados con informaciones suplementarias e integrativas⁴⁶.

⁴⁴ VELLA F. *Comentario T.U.F. Decreto Legislativo 24 febbraio 1998*, n. 58 e successive modificazioni. Tomo II arts.101 bis-216. Arts. 1-43 d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39. G Giappichelli Editore, Torino, 2012. p. 1760. También SEMINARA, op. cit. *Manuale diritto penale impresa*. pp. 212-213. Y también ZANNOTTI R.op. cit. (Il nuovi reati societari). p. 342.

⁴⁵ CERQUA D. op. cit. *Art.173 bis D. Leg.24 febbraio 1998*, nº 58, in LANZI e CADOPPI I, op.cit., *reati societari*, p. 74.Para la configuración de la tentativa con relación a los delitos de peligro podemos remitirnos a la Cass pen sezVI, 19 aprile 1995 nº 4169 in GIUST. Pen 1996 II, 173 cuando afirma que debe ser calificado como tentativa de falsedad ideológico el comportamiento del “funcionario público” que firma en blanco la “certificación documental” delegando en otros el cumplimiento del contenido del documento...,

⁴⁶ SEMINARA S. “False comunicazioni sociali, falso in prospetto en ella revisione contabile e ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza, in diritto penale e proceso” 2002, vol. I. pp. 676 y ss. También MARTINI A. “False in prospetto-comento”, in *legislazione penale 2007*, fas 3, p. 557. Fundamental, como hemos visto en páginas anteriores GIUNTA *il nuovo falso in prospetto in diritto e pratica dell sociea* nº22 dicembre 2007 pág 38 y finalmente el ya citado (autor esencial en la materia) SGUBI F. *il falso in prospetto*, in *Diritto penale del mercato finanziario Padova* 2008, p. 292-293 y el mismo autor (SGUBBI F) *La CONSOB glp abusi di mercato*, in *il diritto penale del mercato finanziario Padova* 2008, pp. 157-174 y finalmente ZANNOTTI R. *il nuovo diritto penale dell’economia* II ed MILANO 2008, pp. 380 y ss. Y DI AMATO ASTOLFO *le autorità indipendenti* in *sturgia D’Italia Annali*, vol 14 legge Diritto GIUSTIZIA Torino 1998, p. 369, y AMBROSETTI EM/ MEZZETTI E/ RONCOA op cit. (*Diritto penale dell’ impresa* 2013, p. 255.

El art. 173 bis del T.U.F. penaliza por tanto la comunicación de falsas informaciones o la ocultación en los folletos presentados para la oferta del público y en los documentos para publicar, (pero es importante señalar la perceptiva intervención del organismo de control que es el CONSOB).

En fin, el art. 173 bis TUF no menciona la publicación como requisito constitutivo para la configuración del delito. Penaliza la comunicación de falsas informaciones o la ocultación en los folletos de datos o noticias (relevantes en la información al destinatario ahorrador-inversor), pero nadie, ni en los folletos, ni en los documentos expresa la mención de la "publicación". Y es porque se considera que el *tempus commissi delicti* se consume desde el momento en que el folleto o documento para su disponibilidad al emisor (destinatario) ha sido enviado y presentado en los registros del CONSOB. El delito se consume con la salida del folleto y/o documento del CONSOB, para su disponibilidad y/o emisión al inversor-ahorrador. Es decir, con la efectiva difusión de la noticia (presentación del folleto a los emisores y /o inversores).

Es muy interesante el estudio sobre la controversia en cuanto a los perjudicados en la falta de control de la autoridad administrativa de SAVASTA F. *La responsabilità da prospetto: omesso controllo in studium iuris* 2010 fas 7-8 pp. 748-755. Y sobre los deberes de control del CONSOB, y la veracidad del folleto informativo el estudio de TINA ANDREA. *Responsabilità de la CONSOB per omessa vigilanza sulla veridicità del informazioni contenute del prospetto informativo* (comento a APP MILANO 21 Ottobre 2003) in il corriere giuridico 2004 fast 1 pp. 938-950).

La reforma penal cubana de la segunda mitad de la década de los ochenta del siglo XX. Un análisis de las penas treinta años después*

DRA. MAYDA GOITE PIERRE**

DR. ARNEL MEDINA CUENCA***

(...) la lucha contra el delito no es mediante la represión, sino que empieza en el sistema educacional (...)

(...) las masas tienen una actitud más exigente, tienen una actitud, pudiéramos decir, más extremista, por lo general exigen más rigor frente al delito. Y es nuestro deber, en este caso, orientar precisamente a la población, al pueblo. Cualquier otra cosa sería demagogia, seguir la corriente. En esto tenemos que educar a todo el pueblo, en todas estas ideas, qué es el delito, cómo tenemos que combatirlo.

(...) nosotros, en un perenne análisis de lo que hacemos, estamos acercándonos ya a tomar decisiones sobre esta cuestión de la destipificación de los delitos y seguir otra política. Vamos a seguir otra política, y esperamos avanzar todo cuanto sea posible (...)

Fidel CASTRO RUZ
La Habana, 1987¹.

* Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación sobre el perfeccionamiento del sistema penal cubano, que desarrolla el Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

** Profesora Titular de Derecho Penal y Vicerrectora de la Universidad de La Habana. Presidenta de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. mayda@lex.uh.cu

*** Profesor Titular de Derecho Penal y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Vicepresidente de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. arnel@lex.uh.cu

¹ CASTRO RUZ, Fidel, "Discurso pronunciado en la clausura de la VIII Conferencia de la Asociación Americana de Juristas", el 17 de septiembre de 1987, en el Palacio de las Convenciones de La Habana, pp. 13-15. Disponible en: <http://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1987/esp/f170987e.html>, consultada el 26/11/2017, a las 21.12.

Sumario

1. Exordio
2. La reforma penal cubana de 1987
 - 2.1. La proporcionalidad de las penas
 - 2.1.1. El principio de proporcionalidad
 - 2.1.2. La proporcionalidad de las penas en la Ley No. 62 de 1987
 - 2.2. Regulaciones que favorecen la resocialización de los privados de libertad
3. Modificaciones posteriores que interfieren la aplicación de un adecuado arbitrio judicial y las Instrucciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular relacionadas
 - 3.1. La apreciación de la reincidencia en la parte general del Código Penal
4. Una propuesta de perfeccionamiento de la legislación penal cubana

1. Exordio

El fenómeno criminal, con un contenido multicausal, que en sede cubana es cada vez más cambiante, requiere de respuestas político criminal y jurídico penal que contribuyan a la armonía social, a mantener los niveles de seguridad jurídica que exhibe el país, pero a la vez que concentre los esfuerzos del sistema penal en las conductas más relevantes, posibilitando que los ciudadanos sean parte activa de este proceso, en un Estado que durante los años de la Revolución en el poder, ha colocado a la educación en uno de los pilares esenciales de su sostenimiento, lo que estaría en correspondencia con una generalizada cultura de paz, sin embargo, nuestra propia idiosincrasia, la forma en la que han sido utilizadas las normas penales, nos presentan un imaginario social “dependiente” del Derecho penal y sus reglas, a saber las conductas delictivas y sus respuestas represivas.

En el Acto de clausura de la VIII Conferencia de la Asociación Americana de Juristas², el 17 de septiembre de 1987, el Comandante en Jefe Fidel

² *Ídem*, pp. 11-15. “La lucha contra el delito no es mediante la represión, sino que empieza en el sistema educacional. ¿Y por qué digo el sistema educacional? No se trata de predicar la buena conducta, se trata realmente de educar; y se requiere de todo un sistema, no bastan ni siquiera los buenos maestros. Nosotros le prestamos especial atención a la deserción escolar, porque del adolescente que se va de la escuela empieza a forjarse un delincuente en potencia y llega a ser delincuente”.

Castro Ruz, señaló que “en el sistema de justicia, una de las cuestiones más relevantes es lo que se ha planteado sobre la política penal, y sobre la cuestión que, más que de despenalización, (...) es de destipificación; es decir, trabajar en el código, suprimir categorías de determinados delitos (...). En ese sentido puede decirse que las masas tienen una actitud más exigente, tienen una actitud, pudiéramos decir, más extremista, por lo general exigen más rigor frente al delito. Y es nuestro deber, en este caso, orientar precisamente a la población, al pueblo. Cualquiera otra cosa sería demagogia, seguir la corriente. En esto tenemos que educar a todo el pueblo, en todas estas ideas, qué es el delito, cómo tenemos que combatirlo.

Durante mucho tiempo teníamos el viejo código³; hicimos el nuevo⁴, pero aparecieron muchas figuras delictivas que son innecesarias, y que

³ MARTÍNEZ, José Agustín, “Código de Defensa Social”, Jesús Montero Editor, La Habana, 1939.

Con anterioridad había regido el Código Penal español de 1870, que se hizo extensivo a Cuba y Puerto Rico, mediante Real Decreto de 23 de mayo de 1879. Fue el primer Código Penal que rigió en Cuba. En opinión del Magistrado del Tribunal Supremo y presidente de la Comisión de Códigos de la Cámara de Representantes de la República Ángel C. Betancourt, antes de su promulgación, ya avanzado el siglo XIX, la justicia penal se administraba en Cuba, generalmente, según la costumbre y no la ley. Regían la materia, nominalmente, las caducas Leyes de Castilla y las olvidadas Leyes de Indias, las cuales se aplicaban moderando, así se decía, el rigor de sus preceptos, conforme a la jurisprudencia de los tribunales, lo que equivalía a no aplicarlas. *Vid.* BETANCOURT, Ángel C., “Código Penal”, Imprenta y papelería de Rambla, Bouza y Ca., La Habana, 1913. Disponible en: <http://ufdc.ufl.edu/AA00009613/00001/5x>, consultada el 22/11/2017, a las 15.24.

⁴ ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, “Código Penal”, Ley No. 21 de 30 de diciembre de 1978, vigente desde el 1ro. de octubre de 1979, Gaceta Oficial, Edición Ordinaria, No.3, de 1 de marzo de 1979, Publicación Oficial del Ministerio de Justicia, 1979. Disponible en: <http://www.parlamentocubano.cu/index.php/documento/codigo-penal/>, consultado el 30/11/2017, a las 22.12. En sus por cuantos señala lo siguiente: POR CUANTO: Es una necesidad imperiosa la adopción de un nuevo Código Penal que sustituya las normas penales aún vigentes, las cuales, pese a las importantes modificaciones que les han sido introducidas desde la victoria de la Revolución, ya no se corresponden con la realidad de nuestro desarrollo económico, social y político, ni tienen la coherencia requerida por los cuerpos jurídicos de ese carácter. La aprobación de un nuevo Código Penal se halla incluida entre las tareas básicas del plan legislativo destinado a crear los cuerpos jurídicos fundamentales que, en sustitución de los antiguos, requiere nuestro Estado socialista.

POR CUANTO: El proyecto de Código Penal presentado a la consideración de la Asamblea Nacional del Poder Popular, constituye el resultado de casi diez años de continua y sistemática labor, que se inició con los trabajos de una subcomisión de la Comisión de Estudios Jurídicos del Comité Central del Partido que, en el período de 1969 a 1973, elaboró un anteproyecto; continuó en los años subsiguientes,

pueden resolverse con otras formas de sanción, como multas, etcétera. Así, tenemos algunas -me contaba el mismo Ministro⁵- como la de manejar sin licencia. Las leyes, en el afán de proteger a la población, establecen que el delito de manejar sin licencia sea sancionado con rigor, y solo ese delito origina un montón de causas radicadas; y es del tipo de cosas, como otras muchas, que deben ser resueltas con otra receta y medidas de otro tipo. Nosotros, en un perenne análisis de lo que hacemos, estamos acercándonos ya a tomar decisiones sobre esta cuestión de la destipificación

durante los cuales dicho anteproyecto fue enriquecido con los aportes procedentes de dirigentes políticos y administrativos, instituciones estatales y sociales y órganos de dirección de organismos políticos, sociales y de masas, entre los que fue circulado; y culminó con la colaboración de todo el pueblo en el curso de la amplia y democrática discusión pública a que fue sometido, que lo aprobó y perfeccionó. POR CUANTO: El nuevo Código Penal responde íntegramente a los principios del Derecho socialista y se halla en concordancia con nuestro extraordinario avance cultural y el alto grado de conciencia alcanzado por nuestro pueblo, destacándose, como características esenciales del mismo, la incrementada protección que ofrece a la sociedad, a las personas y al orden social, económico y político del Estado; la finalidad de la sanción, que se propone la reeducación antes que la represión; el aumento de las clases de sanciones como medio de elevar el grado posible de individualización de la sanción; el establecimiento de sanciones que no privan de libertad ni del contacto con el medio social y familiar a los sancionados por infracciones de poca gravedad; la posibilidad de reducir la sanción imponible al delito en los casos en que los infractores son menores de veinte años de edad; la regulación de la remisión condicional de la sanción y de la libertad condicional con vista a otorgarla en todas las oportunidades en que, por los antecedentes del caso, sea presumible que los fines de la sanción pueden alcanzarse sin su ejecución o con sólo su ejecución parcial; el fortalecimiento de la lucha contra la reincidencia mediante la imposición de penas más severas a los que incurren en nuevos delitos; el establecimiento de una más efectiva atención postpenitenciaria de los reclusos que abandonan los establecimientos penitenciarios por haber extinguido la sanción o por recibir el beneficio de la libertad condicional o por otras causas; la incorporación de figuras delictivas repudiadas por la conciencia jurídica internacional y condenadas en convenciones internacionales de las que nuestro país es signatario, como las de mercenarismo, genocidio, y apartheid; la inclusión de los delitos contra los derechos laborales y contra el patrimonio cultural; el reforzamiento de la protección de los bienes de propiedad socialista; el mantenimiento de la pena capital, aunque con carácter excepcional, para los delitos más graves y repugnantes y siempre en forma alternativa con la de privación de libertad; y la eliminación de lo relativo a las contravenciones, que pasan a ser consideradas, en unos casos, delitos leves y en otros, infracciones que la legislación no penal sanciona con multas administrativas.

⁵ NA: Se refería al Dr. Juan Escalona Reguera, Ministro de Justicia y principal inspirador de la reforma penal de la segunda mitad de la década de los ochenta.

de los delitos y seguir otra política. Vamos a seguir otra política, y esperamos avanzar todo cuanto sea posible...⁶.

El Código Penal de 1978, constituyó un indiscutible avance con relación a su predecesor, el antiguo Código de Defensa Social de 1936, vigente desde 1938, pero muy pronto se vio superado por la realidad social ya que la tipificación como delitos de un alto número de figuras de escasa peligrosidad social, que en su gran mayoría eran las antiguas faltas del código anterior, y la existencia en sus regulaciones de la Parte Especial de marcos sancionadores muy cerrados, con límites mínimos de las sanciones de numerosos delitos demasiado elevados, en unos casos, o excesivamente rígidos en otros, entre otros aspectos, como el hecho de que fuera aprobado diez años después del inicio de su redacción, que lo hicieron envejecer antes de su nacimiento, por lo que la Comisión⁷ creada para su transformación propuso y se adoptó con acierto por la Asamblea Nacional del Poder Popular, la decisión de sustituirlo por uno nuevo⁸.

La necesidad de descongestionar el sistema penal fue la premisa fundamental de los que diseñaron la Reforma penal, que dio lugar a la aprobación del Código Penal de 1987, que el próximo año, 2018, cumple treinta años de vigencia y que como analizaremos *infra*, constituyó un importante paso en las transformaciones que se desarrollaron en los años posteriores, con la despenalización de numerosas conductas delictivas que pasaron a la esfera administrativa e impactaron también al sistema penitenciario.

2. La reforma penal cubana de 1987

El Código Penal de 1978, al regular el sistema de sanciones estableció, por primera vez en Cuba, una pena alternativa a la privación de libertad, la denominada limitación de libertad, que fue prevista en el artículo 32, como subsidiaria de la privación de libertad que no excediera de tres años, aplicable cuando, por la índole del delito, sus circunstancias y las

⁶ CASTRO RUZ, Fidel, Discurso pronunciado en la clausura de la VIII Conferencia de la Asociación Americana de Juristas..., *cit*; pp. 15-17.

⁷ NA: La referida comisión estuvo presidida por el entonces Ministro de Justicia, el Dr. Juan Escalona Reguera e integrada por el Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, Vice-ministro de Justicia y el Dr. Renén Quirós Pérez, asesor del ministro, entre otros destacados juristas.

⁸ ASAMBEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, "Código Penal, Ley No. 62 de 1987", Actualizado, Colección Jurídica, Ministerio de Justicia, La Habana, 1999. Disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/codigo_penal.html, consultado el 23/11/2017, a las 14.30.

características individuales del sancionado, existieran razones fundadas para estimar que el fin de la sanción privativa de libertad podía ser alcanzada sin necesidad de internar al sancionado en un establecimiento penitenciario⁹.

La sanción subsidiaria de la privación de libertad, denominada limitación de libertad y otras novedosas instituciones de nuestro primer Código Penal de la Revolución, como la regulación del artículo 8.2, que permite a los tribunales no considerar delito la acción u omisión que, aun reuniendo los elementos que lo constituyen, carece de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor¹⁰, resultaron en la práctica de escasa aplicación, sobre todo durante los primeros años de vigencia y también como resultado de que los marcos penales establecidos, que como se dijo *supra*, eran demasiado rígidos y también en muchos casos muy elevados.

Ante la situación creada con la aplicación de la Ley 21 de 1978, el primer paso de la reforma penal cubana lo constituyó la aprobación del

⁹ MEDINA CUENCA, Arnel, “Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad”, *Revista Derecho Penal y Sistema Penitenciario, Problemáticas en la Contemporaneidad*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nueva época, Año 1, Junio de 2007, pp. 87-116. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222926005.pdf>, consultada el 29/11/2017, a las 21.14. En el tercer por cuanto de la Ley No. 21 de 1978 se precisan, entre otros, los conceptos siguientes: “... se propone la reeducación antes que la represión; el aumento de las clases de sanciones como medio de elevar el grado posible de individualización de la sanción; el establecimiento de sanciones que no privan de libertad ni del contacto con el medio social y familiar a los sancionados por infracciones de poca gravedad; la posibilidad de reducir la sanción imponible al delito en los casos en que los infractores son menores de veinte años de edad; la regulación de la remisión condicional de la sanción y de la libertad condicional con vista a otorgarla en todas las oportunidades en que, por los antecedentes del caso, sea presumible que los fines de la sanción pueden alcanzarse sin su ejecución o con sólo su ejecución parcial...”

¹⁰ ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, “Código Penal”, Ley No. 21, *cit*; p. 3, Artículo 8.2. En realidad, es importante señalar que entre los años 1985 y 1987, hasta la vigencia de la Ley No. 62 de 1987, se produjo una mayor aplicación de este precepto por los tribunales, ante situaciones que ameritaban un tratamiento diferenciado, como determinadas conductas cometidas por jóvenes estudiantes en los Institutos Preuniversitarios en el campo, que no ameritaban el tratamiento penal que establecía la Ley No. 21 de 1978 y se comenzó a considerar con acierto, que con el tratamiento disciplinario, en la esfera administrativa, era suficiente. Al entrar en vigor el actual Código Penal, la Ley No. 62 de 1987, su aplicación disminuyó como resultado de que numerosas conductas de escasa significación social dejaron de ser consideradas como delictivas pasando en su gran mayoría a convertirse en contravenciones administrativas y también por la introducción del inciso 3 del propio artículo 8, a partir de la vigencia del Decreto-Ley No. 75/1997.

Decreto-Ley No. 87, de 22 de julio de 1985¹¹, sobre el procedimiento de revisión en materia penal, que autoriza al Tribunal que conoce de un proceso de Revisión para, en caso de haberse calificado la modalidad agravada de un delito, si aún la sanción mínima correspondiente a ésta resulta excesivamente severa, sustituirla por otra, partiendo del marco previsto para la modalidad básica del referido delito, lo que posibilitó la disminución de las penas privativas de libertad de numerosos sancionados por la vía de la revisión¹².

Con el objetivo de evitar que las sentencias de los tribunales, cuando resultaran excesivamente severas, posteriormente pudieran ser modificadas mediante el procedimiento de revisión, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, adoptó el Acuerdo No. 71 de 10 de junio de 1986¹³, mediante el cual se facultaba a los Tribunales, de forma excepcional, a adecuar la sanción partiendo del marco penal correspondiente

¹¹ La Ley No 5, Ley de Procedimiento Penal de 13 de agosto de 1977, fue modificada en materia de Procedimiento de Revisión por el Decreto-Ley No 87 de 22 de julio de 1985, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 7 de 22 de julio de 1985, p. 57. Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/ippenal.html>, consultada el 13/11/2017, a las 13.48. La facultad de dictar Decretos-Leyes modificativos de una Ley, le esta atribuida al Consejo de Estado, por la Constitución de la República en su artículo 90 inciso c, el que adquiere función legislativa entre los períodos de sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular.

¹² *Ídem*, Decreto-Ley No. 87 de 1985:

ARTÍCULO 456.- (Modificado) El procedimiento de revisión procede cuando:

11. la medida de la sanción impuesta no corresponda, según la ley, a la calificación adoptada respecto del hecho justiciable, a la participación en él de los acusados o a las circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad penal, o habiéndose impuesto la sanción dentro de la medida que la ley señala no se haya hecho un adecuado uso del arbitrio judicial;

ARTICULO 464.- (Modificado) Cuando la solicitud de revisión sobre una sentencia o auto de sobreseimiento es declarada con lugar, el Tribunal de revisión deberá proceder, según la causal que sea acogida de las señaladas en el Artículo 456, del modo que a continuación se expresa:

2. en el caso previsto en el inciso 11), anulará la sentencia en que se cometió la infracción y dictará la que corresponda en derecho. No obstante, si el delito sancionado constituye una modalidad agravada, el Tribunal de revisión podrá adecuar la nueva sanción dentro de los límites mínimo y máximo que correspondan a la modalidad básica del propio delito, siempre que aún el límite mínimo de la forma agravada resulte severo, de acuerdo con la peligrosidad social del hecho, sus consecuencias y la personalidad del culpable.

¹³ NA: La Constitución de la República en su artículo 121 faculta al Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, sobre la base de la experiencia de los Tribunales a dictar instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la Ley; facultad ésta que fue

a la modalidad básica del delito de que se trate, si estiman que aún el límite mínimo previsto para la figura agravada por la que procede, resulta excesivamente severo de acuerdo con la peligrabilidad social del hecho, la entidad de sus consecuencias y la personalidad del comisor¹⁴.

El carácter excepcional de esta facultad atribuida a los tribunales por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, por una parte les daba la posibilidad de aplicar una mayor racionalidad en el momento de determinar la sanción que corresponde imponer al caso concreto, y por la otra evitaba la evidente contradicción existente entre la causal de revisión que autoriza al tribunal que conoce de este proceso a adecuar la sanción por el tipo básico y la no previsión en la parte general del Código Penal de una norma similar.

La reforma del Código Penal estuvo precedida de un amplio proceso de debate con diferentes sectores, como ocurrió con la Constitución de 1976, el Código de Familia y otras importantes leyes aprobadas en nuestro país, con el objetivo de explicar las principales transformaciones que se proyectaban, con la participación de juristas, profesores universitarios, jueces, fiscales y abogados.

Las siguientes palabras del Dr. Juan Escalona Reguera, Ministro de Justicia y presidente de la Comisión, al presentar el proyecto a la Asamblea Nacional del Poder Popular, resumen la labor realizada y las perspectivas del nuevo código:

“La Comisión ha trabajado ardua y largamente, con la pasión que el revolucionario pone en toda obra creadora, cuando se cree en ella y en los beneficios que aportará a su país, pero no ha estado ausente nunca de nuestro trabajo el análisis sereno de las experiencias vividas y la búsqueda de soluciones más acorde con los nuevos tiempos, tiempos de rectificación de errores y de tendencias negativas; hemos estudiado cuidadosamente cada detalle de la política trazada y del proyecto

posteriormente debidamente desarrollada en la Ley 82 de 1997, Ley Orgánica de los Tribunales Populares.

¹⁴ NA: La introducción en nuestro sistema penal de esta modalidad de adecuación, permitió una mayor individualización de la sanción, mediante el Acuerdo 71 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de 10 de junio de 1986, que se mantuvo vigente hasta el 12 de abril de 1988, en que se entendió innecesario con la entrada en vigor de la Ley No 62 del 87, por las amplias facultades que otorgaba a los tribunales en su arbitrio judicial. Internacionalmente han existido normas similares en los Códigos penales de los antiguos países socialistas de Europa del Este, tales como el artículo 43 del de la República Socialista Federativa Rusa, el artículo 40 de Checoslovaquia, el artículo 42 de Yugoslavia, el 47 de Polonia y el 68 de Hungría.

elaborado, con la aspiración de no cometer errores. Pero como toda obra humana, el riesgo de equivocarnos estará presente y sólo con el esfuerzo unido de todos nosotros podremos reducirlo a un mínimo, de forma que no se debiliten estas medidas, ni se distorsione su cumplimiento”¹⁵.

La Ley No 62 de 29 de diciembre de 1987¹⁶, que puso en vigor el Código Penal, comenzó a regir el 30 de abril de 1988, en sustitución de la Ley No. 21 de 30 de diciembre de 1978, vigente desde el primero de octubre de 1979, sustituyendo al antiguo Código de Defensa Social de 1936, que con innumerables modificaciones rigió en nuestro país, durante los primeros veinte años de la Revolución.

El Código Penal vigente, es el resultado de la Reforma Penal¹⁷ que se produjo en Cuba a partir del año 1985, la que estuvo caracterizada por las profundas modificaciones, que se efectuaron en el Sistema de Justicia Penal, en las que se percibe una clara orientación de la práctica cubana hacia la consagración de los principios de legalidad, intervención mínima, humanidad, proporcionalidad de la pena y la resocialización, muestra

¹⁵ Vid, QUIRÓS PÍREZ, Renén, “Las modificaciones del Código Penal cubano”, *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, Año XVII, número 33, abril-junio de 1988, p. 7.

¹⁶ ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, “Código Penal”, Ley No. 62... *cit*; Vid, la DISPOSICION FINAL TERCERA, que señala expresamente que esta Ley entraría en vigor el 30 de abril de 1988, seis meses después de su aprobación por la Asamblea Nacional del Poder Popular, lo que se justifica por el alto número de figuras delictivas que fueron despenalizadas, y por la reducción de los marcos sancionadores de muchos delitos, que hacían prever un alto grado de aplicación retroactiva del nuevo código en cumplimiento de lo regulado en el inciso dos del artículo tres, como realmente sucedió; lo que requirió de un intenso periodo de preparación previa por parte de los operadores del sistema penal.

¹⁷ Vid, QUIRÓS PÍREZ, Renén, “Las modificaciones... *op. cit*; pp. 10 y ss. Realiza un pormenorizado análisis de los principios fundamentales que tuvo en cuenta el legislador cubano del año 1987, que inspirado en el movimiento internacional de Reformas en el Derecho penal, asumió el reto de atemperar la legislación cubana a los cambios más renovadores de la doctrina y la política criminal, tomando en consideración especialmente, el nivel de desarrollo alcanzado por la sociedad cubana en la década de los ochenta, las Recomendaciones derivadas del Plan de Acción de Milán, aprobado en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, entre el 26 de agosto y el 6 de septiembre de 1985 (Vid, http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1_Universales/B%E1sicos/6_Preencion_delito_tratamiento_delinc/1166_Plan_Acci%F3n_Mil%E1n.pdf // http://www.un.org/es/events/crimecongress2010/pdf/55years_ebook_es.pdf, consultados el 24/11/2017, a las 15.30) y los resultados de la VIII Conferencia de la Asociación Americana de Juristas celebrada en La Habana en septiembre de 1987, auspiciada por la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

de ello fueron el Decreto-Ley No. 87/1985, sobre el Procedimiento Especial de Revisión, analizado *supra* y la propia aprobación del Código Penal de 1987.

Esta reforma, tal y como plantea uno de los redactores principales¹⁸, de la Ley No. 62/1987, el Dr. Renén Quirós Pérez, se basó en los cinco principios fundamentales siguientes:

1. La sanción penal constituye la respuesta estatal, socialmente condicionada, ligada en su concepción, contenido, objetivos, aplicación y ejecución al desarrollo material y cultural de la sociedad que la instituye, aplica y ejecuta.
2. El sistema de sanciones debe ser lo suficientemente flexible para permitir al tribunal una aplicación individualizada y diferenciada de la pena, sin vulnerar el principio de igualdad real de todos ante la ley.
3. El nivel de conminación penal señalado en la ley debe hallarse en relación con las funciones de protección que incumben al Derecho penal y a la sanción penal.
4. La sanción de privación de libertad debe quedar limitada para los casos de infracciones más graves.
5. La sanción penal debe reservarse para la prohibición, en la esfera del Derecho penal, de aquellos comportamientos considerados intolerables por la sociedad, por amenazar o poner en peligro fundamentales relaciones sociales.

Entre los principales aspectos de la reforma, que fueron recogidos en el texto del nuevo Código Penal, resaltan los siguientes:

- La eliminación, en la medida de lo posible, de las sanciones privativas de libertad de corta duración.
- La exclusión de la esfera de lo penal de determinadas conductas de escasa significación social.
- Se instituyó la posibilidad de sustituir sanciones privativas de libertad por otras alternativas de acentuada influencia social.
- Se adicionaron dos nuevos delitos el de enriquecimiento ilícito y el de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la comisión de contravenciones, éste último debido a la necesidad de garantizar por la vía del Derecho penal, el cumplimiento de las sanciones administrativas de multas, en correspondencia con el alto número de delitos que pasaron de la esfera de lo penal a la administrativa, como resultado de la reforma.

¹⁸ *Ídem*, p. 10.

A lo anterior se unen las regulaciones del artículo 8 apartado 2 del Código Penal, que prevé una fórmula mediante la cual, no obstante la existencia de elementos típicos del delito, por la insignificante peligrosidad del mismo, se excluye su consideración como tal, como ya se dijo *supra*. Esta facultad otorgada a los tribunales, no está sujeta a límite de aplicación en relación a la cuantía de la sanción prevista para el delito de que se trate y fue regulada por la Instrucción No. 115 de 20 de junio de 1984¹⁹, sobre la aplicación del artículo 8, apartado 2, que aunque es anterior a la Ley No. 62 de 1987, ha mantenido su vigencia.

El 6 de junio de 1994, se aprobó el Decreto-Ley No. 150²⁰, que introduce varias modificaciones, que se correspondieron con las dificultades económicas que tuvo que enfrentar el país, como resultado de la caída del campo socialista y del recrudecimiento del bloqueo económico, financiero y mercantil impuesto por los Estados Unidos contra Cuba y también con la necesidad de enfrentar las violaciones de la legalidad e insertar nuevas

¹⁹ CONSEJO DE GOBIERNO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR, “Instrucción No. 115”, de veinte de junio de mil novecientos ochenta y cuatro, sobre la aplicación del artículo 8, apartado 2 del Código Penal. Disponible en: <http://juriscuba.com/wp-content/uploads/2015/10/Inst.-No.-115.pdf>, consultada el 12/11/2017, a las 14.38.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA, “Decreto-Ley No. 150”, de 6 de junio de 1994, Gaceta Oficial Extraordinaria, No. 6, de 10 de junio de 1994. A los efectos de facilitar la comprensión de las modificaciones introducidas en el Código Penal por este Decreto-Ley No. 150 de 1994, en la etapa crítica del denominado periodo especial, reproducimos sus tres por cuantos:

POR CUANTO: La práctica judicial ha demostrado la conveniencia de reformular algunas regulaciones concernientes a circunstancias que pudieran tenerse en cuenta al enfrentar las violaciones de la legalidad e insertar nuevas conductas delictivas no contenidas actualmente en nuestro vigente Código Penal que permitan responder con mayor flexibilidad y con adecuada individualización del tratamiento penal, a conductas y hechos que por su propia naturaleza y características evidencien un elevado grado de peligrosidad social.

POR CUANTO: Es necesario perfeccionar la definición de comportamientos delictivos en actividades relacionadas con las drogas, con la finalidad de contribuir con mayor eficacia a la lucha internacional contra esas manifestaciones, por el daño social que producen.

POR CUANTO: La Asamblea Nacional del Poder Popular por Acuerdo adoptado en la Primera Sesión Extraordinaria de la Cuarta Legislatura, celebrada los días 1ero y 2 de mayo de 1994, encomienda al Gobierno la implantación gradual de un sistema impositivo integral con el objetivo de estimular el trabajo y la producción, contribuir al saneamiento financiero del país y aumentar los ingresos del Estado mediante el incremento de impuestos, tasas y contribuciones ya existentes, por lo que resulta necesario adoptar medidas encaminadas a asegurar el más estricto cumplimiento de las obligaciones fiscales establecidas o que se establezcan en el futuro.

conductas delictivas, que permitieran responder con mayor flexibilidad y con adecuada individualización del tratamiento penal, a conductas y hechos que por su propia naturaleza y características evidenciaban un elevado grado de peligrosidad social, de perfeccionar la definición de comportamientos delictivos en actividades relacionadas con las drogas, con la finalidad de contribuir con mayor eficacia al enfrentamiento al tráfico internacional y de asegurar el estricto cumplimiento de las obligaciones fiscales que se habían establecido en ese año.

Las principales modificaciones introducidas al Código Penal por este Decreto-Ley, fueron las siguientes:

- La precisión de los supuestos en que, a partir de su vigencia, el tribunal podía extender el término de la sanción de privación de libertad, hasta 30 años²¹;
- Añade nuevas circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, relacionadas con el período especial, la protección de las personas que actúan en cumplimiento de un deber social o en venganza o represalia por su actuación; y con las actividades priorizadas para el desarrollo económico y social del país;
- Introduce la agravación extraordinaria de la sanción, para los casos en que concurren varias circunstancias agravantes o por manifestarse alguna de ellas de modo muy intenso;
- Modifica el delito de Tráfico y Tenencia de Drogas Tóxicas y Otras Sustancias Similares, en el sentido de incrementar las sanciones de varias de las modalidades previstas y sancionadas en los artículos 190 al 193, introdujo el elemento de agravación del tráfico o la transportación internacional, incluyó la sanción accesoria de confiscación de bienes y tipificó los actos preparatorios conforme a lo dispuesto en el artículo 12.5;
- Añade el Título XIV sobre los Delitos Contra la Hacienda Pública.

En el año 1997, se aprobó por el Consejo de Estado del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997²², en correspondencia con el proceso de

²¹ *Ídem*, p. 13. Hasta ese momento, el término de la sanción de privación de libertad, conforme a la versión original de la Ley No. 62 de 1987, no podía exceder de 20 años.

²² CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA, "Decreto-Ley No. 175, de 17 de junio de 1997, Gaceta Oficial No. 6, Extraordinaria, de 26 de junio de 1997, pp. 37-46. Disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.cu/pdf/GO_X_006_1997.rar, consultada el 23/11/2017, a las 14.32.

Por su importancia para la comprensión de las modificaciones introducidas al Código Penal en el año 1997, por el Decreto-Ley No. 175, reproducimos sus dos por cuantos:

reformas que se estaba desarrollando en la legislación económica, financiera y mercantil del país, a partir de la Reforma Constitucional de 1992²³, que determinó la necesidad de modificar algunos preceptos del Código Penal y de adicionar otros, a fin de alcanzar la adecuada complementación de los objetivos procurados por esos cambios legislativos.

Las principales modificaciones introducidas en el Código Penal por el Decreto-Ley 175/1997, fueron las siguientes:

- Modifica la redacción y el contenido del Título V del Libro II, y varios Capítulos, secciones y artículos del propio Título V y de otros, en el sentido de sustituir el término entidades económicas estatales por el de entidades económicas, y de introducir otras importantes modificaciones en el contenido de dichas figuras delictivas para atemperarlas a las reformas que se habían producido de la legislación económica, financiera y mercantil;
- La introducción del artículo 8-3, que le da un tratamiento administrativo alternativo a las figuras delictivas en las que el límite máximo de

POR CUANTO: El enfrentamiento eficaz de conductas socialmente peligrosas demanda la aprobación de normas jurídicas que, sin desconocer el contenido predominante de la prevención, contribuyan a respaldar los principios y valores de la sociedad cubana, conminando previsoramente, con razonables y justas sanciones penales, los comportamientos que, de manera reprobable, puedan lesionar esos principios y valores.

POR CUANTO: El proceso de reformas que viene desarrollándose en la legislación económica, financiera y mercantil de nuestro país, determina la inmediata necesidad de modificar algunos preceptos del Código Penal y de adicionar otros, a fin de alcanzar la adecuada complementación de los objetivos procurados por esos cambios legislativos, mediante la previsión de normas que sancionen aquellos actos ilícitos que ocasionen o puedan ocasionar elevados perjuicios al desenvolvimiento correcto de las nuevas relaciones instituidas en la esfera aludida.

²³ ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, "Ley de Reforma Constitucional", de 12 de julio de 1992. Disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/constitucion_de_la_republica.html, consultada el 24/11/2017, a las 14.42. El 12 de julio de 1992 fue aprobada en sesión convocada al efecto, de la Asamblea Nacional del Poder Popular, la Ley de Reforma Constitucional encaminada a cumplimentar las recomendaciones del IV Congreso del Partido Comunista de Cuba adoptadas como resultado del debate público, abierto, franco y sereno con el pueblo, del llamamiento que lo convocó y que evidenció, en lo concerniente a la actividad de los organismos estatales, la necesidad de encontrar vías para hacer aún más representativas nuestras instituciones democráticas y, consecuentemente, adoptar decisiones con vista a perfeccionar sus estructuras, atribuciones y funciones de dirección en sus diferentes instancias; incluir precisiones sobre la gestión del gobierno en provincias y municipios; establecer nuevas formas de elección de los diputados a la Asamblea Nacional y de los delegados a las asambleas provinciales, así como otras cuestiones de interés para la vida institucional del país.

la sanción aplicable no exceda de un año de privación de libertad o de multa no superior a 300 cuotas, o ambas;

- Introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas y a tales efectos modifica los artículos 16, 28, 35 y 47;
- Extiende de tres a cinco años de privación de libertad el término para la aplicación de las sanciones subsidiarias de la privación de libertad, de limitación de libertad, trabajo correccional con internamiento y de trabajo correccional sin internamiento; así como para disponer la remisión condicional de la sanción;
- Modifica el artículo 30, en el sentido de facultar a los tribunales, para que durante el término de cumplimiento de la sanción de privación de libertad, que no exceda de cinco años, que hayan impuesto, a propuesta del órgano correspondiente del ministerio del interior y oído el parecer del fiscal, puedan disponer su sustitución por una sanción subsidiaria;
- Amplia el contenido del inciso 4 del artículo 58, para regular que el tribunal, en la resolución que disponga la libertad condicional, señalará las obligaciones que el beneficiario tiene que cumplir, en especial las relacionadas con las actividades laborales, así como cualquier otra actividad o restricción que contribuya a evitar que incurra en un nuevo delito;
- Se adicionan los delitos de Tráfico de Influencias, de Proxenetismo y Trata de Personas, de Insolvencia Punible y modifica el delito de Escándalo Público, el que con su nuevo contenido paso a denominarse Ultraje Sexual.

Entre las modificaciones de mayor significación, a los efectos de este estudio se destacan las facultades otorgadas a la autoridad actuante²⁴ en los delitos en que el límite máximo de la sanción aplicable no exceda

²⁴ En el artículo 8.3 del Código Penal, se regula esta facultad, que puede ser ejercida por la policía o el fiscal, la que fue adicionada al Código Penal por el apartado 3 del artículo uno del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997, para los delitos en los que el límite máximo de la sanción aplicable no excediera de un año de privación de libertad o de multa no superior a trescientas cuotas o ambas, facultad que ha tenido una aplicación lo suficientemente amplia, como para que se aprecie una significativa disminución de las causas penales que son competencia de los tribunales municipales populares. Hasta la vigencia del Decreto-Ley No. 310/2013, los Tribunales Municipales Populares conocían de los delitos sancionables con privación de libertad que no excediera de tres años, o multa no superior a mil cuotas o ambas. El artículo 8 del referido Decreto-Ley, amplió la competencia de los Tribunales Municipales Populares, facultándolos para conocer de los índices de peligrosidad predelictiva y de los delitos cometidos en sus respectivos territorios,

de un año de privación de libertad o de multa no superior a 300 cuotas, o ambas; de en lugar de remitir el conocimiento del hecho al tribunal, imponer al infractor una multa administrativa, siempre que en la comisión del hecho resulte evidente la escasa peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor, como por las características y consecuencias del hecho, reservando el tratamiento del Derecho penal para las infracciones de mayor gravedad²⁵.

A partir de entrada en vigor del Decreto-Ley No. 310 de primero de octubre de 2013²⁶, como analizaremos *infra*, se amplió el ámbito de aplicación del artículo 8.3, a los delitos en los que el límite máximo de la sanción aplicable no exceda de tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o ambas, facultando a la autoridad actuante para, en lugar de remitir el conocimiento del hecho al Tribunal, imponer una multa administrativa, siempre que en la comisión del hecho se evidencie escasa peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor como por las características y consecuencias del delito. Para la aplicación de esta prerrogativa a los delitos sancionables de uno a tres años de privación de libertad, se requiere la aprobación del Fiscal.

Con la introducción del apartado 3 del artículo 8 del Código Penal, se otorga mayor poder discrecional a la policía para decidir sobre la denuncia de hechos que dada su particular peligrosidad social resultan de innecesario conocimiento por los tribunales municipales, lo que contribuye de manera importante a descongestionar el trabajo en estos órganos colegiados y se ofrece una respuesta pronta y reparadora del daño recibido a la víctima, con la consecuente aplicación de un Derecho penal administrativo sancionador al infractor de la norma, como expresión del carácter fragmentario del Derecho penal y de su condición de último recurso²⁷.

sancionables con multa de hasta mil cuotas, o privación de libertad que no exceda de ocho años, o ambas.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA, “Decreto-Ley No. 175... *cit*; p. 37, Artículo 1.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA, “Decreto-Ley No. 310”, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 18 de 25 de junio de 2013, p. 131, Artículo 1. Disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/95036/111733/F1546884425/CUB95036.pdf>, consultado el 23/11/2017, a las 16.40.

²⁷ FERNÁNDEZ ROMO, Rodolfo, “Las Modificaciones a la Ley de Procedimiento Penal cubana por el Decreto-Ley No. 310 de 29 de mayo de 2013, en *Comentarios a las leyes penales cubanas* (Comentadas, actualizadas y concordadas, hasta los Decretos Leyes No. 310 de 29 de mayo de 2013, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 18 de 25 de junio de 2013 y No. 316, de 7 de diciembre del 2013, modificativo del Código Penal y de la Ley contra Actos de Terrorismo, publicado en la Gaceta Oficial No. 44 Extraordinaria de 19 de diciembre de 2013),

En relación con la cuantía de la multa administrativa, la Disposición Especial Única²⁸, adicionada por el del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997 y modificada por el Decreto-Ley No. 310 de 29 de mayo de 2013²⁹, regula que: “A los efectos de lo previsto en el apartado 3 del artículo 8 de este Código, para los delitos cuya sanción no exceda de un año de privación de libertad o multa de cien a trescientas cuotas o ambas, la multa administrativa aplicable no podrá ser inferior a doscientos pesos, ni superior a dos mil pesos. No obstante, el límite máximo de la multa podrá extenderse hasta tres mil pesos cuando las circunstancias concurrentes en el hecho o en el infractor así lo aconsejen”.

En cuanto a los delitos cuya sanción aplicable pueda ser superior a un año y hasta 3 años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o ambas, la multa administrativa a imponer no será inferior a quinientos pesos, ni superior a cinco mil, aunque en determinados casos, atendiendo a las condiciones personales del autor y las circunstancias concurrentes, pueda aumentarse hasta siete mil pesos. En estos casos, cuando proceda, se impondrá además la responsabilidad civil exigible de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 70 y 71 de este Código³⁰.

Asimismo, podrá procederse al comiso de los efectos o instrumentos del delito, aplicando en lo pertinente las regulaciones que respecto a la sanción accesoria de comiso se establecen en el artículo 43 del Código Penal³¹.

En la Disposición Especial Única se establece, de forma idéntica a como lo normaba el Decreto-Ley No. 175 de 1997, que si el culpable satisface el pago de la multa y cumple los términos de la responsabilidad civil dentro de los diez días hábiles siguientes al de su imposición, se tendrán por concluidas las actuaciones y el hecho, a los efectos penales no será considerado

Coordinador: Dr. Arnel Medina Cuenca. Serie: Ciencias Penales y Criminológicas. Diciembre de 2014. No. 3, p. 383. Disponible en: <http://vlex.com/vid/540344370>, consultada el 16/11/2017, a las 13.48.

²⁸ Esta Disposición Especial fue adicionada por el artículo 37 del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997 (G. O. Ext. No. 6 de 26 de junio de 1997, página 46).

²⁹ NA: La modificación consiste en hacer corresponder la nueva redacción del apartado 3 del artículo 8 con el contenido de la Disposición Especial, sobre la cuantía de la multa administrativa a imponer en los casos de aplicación del referido artículo.

³⁰ En realidad debió hacer referencia también a los artículos 82 al 88 del Código Civil. Ley No. 59 de 16 de julio de 1987. Se trata de una imprecisión que se ha mantenido en el 2013, pero que fue incorporada al Código Penal por el Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1977.

³¹ CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA, “Decreto-Ley No. 310”... *cit*; p. 131, DISPOSICIÓN ESPECIAL ÚNICA.

delito...³²; sin embargo, en la práctica, en ocasiones, con esta decisión, de la policía o del fiscal, en su caso, al no ser definitiva, no se pone fin al proceso y ello permite que se revoque y se les exija responsabilidad penal a personas que habían recibido este tratamiento administrativo, lo cual atenta contra la seguridad jurídica que debe caracterizar al sistema de justicia penal.

En el año 1999 se produjo una ruptura en la política penal que se venía aplicando desde los inicios de la década, incluidos los años más duros de la crisis económica, con la aprobación de la Ley No. 87, modificativa del Código Penal³³, la que entre otras modificaciones incluyó las siguientes:

- Introduce en el Código Penal la pena de privación perpetua de libertad, como sanción principal directa o alternativa, para los delitos en que expresamente se halle establecida o alternativamente en los delitos que tienen prevista la sanción de muerte³⁴;
- Elimina el límite de 30 años, para la aplicación por el tribunal, de la sanción de privación temporal de libertad, al facultarlo para extender dicho término, sin límites de duración, en los delitos en los que al apreciar la agravación extraordinaria de la sanción, ésta excediera de treinta años, al aplicar preceptivamente la reincidencia o multirreincidencia y cuando al formarse la sanción conjunta, ésta excediera de treinta años, a cuyos efectos también suprimió del artículo 56, inciso 1 del Código Penal, los límites de 30 años para la sanción de privación temporal de libertad y de veinte mil cuotas para la multa³⁵;
- Modifica la cuantía de las cuotas de la sanción de multa, situándolas entre uno y cincuenta pesos. Hasta esa fecha estaban reguladas entre cincuenta centavos y veinte pesos;

³² *Ídem*.

³³ ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, "Ley No. 87, Modificativa del Código Penal", de 16 de febrero de 1999, *Gaceta Oficial Extraordinaria* de 15 de marzo de 1999, página 1. Disponible en: <http://www.parlamentocubano.cu/?documento=ley-modificativa-del-codigo-penal>, consultada el 12/11/2017, a las 13.45.

³⁴ *Ídem*, Artículo 1. El apartado 3 del Artículo 30 del Código Penal, tal y como quedo modificado, establece que: "Al sancionado a privación perpetua de libertad no pueden concedérsele los beneficios de la libertad condicional ni licencia extrapenal. No obstante, excepcionalmente, el tribunal sancionador, al cumplir aquél treinta años de reclusión puede otorgarle la libertad condicional si por razones fundadas y con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 58 de este Código, en lo atinente, se hace merecedor de ella".

³⁵ *Ibidem*, Artículo 1, que modifica el apartado 4 del artículo 30 del Código Penal.

- Incluye una nueva modalidad de agravación extraordinaria de la sanción en el artículo 54, al incrementar preceptivamente hasta el doble los límites mínimos y máximos de la sanción prevista para el delito cometido, al cuando al ejecutar el hecho el autor se halle extinguiendo una sanción o medida de seguridad o sujeto a medida cautelar de prisión provisional o evadido de un establecimiento penitenciario o durante el período de prueba correspondiente a su remisión condicional³⁶;
- Modifica la forma de apreciar la reincidencia y la multirreincidencia por los tribunales pasándola de facultativa a preceptiva para los delitos intencionales reprimidos con sanción superior a un año de privación de libertad o de trescientas cuotas de multa e introduce con carácter facultativo, su apreciación por los tribunales cuando la sanción prevista para el delito sea inferior;
- Precisa que la libertad condicional procede solamente para la sanción de privación temporal de libertad;
- Incrementa las sanciones para el delito de tráfico de drogas, hasta la pena de muerte, para los casos en que el delito se comete por funcionarios públicos, autoridades o sus agentes o auxiliares, cuando el inculpado participa en actos relacionados con el tráfico ilícito internacional o se utilizan en su comisión personas menores de 16 años de edad;

- Se incrementan las penas al delito de Sacrificio Ilegal de Ganado Mayor;
- Modifica el Título VI de los delitos contra el patrimonio cultural, en el sentido de eliminar el término “bien declarado parte integrante del patrimonio cultural” de la redacción de los artículos 244 y 245, lo mantiene en el 243, agrava las sanciones en los casos en que los bienes sustraídos sean de considerable valor e introduce un nuevo delito, el de Falsificación de Obras de Arte;

³⁶ Las situaciones creadas, en los primeros dos años de vigencia de la Ley, con la imposición de sanciones excesivamente severas, como resultado de la aplicación de esta modalidad de agravación extraordinaria, fueron resueltos por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, a través del Dictamen No. 400 (Acuerdo No. 40 de 28 de marzo de 2001), que precisó que: “Cuando la Ley establece en el apartado 4 del artículo 54, que el tribunal “aumentará hasta el doble los límites mínimos y máximos de la sanción prevista para el delito cometido”, esto significa que en la formación del nuevo marco penal, se podrá llegar hasta el doble de los referidos límites, sin que sea necesario extender los aumentos siempre al doble, pues de entenderlo así, la ley hubiese empleado la frase “aumentando en la mitad”.

- Se modifican los artículos 298 y 299 sobre la Violación y la Pederastia con Violencia, perfeccionando y ampliando a nuevas situaciones, la redacción del primero y penalizando más severamente, hasta con la pena de muerte, la reincidencia en la comisión del delito de violación e incluye en la figura agravada del delito de Pederastia con Violencia la reincidencia, como circunstancia de agravación específica, sancionada con privación de libertad de 15 a 30 años o muerte;
- Se amplían las circunstancias de calificación de la figura agravada del delito de Corrupción de Menores y se le agrava la sanción de veinte a treinta años o muerte;
- Se penaliza la Venta y Tráfico de Menores;
- Se agravan las sanciones de los Delitos Contra los Derechos Patrimoniales, elevando significativamente las penas previstas para las figuras agravadas de mayor peligrosidad social, como el Robo con Fuerza y el con Violencia o Intimidación en las Personas, con límites mínimos de 20 años en dos apartados del artículo 327 y las sanciones de privación perpetua de libertad y la de muerte para las figuras delictivas más graves; y en el de Robo con Fuerza en las Cosas, se prevé también un límite mínimo de 20 años, que puede llegar hasta 30 o privación perpetua de libertad, cuando el hecho se comete en vivienda habitada hallándose presente sus moradores, se ejecuta por una persona que es reincidente específico en la comisión de delitos de robo con fuerza o con violencia, por miembros de un grupo organizado, o con la participación de menores de 16 años de edad.
- Introduce el delito de Lavado de Dinero en el Título XV, sobre los Delitos contra la Hacienda Pública y le adiciona al Libro II un nuevo Título, el XV, dedicado a los Delitos contra el Normal Tráfico Migratorio, en el que se penaliza el delito de Tráfico de Personas, con penas que van desde los siete años de privación temporal de libertad, hasta la privación perpetua de libertad.

En los últimos años, cuando ya se realiza un estudio de la legislación penal, con vistas a su transformación integral, se destaca también la aprobación del Decreto-Ley No. 310, de 29 de mayo de 2013³⁷, que en la materia investigada, introduce las modificaciones siguientes:

³⁷ CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA, "Decreto-Ley No. 310", *cit*; p. 131. En su único POR CUANTO se expresan los propósitos del legislador y se mencionan los trabajos que se vienen realizando en el estudio de la legislación penal. POR CUANTO: Los cambios y transformaciones que han tenido lugar en el ámbito económico y social del país, la situación actual de las manifestaciones delictivas, los requerimientos emergentes de la práctica judicial y la necesidad de

- La ampliación hasta 3 años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o ambas, del límite máximo de los delitos en que la autoridad actuante está facultada para, en lugar de remitir el conocimiento del hecho al Tribunal, imponer una multa administrativa (Artículo 1).
- La incorporación al artículo 47 del Código Penal, del apartado cuatro, que autoriza al tribunal a adecuar, con carácter excepcional, la sanción dentro del marco previsto para la modalidad básica del propio delito, cuando considere que la sanción a imponer, aún en el límite mínimo previsto para el delito calificado, resulta excesivamente severa (Artículo 3).
- Facultar para aplicar la sanción conjunta, prevista en el artículo 56 del Código Penal, al Tribunal Provincial Popular del territorio donde una persona se halle extinguiendo dos o más sanciones de privación de libertad, por no habersele impuesto oportunamente una sanción única por cualquier circunstancia, con lo que se puso fin a las numerosas dificultades que le ocasionaba al sistema penitenciario y también a los tribunales, la regulación anterior, que atribuía esta facultad al tribunal sancionador (Artículo 4).
- Atribuir al Tribunal Municipal Popular del territorio en que conste domiciliado el sancionado o asegurado la competencia para efectuar los trámites para la ejecución y el control del cumplimiento de las sanciones subsidiarias de la privación de libertad que no conllevan internamiento y las medidas de seguridad predelictivas de carácter no detentivo, la remisión condicional de la sanción, así como de los beneficios de la excarcelación anticipada (Artículo 7).
- Amplia la competencia de los tribunales municipales populares para conocer de los delitos cometidos en sus respectivos territorios, sancionables con multa de hasta mil cuotas, o privación de libertad que no exceda de ocho años, o ambas (Artículo 8).

A manera de resumen se concluye que la reforma penal cubana, iniciada con la aprobación del Decreto-Ley No. 87, el 22 de julio de 1985, ha tenido varios momentos trascendentales, como la entrada en vigor de la Ley No. 62 de 1987, el 30 de abril de 1988, la promulgación del Decreto-Ley No. 150 de 6 de junio de 1994, del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de 1997, la Ley No. 87 de 1999 y del Decreto-Ley No. 310/2013, de 29 de

procurar mayor efectividad y eficacia en la prevención y el enfrentamiento al delito, demandan la actualización impostergable de las disposiciones legales vigentes vinculadas con esa problemática, a fin de contribuir a la aplicación más coherente de la política criminal trazada por el Estado, a reserva del trabajo que ejecuta de manera integral en el estudio de la legislación penal.

mayo, por señalar los de mayor impacto, sin dejar de considerar en materias muy específicas, la Ley Contra actos de Terrorismo, No. 93 de 20 de diciembre de 2001³⁸, la Ley No 88, de Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba, de dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve³⁹ y el Decreto-Ley No. 316 de 5 de diciembre de 2013, modificativo del Código Penal y de la Ley Contra actos de Terrorismo⁴⁰, que entre otras importantes regulaciones, modifica el Capítulo II “Lavado de Dinero”, del Título XIV “Delitos contra la Hacienda Pública”, por la de “Lavado de Activos”, ampliando de manera significativa los ilícitos penales que no se encontraban previstos en su regulación anterior, algunos de los cuales son de muy controvertida aplicación, como el hurto, las lesiones y el sacrificio ilegal de ganado mayor. Como se ha dicho *supra*, algunas de las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley No. 150 de 1994 y particularmente las de la Ley No. 87 de 1999, por las causas señaladas en sus POR CUANTOS, constituyeron un retroceso en relación con la política penal que se había venido aplicando desde la segunda mitad de la década de los ochenta del pasado siglo.

2.1. La proporcionalidad de la pena

2.1.1. El principio de proporcionalidad

La exigencia del principio de proporcionalidad tiene entre sus antecedentes lo proclamado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, donde se señala que la ley no debe establecer más penas que las estrictamente necesarias y que estas deben ser proporcionales al delito⁴¹.

³⁸ Vid, DE LA CRUZ OCHOA, Ramón, “Ley Contra actos de Terrorismo”, en *Comentarios a las leyes penales cubanas*, Coordinador: Dr. Arnel Medina Cuenca. Serie: Ciencias Penales y Criminológicas. Diciembre de 2014. No. 3, pp. 200-236. Disponible en: <http://vlex.com/vid/540344370>, consultada el 14/11/2017, a las 13.45.

³⁹ Vid, TOLEDO SANTANDER, José Luis, “La Ley de Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba. No. 88 de 1999”, en *Comentarios a las leyes penales cubanas*, Coordinador: Dr. Arnel Medina Cuenca. Serie: Ciencias Penales y Criminológicas. Diciembre de 2014. No. 3, pp. 237-246. Disponible en: <http://vlex.com/vid/540344378>, consultada el 14/11/2017, a las 14.35.

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA, “Decreto-Ley No. 316, de 5 de diciembre de 2013, modificativo del Código Penal y de la Ley Contra actos de Terrorismo”, Gaceta Oficial Extraordinaria de 19 de diciembre de 2013. Disponible en: <http://vlex.com/vid/540344406>, consultado el 21/11/2017, a las 14.35.

⁴¹ REPRESENTANTES DEL PUEBLO FRANCÉS, CONSTITUIDOS EN ASAMBLEA NACIONAL, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, adoptada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1879. Disponible

En la obra cumbre de Beccaria⁴², encontramos entre otras concepciones en relación con la proporcionalidad de las penas, la de que debe haber una proporción entre los delitos y las penas, y al respecto precisa que si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un obstáculo más fuerte para cometer el mayor cuando éste les acarree mayores ventajas y concluye afirmando que uno de los mayores frenos del delito no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad.

Hay coincidencia en la doctrina en el hecho de que el principio de proporcionalidad de las penas, o de prohibición de exceso, se fue introduciendo como tal, paulatinamente en los Códigos Penales a partir de la Revolución Francesa de 1789, pero no fue hasta finalizada la II Guerra Mundial y las declaraciones internacionales que le sucedieron como la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴³, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, donde se materializan en regulaciones bien precisas, la eliminación de las torturas y de las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El principio de proporcionalidad de las penas exige por una parte, que la pena sea proporcional al delito y por la otra, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho⁴⁴, teniendo en cuenta su trascendencia para la propia sociedad que se pretende proteger con la norma⁴⁵.

en: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf, consultado el 24/11/2017, a las 13.40.

Artículo 8: "La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente".

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 es uno de los textos fundamentales incluidos en el preámbulo de la Constitución francesa de octubre de 1958. Luis XVI aprobó el texto el 5 de octubre de 1789.

⁴² BECARIA, César, *De los delitos y de las penas (introducción, notas y traducción por F. Tomás Valiente)*, Reimpresión, Madrid, 1979, p. 71.

⁴³ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH) y COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, "Declaración Universal de Derechos Humanos", *cit. ...*, p. 21. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1986/instrumentos-internacionales-proteccion-ddhh-2005.pdf>, consultado el 23/11/2017, a las 17.35.

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, Sexta Edición, Reppertor, Barcelona, 2002, p. 133.

⁴⁵ SANZ MULAS, Nieves, *Alternativas a la prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Talleres Impresos Chávez, México, 2004, p. 395. Al analizar los elementos que deben ser tenidos en cuenta en la valoración de este principio, precisa que "el

Coincidimos con Fuentes Cubillos⁴⁶, en que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del *ius puniendi*. Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal.

En la determinación de las penas ha de existir una necesaria relación entre los medios y los fines, es decir entre la idoneidad de la aplicación de un determinado medio y su necesaria correspondencia con los fines atribuidos a la pena a partir de los criterios de política criminal existentes en una sociedad determinada, en lo que entraría a jugar también el valor que se le atribuye al principio de última *ratio*. “Si hay forma de resolver un conflicto por la vía civil o administrativa, sin recurrir a la más severa forma de intervención estatal, deben preferirse aquéllas⁴⁷.”

2.1.2. La proporcionalidad de las penas en la Ley No. 62 de 1987

En relación con el principio de proporcionalidad de las penas, en Cuba a partir de la Ley No. 62 de 1987, se presentó una situación favorable para los operadores del sistema de justicia penal, con marcos penales más flexibles y la posibilidad de apreciar facultativamente la reincidencia y la multirreincidencia, entre otras importantes regulaciones, que favorecieron un incremento significativo de la utilización de las sanciones subsidiarias de la privación de libertad⁴⁸. Modificaciones posteriores agravaron las penas de determinadas figuras delictivas⁴⁹ y también se incrementaron las disposiciones que favorecen y amplían las posibili-

principio de proporcionalidad, en su perspectiva más garantista, está obligado a ponderar tres entidades: la gravedad de la conducta, el bien jurídico a proteger y la consecuencia jurídica con la que se va a castigar”.

⁴⁶ FUENTES CUBILLOS, Hernán, “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena, *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, núm. 2, Universidad de Talca. Talca, Chile 2008, p.5. Disponible en: http://www.redalyc.org/pdf/197/Resumenes/Resumen_19714201_1.pdf, consultada el 26/11/2017, a las 18.55.

⁴⁷ *Ídem*, p. 11.

⁴⁸ MEDINA CUENCA, Arnel, “Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas...”, *op. cit.*; p. 98.

⁴⁹ *Vid.*, ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, “Ley No. 87... *cit.*; p. 1.

dades de adecuación de la sanción por parte de los tribunales, incluyendo aquellas que especialmente permiten disminuir el límite mínimo del denominado marco penal legal normal, que facilitan la aplicación del principio de proporcionalidad, entre las que se destacan las siguientes:

- Los tribunales pueden rebajar facultativamente hasta en dos tercios los límites mínimos de las sanciones establecidas para los delitos, cuando los mismos se cometen en grado de tentativa (Artículo 12, apartado 5).
- El artículo 17 que prevé en su apartado 1 que en el caso de las personas mayores de 16 años y menores de 18 años de edad, los límites mínimos y máximos de las sanciones pueden ser reducidos hasta la mitad, y con respecto a los mayores de 18 y hasta 20 años de edad, la rebaja puede ser hasta en un tercio. En ambos casos predominará el propósito de reeducarlos, adiestrarlos en una profesión u oficio e inculcarles el respeto al orden legal.
- El límite mínimo de las sanciones de privación de libertad puede ser rebajado en la tercera parte a las personas que tengan más de 60 años de edad en el momento en que se le juzga.
- La regulación de que la sanción imponible al cómplice es la correspondiente al delito, rebajados en un tercio en sus límites mínimo y máximo (artículo 19, apartado 2).
- Mediante la aplicación de las denominadas circunstancias eximentes incompletas, los límites de la sanción pueden ser rebajados por el tribunal, en las proporciones previstas en los artículos 20 sobre la enfermedad mental, 21 en la legítima defensa, 22 sobre el estado de necesidad, 25.3 en la obediencia debida y 26.2 en el miedo insuperable.
- En la posibilidad de aplicar alternativamente a la sanción de privación de libertad que no exceda de cinco años, las sanciones subsidiarias⁵⁰ de trabajo correccional con internamiento, trabajo correccional sin internamiento y limitación de libertad, cuando por la índole del delito y sus circunstancias y por las características individuales del sancionado, existen razones fundadas para estimar que la reeducación es susceptible de obtenerse mediante el cumplimiento de las

⁵⁰ MEDINA CUENCA, Arnel, "Las sanciones subsidiarias de la privación de libertad en la legislación cubana", *Revista Cubana de Derecho* No. 40, Año XIX, La Habana, enero-abril, 1990. Vid, los antecedentes, requisitos y características de la aplicación de estas sanciones subsidiarias de la privación de libertad. Hasta las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley No. 175 de 1997, el límite máximo de las sanciones a las que se les podía aplicar una pena subsidiaria era de tres años. CONSEJO DE ESTADO, "Decreto-Ley No. 175... cit; pp. 37-46.

obligaciones establecidas en los artículos 32, 33 y 34 del Código Penal para el cumplimiento de estas sanciones.

- La posibilidad de sustituir la sanción de multa de hasta 100 cuotas por la de amonestación, cuando por la naturaleza del hecho y las características individuales del infractor, sea razonable suponer que la finalidad de la sanción puede ser alcanzada sin necesidad de afectación patrimonial (artículo 36, apartado 2).
- El artículo 48 apartado 1 regula que los delitos por imprudencia se sancionan con privación de libertad de cinco días a ocho años o con multa cinco a mil quinientas cuotas y la sanción no podrá exceder de la mitad de la establecida para cada delito en particular.
- La facultad que tienen los tribunales de disminuir hasta la mitad el límite mínimo de la sanción prevista para el delito cuando concurren varias circunstancias atenuantes o se manifieste una de ellas de modo muy intenso (artículo 54 apartado 1).
- La extensión a cinco años del límite de la sanción que faculta a los tribunales para disponer la remisión condicional de la sanción⁵¹.
- La posibilidad que tienen los tribunales de otorgar la libertad condicional a los sancionados a privación temporal de libertad, cuando apreciando sus características individuales y su comportamiento durante el tiempo de reclusión, existen razones fundadas para considerar que se ha enmendado y que el fin de la punición se ha alcanzado sin necesidad de ejecutarse totalmente la sanción, siempre que haya extinguido uno de los términos siguientes:
 - a. La tercera parte de la sanción impuesta para los menores de 20 años de edad;
 - b. La mitad cuando se trate de sancionados primarios;
 - c. Las dos terceras partes cuando se trate de reincidentes y multi-reincidentes.

2.2. Regulaciones que favorecen la resocialización de los privados de libertad

El Código Penal, enriquecido por varias de las modificaciones posteriores, también contiene varias regulaciones que favorecen el cumpli-

⁵¹ NA: El artículo 57 del Código Penal hasta el año 1997, en que fue modificado en su apartado uno por el artículo 13 del Decreto-Ley No. 175 de 17 de junio de ese año, establecía el límite de tres años de privación de libertad.

miento del principio de resocialización, entendido como la necesidad de ampliar las posibilidades de participación de los sancionados a privación de libertad en la vida social, preparándolos para su reincorporación a la sociedad.

Este principio se vincula al de humanidad de las penas, en materia de ejecución penitenciaria, porque el mismo obliga a tratar a los reclusos con el debido respeto y a trabajar por su reeducación en los principios de actitud honesta hacia el trabajo, de estricto cumplimiento de las leyes y de respeto a las normas de convivencia social.

A lo expresado cuando explicamos el principio de proporcionalidad, sobre las posibilidades que le ofrece el Código Penal al tribunal, a la hora de determinar el tipo y la cuantía de la sanción a imponer al autor de un delito, se unen otras que están muy directamente vinculadas a los fundamentos del principio de resocialización, entre los que se destacan las siguientes:

- Los menores de 20 años de edad cumplen la sanción en establecimientos especialmente destinados a ellos, o en secciones separadas de los destinados a mayores de edad (artículo 30 apartado 9).
- En los establecimientos penitenciarios se aplica el régimen progresivo como método para el cumplimiento de las sanciones de privación temporal de libertad y como base para la concesión de la libertad condicional (artículo 30 apartado 10).
- El sancionado no puede ser objeto de castigos corporales ni es admisible emplear contra él medida alguna que signifique humillación o que redunde en menoscabo de su dignidad (artículo 30 apartado 11).
- Durante el cumplimiento de la sanción, los sancionados aptos para el trabajo efectúan labores útiles, si acceden a ello, se les remunera por el trabajo que realizan y se les concede el derecho a obtener las prestaciones a largo plazo de la seguridad social, en los casos de invalidez total originada por accidentes del trabajo (artículos 31, apartado 12, 32, apartado 1, incisos a y d).
- Se les proporciona la posibilidad de intercambiar correspondencia, recibir visitas, artículos de consumo, se les autoriza el uso de pabellón conyugal, se les proporciona oportunidad y medios para la recreación y el deporte y se les promueve a mejores condiciones penitenciarias (artículo 31 apartado 1, inciso f).
- Las personas menores de 27 años de edad recluidas en establecimientos penitenciarios reciben una enseñanza técnica o se les adiestra en un oficio acorde a su capacidad y grado de escolaridad (artículo 31, apartado 2).

- A los sancionados a privación de libertad, puede concedérseles, conforme a los reglamentos, permiso de salida de los establecimientos penitenciarios por tiempo limitado (artículo 31, apartado 3, inciso a).
- El tribunal sancionador puede concederles, por causas justificadas y previa solicitud, licencia extrapenal durante el tiempo que se considere necesario (artículo 31, apartado 3, inciso b).
- El tiempo de las licencias extrapenales y de los permisos de salida del establecimiento penitenciario, así como las rebajas que se le hayan concedido durante el cumplimiento de la sanción, se abonan al término de duración de la sanción privativa de libertad (artículo 31, apartado 4).

Otro beneficio que pueden recibir los sancionados a privación de libertad, como se ha dicho *supra*, es el regulado en los apartados 13 y 14 del propio artículo 30, a partir de la vigencia del Decreto-Ley No. 175, que faculta a los tribunales, a solicitud del ministerio del interior y oído el parecer del fiscal, durante el término del cumplimiento de la sanción privativa de libertad que haya impuesto, a sustituirla por alguna de las sanciones subsidiarias⁵² previstas en los artículos 32, 33 y 34, por el término que al sancionado le reste de la privación de libertad inicialmente aplicada, cuando concurren los requisitos siguientes:

- Que el término de la sanción de privación de libertad no exceda de 5 años.
- El sancionado debe haber extinguido, por lo menos la tercera parte de la sanción impuesta cuando se trate de sancionados primarios, la mitad cuando se trate de reincidentes y las dos terceras partes cuando se trate de multirreincidentes.

En correspondencia con el régimen progresivo los sancionados a privación temporal de libertad, también pueden ser promovidos al régimen correccional laboral, que está regulado en el Reglamento penitenciario, en la etapa previa a la fecha en que les corresponde evaluar la libertad condicional. Este régimen se cumple en establecimientos abiertos, muy similares a los que se utilizan los sancionados a trabajo correccional con internamiento, y con posibilidades de ampliar los vínculos con la familia y la comunidad, al poder disfrutar de permisos de salida de corta duración, que generalmente se les conceden los fines de semana.

⁵² NA: Se refiere a las sanciones subsidiarias de la privación de libertad que no excedan de 5 años, de trabajo correccional con internamiento (artículo 32), trabajo correccional sin internamiento (artículo 33) y de limitación de libertad (artículo 34).

Para los sancionados a trabajo correccional con internamiento se regulan, entre otras las siguientes medidas tendentes a lograr la resocialización del sancionado:

- La sanción de trabajo correccional con internamiento se cumple en el centro de trabajo que determine el ministerio del interior (artículo 32, apartado 4).
- Al sancionado a trabajo correccional con internamiento se le autorizarán visitas familiares y permisos de salida del Centro de internamiento que contribuyan a conservar y mejorar su vinculación con su medio social y familiar (artículo 32, apartado 5).
- Si el sancionado a trabajo correccional con internamiento, cumple satisfactoriamente con sus obligaciones, el tribunal podrá en cualquier momento suspender el cumplimiento de la sanción, previa solicitud de los órganos competentes del ministerio del interior (artículo 32, apartado 6).
- El tribunal, al término de la sanción, la declarará extinguida y lo comunicará al ministerio de justicia a los efectos de que por éste se cancele en el Registro Central de Sancionados, el antecedente penal proveniente de dicha sanción (artículo 32, apartado 7).

Si comparamos las regulaciones que hemos descrito anteriormente con lo establecido en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas⁵³ para

⁵³ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos", Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Disponibles en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TreatmentOfPrisoners.aspx>, consultadas el 14/11/2017, a las 22.12.

El 17 de diciembre de 2015, la Asamblea General de la ONU, mediante su Resolución 70/175, aprobó las Nuevas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela).

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, UNODC, "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)". Disponibles en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf, consultadas el 14/11/2017, a las 22.40. En palabras del difunto Nelson Rolihlahla Mandela, que pasó 27 años de su vida en la cárcel: "Se dice que no se conoce un país realmente hasta que se está en sus cárceles. No se debe juzgar a una nación por cómo trata a su ciudadanos más destacados, sino a los más desfavorecidos." (<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2015/05/mandela-rules-on-prisoner-treatment-adopted-in-landmark-revision-of-un-standards/>)

el tratamiento de los reclusos, podemos apreciar que el legislador cubano de 1987, prefirió no dejar en manos de los reglamentos penitenciarios⁵⁴, los elementos que conforman el contenido esencial del trabajo de reeducación, que como parte del régimen progresivo, constituye un requisito indispensable para lograr la resocialización de los sancionados a privación de libertad.

3. Modificaciones posteriores que interfieren la aplicación de un adecuado arbitrio judicial y las Instrucciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular relacionadas

Como se ha afirmado *supra*, el Código Penal cubano, sobre todo a partir de las modificaciones realizadas en la década de los noventa del siglo XX, no está tampoco exento de regulaciones que no favorecen la apli-

Vid, RODRÍGUEZ VIDALES, Yolanda, “¿Qué son y en qué consisten las “Reglas Nelson Mandela” para los reclusos?”, CONFILEGAL, 4 de agosto de 2017. Disponible en: <https://confilegal.com/20170804-que-son-y-en-que-consisten-las-reglas-nelson-mandela-tratamiento-reclusos/>, consultada el 14/11/2017, a las 23.20.

Las “Reglas Nelson Mandela”, son producto de una revisión exhaustiva a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos que realizó una comisión de expertos designada por la ONU en el año 2010 y que durante 5 años trabajaron para adaptar a estos nuevos tiempos, estas reglas que fueron aprobadas en el año 1955 durante el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y finalmente adoptadas por el Consejo Económico y Social de la ONU el 31 de julio de 1957, hace ya 59 años. Se trata de un conjunto de 122 reglas que revisan e incorporan nuevos conceptos a las antiguas normas de Naciones Unidas sobre esta materia de 1955. Las reglas reciben el nombre de Nelson Rolihlahla Mandela (1918-2013), uno de los grandes defensores de los derechos humanos. Un símbolo de la lucha contra el “Apartheid” dentro y fuera de su país, Sudáfrica.

Ahora, estas nuevas Reglas, que llevan su nombre, pueden contribuir a que el encarcelamiento deje de ser un tiempo desperdiciado de sufrimiento y humillación para convertirse en una etapa de desarrollo personal que condujera a la puesta en libertad, en beneficio de la sociedad en su conjunto. Aunque como se asegura en los preliminares, el objeto de las reglas “no es describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente enunciar, partiendo de los conceptos generalmente aceptados en nuestro tiempo y de los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y prácticas que hoy en día se reconocen como idóneos en lo que respecta al tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria”.

⁵⁴ NA: El Código Penal ha tenido que incorporar muchas de estas regulaciones ante la carencia de una Ley de Ejecución de Sanciones, que continúa siendo una carencia de nuestro sistema de justicia penal.

cación consecuente del principio de proporcionalidad y de la política de racionalidad, que como analizaremos *infra*, se promueve por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, tanto en la Parte General, con la agravación extraordinaria de la sanción⁵⁵ y la obligatoriedad de apreciar la reincidencia⁵⁶, como en la parte especial, con la existencia de modalidades delictivas que tienen previsto un límite mínimo de veinte años de privación de libertad, que en la práctica de su aplicación limitan el arbitrio judicial, como ocurre por ejemplo con la formulación de los artículos 327 y 328, del citado cuerpo legal⁵⁷.

Estas situaciones específicas se corresponden con las ya relacionadas, modificaciones introducidas por la Ley 87 de 1999, que elevó los marcos penales sancionadores de las modalidades agravadas de determinadas figuras delictivas debido a su nivel de incidencia y obedeciendo a razones de política criminal⁵⁸.

A lo afirmado anteriormente se une el hecho de que el Código Penal cubano contiene en su Parte General, numerosas regulaciones que le permiten al tribunal realizar una correcta adecuación de la sanción atendiendo al principio de proporcionalidad, que conforme a lo postulado en el artículo 47 obliga a los tribunales a acordar la medida de la sanción, teniendo en cuenta el grado de peligro social del hecho, las circunstancias concurrentes en el mismo, tanto atenuantes como agravantes y los móviles del inculpado, así como sus antecedentes, sus características

⁵⁵ NA: Nos referimos al apartado 4 del artículo 54, que fue adicionado por el artículo 4 de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999 (*Gaceta Oficial Extraordinaria* No.1 de 15 de marzo de 1999, p. 3).

⁵⁶ ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, "Ley No. 87... *cit*"; p. 4, artículo 5.

⁵⁷ ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, "Ley No. 87... *cit*"; pp. 11-13, artículo 20.

⁵⁸ Las causas que motivaron el endurecimiento de las penas a partir de la vigencia de la Ley No. 87/1999, se explican en el primer POR CUANTO de la ley, se correspondieron con el incremento de determinadas modalidades de la actividad delictiva, así como el surgimiento de nuevas formas de comisión de delitos, incompatibles con los generalizados principios éticos de la sociedad cubana que exigían una respuesta adecuada y enérgica; pero en nuestra opinión, también se produjeron excesos con la incorporación, con carácter preceptivo, del apartado 4 del artículo 54, sobre la agravación extraordinaria de la sanción, la obligatoriedad de apreciar la reincidencia y la multirreincidencia, incluidos los delitos de la competencia de los Tribunales Municipales Populares, en el procedimiento sumario y en el establecimiento de límites mínimos de veinte años de privación de libertad para las modalidades agravadas de los delitos de robo con fuerza en las cosas y de robo con violencia o intimidación en las personas de los artículos 327, apartados 4 y 5 y 328, apartado 3.

individuales, su comportamiento con posterioridad a la ejecución del delito y sus posibilidades de enmienda.

Si algún artículo del Código Penal cubano ha sido objeto de especial atención por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular⁵⁹, ese ha sido precisamente el 47, lo que demuestra el interés de nuestro máximo órgano de justicia de promover una política penal racional y uniforme en todo el territorio nacional. Entre las principales indicaciones se destacan las contenidas en la Instrucción No. 118 de 15 de marzo de 1985⁶⁰, sobre la prisión provisional, la Instrucción No. 137 de 1ro. de noviembre de 1990⁶¹, sobre la política penal en el denominado periodo especial en tiempos de paz, la Instrucción No. 170 de 11 de diciembre de 2002⁶², sobre la política penal, en los casos de delitos relacionados con la producción, cultivo, venta, demanda, tráfico, distribución y tenencia ilícita de drogas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras de efectos similares; especialmente en casos de tráfico internacional y la muy precisa Instrucción No. 175 de 21 de julio de 2004⁶³, que le recomienda a

⁵⁹ Para mayor información sobre la labor del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, en uso de la facultad que le otorga el artículo 121 de la Constitución de la República *Vid.*, <http://www.tsp.gob.cu/es/boletin-tribunal-supremo-popular>, consultado el 23/11/2017, a las 15.12. y también: <http://www.onbc.cu/uploads/media/page/0001/01/227287551415e37fe63ecabb8449710cdf1a2dfc.pdf>, consultado el 23/11/2017, a las 16.32.

⁶⁰ CONSEJO DE GOBIERNO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR, “Instrucción No. 118”, de 15 de marzo de 1985, sobre la prisión provisional. Disponible en: <http://juriscuba.com/wp-content/uploads/2015/10/Inst.-No.-118.pdf>, consultada el 12/11/2017, a las 16.10.

Dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular en cumplimiento de las instrucciones recibidas por el Tribunal Supremo Popular del Consejo de Estado de la República de Cuba, mediante Acuerdo de 8 de marzo de 1985. *Vid.* Artículo 90, inciso h, de la Constitución de la República de Cuba, que define entre las atribuciones del Consejo de Estado: “impartir instrucciones de carácter general a los tribunales a través del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

⁶¹ CONSEJO DE GOBIERNO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR, “Instrucción No. 137”, de 1ro. de noviembre de 1990, sobre la política penal en el denominado periodo especial en tiempos de paz. Disponible en: <http://juriscuba.com/wp-content/uploads/2015/10/Inst.-No.-137.pdf>, consultada el 12/11/2017, a las 17.15.

⁶² CONSEJO DE GOBIERNO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR, “Instrucción No. 170”, sobre la política penal, en los casos de delitos relacionados con las drogas. Disponible en: <http://juriscuba.com/wp-content/uploads/2015/10/Inst.-No.-170.pdf>, consultada el 12/11/2017, a las 17.54.

⁶³ CONSEJO DE GOBIERNO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR, “Instrucción No. 175”, de julio de 2004, sobre política penal, con especial referencia a la apli-

los tribunales, con carácter general, evitar la imposición de la sanción de privación de libertad, en los casos de delitos donde la ley prevé sanciones de multa, o es posible su sustitución por penas subsidiarias, especialmente, cuando se trate de acusados jóvenes menores de 21 años de edad y de normal conducta anterior⁶⁴.

Otra Instrucción del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de indudable trascendencia en relación con la política penal, que ante la ausencia de una proyección estratégica de mayor jerarquía en la materia, desempeñó un rol trascendente, a desde su aprobación, el 8 de octubre de 1999, hasta la vigencia del Decreto-Ley No. 310 de 2013, lo constituyó el acuerdo No. 239 de 8 de octubre de 1999⁶⁵, que autorizó a los tribunales, con carácter excepcional a adecuar la sanción partiendo de la modalidad básica del delito de que se trate, si estiman que aún el límite mínimo previsto para la figura agravada, por la que se procede,

cación de las sanciones de multa y de las subsidiarias a la privación de libertad. Disponible en: <http://juriscuba.com/wp-content/uploads/2015/10/Inst.-No.-175.pdf>, consultada el 12/11/2017, a las 18.16.

⁶⁴ Vid, RIVERO GARCÍA, Danilo y BERTOT YERO, María Caridad, “Código Penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87 (Anotado con las Disposiciones del CGTSP), Ediciones ONBC, La Habana, 2013. Para mayor información sobre el contenido de estas y otras Instrucciones y Acuerdos y Dictámenes del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular en materia penal.

⁶⁵ BOLETÍN DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR, “Acuerdo No. 239”, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de 8 de octubre de 1999, que autorizó a los tribunales, con carácter excepcional a adecuar la sanción partiendo de la modalidad básica del delito de que se trate. Disponible en: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/3.-%20TSP%20BOLETIN%201999%20.pdf>, consultado el 24/11/2017, a las 21.12. NA: Con la entrada en vigor de la Ley No. 87 de 1999, se presentó de nuevo una situación similar a la ocurrida en el año 1986, cuando el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, adoptó el Acuerdo No. 71 de 10 de junio, fundamentalmente en lo relacionado con la obligatoriedad de apreciar preceptivamente la reincidencia y la multirreincidencia, la aplicación de los artículos-los 54, apartado 4, que obliga a los tribunales, en los casos de delitos intencionales, a aumentar hasta el doble los límites mínimos y máximos de la sanción, prevista para el delito cometido, si al ejecutar el hecho el autor se halla extinguiendo una sanción o medida de seguridad o sujeto a una medida cautelar de prisión provisional o evadido de un establecimiento penitenciario o durante el periodo de prueba correspondiente a su remisión condicional y también de los artículos 327 y 328, explicados *supra*, entre otros, en los que los límites mínimos de la sanción prevista resultan muy altos.

El Decreto-Ley No. 310 de 2013, entró en vigor el primero de octubre de 2013 y como se explica *infra*, incorporó el contenido esencial del acuerdo 239 de 1999 al inciso 4 del artículo 47 del Código Penal.

resulta excesivamente severo de acuerdo con la peligrosidad del hecho, la entidad de sus consecuencias y la personalidad del comisor.

En relación con el rol desempeñado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, apreciamos que se trata de un proceso complejo, que no ha estado exento de dificultades e incomprensiones, pero siempre encaminado hacia la racionalidad de las decisiones judiciales y a dejar las penas privativas de libertad para sancionar a los autores de los hechos más intolerables a la convivencia social y el proceso de desarrollo económico y social del país.

El 29 de mayo de 2013, el Consejo de Estado de la República de Cuba, aprobó el Decreto-Ley No. 310⁶⁶, modificativo del Código Penal y de la Ley de Procedimiento Penal, que añade el apartado cuatro al artículo 47 del Código Penal, que expresa textualmente, que: “Si al dictar sentencia el Tribunal considera que la sanción a imponer, aún en el límite mínimo previsto para el delito calificado, resulta excesivamente severa, podrá excepcionalmente adecuar la sanción dentro del marco previsto para la modalidad básica del propio delito”, con lo cual quedo definitivamente incluido en el texto de nuestra ley penal esta importante regla de adecuación, que es apreciada frecuentemente por los tribunales, en correspondencia con la política de racionalidad en las resoluciones judiciales que rige en la aplicación de la justicia penal en Cuba.

Se trata de una modificación trascendente que facilita desde el propio articulado del Código Penal, la aplicación racional de la norma penal, sin necesidad de recurrir a interpretaciones a través de normas de inferior rango, lo que ya se había planteado desde la doctrina⁶⁷ y evidencia la voluntad del legislador de dotar a los operadores del sistema de justicia penal en nuestro país, de los instrumentos requeridos para aplicar la necesaria política de racionalidad que deben caracterizar las decisiones

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA, “Decreto-Ley No. 310”... *cit.* En su único POR CUANTO se expresan los propósitos del legislador. *Vid.*, artículo 3, que adiciona al artículo 47 del Código Penal el apartado 4.

⁶⁷ *Vid.*, MEDINA CUENCA, Arnel, “El expansionismo del Derecho penal y su expresión en el incremento de las penas en el Siglo XXI, *Revista Cubana de Derecho No. 38. Julio – diciembre, IV Época. Editorial UNIJURIS, La Habana, 2011, p. 67.* Disponible en: <http://vlex.com/vid/expansionismo-penal-incremento-penas-345011750>, consultada el 30/6/2015, a las 22.00. En el referido artículo se afirmaba que “Esta solución, aunque justa y en correspondencia con la situación descrita anteriormente, estaba requerida de que en una posterior modificación del Código Penal se incorporará al contenido de su artículo 47, que precisa las reglas para la adecuación de las sanciones, porque de la forma en que se estaba aplicando, aunque a favor del encausado, lo cual apreciamos como positivo, podía entrar en contradicción con el principio de legalidad”.

judiciales en un sistema en el que la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos debe ir aparejada a la aplicación consecuente de los principios de intervención mínima, proporcionalidad y humanidad de las penas, aplicables a los autores de las violaciones más intolerables de los valores fundamentales reconocidos constitucionalmente, que requieren de la protección del poder punitivo del Estado.

3.1. La apreciación de la reincidencia en la parte general del Código Penal

Sin ánimo de profundizar en los fundamentos y la pertinencia de mantener la institución de la reincidencia, tanto en la parte general como en la especial del Código Penal cubano, cuando la tendencia imperante a nivel internacional, es la de suprimirlo, al menos como una circunstancia de agravación de la responsabilidad penal, no podemos dejar de significar que la modificación introducida por la Ley No. 87 de 1999, constituyó un retroceso en la política trazada hasta ese momento, en que los tribunales tenían la posibilidad de apreciar o no la reincidencia o la multirreincidencia.

Precisamente una importante y necesaria innovación de la Ley No. 62 de 1987, fue la regulación del inciso 3 del artículo 55, que precisó que la reincidencia y la multirreincidencia se apreciarían facultativamente por el Tribunal, teniendo en cuenta la índole de los delitos cometidos y sus circunstancias, así como las características individuales del sancionado, lo que obligaba al Tribunal a valorar los elementos que conforman la personalidad del acusado y la peligrosidad social del hecho⁶⁸.

Con el objetivo de esclarecer el alcance de lo regulado en el artículo 55 del Código Penal, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, dictó la Instrucción No. 125 de 12 de Abril de 1988⁶⁹, la cual regulaba entre otras cuestiones de interés, las siguientes:

- Que los Tribunales Populares al apreciar la reincidencia facultativamente conforme a lo establecido en el inciso 3 del Art. 55, deberán

⁶⁸ ASAMBLEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, "Ley No. 87... *cit*; Artículo 5. Modifica el artículo 55, apartado 3: "Con respecto al acusado que comete un delito intencional reprimido con sanción que exceda de un año de privación de libertad o de trescientas cuotas de multa, el tribunal le adecua la sanción de la manera siguiente..."

⁶⁹ CONSEJO DE GOBIERNO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR, "Instrucción No. 125", de doce de abril de mil novecientos ochenta y ocho. Disponible en: <http://juriscuba.com/wp-content/uploads/2015/10/Inst.-No.-125.pdf>, consultada el 22/11/2017, a las 21.13.

consignar en la sentencia, los motivos concretos que fundamentaron la apreciación o no de la reincidencia, teniendo en cuenta la índole de los delitos cometidos y sus circunstancias; así como las características individuales del sancionado.

- Que la no apreciación de la reincidencia o de la multirreincidencia por un tribunal, tendrá efectos jurídicos, no sólo respecto al no aumento del marco penal del delito por el que se sanciona, sino que se extiende a eliminar todas las demás consecuencias que su apreciación produjera, como sería a modo de ejemplo, las contempladas en los artículos, 36, apartado 3), sobre la no aplicación de la sanción de amonestación a los reincidentes o multirreincidentes, el apartado 2) del artículo 57, sobre la remisión condicional; el inciso 1 - c) del artículo 58 sobre la libertad condicional; el artículo 67, apartado 3), sobre la cancelación de oficio de los antecedentes penales y el artículo 85, inciso ch), sobre la aplicación de medidas de seguridad postdelictivas al reincidente o multirreincidente que incumpla algunas de las obligaciones que le haya impuesto el Tribunal, todos del Código Penal vigente.

Al facultar a los tribunales para apreciar libremente la reincidencia o la multirreincidencia, durante los primeros años de vigencia de la Ley No. 62 de 1987, se facilitó la individualización de la pena, lo que permitió también una mayor aplicación de las sanciones subsidiarias de la privación de libertad.

En relación con la apreciación de la reincidencia y la multirreincidencia el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, adoptó el Dictamen No. 442⁷⁰, mediante el Acuerdo No. 105, de 26 de junio de 2014, que precisa en el numeral 2, que en los delitos que prevén modalidades agravadas por la condición de reincidente o multirreincidente de su responsable, el tribunal no aprecia esa institución por mandato del apartado segundo del artículo 47 del Código Penal, para modificar el marco penal abstracto o haya aplicado el apartado 4 del Artículo 47 del Decreto Ley No. 310 del 2013 “Modificativo del Código Penal y de la Ley de Procedimiento Penal”, tal decisión no impide que a los efectos

⁷⁰ TRIBUNAL SUPREMO POPULAR, “Acuerdo No. 105, Dictamen No. 442, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, de veintiséis de junio del año dos mil catorce, *Boletín del Tribunal Supremo Popular*, 2014, pp. 21 – 26, La Habana. Disponible en: <http://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/boletin-2014.pdf>, consultado el 22/11/2017, a las 14.32. Establece precisiones sobre la apreciación de la reincidencia y la multirreincidencia, con el fin de lograr mayor coherencia en su interpretación judicial. Deja sin efecto lo dispuesto en los dictámenes 410/2001 y 417/2002 y complementa, en lo pertinente, la Instrucción No. 208/2011, sobre la metodología para la redacción de sentencias penales.

del cumplimiento de la sanción se tenga en cuenta esa condición en el régimen reeducativo y para conceder los beneficios de excarcelación anticipada de libertad condicional o de sustitución de la privación de libertad por una sanción subsidiaria, conforme establecen los artículos 58 y 30 apartado 13 de la ley sustantiva penal. A los efectos de garantizar esta previsión en los trámites de ejecución de la sanción, debe consignarse de forma expresa en la parte dispositiva de la sentencia “que a los efectos de la ejecución de la sanción se considerará al sancionado como reincidente o multirreincidente”, según el caso.

Mientras que en numeral 3, establece que “cuando el tribunal no le aprecia la condición de reincidente o multirreincidente al sancionado y así lo argumenta en el considerando correspondiente de la sentencia o no lo dispone en la parte dispositiva de la resolución, resulta improcedente que el órgano encargado de la ejecución de la sanción, la Fiscalía y el Tribunal, en el ejercicio de las facultades que les compete, puedan aplicarle un tratamiento de reincidente o multirreincidente ni restringir su derecho a ser evaluado para el otorgamiento de un beneficio de excarcelación anticipada una vez que haya decursado el término previsto para los comisores primarios, en los casos que resulte procedente”⁷¹.

4. Una propuesta de perfeccionamiento de la legislación penal cubana

Como resultado de diferentes investigaciones, tesis doctorales, de maestrías y especialidades y también de publicaciones y ponencias presentadas en eventos científicos nacionales e internacionales desarrollados en Cuba, en los últimos años, se han realizado diversas recomendaciones para el perfeccionamiento de la legislación penal cubana, entre las que podemos resumir las siguientes:

- Fijar la edad penal en 18 años de edad, en correspondencia con los compromisos contraídos por el país al firmar la Convención sobre los Derechos del Niño⁷².

⁷¹ *Ídem*, p. 26.

⁷² FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF), “Convención sobre los Derechos del Niño” aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, p. 10. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, consultada el 21/2/2017, a las 14.36. No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana (Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990). Artículo

- Eliminar del Código Penal la peligrosidad social y las medidas de seguridad predelictivas⁷³.
- Mantener la moratoria y cuando las condiciones lo permitan, abolir de las leyes penales cubanas la pena de muerte o al menos oficializar la moratoria de hecho que se aplica desde el año 2003⁷⁴.
- Eliminar la reincidencia especifica de la Parte General del Código Penal y mantenerla solo en determinados delitos de mayor gravedad, de la parte especial.
- Derogar el apartado 4 del artículo 54 del Código Penal, sobre la agravación extraordinaria de la sanción, que indica a los tribunales con carácter preceptivo, en los casos de los delitos intencionales, a aumentar hasta el doble los límites mínimos y máximos de la sanción prevista para el delito cometido, si al ejecutar el hecho el autor se halla extinguiendo una sanción o medida de seguridad o sujeto a una medida cautelar de prisión provisional o evadido de un establecimiento penitenciario o durante el periodo de prueba correspondiente a su remisión condicional.
- Disminuir los límites mínimos y máximos de las sanciones a imponer en los delitos de robo con fuerza, robo con violencia e intimidación en las personas, tráfico de personas y otros que mantienen marcos sancionadores excesivamente severos, que dificultan la aplicación de la

1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

⁷³ ASAMBEA NACIONAL DEL PODER POPULAR, “Código Penal, Ley No. 62... *cit*; *Vid*; Artículos 72-84.

⁷⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Cuba”, Consejo de Derechos Humanos, 24º período de sesiones, Tema 6 de la agenda, Examen Periódico Universal, 8 de julio de 2013. Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session24/Documents/A-HRC-24-16_sp.pdf, consultada el 29/11/2017, a las 14.50. Conclusiones y/o recomendaciones:

70.134: Promover iniciativas (Argentina)/Considerar la abolición (Honduras)/ Abolir la pena de muerte (Francia, Suiza) para todos los delitos (Suiza);

170.135: Eliminar la pena de muerte de sus leyes penales y ratificar el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Australia);

170.136: Considerar la adopción de una moratoria de jure de las ejecuciones, como primer paso hacia la abolición de la pena de muerte (Bélgica);

170.137: Mantener la moratoria de las ejecuciones y considerar avanzar hacia la abolición de la pena de muerte (Italia).

política de racionalidad de las decisiones judiciales, por la que se ha pronunciado el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular a través de diferentes Instrucciones, Acuerdos y Dictámenes.

- En relación con los delitos de la parte especial del Código Penal, también se han formulado, por las vías señaladas *supra*, reiteradas e interesantes propuestas, de perfeccionamiento y actualización, pero como sucede con las que son de índole procesal, no se relacionan al no estar explicadas en el desarrollo de este informe de investigación.

La teoría del delincuente de cuello blanco y sus necesarias adecuaciones al contexto de la sociedad cubana actual

DR. JORGE LUIS BARROSO GONZÁLEZ*

Sumario

1. Introducción
2. Fundamentación teórica del delincuente de cuello blanco y su relación con el delincuente económico y con la corrupción
 - 2.1. Origen y evolución de la categoría delincuente de cuello blanco
 - 2.2. La delincuencia económica como tipicidad asociada a la delincuencia de cuello blanco
 - 2.3. El fenómeno de la corrupción y su relación con la delincuencia económica y de cuello blanco
3. Naturaleza y particularidades del delincuente de cuello blanco en la realidad cubana actual
 - 3.1. Principales tipicidades delictivas asociadas a la terna delincuencia económica-delincuencia de cuello blanco-corrupción en el ordenamiento penal cubano
 - 3.2. Situación confrontada en los últimos años y respuesta estatal
 - 3.3. Corrupción administrativa y delincuencia de cuello blanco desde la perspectiva del contexto nacional cubano
 - 3.4. Categorías de personas con responsabilidades políticas y administrativas en el sistema de gobierno cubano

* Doctor en Ciencias Jurídicas, Profesor Titular de Derecho Penal del Departamento de Derecho de la Universidad Central "Marta Abreu" de Las Villas, Cuba.
jorgeb@uclv.edu.cu // jotaaleb82@gmail.com

1. Introducción

En nuestro mundo globalizado prolifera actualmente, de forma casi natural, la criminalidad de cualquier índole. Los primeros estudios criminológicos tuvieron como objeto esencial a la delincuencia marginal, aunque con el transcurso del tiempo han ido surgiendo y desarrollándose nuevas modalidades delictivas no asociadas a la pobreza y la marginalidad, requeridas entonces de otros enfoques para su estudio, prevención y enfrentamiento.

Elementos como la interdependencia de las economías de todos los países, la supresión de las barreras arancelarias, la intensificación del comercio y del libre cambio, propugnado por el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y otras organizaciones de alcance mundial, traen consigo una significativa reducción del papel de los actores públicos, la acentuación de las desigualdades, la pobreza el desempleo, la violencia, la delincuencia y la inseguridad.

El propósito no es conquistar países sino mercados, en función de lograr el mayor control posible de las riquezas. Lo anterior significa también saqueo de la naturaleza, depredación del medio ambiente por parte de grandes empresas, y con ello, un nuevo tipo de criminalidad asociada al mundo financiero y económico.

El escenario cubano, aún con sus peculiaridades, no está exento de la incidencia de los factores antes descritos, y particularmente tampoco de la delincuencia económica y de cuello blanco. Su incremento paulatino, asociado a múltiples causas, ha tenido en la mayor de las Antillas, sin dudas, la notable influencia de periodos históricos de capital trascendencia en lo económico, político y social, que han marcado pautas hasta el presente, como por ejemplo, lo acontecido en la década del '90 del pasado siglo, a raíz de la caída del campo socialista y el recrudecimiento del bloqueo económico y comercial de los Estados Unidos de América contra la Isla. En tan difícil etapa, denominada "Período Especial", fue preciso implementar una serie de transformaciones, sobre todo en el sector de la economía, para poder sostener y consolidar un proyecto social en construcción desde 1959. Tales alternativas, si bien permitieron al país resistir los embates de la aguda crisis, han generado con el tiempo consecuencias negativas para la nación, advirtiéndose como una de sus manifestaciones la reproducción del delito económico y de cuello blanco.

Ello no significa que antes del punto inflexión ya aludido, acaecido a partir del año 1990, este tipo de actividad delictiva estuviese ausente del escenario nacional, más bien su perpetración se comportaba en niveles razonables, no obstante, resulta constatable casi 30 años después de esa coyuntura cómo, aún sin publicarse datos estadísticos, se acrecientan en la sociedad cubana tales fenómenos, siendo común escuchar como parte

del discurso oficial la idea relacionada con la necesidad de mantener una férrea “cruzada” en su enfrentamiento. Como parte de tal reconocimiento, se va haciendo cotidiana en el ámbito nacional la utilización (aunque con bastante ambigüedad) de los términos “delito de cuello blanco”, y “delito económico”, también del más manido “corrupción”, cual si fuesen todas categorías análogas, yerro no exclusivo en Cuba sino que también se observa en el ámbito doctrinal internacional, por lo que es imprescindible su demarcación como premisa para cualquier análisis posterior.

Si bien en su origen el delito de cuello blanco fue abordado desde la perspectiva del sistema capitalista, ya que se basa principalmente en el nivel de correspondencia de la propiedad privada con el individuo, su alta condición socioeconómica, así como la profesionalidad del sujeto, resultaría contraproducente considerar este mal como ajeno a una sociedad socialista. Pero también es incorrecto su sobre-uso, desconociendo las cualidades que lo informan, sin adecuarlo a la realidad nacional imperante. Una realidad que en el caso cubano, aun cuando prevalece la esencia basada en la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción, revela condiciones que permiten delimitar al delincuente de cuello blanco, aunque con cualidades muy vinculadas al escenario político, social y económico nacional.

No basta entonces con que se reconozca la existencia de esta problemática y la urgencia de combatirla con todos los recursos posibles, si antes no se definen las características intrínsecas de quienes pueden clasificar como potenciales delincuentes de cuello blanco, aspecto que hasta el momento, que se conozca, no ha tenido suficiente asidero teórico en la Isla. Adaptar los presupuestos básicos de dicho concepto al contexto cubano y delinear al típico delincuente de cuello blanco en Cuba permitiría develar una serie de particularidades significativas no solo para enfrentar sus manifestaciones concretas, sino también, y mucho más importante, para establecer estrategias de prevención más efectivas. El presente escrito intenta realizar una modesta contribución a los necesarios estudios que sobre estos temas deben desarrollarse en el ámbito nacional cubano.

2. Fundamentación teórica del delincuente de cuello blanco y su relación con el delincuente económico y con la corrupción

2.1. Origen y evolución de la categoría delincuente de cuello blanco

Desde épocas inmemoriales ha estado latente la preocupación acerca de cómo, a pesar de pertenecer a la misma especie, unos hombres gozan

de privilegios y otros no. Con el devenir histórico y el desarrollo socio-económico de las civilizaciones, estas diferencias se han ido manifestando de forma más evidente, propiciando que algunos sean distintos ante la ley cuando esta última debería regir de manera imparcial para todos.

Existen referencias históricas de las mencionadas interrogantes desde la propia antigüedad, en pronunciamientos concretos, por ejemplo, del legislador ateniense Solón,¹ así como de Lisias, uno de los diez oradores áticos.² En Roma, Justiniano decretó las multas para los dardanios que, acaparando determinados productos básicos como granos y carne, intentaban subir el precio de los mismos con el fin de beneficiarse, pudiéndoseles prohibir también el ejercicio del comercio e incluso desterrarlos. En el Derecho hebreo los delitos que pudieran homologarse con los hoy denominados de cuello blanco eran reprimidos con mayor fuerza que los demás, bajo la consideración de que quienes cometían sus delitos en silencio pensaban que podían escapar a los ojos de Dios y por ello merecían un castigo más severo.

Siglos más tarde, los estudios sobre la delincuencia, en sus compases iniciales no se enfocaron en lo que hoy conocemos como delincuencia de cuello blanco sino en la de aquellos que vivían en situación de pobreza y marginalidad. Tales primigenios acercamientos científicos estuvieron permeados, no obstante, de una marcada orientación biologicista, es decir, con un matiz eminentemente patológico, que debía ser abordado desde las ciencias médicas. Máximo exponente de estas primarias y hoy calificadas como desacertadas teorías sobre la delincuencia es Cesare Lombroso. Sin embargo, este también esbozó atinadas ideas que son aplicables a la delincuencia de cuello blanco, cuando expresó: “El poder político ya no se obtiene a punta de espada, sino por el dinero; el dinero se saca de los bolsillos de los demás mediante trucos y maniobras misteriosas, como el funcionamiento de la Bolsa. Se lleva a cabo una guerra comercial (...) a través del perfeccionamiento del arte del engaño; de la

¹ Manifestó la preocupación por el uso del poder para explotar y victimizar a quienes se encontraban en posiciones más desfavorecidas, plasmando en sus poesías sus concepciones morales acerca de los comerciantes, sector poderoso de la época, respecto a su proceder exportando alimentos que se requerían para abastecer a la población nacional

² Solicitó en uno de sus discursos la pena máxima para aquellos comerciantes que se favorecieren en su oficio al propagar noticias falsas sobre puertos bloqueados o asedios de piratas, y así aumentar las ganancias en su mercancía, así como para aquellos que acaparaban el grano.

destreza adquirida en dar al comprador la impresión de que está obteniendo un buen trato”.³

Señaló también los que para él calificaban como “delincuentes latentes”, siendo quienes no podían detectarse fácilmente debido a un grupo de condiciones personales, y en tal sentido refirió: “Todavía menos diferentes que los delincuentes natos son los delincuentes latentes, de gran poder, a quienes la sociedad venera como jefes. Cuentan con marcas de delincuencia congénita, pero su elevada posición suele impedir el reconocimiento de su carácter de delincuentes. Sus familias, de las que son el azote, pueden descubrirlo; o bien su naturaleza depravada puede revelarse demasiado tarde, a expensas de todo el país, al frente del cual les ha situado su propia falta de vergüenza, secundada por la ignorancia y cobardía de la mayoría”.⁴

Con posterioridad se tiene referencia de varios autores y obras escritas que, aun cuando no profundizaron en la criminalidad de la época ni consiguieron identificar concretamente el fenómeno de lo que hoy conocemos como delincuencia de cuello blanco, sí develaron los rasgos sociales y personales que otorgaban especial condición a determinados segmentos de la sociedad respecto a otros, lo cual les facilitaba el quebrantamiento de las leyes, como preámbulo de los aportes que posteriormente realizaría sobre este tema Edwin Sutherland.

Uno de dichos autores es Norval Morris, quien focalizó sus investigaciones en quienes, a causa de su posición social, inteligencia y técnica para el crimen, estaban en condiciones de desplazarse entre los demás ciudadanos, virtualmente inmunes a toda consideración o condena, aproximándose también al tema del carácter especial de determinados autores de delitos. A este grupo lo denominó *criminals of upperworld*, (criminales del alto mundo).⁵

³ El planteamiento lombrosiano hace alusión al tipo de poder que se compara con condiciones como el respeto, el honor, y es el poder político, entendiéndose esta categoría, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como el conjunto de instituciones, de relaciones, normas políticas y jurídicas, así como de la cultura e ideología política orientados al afianzamiento, desarrollo y defensa de un régimen social determinado.

⁴ GEIS, G., “El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, FRANCISCO BUENO ARÚS, JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA Y ALFONSO SERRANO GÓMEZ (coordinadores), Editorial Dykinson, España, 2006, p. 309.

⁵ QUEVEDO, A., “Delitos de Cuello Blanco (I)”, en *Criminología y Criminalística*, Página de Referencia de la Academia Internacional de Investigaciones Forenses,

Se destaca en esta misma cuerda el pensamiento de Thorstein Veblen, quien en 1899 proclamaba su teoría de la clase ociosa, en la que se establecía una relación profunda entre el prototipo de capitalista hombre adinerado y el delincuente ideal, toda vez que ambos se valían de métodos eficaces, pero no legítimos, para obtener el resultado esperado. Se diferenciaban en que el primero de ellos se exponía menos porque se mantenía más alejado del conflicto legal. Este autor se caracterizó por exteriorizar un discurso anticapitalista centrado en la cuestión social, y según su criterio el mal de la clase ociosa respecto a las clases más bajas nunca se acabará.⁶

Por su parte, en 1907, Edward Ross, en su obra “Pecado y sociedad: un análisis de los últimos días de iniquidad”, promovió la noción del criminaloide, aludiendo al hombre de negocios que haya cometido explotaciones, y no necesariamente actos ilegales, con el fin de aumentar el beneficio, respaldado por una fachada de respetabilidad y piedad, culpándolos de insensibilidad moral.⁷

Es conocido, incluso, que la frase “cuello blanco” surge antes que su conceptualización sociológica, y se empleó para identificar a los trabajadores que, con un mínimo de estudios como condición, se desempeñaban como ejecutivos realizando labores semi-profesionales o profesionales, y que por lo general eran trabajos de oficina o administración, los cuales de manera habitual vestían camisas blancas que tenían cuellos duros, por lo que resultó frecuente la expresión *white collar worker* (trabajadores de cuello blanco).⁸

Asociado a esta denominación de *white collar worker* se acuña además el término *blue collar worker* (trabajadores de cuello azul) para nombrar a los obreros u operarios que realizaban labores productivas o manuales. Estos ocupaban, respecto a los cuellos blancos, la jerarquía inferior de las empresas, determinando así una clase social, y siendo característico en este tipo de trabajador la vestimenta con uniformes azules para los

24 de Junio de 2013. Disponible en: <http://criminologiaycriminalisticafb.blogspot.mx/2013/06/delitos-de-cuello-blanco.html>, consultado el 14/4/2015, a la 1:45.

⁶ VEBLÉN, T., *The Theory of the Leisure Class (1899)*, Traducción Española por CARLOS MELLIZO: *La Teoría de la Clase Ociosa*, Alianza Editorial, Madrid, 2014, p. 26.

⁷ ARROYAVE-CORTÉS, L. y A. GUERRERO, “Estudio de siete casos de personas condenadas por delitos contra la administración pública en Colombia, entre el 2009 y el 2010, desde la perspectiva criminológica”, en *Revista Criminalidad*, No. 52, Bogotá, 2010, p. 79.

⁸ *Idem*, p. 80.

rudos trabajos que efectuaban, lo cual indirectamente dio nombre a este sector.⁹

No es hasta el año 1939 que Edwin Sutherland introduce con verdadera fuerza en el debate científico la posibilidad de reputar como autores de delitos a aquellos más favorecidos desde su condición social, y lo que dicho estatus genera en cuanto a respeto, honorabilidad, y otras virtudes que se supone caracterizan a alguien perteneciente a la denominada alta sociedad. Proclamó certeramente que los delitos cometidos por personas que ocupaban posiciones de poder en las esferas de las empresas, la política y las profesiones, demostraban que interpretar las conductas delictivas partiendo de cuestiones relacionadas con la pobreza, los hogares no funcionales y los desórdenes psiquiátricos, no eran suficientes ni satisfactorios, puesto que los delincuentes de cuello blanco no tenían estas características, al ocupar los estratos más altos del sistema social.

En la actualidad a nivel internacional es vasta la literatura penal, criminológica y sociológica referente a este fenómeno de la delincuencia de cuello blanco, analizada con especial énfasis como objeto de estudio de la Criminología moderna, estando matizada su explicación por las vertientes teóricas tradicionales de esta ciencia, partiendo de las teorías psicológicas (donde se puede citar el conocido Psicograma de Mergen), y transitando por aquellas relacionadas con la sociología criminal (entre las cuales se cuentan las también reconocidas teorías de la asociación diferencial, de la anomia y de la estigmatización o *labelling approach*), así como otras tendencias más modernas. Todas, no obstante, con el denominador común de indagar en la etiología de la delincuencia de cuello blanco y sus características distintivas, partiendo de la meritoria definición de Sutherland.

2.2. La delincuencia económica como tipicidad asociada a la delincuencia de cuello blanco

En la literatura criminológica es posible observar la homologación de algunas expresiones para referirse a un fenómeno similar aunque no idéntico, tal es así que se realizan alusiones indistintas a la “delincuencia económica”, “delincuencia de cuello blanco”, “delincuencia de caballeros” y “delincuencia profesional”, sin que se delinee de manera correcta sus aspectos afines y diferentes.

En referencia específica al solapamiento de la delincuencia económica con la de cuello blanco, este se explica, según Bajo y Bacigalupo,

⁹ ARAÚZ, I. y M. MORENO, “Delincuencia Económica”, en *Revista Encuentro*, No. 57, 2001, p. 38.

porque ya el propio Sutherland dentro de las actividades económicas, científicas o políticas que podrían dar lugar a la delincuencia de cuello blanco, se preocupó fundamentalmente de las infracciones económicas, relegando el resto de las actividades profesionales; y considera admisible tal preponderante interés de Sutherland significando que las dos terceras partes de los delincuentes de cuello blanco son propietarios o directores de empresas.¹⁰

La posible escisión entre la delincuencia económica y la de cuello blanco habría que ubicarla entonces en el bien jurídico que afectan. En el primer caso se trata del orden económico exclusivamente; en la segunda el autor puede incurrir en cualquier tipo penal que se halle en relación con su profesión o función pública, adquiriendo la especial condición de cuello blanco por su estatus social, económico o político, con la necesaria salvedad de que si bien en casi todos los casos el delincuente de cuello blanco actúa con ánimo de lucro, no se debe confundir el bien jurídico con el elemento subjetivo para clasificarlo en una u otra categoría.

Por otra parte, un delincuente económico, entendido como aquel que con su actuar provoca un detrimento a la economía como bien jurídico protegido por el Derecho Penal, no siempre pertenece a una clase social alta. Para estos casos pudiera ser pertinente el término “delincuencia profesional”, pero este último resulta limitado respecto al delito económico, mucho más amplio dado que no todo el que atenta contra la economía lo hace desde una profesión u ocupación concreta. Existen, de hecho, delitos económicos que no dependen de que el infractor lo cometa desde su propia actividad profesional.¹¹

Afortunadamente, se ha logrado ir entronizando el criterio de que la delincuencia económica es, en determinados, casos una especie de la de cuello blanco, cifrándose el carácter especial de la primera en que la actividad profesional consiste, precisamente, en una actividad de índole mercantil. Ello no impide considerar entre la delincuencia de cuello blanco y la económica un área de convergencia, donde un delincuente económico sería también de cuello blanco si pertenece a una clase social alta y a su vez comete una infracción vinculada a su actuación profesional, siendo esta de naturaleza mercantil. Como también existe un tipo de delincuencia económica que no tiene nada que ver con la de cuello blanco, si se tratase de actividades que si bien afectan la economía no están

¹⁰ BAJO, M. y S. BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2001, p. 29.

¹¹ BARROSO, J. L., “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”, en *Revista IUS*, No. 35, Puebla, México, 2015, p. 103.

asociadas a una actividad profesional concreta ni las comete usualmente un individuo perteneciente a una clase social alta.

2.3. El fenómeno de la corrupción y su relación con la delincuencia económica y de cuello blanco

El término corrupción ha sido ampliamente estudiado desde la perspectiva penal y sobre todo criminológica. De forma general se concibe como un fenómeno social, político y económico casi tan antiguo como las civilizaciones. La diversidad de criterios en cuanto a su conceptualización impiden un análisis más extenso. Partamos entonces de lo planteado por Alberto Martínez Álvarez, según el cual corrupción es la conducta de un funcionario público en detrimento de las normas legales y ético-morales, realizada con el afán de obtener ventajas materiales, para sí o para otro, en el marco de las funciones que por su cargo desempeña.¹²

Podría censurársele a dicho autor la limitación en cuanto a la condición de funcionario público del agente comisario, lo que impide ubicar la corrupción en ámbitos donde los autores no ostenten esta investidura, aun cuando tengan dentro de sus responsabilidades una amplia gama de facultades que le faciliten el poder decisorio con una incidencia hacia el exterior de la organización a la que pertenecen, es decir, hacia la colectividad social.

Además, la conducta del sujeto comisario debe ser intencionada, dejando fuera de discusión el incumplimiento negligente de sus funciones, o el quebrantamiento de lo normado ético y moralmente de forma imprudente, de modo que ya sea de forma activa, es decir, provocando el propio actor público la acción corrupta, o de forma pasiva, aceptando la proposición de quebrantar la norma, debe existir dolo.

Así como diversas pueden ser las causas que la propicien, se manifiesta también en distintos ámbitos, y de ellos los más notorios son la corrupción política, la judicial y la administrativa,¹³ aunque se manejan otras tipicidades como corrupción artística, sexual, las cuales realmente no guardan relación con el tema central de este trabajo.

Se entiende por corrupción política la obtención de beneficios personales o grupales, de manera ilícita, por el poder o vínculo con este,

¹² MARTÍNEZ, A., "La Corrupción: su prevención y enfrentamiento desde los órganos judiciales en la sociedad cubana actual", en *CD Memorias del III Encuentro Internacional Justicia y Derecho*, La Habana, Tribunal Supremo Popular, 2006, p. 7.

¹³ BAIGÚN, D. y M. GARCÍA, *Delincuencia económica y corrupción. Su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur*, Ediar Editorial, Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 55.

mediante el ejercicio de la actividad política o de representación. Por su parte, la corrupción judicial es la conducta transgresora de la Ley que desarrollan aquellas autoridades comprometidas con la administración de justicia, en el ejercicio de sus funciones, emitiendo resoluciones en las que prevarican respecto a las decisiones que justamente corresponden.

Finalmente, la corrupción administrativa es la actuación contraria a las normas legales y a la ética del dirigente y funcionario en el ejercicio de su cargo o función. Se caracteriza por una pérdida y degradación moral, incompatible con los principios éticos, que se comete al darle uso para intereses personales de cualquier índole a aquello que debe ser de satisfacción del interés público o social, dirigida a obtener beneficios materiales o ventajas de cualquier clase para sí o para terceros, y que se fundamenta en el engaño, en el soborno, la deslealtad y el desorden.

En sentido general, los tres tipos de corrupción aludidas son de carácter público, por lo que el perjudicado en estos casos es de carácter social, maximizándose por ende el perjuicio. Ahora bien, si no siempre son homologables los términos delito de cuello blanco y delito económico, tampoco la terna compuesta por estos y la corrupción son en todo momento equiparables, aun cuando muchas veces se utilizan cual si fuesen análogas.

En principio, no todo delito económico implica un hecho de corrupción, pues existen figuras delictivas que encierran un detrimento para el orden económico pero que pueden ser cometidas por personas no asociadas a una función pública propiamente dicha o en el funcionamiento de espacios normativos institucionalizados y estructurados. Tampoco todo acto corrupto es indefectiblemente un ilícito de cuello blanco, toda vez que existen delitos funcionariales de menor entidad y otros actos que implican la pérdida de la requerida probidad de un individuo en sus funciones donde, sin embargo, el agente comisario no clasifica como delincuente de cuello blanco por no tratarse de una persona de las más favorecidas desde su condición social, con un respeto, honorabilidad y otras virtudes intrínsecas de quien pertenece a la denominada alta sociedad.

A su vez, no en todo momento tiene que tratarse de una persona que ocupa elevadas posiciones de poder en las esferas de las empresas, la política y las profesiones. En síntesis, puede haber corrupción en la función que se realiza pero ello no significa que quien se corrompe siempre ostenta las características de un cuello blanco tradicional ni tampoco de un delincuente económico, inclusive, respecto a este último caso, puede existir infracción económica que no implique corrupción alguna. De ahí que las tres categorías mantienen su autonomía, pero a la vez también entre las tres existen zonas de convergencia.

3. Naturaleza y particularidades del delincuente de cuello blanco en la realidad cubana actual

3.1. Principales tipicidades delictivas asociadas a la terna delincuencia económica-delincuencia de cuello blanco-corrupción en el ordenamiento penal cubano

La ley penal sustantiva cubana no contiene explícitamente una figura delictiva que se intitule o aglutine a la corrupción en su sentido amplio. Sin embargo, sí aparecen varios delitos que en su descripción contienen elementos vinculados a actos de corrupción en su sentido amplio y, por supuesto, a las más específicas denominaciones de delincuencia económica y de cuello blanco. Es de señalar que aunque estas figuras delictivas tienen como elemento común la condición de funcionario público del infractor, o al menos el desempeño de actividades en el ámbito de la administración pública, no todas están contenidos en la misma parte del Código Penal vigente, concentrándose, dentro de la Parte Especial del mismo, en el Título II, Delitos contra la Administración y la Jurisdicción; el Título V, Delitos contra la Economía Nacional; y el Título XIII, Delitos contra los Derechos Patrimoniales, donde aparece ubicada, para muchos de manera incomprensible, el delito de Malversación.

Debe precisarse que en Cuba se asume al Derecho Penal Económico desde su concepción en sentido estricto, puesto que el ámbito de protección, en principio, no alcanza al sector privado ni las relaciones de producción, servicios o distribución que se generan del mismo. Solamente se otorga protección a bienes jurídicos supraindividuales que constituyen la economía nacional centralizada y planificada, basada en el tipo de propiedad social sobre los medios fundamentales de producción.

No obstante lo anterior, a raíz de la apertura al capital extranjero en la década del '90 del pasado siglo se hizo necesario ampliar el ámbito de aplicación de los delitos económicos, razón por la cual en las tipicidades delictivas correspondientes se sustituyó la expresión "unidades económicas estatales" por "entidades económicas", con el fin de ampliar la protección a las personas jurídicas privadas, introduciéndose un requisito de procedibilidad consistente en la denuncia del perjudicado o del representante legal de la entidad.

Comenzaremos la descripción con los delitos estrictamente económicos, ubicados específicamente en el Título V, Delitos contra la Economía Nacional. De la Cruz Ochoa ha dejado esclarecido que el bien jurídico protegido en los delitos que se agrupan bajo este título es la economía en su conjunto, ya que sancionan conductas que atentan contra la estabilidad de un sistema económico cualquiera que este sea, y en específico al

conjunto de normas protectoras de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, en un modelo económico específico.¹⁴

En base a ello, consideramos pertinente incluir en este apartado temático de nuestro escrito, a la Malversación, figura que debía aparecer iniciando el mencionado título de la ley penal sustantiva cubana por su carácter netamente económico y asociado a la corrupción, sin embargo, por razones poco conocidas fue relegado desde la Ley 21 de 1979, primer Código Penal aprobado en el periodo revolucionario, al título de los delitos contra los derechos patrimoniales, ubicación que mantuvo y mantiene en el vigente Código Penal, Ley 62 de 1987.

Malversación

Figura delictiva que por excelencia tipifica a la corrupción administrativa, regulada en el artículo 336. Es un delito contra la propiedad pública cometido por los que tienen caudales públicos bajo su custodia, extendiendo su protección, en el caso de Cuba, hasta los bienes colectivos de organizaciones sociales y de masas, así como a bienes de particulares al cuidado de una entidad económica. Se trata de un tipo penal polémico en toda su extensión, desde el bien jurídico que protege y su ya mencionada incorrecta ubicación en el Código, hasta la no correspondencia entre su denominación y la acción que describe. En principio, existe consenso entre los estudiosos del tema en Cuba en cuanto a que su clasificación como delito patrimonial común no es adecuada.¹⁵ Ello no constituye, sin embargo, obstáculo alguno para entender a la Malversación como principal delito económico en Cuba y, en el caso que corresponda, también un delito de cuello blanco.

Es un delito de sujeto activo especial dado que solo puede ser cometido por quien tiene, por razón de su cargo, la administración, cuidado o disponibilidad de bienes de propiedades como las anteriormente descritas. Presenta como elemento material la apropiación o consentimiento de apropiación, por lo que además de la acción abarca a la comisión por omisión, aunque obviamente la mayoría de las malversaciones se cometen mediante la modalidad de la acción. Cabe acotar que la conducta que se describe en el artículo 336, aun cuando en varios países se considera también como malversación, en cambio, otros ordenamientos penales la identifican como Peculado, elemento polémico que no alcanza consenso

¹⁴ COLECTIVO DE AUTORES, *Derecho Penal Especial*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 225.

¹⁵ *Idem*, p. 238.

en la actualidad y sobre el cual no es menester en este momento profundizar por no coadyuvar tal cuestión al objeto que nos ocupa.

Por otra parte, el régimen de sanciones dispone la de 3 a 8 años de privación de libertad para la figura básica antes puntualizada, incluyendo una figura agravada de 8 a 20 años cuando los bienes apropiados son de considerable valor, estableciéndose por la Instrucción 165 del 2001 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular (TSP) que tal considerable valor se debe apreciar cuando se sobrepasa los diez mil pesos en moneda nacional (equivalente a la exigua suma de 400 pesos convertibles). Lo anterior mueve a la reflexión, tomando en consideración la percepción de que cada vez son más las malversaciones que superan con amplitud estas cotas, por lo que prácticamente esta figura agravada se erige en figura básica, por tanto, sería conveniente someter a juicio crítico la correspondencia de esa cifra de diez mil pesos con la realidad imperante.

Se incluye también una figura atenuada o privilegiada para hechos donde la cuantía de los bienes apropiados no exceda de 1000 pesos moneda nacional, siempre y cuando no proceda la aplicación de las disposiciones relativas a la responsabilidad material del agente comisor, modalidad inoperante debido a la escasa entidad, casi nunca acaecida, entre otros aspectos, por lo que se concluye que al igual que la modalidad agravada antes referida, esta figura privilegiada no se corresponde con la realidad cotidiana.

Otros elementos de interés respecto al delito en cuestión resultan la invariante de autorizar u ordenar el pago de salarios, dietas u otros emolumentos que no corresponda abonar por no haberse prestado el servicio, o se abonen en cantidades superiores a lo establecido, con una sanción de 6 meses a dos años de privación de libertad o multa de 200 a 500 cuotas.¹⁶ Además, el legislador ofrece al agente comisor la posibilidad de reintegro de los bienes apropiados antes de la celebración del juicio oral, otorgándole una rebaja facultativa de hasta dos tercios del límite mínimo de la sanción correspondiente.

¹⁶ La sanción de Multa en el Código Penal cubano, dispuesta en el artículo 35, consiste en la obligación del sancionado de pagar la cantidad de dinero que determine la sentencia. Dichas multas estarán formadas por cuotas, las que no serán inferiores a un peso –moneda nacional– ni superiores a 50 pesos –moneda nacional también, lo que equivale a 2 pesos convertibles a razón del cambio de 1 a 25, dada la dualidad monetaria que impera en Cuba desde hace más de 20 años, acaecida con la despenalización del dólar estadounidense y la puesta en circulación de una moneda análoga, el CUC o peso convertible, que es casi equivalente en valor al dólar. Esta dualidad monetaria ha generado muchas dificultades para la economía estatal así como también para la del ciudadano común, y se anuncia desde hace varios años su eliminación sin que hasta el momento se haya hecho efectiva.

Incumplimiento del Deber de Preservar los Bienes de Entidades Económicas

Preceptuado en el artículo 222 se trata de un delito esencialmente imprudente. La conducta se tipifica cuando el sujeto activo, definido como la persona que por razón de su cargo, ocupación u oficio en una entidad económica, deba impedir que se deterioren, corrompan, alteren, inutilicen, desaparezcan o sustraigan materias primas, productos elaborados, frutos, equipos, máquinas, maquinarias, herramientas, medios técnicos, recursos financieros o cualquier otra sustancia útil, ocasione un daño o perjuicio a causa del incumplimiento de las medidas a que está obligado para evitar este variopinto conjunto de resultados. Las sanciones previstas para este delito poseen un diapason de tres meses a un año de privación de libertad, o multa de 100 a 300 cuotas, o ambas.

Es este un delito altamente controversial. En el orden normativo, porque tradicionalmente se abordó como opción para sancionar presuntas malversaciones que no se podían probar, y precisamente sus elementos constitutivos coinciden con lo que en su momento fue considerado como la no menos debatida malversación imprudente o negligente. En el ámbito práctico, porque se tiene conocimiento de su elevada frecuencia de ocurrencia y un tratamiento jurídico que pocas veces llega a sede penal, sino que se queda en el ámbito administrativo,¹⁷ lo cual por un lado hace cuestionable su necesaria permanencia como delito y, por otro, genera la preocupación de que su recurrente calificación pueda estar actuando como cortina de humo para hechos más graves y no debidamente probados, quizás por objetiva imposibilidad del aparato investigador, o acaso por insuficiente diligencia, motivada por la comodidad de otorgar un tratamiento penal al asunto sin necesidad de emplearse a fondo en la búsqueda de otro delito que requeriría más tiempo y esfuerzo, o peor, con el propósito de encubrir o no develar situaciones más delicadas debido a interés particular, institucional, local o nacional.

¹⁷ No se trata solamente del tratamiento por la infracción del orden laboral en la institución de que se trate, sino que también el Código Penal cubano dispensa en su artículo 8.3 que en aquellos delitos en los que el límite máximo de la sanción aplicable no exceda de tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o ambas, la autoridad actuante está facultada para, en lugar de remitir el conocimiento del hecho al Tribunal, imponer al infractor una multa administrativa, siempre que en la comisión del hecho se evidencie escasa peligrosidad social, tanto por las condiciones personales del infractor como por las características y consecuencias del delito. Para la aplicación de esta prerrogativa a los delitos sancionables de uno a tres años de privación de libertad, se requiere la aprobación del Fiscal.

Uso Indebido de Recursos Financieros y Materiales

Previsto en el artículo 224, consiste en conceder o recibir, sin la debida autorización, recursos materiales o financieros, o también utilizar estos para fines públicos o sociales distintos a los que están destinados. Implica, por ende, la indebida utilización de los recursos pertenecientes a una entidad económica por parte de quien ostenta la administración, cuidado y disponibilidad de los mismos. Esto es precisamente lo que para muchos teóricos y ordenamientos penales constituye la real malversación en su acepción de “mal invertir” o “mal utilizar”. La figura en análisis incluye en su apartado 2 la dilapidación de los recursos financieros y materiales.

El régimen de sanciones es el siguiente: para el que recibe o concede, de 3 meses a un año de privación de libertad, o multa de 100 a 300 cuotas, o ambas; para el que dilapide, de uno a tres años o multa de 300 a 1000 cuotas, o ambas. Si se producen perjuicios económicos de consideración (concepto normativo impreciso, sujeto a la libre ponderación de los jueces, por lo que genera inseguridad jurídica) las sanciones se elevan entre uno y ocho años según sea calificado el apartado 1 o el 2, ya mencionados.

Abuso en el Ejercicio de Cargo o Empleo en Entidad Económica

Aparece en el artículo 225, y sanciona de uno a tres años de privación de libertad, o multa de 300 a 1000 cuotas, o ambas, a quien, prevaliéndose de las atribuciones que le están conferidas por razón del cargo que desempeñe en una entidad económica, utilice o permita que otro utilice, en interés particular, los servicios de trabajadores bajo su autoridad; use o permita que otro use, igualmente en interés particular, materiales, implementos o útiles pertenecientes a la entidad, empresa o unidad, sin estar legalmente autorizado; obsequie, también sin la debida autorización, productos, materiales u otros bienes de la entidad, u ofrezca gratuitamente los servicios que ellas prestan.

Existe otro grupo de delitos que no protegen propiamente a la economía nacional sino a las funciones administrativas y jurisdiccionales, por ende, no serían catalogados como delitos económicos, pero sí se asocian a la corrupción, por lo que a su vez podrían, según las características del sujeto comisor, clasificarse como delincuencia de cuello blanco. Los mismos se encuentran ubicados en el Título II, Delitos contra la Administración y la Jurisdicción, por lo que a continuación serán descritos los principales.

Actos en Perjuicio de la Actividad Económica o de la Contratación

Regulado en el artículo 140, sanciona de 3 a 8 años de privación de libertad a quien, con el propósito de afectar la economía nacional o el crédito del Estado cubano, o a sabiendas de que puede producirse ese resultado: altere informes o presente o utilice en cualquier forma, datos falsos sobre planes económicos; o incumpla las regulaciones establecidas para la gestión económica o para la ejecución, control o liquidación del presupuesto del Estado, o las relativas a la contratación, el libramiento o la utilización de documentos crediticios. La sanción se eleva de 8 a 20 años de privación de libertad si se causa un daño o perjuicio considerable, aunque no se delimita la cuantía merecedora de tal agravación.

Por sus características y la naturaleza de su afectación concordamos con Mejías Rodríguez en cuanto a que más bien se trata de un delito económico. Por otra parte, su ubicación dentro de la ley penal sustantiva cubana se debe a la intención legislativa de proteger la actividad administrativa del Estado en el ámbito económico, mostrando la relación que puede existir entre la intencionalidad del autor y el fenómeno de la corrupción administrativa en la esfera económica.¹⁸ El propio Mejías sugiere atinadamente que su ubicación debe estar en el título correspondiente a los delitos económicos, agregando a su propuesta la eliminación del dolo eventual que aparece en su figura básica, debiendo añadirse la negligencia inexcusable. Las sanciones oscilan entre 3 y 8 años de privación de libertad en el caso de la figura básica, y de 8 a 20 años cuando se causa un daño o perjuicio considerable, concepto normativo indeterminado y por ende inadecuado, como ya se refirió precedentemente.¹⁹

Enriquecimiento Ilícito

Recogido en el artículo 150, se fundamenta en la desproporción entre los ingresos lícitos y los gastos del funcionario, autoridad u otra persona, siempre en relación con la función o responsabilidad que ostenta en el aparato administrativo. En este delito se invierte la carga de la prueba, toda vez que corresponde al acusado demostrar que sus ingresos legales son capaces de justificar la licitud de los gastos realizados. Protege de esta manera, en consecuencia, el correcto desempeño de la función

¹⁸ MEJÍAS, C. A., *Delitos asociados a la contratación económica*, Editorial ONBC, La Habana, 2013, p. 46.

¹⁹ MEJÍAS, C. A., *Delitos económicos: barruntos y propuestas*, Portal del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 8 de Noviembre de 2013. Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/area1/delitos%20economicos%20mejias%20rodriguez.pdf>, consultado el 14/4/2015, a las 12:20.

administrativa del sujeto, aunque se aclara que la calificación de este tipo penal se efectuará solo cuando no sea posible probar que el hecho en cuestión es constitutivo de otro delito de mayor entidad. Si el autor es un funcionario o autoridad, la sanción será de 3 a 8 años de privación de libertad. Para personas no comprendidas en las anteriores categorías se dispone entonces una sanción que oscila entre 2 y 5 años de privación de libertad.

Tráfico de Influencias

En el artículo 151 se tipifica esta figura, que se relaciona directamente con la corrupción, dado que el objeto de protección es la incorruptibilidad del funcionario. Sanciona entre 3 y 8 años de privación de libertad a quien, ofreciendo hacer uso de influencias en un funcionario o empleado público, simulándolas o prevaleciéndose de cualquier situación derivada de su relación personal u oficial con estos, por sí o mediante tercero: promueva o gestione la tramitación o resolución ilícita de negocios públicos; solicite o promueva alguna decisión o acto con vistas a obtener para sí o para otro cualquier beneficio ilícito derivado de la gestión; o reciba o haga que le prometan, para sí o para otro, cualquier beneficio o ventaja como estímulo o retribución por su mediación o con el pretexto de remunerar favores o decisiones. Si el delito es cometido por un funcionario o empleado público con abuso de sus funciones, la sanción será de 7 a 15 años de privación de libertad.

De forma general esta figura delictiva comprende como conducta típica al verbo “influenciar”, entendido como el poder psíquico, intelectual o moral que se ejerce sobre la voluntad de otro, excluyéndose el poder físico, la amenaza, la agresión o la coacción, por lo que la actitud del sujeto activo no puede llegar al grado del constreñimiento psíquico que se exige para otros tipos penales.

Cohecho

En el artículo 152 se regula esta típica figura de la corrupción. Así, el Cohecho puede ser cometido por funcionario, empleado público, perito o auditor, cuando estos exigen, solicitan, reciben o aceptan el ofrecimiento de dádiva, presente, beneficio o cualquier otra ventaja a cambio de la realización de un acto relativo a sus funciones (Cohecho Pasivo, apartados 1, 2 y 3). Por su parte, también se sanciona a quien dé la dádiva o presente, o favorezca con cualquier otro beneficio, o le haga ofrecimiento o promesa a un funcionario para que realice, retarde u omita realizar un acto relativo a su cargo (Cohecho Activo, apartado 4).

Las sanciones dispuestas para estas modalidades delictivas varían según la cualidad del sujeto y la acción perpetrada por el mismo. Así,

para el funcionario, perito o auditor que recibe la dádiva o beneficio, las penas oscilan entre 4 y 10 años de privación de libertad; si solo aceptan el ofrecimiento o promesa de dádiva, de 2 a 5 años o multa de 500 a 1000 cuotas, o ambas; si el hecho consiste en exigir o solicitar, la sanción se agrava, de 8 a 20 años. Si las acciones antes descritas las comete un empleado público, se mantienen las sanciones pero la ley ofrece la opción de una rebaja facultativa hasta la mitad de sus límites mínimos si las circunstancias concurrentes en el hecho o en el autor así lo justifican. Por su parte, la modalidad del apartado 4 se sanciona con marco sancionador similar al dispuesto para la acción de aceptación ya descrita.

Exacción Ilegal y Negociaciones Ilícitas

Se trata de otro delito funcional relacionado con la corrupción administrativa, y recogido en el artículo 153 del Código Penal cubano. La exacción ilegal se tipifica al exigir directa o indirectamente, prevaliéndose de su función o cargo, el pago de impuestos, tasas, derechos o cualquier otro ingreso al presupuesto del Estado que no se corresponde con la cuantía establecida, sancionándose con privación de libertad de 1 a 3 años o multa de 300 a 1000 cuotas, o ambas.

Las negociaciones ilícitas aparecen en el apartado 2, sancionándose de 3 a 8 años de privación de libertad a quien, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier contrato, negociación, decisión, negocio u operación, se aproveche de esta circunstancia para obtener, directamente o por persona intermedia, para sí o para otro, algún interés o beneficio de aquellos. Cabe significar que el sujeto activo, si bien es especial, no solo abarca al funcionario sino también al empleado público.

3.2. Situación confrontada en los últimos años y respuesta estatal

Luego de la caída del campo socialista y la consecuente pérdida de los principales socios económicos con los cuales contó Cuba durante muchos años, se generaron cambios en el sistema económico y político, lo que indefectiblemente acarreó mutaciones en las formas de criminalidad, entiéndase con ello nuevas formas de delinquir y una exacerbación de las ya existentes. Se trató de una época extremadamente compleja desde el punto de vista económico, social y político, sobre todo porque a los hechos que condujeron a la crisis se le sumó el recrudecimiento del bloqueo económico impuesto por Estados Unidos, que anualmente le provoca a la Isla pérdidas multimillonarias, entre otros daños colaterales, a pesar de que también cada año se aprueba en la ONU por abrumadora mayoría una Resolución condenatoria a dicha política hostil.

En este periodo los delitos comunes y en especial los económicos experimentaron un incremento. Al mismo tiempo se evidenció un aumento en los hechos relacionados con la corrupción administrativa. Para lidiar con esta situación se acudió al Derecho Penal, yendo de un minimalismo recientemente conquistado a una intensificación de las penas mediante reformas legislativas, así como la incorporación de nuevas tipicidades delictivas.

Esta reforma penal, acaecida a lo largo de la década del '90, se sintetiza de la siguiente manera: el Decreto Ley 140 de 13 de Agosto de 1993, que despenalizó la posesión de la moneda extranjera, dando paso a la libre circulación de éstas, con especial relevancia para el dólar estadounidense; el Decreto Ley No. 150 de 6 de Junio de 1994, que introdujo nuevas tipologías e incrementó las sanciones de los delitos relacionados con las drogas; el Decreto Ley No. 175 de 17 de Junio de 1997, que incorporó algunas figuras delictivas como el Tráfico de Influencias, las Exacciones Ilegales y Negociaciones Ilícitas, la Insolvencia Punible, el Proxenetismo y la Trata de Personas, así como el Ultraje Sexual.

También aumentaron cuantitativamente las sanciones privativas de libertad de otras figuras penales ya existentes en la legislación penal, como el Cohecho, la Malversación, y la Corrupción de Menores, y se reguló la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas;²⁰ en el año 1999 se incorporó como sanción principal la privación perpetua de libertad a la vez que resultó alternativa en los delitos que tenían prevista la sanción de muerte; se incorporaron también como figuras delictivas la Venta y Tráfico de Menores, el Tráfico de Personas y el Lavado de Dinero,²¹ este último nuevamente modificado en 2014, denominado ahora Lavado de Activos.

Comenzó a manejarse, aunque de manera ambivalente, el término de delincuencia de cuello blanco, con la pretensión de denunciar aquellos actos de corrupción que se constataban principalmente en la esfera administrativa. Con el objetivo de prestar una atención más especializada a estos hechos, dada su gravedad y complejidad, en el año 2005, mediante Resolución Conjunta del Ministerio del Interior y la Fiscalía General de la República, se dispuso la creación de los denominados Grupos de Análisis, integrados por representantes del órgano de Instrucción Penal especializado en el enfrentamiento a delitos económicos, oficiales del

²⁰ REGALADO, J. M., *Reflexiones de política criminal. Su expresión en la política penal en Cuba post-revolucionaria*, Tesis presentada en opción al grado académico de Master en Criminología, Universidad de La Habana, La Habana, 2004, p. 41.

²¹ CASSELL, M., *La Política Criminal*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 19.

entonces Departamento Técnico Investigativo de la esfera económica, y fiscales con experiencia en este tipo de delitos.

Básicamente, los Grupos de Análisis examinan los hechos detectados mediante acciones contables u otras relacionadas y que constituyen presuntos hechos delictivos, viabilizando, en sentido general, su correcto procesamiento. Aunque su acción es exclusiva para el delito económico, constituye un mecanismo que ha dado satisfactorios resultados en el orden práctico en cuanto a objetividad, depuración de responsabilidades y celeridad procesal.

En el año 2009 se creó la Contraloría General de la República para lograr un perfeccionamiento de la organización y funcionamiento del control y preservación de las finanzas y los bienes patrimoniales del Estado, según lo estipulado en la Ley 107/09 De la Contraloría General de la República, la cual se encuentra en correspondencia con la convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, firmada por la Isla el 9 de diciembre del 2005 y ratificada el 9 de febrero del 2007, donde se plasma la necesidad de un accionar amplio y multidisciplinario para la prevención y enfrentamiento al flagelo que significa la corrupción.

Es posible afirmar, a pesar de lo antes descrito, que la delincuencia económica y la corrupción en sentido general han ido *in crescendo*, incorporándose nuevos *modus operandi*, y ocupando la agenda de las principales agencias del control social sobre todo formal, precisamente por la repercusión y el carácter social de los perjuicios que ocasiona. La aseveración anterior no se puede respaldar con datos estadísticos de carácter público, sin embargo, la percepción del ciudadano común, así como las alusiones a tales fenómenos en el propio discurso oficial del Estado, unido a los categóricos ajustes en materia de política penal ya aludidos, más la creación de diversos mecanismos e instituciones en sincronía con el perfeccionamiento y especialización de las ya existentes para su prevención y procesamiento, constituyen evidencia inequívoca de su latencia y de su indudable conexión con el fenómeno de la delincuencia de cuello blanco en Cuba, la que si bien no se ha definido con suficiente rigor, sí constituye un hecho palmario.

3.3. Corrupción administrativa y delincuencia de cuello blanco desde la perspectiva del contexto nacional cubano

La corrupción, atendiendo a las características del sistema político cubano, constituye un problema de alta resonancia, debido a que violar la función pública atenta contra la esencia misma del sistema socialista, en correspondencia con el tipo de propiedad que impera en Cuba: la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción.

De las variantes clasificatorias de la corrupción es la administrativa la más recurrente en la Isla, con un efecto social de amplias magnitudes, sobre todo porque es capaz de generar desconfianza en la administración del país y sus dirigentes.

Son los representantes de la administración pública quienes dirigen, orientan y controlan, de forma general, el funcionamiento interno del país desde el punto de vista administrativo, y determinan, junto a la dirección política, el desarrollo de la nación. De ahí que la corrupción que se genera en este ámbito reciba el mayor énfasis en el presente escrito, en su relación con la delincuencia de cuello blanco y la económica.

En la normativa jurídica cubana, la más reciente definición de la corrupción administrativa se ofrece en la ya reseñada Ley 107/2009, específicamente en su artículo 11: “la actuación contraria a las normas legales y a la ética por los cuadros, dirigentes, funcionarios del Estado, el Gobierno y de otras organizaciones consideradas sujetos de la Contraloría General de la República, en el ejercicio de su cargo o en el desempeño de la función asignada; caracterizada por una pérdida de valores ético-morales, incompatible con los principios de la sociedad cubana, que se comete para satisfacer intereses personales o de un tercero, con el uso indebido de las facultades, servicios y bienes destinados a la satisfacción del interés público o social para obtener beneficios materiales o ventajas de cualquier clase y que tiene como base el engaño, el soborno, la deslealtad, el tráfico de influencias, el descontrol administrativo y la violación de los compromisos contraídos al acceder a los cargos; cuyas prerrogativas fueron empleadas en función de tales actividades de corrupción”.

La anterior definición precisa como elemento esencial de la corrupción administrativa, de manera acertada, a la defraudación del encargo público, en cualquiera de las instancias en que este ha de materializarse. Por tanto, este fenómeno puede manifestarse tanto en altas instancias de la administración pública, como en otras cuyo ámbito de acción es más local. Cabría preguntarse entonces ¿cómo se imbrica la teoría de la delincuencia de cuello blanco con la corrupción administrativa y sus particularidades en la realidad de Cuba? Para ello resulta indispensable realizar una breve referencia a las características del sistema político cubano.

Cuba es un país socialista, situación que lo coloca en un escenario distinto al de la mayoría de los Estados donde la delincuencia de cuello blanco ha sido objeto de estudio a partir de un patrón de este fenómeno criminológico basado en el sistema capitalista. Pese a ello, no resulta baladí “ajustar” este concepto a la perspectiva de un país socialista. Lo inadecuado sería traspolarlo miméticamente al ruedo nacional sin profundizar en sus esencias y sus interrelaciones con una realidad opuesta a la que le dio origen. Tal y como se ha abordado desde el andamiaje teórico conceptual

de este trabajo, es preciso enfatizar en que la teoría de la delincuencia de cuello blanco fue construida sobre los presupuestos del nivel de correspondencia del individuo con la propiedad privada. En contraposición, en el socialismo no existe el predominio de la propiedad privada, sino de la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción.

En Cuba, al producirse el Triunfo Revolucionario el 1º de enero de 1959, comenzaron a tomarse medidas que llevaron a la supresión de la gran propiedad privada, base de los antagonismos sociales. Se pueden citar, a modo de ejemplo, las dos leyes de Reforma Agraria y las nacionalizaciones de empresas extranjeras. Ello produjo, en consecuencia, un cambio en la estructura clasista de la sociedad cubana de entonces, pasando a predominar la clase obrera.

El proceso revolucionario cubano se caracterizó por su rapidez en el tránsito de una etapa a otra de la Revolución, de la democrática agraria antimeritocrática a la Revolución Socialista. En ello incidió que al principio el poder fuera detentado por distintas organizaciones que participaron en la lucha contra la tiranía de Fulgencio Batista, en la que no faltaron elementos burgueses, pero que fueron progresivamente desplazados ante el avance radical de la Revolución.

Es necesario subrayar que con los cambios económicos se producía también un cambio en la estructura social, y las antiguas clases que ostentaban el poder se empeñaron en la oposición al avance revolucionario, respaldadas por los sucesivos gobiernos estadounidenses. Ello es una manifestación de lucha de clases, sin obviar el hecho de que al existir una férrea alianza obrero-campesina, a escala social no predominaba el antagonismo en las relaciones clasistas. Con ello no debe inferirse la inexistencia de clases sociales, sino la preeminencia de la clase obrera sobre los demás sectores sociales, vestigios de la sociedad capitalista, y propio de un sistema en transición, lo cual caracteriza al socialismo.

Tras la caída del campo socialista y en medio del Período Especial que golpeó a la Isla se manifestaron y agudizaron diferencias sociales, las que respondieron a una necesidad histórica del país, pues como reconociera en el libro "Cien horas con Fidel" el líder histórico de la Revolución, "aunque nos fuera doloroso ver florecer en nuestra sociedad esas diferencias, era necesario salvar ante todo el socialismo".²² Entre los factores influyentes en el incremento de las diferencias sociales se cuentan: el paulatino incremento de las remesas familiares desde el exterior, a tono con la despenalización del dólar y la posibilidad de que esta

²² RAMONET, I., *Cien horas con Fidel*, Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado, La Habana, 2006, p. 360.

moneda tomara protagonismo en la economía nacional; el surgimiento y auge del sector de trabajadores por cuenta propia; así como el incremento de la actividad turística y la inversión extranjera como alternativas económicas a la crisis.

Las diferencias que resultaron del Período Especial aún se manifiestan en la sociedad cubana, si bien en la estructura social sigue prevaleciendo la clase obrera, sin que exista un claro antagonismo expresado en lucha de clases. El pueblo se erige en la clase por excelencia, a quien le pertenece la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción. Esta propiedad social es la condición que ofrece el carácter de homogeneidad entre los ciudadanos cubanos, y por lo cual no existen presupuestos para asumir que se exteriorizan diferencias de clases.

Lo anterior constituye un primer punto de desencuentro con el concepto tradicional de delincuente de cuello blanco, el cual comprende dentro de sus elementos típicos la pertenencia del infractor a una elevada clase social, vinculada esta última con el nivel de correspondencia con la propiedad privada, factor fundamental para la diferencia entre clase explotadora y clase explotada. Tales elementos son válidos para comprender que al analizar el fenómeno de la delincuencia de cuello blanco en la realidad cubana, la condición social del infractor queda fuera de debate, al no existir correspondencia entre la condición social y la propiedad privada.

Por todo lo anterior, el tema requiere un estudio particular para el caso cubano, donde se aprecia un uso frecuente del término cuello blanco sin que exista un dominio exacto acerca de sus rasgos distintivos, mucho menos un conocimiento preciso de si el concepto tradicional se puede adaptar automáticamente, sin matices, a la realidad nacional. Dicho esto, surge otra interrogante trascendental, la que por demás pocos se formulan, ¿qué características debe tener un sujeto para clasificar como delincuente de cuello blanco en Cuba?

Teniendo en cuenta lo antes expresado, no es posible utilizar el término a partir de la condición especial del autor de la delincuencia de cuello blanco y su pertenencia a determinada clase social. Más bien, en Cuba, lo que se presenta es la condición que adquiere un conjunto de ciudadanos por sus responsabilidades en cargos administrativos, los cuales tienen carácter de público. Ejercer la función pública en la sociedad cubana actual ofrece al sujeto cierto nivel de facultades y prerrogativas en su ámbito de actuación, dependiendo de la instancia en que se desenvuelva, y que a pesar de ser rectorado por la dirección del Estado y responder a intereses comunes, dotan al individuo que ostenta altos niveles jerárquicos de una especial condición respecto a otras categorías ocupacionales de menor rango.

Tal y como se abordará posteriormente, existe una nomenclatura legalmente establecida para el ejercicio de estas categorías administrativas de forma general, que ubica la jerarquía entre estas atendiendo al nivel de facultades de las mismas y el campo de acción para ejecutarlas. La corrupción de quien ostenta la denominación de “cuadro administrativo” siempre tendrá consecuencias penales debido a la propia esencia del concepto de corrupción, puesto que cualquier incumplimiento intencionado de las encomiendas del cargo que se posee podría configurar uno o más delitos.

Por estas razones se entiende y defiende que la condición de cuadro administrativo constituye el elemento de enlace entre el concepto tradicional de delincuente de cuello blanco y su arquetipo cubano. Es necesaria, además, la perpetración de una acción que quebrante la ley penal, ejecutada en el ejercicio de esas amplias facultades que ostenta por razón de su cargo. En síntesis, el delincuente de cuello blanco en Cuba debe definirse sobre la base de los siguientes elementos:

- 1) Su condición de cuadro administrativo.
- 2) La comisión de una infracción relacionada con las facultades inherentes a su cargo.
- 3) Que dicha infracción sea encuadrable en cualquiera de los delitos susceptibles de ser calificados como de cuello blanco.

Esta concepción general, aun cuando permite cierto posicionamiento en cuanto a las características típicas del delincuente de cuello blanco adaptados a una realidad nacional peculiar y concreta como la cubana, no alcanza a delimitar a partir de, ni hasta qué nivel jerárquico, es posible calificar a un sujeto bajo esta categoría, dada la amplia variedad de escalones de dirección existentes en el país (considerando que no necesariamente todo cargo ocupacional en el ámbito administrativo, perteneciente a cualquiera de dichos niveles es, *per se*, susceptible de clasificarse como delincuente de cuello blanco si se corrompe), elemento que será definido en el siguiente acápite.

3.4. Categorías de personas con responsabilidades políticas y administrativas en el sistema de gobierno cubano

En fecha 15 de octubre de 1999 se emitieron dos Decretos-Leyes por el Consejo de Estado relacionados con las categorías administrativas: el Decreto-Ley 196, concerniente al Sistema de Trabajo con los Cuadros del Estado y del Gobierno, y el Decreto-Ley 197, sobre las relaciones laborales del personal designado para ocupar cargos de dirigentes y funcionarios. Ambos Decretos-Leyes fueron objeto de modificaciones en el año 2007, pero estas se implementaron mediante Instrucciones sobre el

perfeccionamiento del sistema de trabajo con los Cuadros del Estado y el Gobierno, las cuales datan del año 2010, emitidas por el Consejo de Estado con carácter provisional. Instrucciones que no se ajustan a la nomenclatura de normas jurídicas reconocidas por el ordenamiento jurídico cubano.

La mencionadas instrucciones introdujeron la nueva categoría administrativa de Cuadro, la cual sustituyó a la anteriormente refrendada de Dirigente, aunque se puede afirmar que existe una analogía entre las nuevas sub-clasificaciones de Cuadro (directivos superiores, directivos, y ejecutivos), y las anteriores sub-clasificaciones de Dirigente (dirigentes superiores, dirigentes intermedios y directivos). Así definen la Política de Cuadros del Estado y del Gobierno:

- Cuadro: trabajador que posee la capacidad técnico-laboral requerida, una sólida preparación y habilidad de dirección, disciplina administrativa, constante exigencia, vela por el uso correcto de los recursos puestos a su disposición, cuenta con un conjunto de cualidades político-ideológicas y éticas, asume los principios consagrados en nuestra Constitución y el Programa del Partido, es elegido o designado para ocupar cargos de dirección u otros que por la importancia de las funciones que cumple lo requieran, en los órganos superiores, demás órganos estatales, entidades presupuestadas y el sistema empresarial.

Dentro de la anterior, la dirección administrativa alcanza las siguientes sub-clasificaciones de acuerdo a sus funciones:

- Directivos Superiores: son los que dirigen, aprueban y controlan las políticas, por su alcance ocupan los cargos de dirección del más alto rango en los Órganos Superiores y demás Órganos Estatales, Organismos de la Administración Central del Estado, Entidades Nacionales, Consejos de la Administración de los órganos locales del Poder Popular y Organizaciones Superiores de Dirección del Sistema Empresarial, y su designación corresponde a la nomenclatura superior a ellos.
- Directivos: Son los que laboran, orientan, controlan, guían y despliegan las políticas, por su alcance ocupan los cargos de dirección de nivel intermedio, y su designación corresponde generalmente a la nomenclatura de los jefes de los Órganos Superiores y demás Órganos Estatales, Organismos de la Administración Central del Estado, Entidades nacionales, Consejos de la Administración de los órganos locales del Poder Popular y el Sistema Empresarial, y por excepción, algunos cargos pertenecen a la nomenclatura superior.
- Ejecutivos: Es la sub-clasificación de cuadros más amplia, son los que participan en la elaboración, dirección, ejecución y control del cumplimiento de las políticas en lo que les corresponde; por su alcan-

ce ocupan cargos de dirección u otros, en los Órganos Superiores y demás Órganos Estatales, Organismos de la Administración Central del Estado, Entidades Nacionales, Entidades Presupuestadas y el Sistema Empresarial, y su designación corresponde a la nomenclatura inmediata superior a la entidad o a su jefe, según corresponda.

Los trabajadores que no integran las anteriores formarían parte de otras categorías ocupacionales dentro de las cuales también se estructuran escalas atendiendo a la labor que desarrollan, sin que esto comprenda funciones directivas, sino meramente ejecutivas. Aquí estarían ubicados los trabajadores que tienen cargos que pueden calificarse como técnico, administrativo, servicio u operario. De ellos solo el cargo de técnico puede integrar, de forma valorativa, la condición de funcionario.

Los funcionarios, por su parte, son trabajadores que pertenecen a la categoría ocupacional de técnicos. Por la naturaleza de sus funciones, una parte de ellos se encuentran próximos a la categoría de Cuadro y constituyen la principal cantera para la selección de la reserva de los Cuadros ejecutivos, la inmediata superior. El funcionario está definido como el técnico que realiza labores de complejidad y responsabilidad en la función pública y en las entidades de producción, servicios y administrativas; debe poseer, según se plantea en las normativas mencionadas, cualidades políticas, ideológicas y éticas, y un nivel de preparación acorde a las funciones que realiza.

Por su preparación técnica y sus condiciones laborales, el trabajador que ocupa cargo de técnico puede ser nombrado funcionario, pero no todos los técnicos son funcionarios, sino que constituyen la cantera de estos. En el caso del funcionario, además de reconocer las cualidades laborales y éticas del trabajador, constituye la principal cantera de donde se nutre la sub-clasificación de cuadros de directivos ejecutivos, al presentar condiciones de dirección y técnicas que pueden llevarlo a ejecutar las funciones de los directivos ejecutivos en algún momento, por lo que integran la reserva de cuadros para esta categoría.

Es importante aclarar que esta denominación de funcionario constituye una cualidad de efectos administrativos en cuanto a política de Cuadros, en la que pueden enmarcarse algunos técnicos que tengan las condiciones necesarias para también calificarse como funcionarios, elementos con los cuales no se corresponde el concepto normativo de funcionario público que se refleja en el artículo 173 del Código Penal cubano,²³ pues este último no lo define adecuadamente en tanto ubica

²³ El contenido del citado artículo 173 es el siguiente: A los efectos de este Título, se entiende por funcionario público toda persona que tenga funciones de dirección

en una misma posición al representante de la administración pública, cuya esencia es la dirección, como al que funge como empleado y que jerárquicamente se encuentra en un nivel administrativo de menor rango.

Resulta comprensible que el legislador penal procurase una protección más abarcadora en cualquier instancia de la administración pública, pero finalmente ello lo condujo a la consignación errónea de la figura que conlleva una especial condición, ya que no todos los trabajadores de la administración pública podrán encontrarse en un mismo nivel, y por tanto, tampoco debe valorárseles de la misma forma en cuanto a su responsabilidad penal. Por ende, ambos términos, el administrativo y el penal, debieran conciliarse, unificarse, en aras de evitar confusiones y errores en su aplicación práctica.

Del resto de las categorías ocupacionales que no tienen carácter directivo, es decir, los técnicos, administrativos, de servicios u operarios, su contenido o significado no está explicitado en los instrumentos legales mencionados, ni en otro. Se hace mención a su denominación en la Resolución 17 del año 2012 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), al implementar la modificación de la categoría administrativa de dirigente por la de cuadro, y en consecuencia, menciona las sub-clasificaciones de la misma así como el resto de las categorías administrativas, pero no explica su contenido, motivo por el cual no se refleja en el presente trabajo.

Dicha Resolución 17 modifica el artículo 10 de la Resolución 27 de 2006 del propio ministerio en relación con las instrucciones sobre el perfeccionamiento del sistema de trabajo con los cuadros del Estado y el Gobierno, en aras de implementar la nueva denominación de cuadros en lugar de la de dirigentes que estaba vigente con anterioridad, quedando redactado de la siguiente forma: “Las categorías ocupacionales son las de: cuadros, técnicos, operarios, trabajadores de servicios y trabajadores administrativos”.

Teniendo en cuenta la gama de facultades de las categorías ocupacionales vigentes en el ámbito administrativo cubano, consideramos que la especial condición administrativa en cuanto al cargo, se manifiesta respecto a las que constituyen cuadros administrativos del Estado y del Gobierno en sentido general. El mayor campo de acción o de facultades, según las descripciones abordadas, queda en las esferas de los cuadros directivos superiores y directivos, por lo que opinamos que estos dos

o que ocupe un cargo que implique responsabilidad de custodia, conservación o vigilancia en organismo público, institución militar, oficina del Estado, empresa o unidad de producción o de servicio.

peldaños dentro de la escala jerárquica administrativa son los cargos que deben tenerse en cuenta en relación al análisis antes referido de la delincuencia de cuello blanco cubana a partir de las categorías ocupacionales.

Los Cuadros Directivos Superiores constituyen la cúpula de la administración pública, prácticamente dirigen el país, sus decisiones constituyen políticas que luego han de implementarse y que se evidencian en cualquier ámbito del sector estatal, máxime cuando la administración pública en el socialismo implica la administración de aquello que es propiedad de todo el pueblo y que es fundamental para su desarrollo y coexistencia. Es por ello que esta categoría adquiere vital importancia, y de manera muy similar la de Cuadros Directivos, pues son los inmediatos inferiores de la escala mencionada, protagonistas de las vías en que han de implementarse las políticas y decisiones de sus superiores, pudiendo emitir ellos mismos sus propias políticas, también sobre la base de la administración de lo social.

Respecto a la escala de cuadros ejecutivos, la misma ciertamente tiene un ámbito de facultades que varía dependiendo del organismo o sector del que se trate, pues en algunos un cuadro ejecutivo podrá tener facultades similares a las de los cuadros directivos en otros, por lo que en tales casos su inclusión en la denominación como posible delincuente de cuello blanco sería valorativa, de acuerdo a las facultades específicas por razón del cargo. No obstante, es indispensable establecer un criterio diferenciador en esta amplia categoría de ejecutivos, para lo cual estimamos que podrán ser susceptibles de denominarse delincuentes de cuello blanco aquellos ejecutivos que ejerzan sus funciones de dirección en los niveles nacional y provincial.

Se han descartado los ejecutivos del nivel municipal o local considerando que sus facultades, prerrogativas y niveles de influencia en el aparato administrativo general, así como la capacidad de disposición de bienes materiales y financieros, no resultan tan amplios mientras más se alejan de los altos niveles de dirección, dada la centralización que caracteriza al sistema de gobierno en Cuba. De ahí que el alcance del hipotético actuar delictivo en los mencionados ejecutivos del nivel municipal o local resulte más restringido y puntual, de menor repercusión y, en consecuencia, menos nocivo para el funcionamiento de sus respectivos organismos a nivel global y para la sociedad.

De forma concluyente, podemos definir entonces al delincuente de cuello blanco en Cuba como el individuo que infringe la ley penal ostentando la categoría ocupacional de cuadro administrativo del Estado y del Gobierno, en su modalidad de directivo superior, directivo, o ejecutivo con subordinación nacional o provincial, cuya infracción se relaciona con las facultades inherentes a dicho cargo y tipifica alguno de los delitos que puede calificarse como de cuello blanco.

Rebelión ciudadana y Derecho penal. Sobre la conversión del ejercicio de derechos en delitos e ilícitos administrativos

DR. GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS*

Sumario

1. Introducción
2. Seguridad ciudadana, orden público, seguridad pública, tranquilidad ciudadana
3. Proceso de identificación de infractores no identificables
4. Limitación o restricción de la circulación o permanencia y controles policiales
5. Comprobaciones de personas y vehículos
6. Registros corporales
7. La conversión del derecho de reunión y manifestación en ilícito
8. Sedición, desórdenes públicos, resistencias, atentados como figuras disuasorias del ejercicio de derechos
9. Análisis penal del exceso en el ejercicio del derecho de reunión y manifestación
10. ¿Supuso la propuesta del 15-M: *“Aturem el Parlament, no deixarem que aprovïn retallades”* un exceso grave del ejercicio del derecho de reunión y manifestación?

1. Introducción

Las últimas reformas del Código penal en materia de atentado, resistencia activa y pasiva a la autoridad, desobediencia y desórdenes públicos (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) más las que

* Catedrático Derecho Penal de la Universidad de Jaén (ESPAÑA). portilla@ujaen.es

conciernen a la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad ciudadana (Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana –LOPSC–), privación, limitación y restricción de libertad sin garantías constitucionales, conversión en la práctica del derecho de reunión y manifestación en un comportamiento ilícito, desproporción absoluta de sanciones administrativas, etc, representan una ofensiva ideológica de la derecha radical con el objetivo de proteger su antiliberalismo económico y político a través de la supresión de libertades individuales¹. La finalidad no es otra que silenciar el movimiento multitudinario de protesta y desobediencia civil que surge como consecuencia de la imparable crisis del capitalismo.

La calle, posiblemente uno de los escasos lugares donde la ciudadanía se reivindica, donde puede expresar su opinión, se transmuta en centro del control sobre la peligrosidad. Deambular, reunirse o manifestarse exigiendo derechos ha adquirido el formato de estado peligroso. Sin embargo, ante la imposibilidad de recurrir a medidas de seguridad predelictuales, por su inconstitucionalidad, el legislador ha optado por transformar el ejercicio de derechos fundamentales en ilícitos penales y/o administrativos (burocratización). Frente a estos nuevos (viejos) peligros, como ya ocurrió con los mendigos y pobres que pasaron de ser eliminados físicamente a ser controlados en los siglos XVII y XVIII, del derecho de muerte se pasó al poder sobre la vida, la biopolítica a la que se refiere Foucault, de la neutralización violenta a la regulación productiva. Igual que entonces, lo que se propone ahora es el control de la peligrosidad, el aislamiento de determinados sujetos a través, esencialmente, de penas y sanciones administrativas. El objetivo del capitalismo biopolítico no es otro que acabar con la rebelión ciudadana, con la protesta que demanda derechos económicos y sociales².

En realidad, la progresiva desaparición del Estado Social de Derecho, la situación de excepcionalidad decretada por el mercado privando a los ciudadanos del derecho a decidir y a los Estados del principio de soberanía, por las exigencias del Banco Central europeo, la Comisión y el Fondo Monetario Internacional, ha culminado con una suspensión gene-

¹ Cfr. JEAN-YVES CAMUS, Extremas derechas cambiantes en Europa, *Le Monde diplomatique*, marzo, 2014, p. 20

² NEGRI, A, sugiere que "...cuanto más firme sea la resistencia, más feroz será el intento de restauración del poder -por el Estado (en tanto que órgano del capital)-, y más decisivo el recurso a la violencia". Cfr. Una política de lo común. Del fin de las izquierdas nacionales a los movimientos subversivos en Europa. En *El Síntoma griego. Posdemocracia, guerra monetaria y resistencia social en la Europa de hoy*. *Errata naturae*, Madrid, 2013, p. 88.

ralizada de los derechos económicos, sociales, sindicales, laborales, etc. Al fin de contrarrestar la ofensiva de los poderes financieros emergen nuevos sujetos históricos y resucitan otros clásicos: disidentes, indignados, desobedientes, estudiantes, pensionistas, trabajadores, desocupados, inmigrantes³. En definitiva, en la terminología de LUHMANN, los autoexpulsados del contrato social y los excluidos o potencialmente excluidos de la organización formal⁴ son los que reclaman desde escenarios públicos que se respeten los derechos constitucionales.

Hay que recordar cómo durante el franquismo el ejercicio de determinados derechos llegó a convertirse en delito: no se reconocían los derechos de manifestación, reunión, sindicación, asociación, huelga, al contrario, su práctica era delictiva. De igual modo, a través del desacato, el atentado, la resistencia a la autoridad, las propagandas ilegales, los desórdenes públicos, se sancionaba a los que pretendían subvertir la organización política (dictadura) social económica o jurídica del Estado, relajar el sentimiento nacional, atacar a la unidad de la nación española, perjudicar el crédito o la dignidad de España. Ahora asistimos nuevamente al retorno de la censura a través de la reforma de los delitos de atentado, resistencia, contra el orden público, y la “nueva” LOPSC, que convierte en impracticable, entre otros, derechos como los de reunión y manifestación.

Cierto es que el Estado se enfrenta a nuevas formas del ejercicio de la protesta: al clásico poder sindical patentizado en la convocatoria de huelgas generales, o a la organización en la lucha por los derechos de partidos de izquierda, hay que sumar hoy la aparición de modelos de resistencia muy similares en estrategia a los movimientos del Mayo del 68, lo que BADIOU denomina “las características invariantes del comunismo en tanto que movimiento”⁵.

Sin embargo, las estrategias empleadas por Juventud Sin Futuro, en la calle y en redes sociales, por la plataforma Democracia Real Ya, el 15 de mayo de 2011, el 15-M, las propuestas de la Plataforma de Afectados

³ Sobre los grupos que componen los movimientos de protesta, CASTELLS M, Redes de indignación y esperanza. Alianza editorial, Madrid, 2015, p. 126.

⁴ Cfr. MONEREO, M, De la Crisis a la Revolución Democrática. El viejo Topo, 2013, pp. 67-68.

⁵ BADIOU, A, La Impotencia contemporánea. En El Síntoma griego. Posdemocracia, guerra monetaria y resistencia social en la Europa de hoy. *Errata naturae*, Madrid, 2013, p. 191.

por la Hipoteca⁶, están concretamente en deuda con los movimientos antiglobalización, sus métodos asamblearios, trabajos en redes, crítica a las formas del ejercicio del poder⁷. Este movimiento de movimientos (un concepto quizá más correcto que el de movimiento antiglobalización) fue un conglomerado de grupos de izquierda, de organizaciones no gubernamentales, sindicatos, etc, que “surgen” en las manifestaciones de Seattle en 1999 y continúan posteriormente en Praga, Porto Alegre, Gotemburgo, Barcelona, Génova⁸, con una finalidad esencial, la resistencia frente a la globalización capitalista neoliberal, siendo indiferente el concreto sector ideológico al que pertenecían o el ámbito de su lucha: ecologista, feminista, anticapitalista. La herencia de estas redes de movimientos la encontramos en las concentraciones contra los desahucios, la ocupación pacífica del domicilio de personas jurídicas, las formas no convencionales de huelga, la lucha por un nuevo modelo constitucional, nuevos derechos, la renta básica, el rechazo de la deuda, la libertad de fronteras, la persecución de cualquier forma de esclavitud como el trabajo servil, en definitiva, la búsqueda de una sociedad igualitaria y libre, etc.

Como era de esperar, las maniobras empleadas en la consecución de aquellos objetivos: bloqueo de viviendas pendientes de desahucios, protección de inmigrantes irregulares, técnicas de desobediencia civil, concentraciones y manifestaciones ante residencias de políticos, bancos, Organismos internacionales, Parlamentos, etc⁹, han generado la reacción del Leviatán. Se ha intuido el peligro que representan estos grupos como altavoces de las reclamaciones de los colectivos más vulnerables y la réplica institucional ha sido inmediata: reforma del Código penal y aprobación de una nueva LOPSC con la finalidad de otorgar un poder omnímodo a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad (incluyendo a la seguridad privada) - la fuerza de ley de la que hablaba W BENJAMIN-, transformando en ilícitas cada una de las legítimas conductas de los movimientos de desobediencia civil.

⁶ PISARELLO G/ASENS,J, *La Bestia sin bozal*. En defensa del derecho a la protesta, Catarata, Madrid, 2014, pp. 22, 36, 37.

⁷ Cfr. BOTEY J. *Movimientos sociales y globalización*. En *La batalla de Génova*. El viejo topo. 2001, p. 31.

⁸ Cfr. COLOM JAÉN, A. *Apuntes sobre el orden global neoliberal al alba del siglo XXI*. En *La batalla de Génova*. El viejo topo. 2001, p. 35.

⁹ *Sobre la composición de los movimientos de protesta*, CASTELLS M, *Redes de indignación y esperanza*. Alianza editorial, Madrid, 2015, p. 143.

2. Seguridad ciudadana, orden público, seguridad pública, tranquilidad ciudadana

El mejor ejemplo de la represión administrativa que sufren los movimientos de desobediencia civil ha sido y será la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC) en su versión de 1992 y en la actual de 4/2015, de 30 de marzo. En la misma se supedita el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales a la protección de un bien jurídico autónomo, abstracto e inabarcable como la “seguridad ciudadana”, definida como la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la “tranquilidad ciudadana”.

Si se asimila el concepto de seguridad ciudadana, contemplado en el artículo 104.1 de la Constitución, a los de orden público¹⁰-, seguridad y tranquilidad pública de los artículos 149.1. 29 de la CE y 11.1, e) de la LO-FCS, la conclusión es que se ha ampliado el ámbito de actuación policial no sólo a aquellos casos caracterizados por la presencia de indicios racionales de criminalidad, sino también a supuestos en los que no se sospecha que el autor de la acción ha cometido un ilícito penal sino que ha alterado o puede llegar a alterar un valor etéreo, difuso, sin carácter penal como la tranquilidad ciudadana. De este modo, se disfraza el concepto de orden público (tranquilidad pública) bajo los términos seguridad y tranquilidad ciudadana protegido a través de figuras de peligro abstracto. En este modelo, el ejercicio de las libertades se concibe como una alteración de la normal actividad del Estado sin que interese la protección de las condiciones esenciales en las que puedan ejercerse libremente los derechos fundamentales (paz pública). Denominan “seguridad ciudadana” a lo que no es más que el retorno de la “seguridad del Estado”.

La creación artificial de ese bien jurídico permite la intervención de Fuerzas y Cuerpos de seguridad (art. 4.3), y de las empresas de seguridad, despachos de detectives y personal de seguridad privada¹¹ -que tienen el deber de colaborar y auxiliar a las FCS en el ejercicio de sus

¹⁰ Interpretado en un sentido material estricto como “orden exterior o tranquilidad en una comunidad”, ha sido defendido por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Título II del código penal”, en Cuadernos de Política Criminal.n.1.197, pp. 133-134; IZU BELLOSO, “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, en Rvta de Derecho Administrativo. n. 58. 1988, p. 234; LOPEZ-NIETO Y MALLO, Seguridad ciudadana y orden público. Madrid, 1992, p. 18.

¹¹ El artículo 31 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, les otorga la condición de agentes de la autoridad siempre que colaboren con las FCS.

funciones (art. 7.3 LOPSC y arts. 8.2, 14.2, 30, h) de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada que posibilita la privación de libertad en caso de indicios de delito), no sólo ante un comportamiento lesivo o peligroso para los derechos de los ciudadanos (personas y bienes) o las instituciones públicas sino cuando se genera un peligro potencial para la tranquilidad pública... “por la existencia de una amenaza concreta o de un comportamiento objetivamente peligroso que, razonablemente, sea susceptible de provocar un perjuicio real para la seguridad ciudadana...” (art.4.3).

Otra de las funestas consecuencias de adoptar el concepto de seguridad ciudadana como bien jurídico autónomo en materia de privación de libertad es que se amplía el espectro de opciones de las FCS y, por ende, del personal de seguridad!!!¹² En primer lugar, se impone por vez primera en nuestra legislación el deber de exhibir el DNI cuando el ciudadano sea requerido (art. 9). Necesariamente hay que colegir que el funcionario podrá solicitar el carné siempre que se encuentre desempeñando funciones de seguridad, esto es, en supuestos de prevención de delitos o de sanción de infracciones administrativas. De ningún modo está capacitado para realizar tal petición si carece de indicios que le permitan llegar a la convicción de que el sujeto ha podido participar en un delito o en la ejecución de una infracción administrativa.

¹² El art. 32 de la Ley de Seguridad privada permite a los vigilantes de seguridad la protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto privados como públicos, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos, llevando a cabo las comprobaciones, registros y prevenciones necesarias para el cumplimiento de su misión; efectuar controles de identidad, de objetos personales, paquetería, mercancías o vehículos, incluido el interior de éstos, en el acceso o en el interior de inmuebles o propiedades donde presten servicio, sin que, en ningún caso, puedan retener la documentación personal, pero sí impedir el acceso a dichos inmuebles o propiedades. La negativa a exhibir la identificación o a permitir el control de los objetos personales, de paquetería, mercancía o del vehículo facultará para impedir a los particulares el acceso o para ordenarles el abandono del inmueble o propiedad objeto de su protección; en relación con el objeto de su protección o de su actuación, detener y poner inmediatamente a disposición de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes a los delincuentes y los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, así como denunciar a quienes cometan infracciones administrativas. No podrán proceder al interrogatorio de aquéllos, si bien no se considerará como tal la anotación de sus datos personales para su comunicación a las autoridades.

3. Proceso de identificación de infractores no identificables

Los supuestos de identificación de personas están regulados en el artículo 16 de la LOPSC y contradice varios preceptos constitucionales: artículo 9.3, artículo 25.3, artículo 17 CE. Junto a los casos de privación de libertad por la presencia de indicios de que el sujeto puede en el futuro participar en la comisión de un delito o ha cometido una infracción administrativa, se añade ahora la identificación de persona con el rostro embozado (art. 16.1) –sólo cuando este último se halle en alguna de las dos situaciones anteriores: posible comisión de delito o realización de una infracción administrativa-. De adoptarse una interpretación más flexible: identificación automática de una persona embozada por tener el rostro parcialmente cubierto, se estaría justificando una detención ilegal, selectiva y discriminatoria –contraria al artículo 16.1, que prohíbe expresamente la discriminación basada en cualquier condición personal o social- al configurarse una tercera vía (derecho de autor) en materia de privación de libertad. De hecho, esta figura es contraria a las previsiones de la actual Ley de Enjuiciamiento criminal e inconstitucional ya que permite restringir los movimientos, sin las garantías de artículo 17 de la CE, de aquél sobre el no recaen indicios objetivos de que pueda llegar a participar en la realización de ilícitos penales o administrativos. En ese sentido, la LOPSC se asemeja cada vez más a las previsiones de la Ley de Orden público de 1959 -derogada por la Ley de Protección ciudadana 1/1992 de 21 de febrero- que reguló tres clases de detención: la efectuada por cometer o intentar cometer cualquiera de los actos contrarios al orden público, la basada en la desobediencia a las órdenes dadas directamente por la autoridad o sus agentes en relación con actos de orden público y, finalmente, la privación de libertad derivada de la responsabilidad penal subsidiaria como consecuencia de no hacer efectiva la multa impuesta por razones de orden público.

En el supuesto de que no se logre identificar a la persona (por vía telemática o telefónica) que se especula puede presuntamente cometer un delito, que lesionó o puso en peligro la seguridad ciudadana, las FCS (¿en su caso, personal de seguridad privada) le requerirá a que le acompañen (se supone que con carácter de detenido si la sospecha es de probable comisión de un delito y, sin tal condición, cuando el que no se identifica es un infractor administrativo) a las dependencias policiales más próximas. Al no ostentar carácter de detención –el artículo 19 de la LOPSC dice expresamente que las diligencias de identificación, registro y comprobación carecen de las formalidades de la detención- el sujeto trasladado carece de las garantías del artículo 17 de la Constitución española. Asunto sobre el que se volverá más adelante.

Con el término “requerir” parece que el legislador pretende asignarle un sentido de voluntariedad al acto de acompañamiento a las dependencias policiales. Más lejos de la realidad, en el caso de una prevención delictiva el funcionario no dispone de otra opción que no sea la de trasladar al sujeto como detenido a las dependencias policiales, siempre que realmente existan indicios objetivos. En el segundo supuesto, esto es, al objeto de cumplir con la sanción de una infracción, la expresión “requerir”, pierde su connotación de voluntariedad y se resuelve, por el contrario, como una imposición de acompañarle a tal lugar. Es más, en casos de negativa a la identificación, al desaparecer la falta del artículo 634 que sancionaba a los ciudadanos que desobedecían levemente a la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, los demás casos de desobediencia no grave se convierten ahora en un infracción administrativa grave del artículo 36.6. En este precepto se sanciona la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación. No obstante, en caso de desobediencia grave o resistencia pasiva es factible el recurso al delito previsto en el artículo 556 Cp (tres meses a un año o multa) que extiende la protección penal al personal de seguridad privada.

En definitiva, los supuestos de omisión voluntaria de identificación pueden reconducirse actualmente al delito o la infracción administrativa de desobediencia a la autoridad o negativa a la identificación, siempre que el funcionario o personal de seguridad privada, debidamente identificado (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas; ley 2/1986, de 13 de marzo, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; Art.18 del Real Decreto 1484/1987, de 4 de diciembre), esté capacitado para solicitar la identificación en el ejercicio de sus funciones de prevención de delitos o sanción de infracciones. Si se considera que el elemento “en el ejercicio de sus funciones” equivale a la finalidad pública de la actuación y, por tanto, que es un elemento esencial del concepto de funcionario público, se deduce que siempre que falte la intención de servir a los intereses generales en el momento de solicitar la identificación, no puede aplicarse la infracción del artículo 36.6.

Pero, qué finalidad debe perseguir el funcionario que procede a la identificación para actuar en el ejercicio de sus funciones. El cumplimiento de una función pública, en el caso que analizamos, consistiría en la presunción de que la persona a la que se solicita la identidad puede participar en la comisión de un delito o que ha alterado o puede llegar a alterar la seguridad ciudadana. Tesis que deriva de los deberes que la legislación vigente impone a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: artículo 11.1, aptdos, e, f y g), de la LFCS de 1986, que establece que los funcionarios pueden prevenir la

comisión de actos delictivos e incluso investigarlos para descubrir y detener a los presuntos culpables además de mantener y restablecer el orden y la seguridad ciudadana.

Por cierto, es importante reseñar que la Instrucción 13/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, relativa al uso del Número de identificación Personal en la Uniformidad de los Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado, recuerda al funcionario la obligación de llevar en el uniforme el número de identidad personal e identificarse siempre antes de solicitar la identificación a un tercero.

En definitiva, sólo se ejercita una finalidad pública cuando se realiza la labor de prevención de delitos o cuando se priva de libertad al infractor administrativo no identificable basada en la presunción de la comisión de una infracción administrativa. En caso contrario, si la solicitud de identificación por el funcionario no obedece a tal fin, es puramente aleatoria, el omitente no quebranta ni la infracción administrativa ni el delito de desobediencia.

El artículo 16 de la LOPSC faculta sin más la privación de libertad por infracciones de carácter administrativo a efectos de identificación del presunto autor: fumar en lugares públicos, aparcar en doble fila, no poseer la documentación, desobedecer mandatos de la autoridad, consumir drogas en lugares públicos, reuniones ilegales sin carácter penal, manifestaciones o concentraciones no comunicadas, etc. Esta figura, introducida en 1992, es contraria al régimen procesal-penal de garantías establecido en la LECr., al principio de taxatividad (art. 9.3 CE) por la amplia discrecionalidad consentida al funcionario, al artículo 25.3 CE, que prohíbe a la Administración civil imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad (aunque formalmente se alegue que no se trata de una sanción sino de una diligencia, medida cautelar o precautelar).

Sin embargo, esta inaudita modalidad de privación de libertad no es original, pues reproduce parcialmente el contenido del artículo 20 de la anterior LOPSC. Se inmortaliza así una antigua petición, auspiciada por una parte de la doctrina afín al aparato policial y al gobierno que impulsó la LOPSC de 1992, de los sectores policiales más arcaicos: la mal denominada "retención". Es más, curiosamente, el Anteproyecto de LOPSC volvió a emplear el término retención (vocable que ha desaparecido del texto final de la Ley) al permitir una medida de seguridad extraordinaria en el artículo 20 que preveía el cierre o desalojo de locales, prohibición del paso, "retención" de personas, etc en situaciones de emergencia durante el tiempo estrictamente necesario para garantizar la seguridad ciudadana.

Con la "retención" se pretende cubrir una hipotética laguna legal que permita a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, a efectos de identifica-

ción, privar de libertad a un ciudadano sobre el que no recaen indicios racionales de criminalidad. Lo que se proyectaba en realidad era crear un espacio temporal de absoluta discrecionalidad policial en el que se puedan efectuar las diligencias preliminares sin interferencia judicial y sin garantías constitucionales.

Se trata, por tanto, de una privación de libertad basada en la sospecha de que se ha alterado o puede llegar a alterarse la seguridad ciudadana, es decir, en una intuición elaborada en ausencia de indicios de que un ciudadano ha podido cometer una infracción delictiva o, se añade en el actual artículo 16, potencialmente puede llegar a cometer un infracción delictiva¹³.

Como puede observarse, esta figura, desconocida en nuestro ordenamiento hasta el momento de la aparición de la LOPSC en 1992, era jurídicamente inviable ya que la privación de libertad cautelar sólo podía reconducirse a las vías de la detención o prisión preventiva con el régimen de garantías previstas en el artículo 17 de la Constitución, sin que cupiese limitación alguna de la libertad diferente de aquéllas. Opinión asumida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 98/1986, de 10 de julio, cuando afirmó que: “una recta identificación del concepto “privación de libertad” que figura en el art.17.1 de la Constitución, es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que disponen el referido artículo de la norma fundamental, y en este sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad - en las que de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita- queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean” (F.J. Cuarto).

Las dudas sobre la licitud de esta medida restrictiva de la libertad fueron disipadas, como se ha expuesto, tras la aparición de la STC de 10 de julio de 1986, al considerar como detención “cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad y que, siendo admisible teóricamente,

¹³ Cfr. Alude al criterio de oportunidad y experiencia sobre el que se fundamenta el proceso de identificación, CALVO GARCÍA, M, “La reforma “anunciada” de la Ley de Seguridad Ciudadana: un nuevo giro de tuerca a la seguridad de los derechos. En Seguridad(es) y derechos inciertos. Servicio de publicaciones Universidad de Zaragoza, 2014, p. 123.

la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona". Una teoría que coincide con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al caso GUZZARDI (6 de noviembre de 1980, 102). Ya incluso con anterioridad a la sentencia del TC, el 31 de mayo de 1985, el Director de la Seguridad del Estado remitió a los Directores Generales de la Guardia Civil y de la Policía unas "Instrucciones sobre la aplicación de la LO.14/83, de 12 de Septiembre, por la que se desarrolla el artículo 13.3 CE, en materia de asistencia al detenido y al preso y modificación de los arts 520 y 527 LECr", en las que se afirmaba: "ha de tenerse presente que toda privación de libertad supone detención en sentido estricto, cualquiera que sea la terminología que se utilice y, en consecuencia, el detenido goza de los derechos que la legislación le otorga, siendo indiferente que pase a presencia judicial o a disposición judicial, sin que existan estados intermedios que, bajo la acepción de "retenciones" u otras, pudieran utilizarse en la práctica para eludir el cumplimiento de las previsiones dictadas".

Aceptar la necesidad procesal de la "retención" y por tanto la inexistencia de control sobre las actuaciones policiales, no sólo supone un riesgo para los bienes jurídicos que derivan del respeto de las garantías establecidas en los artículos 17 de la C.E. y 520 de la L.E.Cr sino que significa la consagración de un Estado autoritario de naturaleza policial. Desgraciadamente, parece que la técnica de restricción de libertad que perpetúa el artículo 16 de la LOPSC se corresponde con aquélla denostada figura. En efecto, lo que se plantea es la privación de libertad del ciudadano que se niega o no puede ser identificado, siempre que el funcionario crea que, objetivamente *ex ante*, puede llegar a cometer un delito, ha cometido una infracción administrativa o lesiona o pone en peligro la seguridad ciudadana. Si concurren esos indicios y la negativa o imposibilidad de identificación –por cualquier otra vía– podrá trasladársele a las dependencias policiales con el único objetivo de conocer su identidad.

En resumen, el espacio que cubre el artículo 16 es el de la identificación de los infractores administrativos, de los que vulneren o puedan llegar a alterar la seguridad ciudadana y la de los potenciales autores de ilícitos penales.

En cuanto a los derechos que acompañan a esta clase de privación de libertad hay que decir que estaría sometida al límite temporal necesario que exija el desarrollo de las diligencias preliminares policiales de comprobación de identidad. En consecuencia, el estrictamente necesario sin que pueda ser superior a seis horas. Eso sí, durante este plazo el "retenido" carece de las garantías previstas en los artículos 17 de la C.E. y 520 de la L.E.Cr, exigencia constitucional que se elude mediante la ficción de considerar que en estos supuestos no estamos en presencia de casos de detención.

Entonces, ¿qué ocurre cuando durante la realización de las identificaciones, cacheos, controles de alcoholemia, de infractores administrativos, el funcionario no respeta ciertas garantías constitucionales? En la hipótesis de que el privado de libertad en esas situaciones carezca de la condición de “detenido” ¿posibilita la impunidad policial? Para intentar resolver esta cuestión deben rescatarse tres providencias de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en torno al tema de las diligencias de identificación y cacheo. En las mismas se defendió la tesis según la cual la inmovilización del ciudadano no sospechoso de haber participado en la comisión de un delito durante el tiempo imprescindible para la práctica de dichas actuaciones, no representa una privación de libertad y, al mismo tiempo, supone para el afectado un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía (Providencia de la Sala Segunda del T.C. de 26 de noviembre de 1990, ante el recurso 2252/90 contra sentencia de la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 18 de junio de 1990, por la que se condena al recurrente, como autor de un delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de treinta mil pesetas; de 21 de enero de 1991, ante el recurso 2262/90 contra sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, por la que se condenó a la recurrente, como autora de un delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 ptas; 28 de enero de 1991, ante el recurso 2260/90, contra sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, por la que se condenó a la recurrente, como autora de un delito de resistencia grave a los agentes de la autoridad, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 30.000 ptas).

En todas estas providencias se subraya que “el derecho a la libertad y como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, no puede entenderse afectado por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aun cuando estas diligencias inevitablemente comportan molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone, para el afectado un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado, sin la previa existencia de indicios de infracción contra su persona, en el curso de la actividad preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 y 12 de la Ley 2/86 de 13 de marzo. Asimismo, en la Providencia de 28 de enero de 1991, se manifiesta que “esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña una “privación de libertad” ni atenta contra su derecho a la libre circulación, que quedan intactos, tras la práctica de tales medidas policiales, siempre que éstas se realicen por los funcionarios

legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir el fin que persiguen”.

Hay que recordar que las citadas providencias tienen su origen en la línea jurisprudencial sustentada por el Tribunal Constitucional respecto al control de alcoholemia; en ese sentido, la sentencia del TC 197/1985, de 7 de octubre, considera que no se encuentra en la situación de detenido, “quién, conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda sólo por ello detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado. Sólo, en definitiva, a partir de la apreciación del resultado positivo en el examen pericial practicado, puede hablarse de detención del demandante, porque sólo entonces hubo ya indicios de la posible consumación por el mismo del tipo descrito en el número 1, del artículo 340 bis, a) del C.P (...)”. En un sentido similar se expresa la STC 22/1988 de 18 de febrero.

Junto a las providencias citadas, el Tribunal Constitucional se pronunció en Sentencia 341/1993, 18 de noviembre, al declarar la constitucionalidad del artículo 20 de la LOPSC que posibilitaba la privación de libertad de infractores administrativos no identificables sin otorgarle el carácter de detención. Bien es cierto que el Tribunal Constitucional desmonta en esa sentencia uno de los argumentos defendidos por las providencias del Tribunal Constitucional de 1992: que los controles, cacheos, identificaciones eran sometimientos no ilegítimos desde la perspectiva constitucional y, por tanto, ni tan siquiera tenían la consideración de privación de libertad. Dando marcha atrás, ahora se reconoce –retornando al planteamiento de la STC de 10 de julio de 1986– que el traslado a Comisaría con fines de identificación sí es una privación de libertad. No obstante, la STC de 1993 reconoce tácitamente que la LOPSC ha creado una nueva figura de privación de libertad: la “detención” de autores de infracciones administrativas que no son identificables, justificada al amparo del artículo 5.1 del Convenio de Roma que admite la privación de libertad para el cumplimiento de una obligación. Algo ciertamente discutible, ya que no existe obligación legal de identificación por parte del ciudadano si el funcionario no cumple un fin de prevención de ilícitos penales.

Además, esta nueva versión del Tribunal Constitucional, que ahora reconoce que son privaciones de libertad cuando antes afirmaba que no lo eran, coincide con las providencias en negarle el carácter de detención y, en esa idea, se adelantó al modelo Guantánamo. Esto es, creó un híbrido jurídico con la única intención de no aplicar las garantías constitucionales del detenido. Así, aunque se admite que el “acompañamiento” policial del ciudadano es una medida de identificación que puede

evaluarse como privación de libertad, sin embargo enfatiza que no llega a alcanzar la consideración de detención preventiva y, por tanto, no debe contener las garantías del artículo 17 de la CE.

En efecto, respecto a la privación de libertad con fines de identificación que recae en personas no identificables que hayan incurrido en una infracción administrativa, el TC no admite más garantía que la consistente en la explicación de las razones de la diligencia de identificación. En cuanto al plazo, interpreta que la diligencia prevista en el art. 20.2 de la LOPSC no es indefinida o ilimitada en su duración ya que se utiliza la expresión “tiempo imprescindible”, por lo que tal diligencia debe practicarse de manera inmediata y sin dilación alguna (ambas garantías, tanto el plazo como la explicación de las razones del requerimiento son reconocidas expresamente por la Instrucción 12/2007). En consecuencia, el Tribunal Constitucional no permite que sean aplicables el resto de las garantías del artículo 17 CE, como la información sobre el derecho a no declarar, la asistencia letrada, poder instar un procedimiento de habeas corpus, etc, que sólo tienen sentido cuando se trata de una detención preventiva. Bajo este prisma, el Tribunal ratifica que no se debe informar sobre el derecho a no declarar ya que no se puede interrogar más que sobre datos de la personalidad y tampoco resulta inexcusable que la identificación se lleve a cabo en presencia de abogado.

Finalmente, el TC, ante la crítica fundada en que el artículo 20.2 de la LOPSC infringe el artículo 25.3 de la Constitución que prohíbe la imposición de sanciones que impliquen directa o indirectamente privación de libertad, interpreta que tal disposición no se ve en ningún momento afectada ya que el procedimiento restrictivo de la libertad no alcanza la condición sancionadora sino de estricta identificación personal.

En conclusión, con la tesis defendida por el Tribunal Constitucional llegamos al absurdo de que la restricción de libertad con fines de identificación, aún siendo una privación de libertad, no es una detención preventiva y el ciudadano, en tales circunstancias, no goza de todas las garantías del artículo 17 de la CE.

Pues bien, pese que el Tribunal Constitucional no considera relevante garantizar determinados derechos, como establecer un plazo máximo de privación de libertad en tales situaciones, y aunque el artículo 19 de la LOPSC dispone que las diligencias de identificación, registro y comprobación no están sujetas a las mismas formalidades que la detención, el artículo 16.2 ha reconocido por vez primera la garantía de que el sujeto no puede estar más de seis horas en las estancias policiales y, además, se le debe entregar un volante en el que se indique el tiempo de permanencia en ellas (artículo 16.4).

Por otra parte, a diferencia de la regulación de 1992, se menciona expresamente que la identificación se realizará con respeto estricto a los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación (artículo 16.1). Una previsión incomprensible y absurda que recuerda al funcionario su obligación de respetar la Constitución, que cumpla con la ley sin ultrajar los derechos de las personas que identifica. Es tan lógico como sugerirle que no torture o ejecute al sometido al proceso de identificación. Sin embargo, a pesar de lo desatinado de una referencia expresa a la no discriminación, hay que matizar que su razón de ser obedece al precedente generado por el caso Rosalind Williams. Esto es, un supuesto en el que un funcionario sin indicios objetivos de un ilícito, solicita la identificación por una cuestión exclusivamente étnica.

A raíz del caso de Rosalind Williams, renació el debate sobre la práctica de privaciones de libertad caracterizada por un móvil discriminatorio. Se trata de detenciones sin indicios *ex ante* de infracción delictiva o administrativa en las que lo importante es la condición del sujeto al que se restringe la libertad. El supuesto que comentamos se inicia el 6 de diciembre de 1992, en la estación de ferrocarril de Valladolid, cuando un funcionario de la Policía Nacional requirió a la Sra. Williams (originaria de EEUU pero de nacionalidad española) tras bajar del tren, sólo a ella, que se identificara. Tras negarse a la identificación y solicitar a su vez la identificación de los policías, Rosalind Williams, su hijo y su esposo fueron conducidos a una comisaría, donde la policía comprobó sus datos personales y después los puso en libertad. A partir de aquí Williams presentó una denuncia que dio lugar a unas diligencias que fueron sobreseídas provisionalmente por no resultar justificada la perpetración de delito alguno. Posteriormente, el 15 de febrero de 1993, los recurrentes presentaron un escrito en el Registro General del Ministerio del Interior en el cual incluyeron una doble solicitud: Por un lado recurrieron en alzada la orden (no manifestada por escrito) del Ministerio del Interior de proceder a pedir la documentación a personas de color. Por otro formularon solicitud de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado ante el Ministro del Interior, basando su reclamación en que el requerimiento de identificación se realizó exclusivamente sobre la Sra. Williams por ser de raza negra.

El 29 de noviembre de 1996 la Audiencia Nacional rechazó el recurso interpuesto al entender que la ley de extranjería y el artículo 20 de la LOPSC posibilitaban esa clase de identificación. Posteriormente, la STC 13/2001, 29 de enero, sostuvo que “los requerimientos policiales de identificación efectuados a fin de controlar el cumplimiento de la legislación de extranjería encuentran cobertura normativa en el art. 72.1 del Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento

de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que obliga a los extranjeros a llevar consigo el pasaporte o documento con base en el cual hubieran efectuado su entrada en España, y, en su caso, el permiso de residencia, y a exhibirlos, cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio si no los llevaran consigo". Se concluye que "a tal efecto, forzoso es reconocer que, cuando los controles policiales sirven a tal finalidad, determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración en ellos como razonablemente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne".

Incurriendo en un error bastante frecuente en la jurisprudencia, el TC afirma erróneamente que los inmigrantes están obligados a exhibir los documentos justificativos de su estancia legal en España, obligación de identificarse que, por lo demás, afecta a la generalidad de los ciudadanos según resulta del art. 20.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, en relación con el art. 9 y el art. 12 del Decreto núm. 196/1976, de 6 de febrero, por el que se regula el Documento Nacional de Identidad, en la redacción dada por el Real Decreto 1245/1985, de 17 de julio. En conclusión, el TC consideró legal la detención por aplicar correctamente los requisitos del artículo 20 de la LOPSC.

Muchos años más tarde..., el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en un Dictamen de 29 de julio de 2009, emitido a tenor del párrafo cuarto del artículo 5 del Protocolo facultativo del Pacto internacional de Derechos civiles y Políticos, consideró que la aplicación de perfiles raciales en el contexto del control de la inmigración en España constituía una discriminación. Estando de acuerdo en la existencia de controles de identidad con fines de protección de la seguridad ciudadana, prevención del delito o control de la inmigración ilegal, el Comité no comparte que los rasgos físicos o étnicos sean la referencia para concluir su situación irregular en el país. Por el contrario, ratifica que significa un atentado a la dignidad de las personas, contribuye a la expansión de actitudes xenófobas y resulta contradictorio con una política eficaz contra la discriminación racial. Se concluye que Rosalind fue individualizada para el control de identidad únicamente por sus características faciales, rasgos físicos y que estos constituyeron el único elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal sin respetar criterios de objetividad y razonabilidad. Por todo ello, denuncia una violación del artículo 26 y el art. 2, párrafo 3 del Pacto que obliga al Estado a ofrecer un recurso y disculpas públicas.

Abundando en esta idea, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas sustenta que los Estados deben adoptar “las medidas necesarias para impedir los interrogatorios, las detenciones y los cacheos basados de facto exclusivamente en el aspecto físico del individuo, su color, sus rasgos faciales, su pertenencia a un grupo racial o étnico, o cualquier otra categorización que pueda hacerle particularmente sospechoso”. Al igual, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa ha definido la elaboración de perfiles raciales como “el uso por parte de la policía, sin justificación objetiva o razonable, de criterios como la raza, el color, la lengua, la religión, la nacionalidad o el origen nacional o étnico para actividades de control, vigilancia o investigación”.

A pesar de lo expuesto, en España se sigue privando de libertad sin indicios objetivos de criminalidad, fundamentando la restricción en criterios raciales, étnicos, formas de vida, que no demuestran la ilicitud del comportamiento. Limitaciones de la libertad derivadas de una presunta peligrosidad sin base legal en la que se sustente. Genera estupefacción que determinas actuaciones policiales se sigan realizando con infracción del principio de igualdad y, sin embargo, no sean consideradas discriminatorias.

El Dictamen de 2009 viene a confirmar que la solicitud de identificación debe basarse en la presunta comisión de delitos, infracciones administrativas, siempre que existan indicios objetivos de su probable comisión, valorados *ex ante* por el funcionario, sin que pueda entenderse como base objetiva la raza, color, sexo, género, religión, ideología, forma de vida o cualquier otra condición personal o social¹⁴. Posiblemente, como expuse, la existencia de aquel Dictamen ha motivado, por un lado, la Circular 2012, de 21 de mayo, de la Dirección general de la Policía, que expresamente prohíbe cualquier privación de libertad basada únicamente en criterios étnicos y rechaza los cupos de identificación y las redadas masivas de inmigrantes y, por otro, la referencia expresa del artículo 16.1 a la necesidad de respetar la igualdad de trato y no discriminación.

¹⁴ Posición similar defiende BRANDARIZ GARCÍA, Sistema penal y control de los migrantes. Gramática del migrante como infractor penal. Comares, Granada, 2011, pp. 121-122.

4. Limitación o restricción de la circulación o permanencia y controles policiales

A los supuestos de privación de la libertad sin garantías constitucionales, la LOPSC añade la facultad de limitación o restricción de la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y la posibilidad de establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración real o previsible de la seguridad ciudadana o la pacífica convivencia (art. 17). Igualmente, se pueden establecer controles en vías, lugares o establecimientos públicos sólo con la finalidad de descubrir a los partícipes en actos delictivos especialmente graves o generadores de alarma social. A tal fin, se procederá a la identificación de personas, registro de vehículos y control superficial de los efectos personales. Conjuntamente, los controles se emplearán para la recogida de instrumentos, efectos, pruebas. Eso sí, cuando durante el cacheo o la identificación se aprehendieren armas, drogas, o cualquier otro efecto producto del delito o infracción administrativa (en esta ocasión no se menciona la seguridad ciudadana) constará en un acta que debe ser firmada por el interesado, en caso contrario, el acta policial gozará de presunción de veracidad.

El primer instrumento que prevé el apartado primero del artículo 17 otorga a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la posibilidad de “limitar” o “restringir”, durante el tiempo que sea imprescindible, la circulación o permanencia en vías o lugares públicos de aquellas personas que alteren la seguridad ciudadana o la pacífica convivencia o cuando existan indicios racionales de que puede llegar a alterarse. Precisamente los términos “limitar o restringir” hacen referencia a la opción de privar de libertad a aquel ciudadano que perpetre desórdenes públicos de carácter penal, y también cualquier otra clase de actos contrarios o potencialmente aptos para perturbar la seguridad ciudadana o la pacífica convivencia con independencia de su naturaleza: penal o administrativa.

Este precepto infringe el sistema de garantías procesales establecido en la LECr, que sólo faculta el empleo de la medida precautelar por razón de delito, y además incumple los artículos 9.3 (seguridad jurídica), 17 (libertad y seguridad), 19 (libertad de circulación) y 25.3 (limitación de la libertad por la Administración) CE.

Sólo debería permitirse la limitación o restricción de la libertad ante la práctica de conductas que, en el momento de llevarse a cabo, supongan un atentado grave al orden público de naturaleza penal, es decir, comportamientos situados en la esfera del art. 556 (resistencia, desobediencia), 557 y ss (desórdenes públicos) del c.p. Como, por otra parte, recoge el segundo apartado del artículo 17 LOPSC al configurar esos

mismos controles para la prevención de delitos especialmente graves o que generen alarma social.

Fuera de este ámbito, el funcionario únicamente debería tomar nota del nombre y apellidos del ciudadano que realice una infracción administrativa de la seguridad ciudadana. Por el contrario, el artículo 17 convierte en irrelevantes las diferencias entre el ilícito penal y el administrativo, contribuyendo a la gestación de un amplio margen de discrecionalidad policial y de indefensión ciudadana al posibilitar la privación de libertad por hechos insignificantes, como la sospecha de que el sujeto puede llegar a alterar la seguridad ciudadana, interpretada, no como afección de personas o bienes sino como tranquilidad pública. A la par, es criticable la violación manifiesta del plazo legal de restricción de la libertad de circulación pues no se define una duración máxima. Piénsese que la previsión del plazo máximo de seis horas sólo afecta al proceso de identificación y no a estas limitaciones o restricciones de la libertad en las vías públicas. Conjuntamente, el incumplimiento por parte del ciudadano de las restricciones de circulación peatonal o itinerario con ocasión de un acto público, reunión o manifestación, cuando provoquen alteraciones menores en el normal desarrollo de los mismos es sancionado como una infracción leve (art. 37.3).

Como se ha expuesto, el segundo de los instrumentos restrictivos de la libertad de movimientos aparece regulado en el apartado segundo del artículo 17 de la LOPSC que hace referencia a la existencia de controles policiales en vías, lugares o establecimientos públicos, con la finalidad de proceder al descubrimiento y detención de los partícipes ... En estos controles se procederá a la identificación de personas, que transiten o se encuentren en aquellos lugares, al registro de vehículos y al control superficial de los efectos personales. En la medida en que estos controles cumplen una función preventiva, deberían limitarse a intervenciones restrictivas de la libertad de movimiento en aquellos supuestos en los que aparecen indicios racionales y objetivos de criminalidad. Sin embargo, el precepto no habla de cualquier delito sino que éste debe ser grave o generar alarma social (concepto indeterminado que aumenta la discrecionalidad policial). De todas formas, esta exigencia (comisión de un delito grave) se incumple en la práctica de controles públicos indiscriminados, con la única finalidad de comprobar la identidad del sujeto, sin que exista la menor presunción delictiva. En resumen, tal como está redactado el artículo, las medidas de identificación y registro personal sólo afectarán al sospechoso de haber participado en la comisión de un delito grave. Si, por el contrario, se restringe el tránsito al que se encuentra casualmente en ese lugar, supondría

una detención ilegal y un atentado al principio de inviolabilidad personal¹⁵.

5. Comprobaciones de personas y vehículos

Para finalizar con aquellas opciones que la LOPSC concede a las FCS, el artículo 18 consiente las comprobaciones en personas, bienes y vehículos no solo cuando lleven instrumentos o medios que pueden ser utilizados para la comisión de delitos sino cuando puedan alterar la seguridad ciudadana. Se podrán realizar tales comprobaciones cuando tenga indicios de que poseen instrumentos o medios que generen un riesgo potencialmente grave para las personas, susceptibles de ser utilizados para la comisión de un delito o alterar la seguridad ciudadana.

En el caso de que los ciudadanos no colaboren u obstaculicen la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones serán sancionados con la falta grave del artículo 36 nº15.

El artículo 18 facilita la práctica de un conjunto de medidas entre las que se encuentra la comprobación de identidad, el registro de personas y cosas, su confiscación, etc, esto es, una especie de redada fundada en criterios de peligrosidad y sospecha, no sujeta al principio de presunción de inocencia y, por consiguiente, a las exigencias de indicios racionales de criminalidad. De este modo, la excepción se convierte en regla, es decir, la privación de libertad se realiza precisamente para comprobar la existencia o no de indicios bastantes de criminalidad o de infracción administrativa en el sospechoso¹⁶.

La ilegalidad de tales restricciones, sobre todo cuando no hay indicios de criminalidad sino de lesión probable de la seguridad ciudadana, en su vertiente de tranquilidad pública, deriva, en consecuencia, de la infracción de varios principios esenciales en la conformación del concepto de la seguridad individual del ciudadano frente al Estado: presunción de inocencia, principio de menor lesividad, intimidad (art. 18), seguridad jurídica (9.3).

¹⁵ En esa línea, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, sustenta que los controles deben responder a una actividad reglada y verificable, orden del órgano competente que justifique el requerimiento de identificación. Sólo así puede evitarse la arbitrariedad. Identificaciones y cacheos, no preprocesales, como privaciones de libertad, en AAVV Detención policial y habeas corpus. Consejo General del Poder Judicial, nº 48, Madrid, 2010, p. 168.

¹⁶ En la dirección del texto, QUERALT admite que la redada no tiene base legal, en AAVV Detención policial y habeas corpus. Consejo General del Poder Judicial, nº 48, Madrid, 2010, p. 96.

El principio de presunción de inocencia se lesiona por la inexistencia de “motivos bastantes de criminalidad” –alterar la seguridad ciudadana-, el principio de menor lesividad, por su parte, se viola al restringirse la libertad con una clara finalidad preventiva de posibles y futuras infracciones administrativas. De otra parte, la privación de libertad así practicada infringe el principio de proporcionalidad y el criterio de la necesidad de un grave e inminente peligro sin que sea suficiente la mera sospecha de peligrosidad. Al admitirse esta clase de intervenciones sin la presencia previa de indicios de criminalidad se certifica un razonamiento policial que obliga al ciudadano a soportar todas las medidas que sean necesarias en la confirmación o revocación de la sospecha inicial.

6. Registros corporales

La misma crítica puede trasladarse a la previsión del artículo 20 de la LOPSC sobre registros corporales externos que podrá realizarse para hallar instrumentos u objetos en funciones de indagación de delitos e infracciones administrativas. En efecto, el art 20 dispone que podrá “practicarse el registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención que encomiendan las leyes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

Esta medida quebranta varios preceptos constitucionales: la intimidad del artículo 18.1 y, por ende, la dignidad (10.1) y la prohibición de un trato degradante (art. 15). No se respeta el criterio de proporcionalidad pues se destruye la intimidad en nombre de la tranquilidad pública. A su vez, se lesiona la dignidad al justificarse la actuación policial basada en la mera sospecha de obtención de objetos que pueden llegar a ser utilizados en una probable alteración de la seguridad ciudadana. Se transgrede la seguridad jurídica (art. 9.3) al concederle absoluta discrecionalidad al funcionario con base en meras suposiciones subjetivas de lesión de bienes jurídicos no penales. De igual forma, esta modalidad de registro corporal rompe con la línea marcada por la STC 207/1996, de 16 de diciembre, que reclama la concurrencia de razones justificadas de interés general, el respeto al principio de legalidad y contar con autorización judicial previa, salvo las excepciones habilitadas legalmente. Al tiempo que incumple la Instrucción 12/2007, que prevé la práctica del cacheo sólo en supuestos de detenciones o sospechosos potencialmente peligrosos descartando la arbitrariedad en su ejercicio.

7. La conversión del derecho de reunión y manifestación en ilícito

Junto a las diversas modalidades de limitación, restricción, privación de libertad, registros corporales, sin garantías constitucionales, otro de los máximos exponentes de la represión contra los movimientos sociales de protesta se concentra en la conversión del derecho de reunión y manifestación en un comportamiento ilícito. Sin valorar que se trata de un derecho fundamental, la LOPSC ha diseñado un modelo de tolerancia cero respecto al derecho a la protesta, sancionando de forma desproporcionada cualquier “exceso” relacionado con los derechos mencionados por muy insignificante que sea. Se olvida que el artículo 21 CE reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas con la única limitación de que no genere un peligro para personas o bienes (STEDH, caso *Ozalp Ullusoy c. Turquía*, de 4 de septiembre de 2013). Sólo son delictivas aquellas reuniones o manifestaciones que se celebren con el fin de cometer algún delito o aquéllas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso (art. 513 CP). En consecuencia, únicamente puede impedirse o sancionarse aquella manifestación que ocasione un peligro delictivo con base en la existencia de elementos objetivos y no en datos infundados, meramente subjetivos, del funcionario (TEDH, caso *Disk et Kesk c. Turquía*, de 27 de noviembre 2012).

Rompiendo literalmente con estas prescripciones constitucionales y desviándose de la jurisprudencia del TEDH, la LOPSC prevé un listado de infracciones graves (multa de 601 a 30.000. euros) y una muy grave (30.001 a 60.000 euros) que se corresponde con la vulneración de un concepto de orden público apropiado del tardo-franquismo. En realidad, lo que se persigue es el ejercicio de derechos fundamentales y, más concretamente, cualquier acto vinculado con el derecho de reunión y manifestación. Es el caso de la perturbación grave de la seguridad ciudadana en... reuniones numerosas, cuando no sean constitutivas de delito (art. 36.1). En este supuesto se sanciona un comportamiento en el que no hay peligro alguno para las personas o bienes –pues en ese caso sería delito– sino exclusivamente una alteración grave de la tranquilidad. Se incumple así el principio de legalidad (art. 25.1) y la seguridad jurídica (art.9.3) ya que la conducta típica queda absolutamente indeterminada: alteración de la seguridad ciudadana en su versión de tranquilidad pública. El mismo reproche puede formularse a la sanción de la perturbación de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones frente a las sedes del Congreso de los diputados, el Senado y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, aunque no estuvieran reunidas, cuando no constituyan delito (art. 36.2). Se forja un tipo prácticamente en blanco

que permite a los funcionarios actuar siempre que estimen que la reunión afectó, aunque sea levemente, la tranquilidad pública, vulnerando nuevamente el artículo 25.1 y 9.3 CE. En consecuencia, cualquier reclamación de derechos ante sedes legislativas, aunque no se lesionen personas o bienes va a ser calificado como una infracción grave. También es contraria a los artículos 25.1 y 9.3 CE, la perturbación del desarrollo de una reunión o manifestación lícita, cuando no constituya infracción penal (art. 36.8). La indeterminación del término “perturbación” facilita una arbitraria discrecionalidad policial que les permite intervenir en casos de alteraciones leves de la tranquilidad pública. Lo mismo podría decirse de la infracción muy grave: las reuniones o manifestaciones no comunicadas o prohibidas en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones (art. 35.1).

Junto a estas infracciones graves y muy grave se sancionan otras de carácter leve –multa entre 100 y 600 euros- por la celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio (art. 37. 1). Esto es, cuando se afecte el buen orden de la manifestación (art. 4.2) no se lleve a cabo la comunicación (art. 8), no se cumpla con los datos formales que deben aparecer en el escrito de comunicación (art. 9) cuando existen indicios de un desorden público de carácter penal (art. 10) o no se realice el recurso (art. 11).

Es curioso que el incumplimiento de la comunicación signifique en la práctica una restricción del derecho fundamental, en contra de lo establecido por el TC (SSTC 2/1882, de 29 de enero, 110/2006, de 3 de abril). El artículo 21.1 de la CE reconoce que “el ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa y... en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de orden público, con peligro para personas o bienes”. En consecuencia, ni las concentraciones ni las manifestaciones requieren una autorización previa (art.3 de la LODR) aunque sí exija que haya una comunicación escrita y previa a la autoridad gubernativa (.art.8 de la LODR). El incumplimiento de los trámites administrativos de la reunión o manifestación sólo genera la aplicación de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. Sin embargo, es necesario recordar que el incumplimiento de los requisitos formales llegó a ser un delito. En efecto, el artículo 168 del Código penal de 1973 sancionaba, con la pena de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, a los promotores de cualquier reunión o manifestación que eludieran el cumplimiento de los requisitos previstos en las leyes reguladoras del derecho de reunión. Durante unos años esta situación generó un conflicto de normas entre el delito del 168 y la infracción

administrativa del artículo 23,c) de la LOPSC. Mientras la vulneración dolosa de los requisitos de la LODR que podían afectar de forma directa al orden público daba lugar al delito, la infracción del deber objetivo de cuidado con relación al itinerario previsto o la hora fijada, originaba la aplicación del artículo 23,c). Tesis defendida por alguna decisión judicial como la STC de 16 de junio de 1982, al declarar, con ocasión de la inobservancia del plazo de presentación de la comunicación, que “ello no puede autorizar a realizar la reunión a ultranza, dando carácter ilimitado al derecho de reunión, pues con tal conducta se incumpliría una exigencia constitucional trascendente y se realizaría una defraudación de la potestad de prohibir que regula el artículo 21, posibilitando la actuación antijurídica, abusiva e incluso al margen de la buena fe del ciudadano infractor, lo que debe conducir racional y jurídicamente a la prohibición previa, en evitación de más graves medidas de disolución o represión de la reunión, que siempre debe evitarse”¹⁷. Sin embargo, matizando esta opinión el Tribunal Constitucional en la sentencia de 59/29 de marzo de 1990, FJ.n.5, subraya que el único motivo para que la autoridad gubernativa pueda proceder a la suspensión de una reunión en lugares de tránsito público es la infracción del orden público o el incumplimiento de la comunicación a la autoridad gubernativa del que se deduzca la presunción de alteración del orden público con peligro para personas o bienes.

Como puede comprobarse aquélla norma no respetaba el principio de subsidiariedad, ni el de fragmentariedad, al elevar a la categoría penal una mera infracción administrativa de escasa relevancia social¹⁸.

¹⁷ Así, la STS de 19 de julio de 1988, identifica la infracción de uno de los requisitos de la LODR con la ilicitud de la reunión. En esta sentencia se analiza el supuesto en el que un grupo de trabajadores se dirige hacia la sede social de su empresa -debido a la conflictividad laboral existente en la misma- sin comunicar a la autoridad gubernativa sus intenciones de realizar una manifestación; según la sentencia, la no concurrencia del trámite preceptuado es suficiente para “declarar la manifestación como ilegal e incompatible con el debido ejercicio del derecho de reunión en lugares de tránsito público”.

¹⁸ En un sentido similar al del texto, la STSJ de Cataluña de 11 de octubre de 1989 sustentó que el simple hecho de la falta de inscripción gubernativa de la entidad convocante, en la existencia de antecedentes policiales en alguno de los promotores y en unos precedentes históricos que, sobre no aparecer debidamente contrastados, resultan insuficientes para justificar una limitación tan radical del derecho fundamental de manifestación. Para evitar las situaciones injustas que se producían por una excesiva limitación del derecho de reunión, se defendió -como cauce de solución de problemas que planteaba la aplicación del artículo 168 del CP- una interpretación garantista del precepto comentado, sustentando, aunque no se desprendía de su tenor, que sólo se cometía este delito cuando era dolosa la infracción de los requisitos más relevantes para el orden público.

Hoy, como ayer, vuelve a castigarse, no como delito pero sí administrativamente, el leve exceso en el ejercicio del derecho fundamental, en ambos casos, con la intención de intimidar, de desincentivar el ejercicio de los derechos fundamentales.

En esa dirección que pretende convertir en ilusorio el derecho de manifestación, el artículo 23 LOPSC faculta a las FCS a disolver las reuniones y manifestaciones sin previo aviso en los casos de alteración de la seguridad ciudadana con armas, artefactos explosivos, objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos, también podrán disolver concentraciones de vehículos cuando pusieran en peligro o dificultaran la circulación. Es decir, se faculta la restricción del derecho fundamental de reunión cuando algún manifestante emplee palos, piedras o cualquier otro objeto contundente durante el desarrollo de la misma.

Esta previsión es un atentado al derecho fundamental de manifestación al permitir la disolución, esto es, convertir en ilícita una reunión o manifestación, lícita en su origen, por la utilización en su desarrollo (por parte de algunas personas) de instrumentos -armas, artefactos, explosivos, objetos contundentes-. Al respecto, el apartado 11 del artículo 2 de la derogada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social que regulaba un comportamiento similar al considerar peligrosos a los que "sin justificación lleven consigo armas u objetos que por su naturaleza y características denoten su presumible utilización como instrumentos de intimidación, coacción o agresión". De otro lado, se infringe nuevamente el principio de seguridad jurídica al hacer factible la disolución basada en la mera suposición del funcionario de que el instrumento empleado puede resultar potencialmente peligroso. Se configura, pues, como figura de peligro abstracto siendo suficiente con la posesión del instrumento peligroso, sin que sea necesario el uso o exhibición del mismo.

Además, los conceptos empleados son ambiguos y de una amplitud desmesurada: armas, explosivos, ¿objetos contundentes?, o analógicamente peligrosos. Esta técnica de incriminación se asemeja al artículo 2 de la Ley italiana nº 533/de 8 de agosto de 1977, que consideraba delito flagrante el uso de casco o de otros medios protectores durante el desarrollo de una manifestación legal. Ante estos supuestos, FERRAJOLI afirmó que en estas condiciones podría disolverse cualquier manifestación lícita pues "bastaría con que un policía no considere justificado cualquier casco, capucha o incluso una barba..."¹⁹. En efecto, el derecho fundamental puede quedar reducido al mínimo en función de la inter-

¹⁹ FERRAJOLI, L, "Ordine Pubblico e Legislazioni eccezionale", en Rvta. Q.Cr.3, 1977.

pretación de la potencial peligrosidad del medio que se lleve a la manifestación. En este sentido, ¿podrían ser objetos contundentes o análogamente peligrosos, las pancartas o los altavoces que generalmente se llevan en este tipo de actos?

Finalmente, parece más razonable –aunque pudiera resolverse como una desobediencia- la sanción de la negativa a la disolución de las manifestaciones y reuniones en lugares de tránsito público ordenada por la autoridad competente, cuando concurren los supuestos del artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio (art. 36.7), es decir, cuando se consideren ilícitas de conformidad con las leyes penales (delito de reunión, art. 513 CP); cuando se produzcan alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes (delito de desórdenes públicos, arts. 557, 558 CP).

Por otro lado, se emplea un concepto unificado de autor en el artículo 30 al extender de forma analógica el concepto de organizadores y promotores no sólo a los que redactan el escrito de comunicación sino a quienes por las publicaciones o declaraciones de convocatoria de las reuniones o manifestaciones, por los discursos que se pronuncien y los impresos que se repartan durante las mismas, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos pueda determinarse razonablemente que son inspiradores de aquéllas. Un precepto que lesiona el principio de presunción de inocencia al utilizar la técnica de la responsabilidad objetiva.

8. Sedición, desórdenes públicos, resistencias, atentados, como figuras disuasorias del ejercicio de derechos

Como ya he expuesto, asistimos a una coalición entre Derecho Penal y Administrativo con la finalidad de hacer impracticable el ejercicio del derecho de reunión a través de los delitos e infracciones administrativas de sedición, desórdenes públicos, desobediencia, resistencia y los delitos de atentado. Se está recurriendo sistemáticamente al delito de sedición (artículo 544) para silenciar movimientos ciudadanos que practican, de modo pacífico, el derecho de manifestación. Baste comparar la STS de 24/11/1939 (R. 164) con recientes autos de la Audiencia Nacional. Así, la sentencia citada decía: “ Los hechos realizados por los componentes de la manifestación del día 14 de abril de 1936 dan elementos más que suficientes para integrar el delito de sedición, puesto que la finalidad de tal acto era lograr la libertad de unos presos, dirigiéndose por ello al domicilio del Juez de Instrucción, coaccionándole de manera violenta para conseguir lo que se proponían los manifestantes, anulando la voluntad

de dicho funcionario por haberle conminado, hablándole de la actitud levantisca del pueblo, de su soberanía, de la necesidad de evitar un día de luto, empleando otras expresiones, tras las cuales iba envuelta una notoria amenaza y grave coacción, siendo de observar que todo esto pasaba al día siguiente de otra manifestación con el mismo propósito, después de realizarse gestiones por elementos del Frente Popular cerca del Gobernador Civil para interesar la libertad inmediata de unos presos". Es notable la semejanza con los Autos del Juzgado Central de Instrucción Nº 3, de 27 de septiembre de 2017 (TOL6.381.606), 11 de octubre de 2017 (TOL6.385.110), 16 de octubre de 2017 (TOL6.378.754) y 31 de octubre de 2017 (TOL6.401.547). En estas resoluciones, la Audiencia Nacional, no sólo invade ilícitamente las competencias del Tribunal Supremo, al tratarse de un delito ubicado entre los delitos contra el orden público, sino que cercena los derechos fundamentales de reunión y manifestación de las personas a las que se refiere cuando sustenta la hipotética actividad delictiva cometida por los presidentes de la *Assemblea Nacional Catalana* (ANC) y de *Òmnium Cultural* al participar "...activamente en la convocatoria de las concentraciones que tuvieron lugar los días 20 y 21 de septiembre, alzándose además como sus principales promotores y directores, manteniéndose al frente de las mismas durante todo el día, llevando la iniciativa en una pretendida negociación con los guardias civiles, alentando y dirigiendo la acción de los congregados, incitándoles a permanecer en el lugar e impartiendo órdenes de la actuación a realizar en cada momento". Tal afirmación nos recuerda y retrotrae a la legislación y tribunales franquistas que trocaban el ejercicio de derechos fundamentales en ilícitos penales²⁰.

En cuanto a los desórdenes públicos se ha reformado a la par tanto el Código penal como la LOPSC. En esa dirección, se modifica el artículo 557 y se sanciona con pena de prisión de 6 meses a 3 años a los que en grupo o individualmente "alteren la paz pública" ejecutando actos de violencia sobre personas o cosas o empleen amenazas. La misma pena se aplica al que incite o refuerce las acciones anteriores. De otro lado, la pena se ve agravada (de 1 a 6 años) cuando porten un arma.....u otros instrumentos peligrosos", los actos se realicen en manifestaciones o reuniones numerosas, se oculte el rostro, etc (art. 557 bis).

²⁰ Del mismo modo, representa un atropello a la razón, incurriendo probablemente en prevaricación, el auto de 31 de octubre de 2017 cuando califica como delito rebelión y sedición el comportamiento pacífico del Govern Catalán. Sobre la imposibilidad de encuadrar estos hechos en el delito de rebelión, GARCÍA RIVAS, N, "La represión penal del secesionismo. Una aproximación histórica y comparada". Diario La Ley, Sección Documento on-line, 29 de Septiembre de 2017

Nos encontramos ante un delito intencional de resultado cortado, es decir, la ejecución de actos de violencia sobre personas o bienes debe perseguirse, en todo caso como fin último, la lesión de la paz pública²¹.

Sobre el bien jurídico protegido y la equivalencia entre seguridad pública y paz pública, hay ciertas discrepancias; así, mientras que para un sector la paz pública se identifica con el normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, atentándose contra ella cuando se utilizan medios violentos y graves que la alteran²², otro, por el contrario, entiende -a mi juicio, correctamente- que paz pública y orden público no son expresiones coincidentes²³. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado que el

²¹ MAPELLI CAFFARENA/ASENSIO CANTISAN, "La ocupación colectiva de la vía pública", Rvta del Poder Judicial, 1988, n.10, pp.153 y ss. En contra del planteamiento que se defiende en el texto, MUERZA ESPARZA considera que los conceptos "alteración del orden" y "paz pública" son equivalentes y además señala que "la finalidad de alterar la paz pública existirá siempre que se pretenda influir sobre las decisiones públicas (...) utilizando medios diferentes a los establecidos en la Constitución democrática". Vid. "La alteración de la paz pública en el delito de los desórdenes públicos", en Rvta del Poder Judicial, n.9, 1988, p.112.

²² Se afirma que "cuando los fines de protesta o reivindicación social pasan por la utilización de medios como la interrupción de las vías de comunicación -la elección de esos medios implica el designio de alterar la paz pública que debe regir en las exteriorizaciones de la vida de relación social". Cfr. SSTS de 6 de marzo de 1985; 17 de septiembre de 1986; 25 de febrero de 1987; 28 de octubre de 1987; STS de 18 de junio de 1990 (R.A.5560).

²³ En ese sentido, diferenciando los dos conceptos y excluyendo el delito del artículo 246 a los que participan en obstaculizar vías y espacios públicos, se expresan las siguientes sentencias: STS de 17 de marzo de 1989 (R.A.2691) en la que se afirma que "la confusión entre sendos conceptos podría provocar, en ciertos casos, una distorsión del tipo; orden y paz no son categorías absolutamente intercambiables, apareciendo deslindadas en el artículo 246 del Código. El orden es el resultado del concierto o buena disposición de las cosas entre sí... La paz pública no es un concepto estático sino dinámico y se perfecciona y acentúa primordialmente por el ejercicio de los derechos y no por la inacción o inhibición de sus titulares"; STS de 17 de marzo de 1990 (R.1074/88); la sentencia de la Audiencia provincial de Sevilla de 10 de mayo de 1990, en la determinación del elemento subjetivo, define el concepto "paz pública" interpretando que no concurre tal elemento cuando los sujetos activos no pretenden "atentar contra los fundamentos del sistema político, ni crear un ambiente de inestabilidad de las instituciones, ni infundir en los ciudadanos un sentimiento de temor, inseguridad o desconfianza en su funcionamiento, sino que se limitan a una acción testimonial de reivindicación sobre un problema concreto, como el retraso en la habilitación de los fondos del empleo comunitario, o más genéricamente, a una protesta contra la política agraria del Gobierno"; en la STS de 16 de octubre de 1991 (R.1128/87) se define el elemento subjetivo "paz pública" como "estado de tranquilidad y sosiego trascendentes, de tal manera que dentro de la paz pueden coexistir desórdenes accidentales y perturbaciones de la tranquilidad social". F. J .primero;

concepto “seguridad pública” es más preciso que el de “orden público” porque se centra en “la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas”²⁴. Siguiendo este razonamiento, señala IZU BELLOSO que “el orden público ya no aparece como una cláusula general habilitadora de poderes indeterminados a favor de las autoridades administrativas, sino como un límite al ejercicio de ciertos derechos fundamentales”²⁵.

A la represión penal acompañan diversas infracciones administrativas relativas a desórdenes en las que ya no se exige alteración de la paz pública, violencia ni amenazas. Es el caso previsto en el artículo 36.3 de la LOPSC (infracción grave): “causar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos, u obstaculizar la vía pública con mobiliario urbano, vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos, cuando en ambos casos se ocasione una alteración grave de la seguridad ciudadana”; también la infracción consistente en ocasionar daños o el deslucimiento grave de bienes muebles o inmuebles de uso o servicio público, así como de muebles o inmuebles privados en la vía pública (infracción leve del art.37.13). Pues bien, como se ha expuesto, las infracciones administrativas del 36.3 y 37. 13, no podrán aplicarse cuando se altera la paz pública ya que tal comportamiento es delictivo. Aunque no se altere la paz pública, no puede hacerse uso del 36.3, cuando la alteración de la seguridad ciudadana sea leve. En definitiva, sólo se utilizará la infracción mencionada en aquellos supuestos en los que la alteración del orden – para personas, bienes o tranquilidad pública- producida por la interrupción de vías o espacios públicos, obstaculización de la vía pública... tenga un carácter grave.

Por último, se sancionan otros dos comportamientos relacionados con los movimientos de protesta, el primero, la remoción de vallas, encintados, u otros elementos fijos o móviles, colocados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para delimitar perímetros de seguridad, aun con carácter preventivo, cuando no constituya infracción grave (37.15); el segundo, el escalamiento de edificios o monumentos sin autorización

STS de 11 de octubre de 1991 (R.1284/88); STS de 6 de febrero de 1991,(R.6276/88). STS de 30 de marzo de 1992 (R.A.2515); STS.15 de mayo de 1992 (R.706/1990) al indicar que “aunque no se dice expresamente cuál era la finalidad de la manifestación estudiantil, parece que era de orden académico, y que el simple hecho de cruzar un vehículo no supone alterar la paz pública hasta el extremo de valorar tal comportamiento como delito, quizá como falta”.

²⁴ STC 33/1982 de 8 de junio.

²⁵ Vid. Op. cit, p. 243.

cuando exista un riesgo cierto de que se ocasionen daños a las personas o a los bienes (art. 37.14).

De otra parte, se castigan diversos actos preparatorios como tipos autónomos en el art. 559 (pena de multa de 3 a 12 meses o prisión de 3 meses a 1 año): al que distribuya, difunda públicamente, mensajes o consignas que inciten a la comisión de los actos antes citados. Junto a ellos, se sancionan diversos actos característicos de los movimientos de desobediencia civil; el artículo 557 *ter* (pena de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 12) sanciona a los que en grupo o individualmente...invadan, ocupen el domicilio de un persona jurídica, pública o privada, despacho, oficina, abierta al público con perturbación relevante de la paz pública y de su actividad normal. Cierto es, que en la fase prelegislativa no se exigía en esta conducta la alteración de la paz pública, siendo evidente que la intención no era otra que la de criminalizar un comportamiento pacífico que no constituía allanamiento de morada ni usurpación²⁶. Ahora bien, la inclusión del elemento perturbación grave para la paz pública condiciona la aplicación del delito a los casos en los que la ocupación del espacio impida el ejercicio de derechos fundamentales. En aquellos supuestos en los que no hay lesión de la paz pública puede aplicarse la infracción del artículo 37.7 LOPSC (infracción leve): “La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal”. En último lugar, el supuesto que sanciona la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente, contraviene los artículos 25.1 y 9.3 CE. Supuesto este último en el que se incluye la venta ambulante no autorizada (art. 37.7).

A todo ello se añade que se ha reformado el delito de atentado –art. 550-. Curiosamente, aunque disminuye el límite mínimo de la pena (pasa de 1 a 4 años), se extiende la conducta típica a los supuestos de agresiones, resistencia con violencia o intimidación grave, empleo de fuerza o acometimiento. De esto se deduce que los codazos, empujones y forcejeos forman parte de este delito, rompiendo con la línea jurisprudencial que distinguía entre los delitos del 550 y 556 en función de si el ciudadano toma la iniciativa en el empleo de la fuerza contra el funcio-

²⁶ BAUCELLS, LLADÓS, J. Desórdenes Públicos, en Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 979.

nario o, simplemente, se resistía a la privación de libertad²⁷. Además, se agrava la pena cuando se empleen objetos peligrosos (art.551). Pero, no sólo se amplía la conducta típica, también se dilata el círculo de sujetos pasivos a los miembros de las Fuerzas Armadas, bomberos, personal sanitario, personal de seguridad privada (art. 554).

Otras sanciones nacen predestinadas a combatir a las Plataformas Antideshaucio y colectivos de desobediencia civil en supuestos en los que no concurre la violencia: “Los actos de obstrucción que pretendan impedir a cualquier autoridad, empleado público o corporación oficial el ejercicio legítimo de sus funciones, el cumplimiento o la ejecución de acuerdos o resoluciones administrativas o judiciales, siempre que se produzcan al margen de los procedimientos legalmente establecidos y no sean constitutivos de delito” (art.36. 4). Al igual que: “Las acciones y omisiones que impidan u obstaculicen el funcionamiento de los servicios de emergencia, provocando o incrementando un riesgo para la vida o integridad de las personas o de daños en los bienes, o agravando las consecuencias del suceso que motive la actuación de aquéllos” (art. 36.5).

El colosal aumento de las facultades otorgadas a los funcionarios para reprimir el derecho de reunión y manifestación hacen difícilmente aplicable el artículo 540 que sanciona a la autoridad o funcionario público que prohíba una reunión pacífica o la disuelva fuera de los casos expresamente permitidos por las Leyes.

Por si fuera poco, ahonda en el carácter intimidatorio del ejercicio del derecho la infracción administrativa del art. 36.23, que sanciona el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información. Se pretende de este modo acabar con uno de los escasos medios de prueba de los que dispone el ciudadano frente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Recuérdese que la declaración del funcionario goza de presunción de veracidad salvo prueba en contrario y la grabación realizada puede serlo (art. 19.2).

Es un precepto que vulnera los artículos 25.1, 9.3 y 20.2 CE, al ser contrario al principio de taxatividad y censurar la libertad de información y un medio de prueba. Bien es cierto que el artículo 8.2 LO 1/1982, prohíbe la difusión de imágenes de funcionarios, sin embargo, la STC72/2007, de

²⁷ CUERDA ARNAU, M/ OLOQUIEGUI SUCUNZA, I, Atentado, resistencia y desobediencia. En Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 959 y 960.

16 de abril, estima que pueden tomarse imágenes cuando la fotografía se realice en un lugar público, durante el desarrollo de un acto público y a un funcionario en el ejercicio de sus funciones sin peligro para la seguridad. Asimismo, la STC 168/1986, de 22 de diciembre extiende tal capacidad no solo a los medios informativos sino a la colectividad.

Por el contrario, el artículo 22 permite a la FCS la grabación de personas, lugares, objetos conforme a la legislación vigente. En resumen, el mundo al revés, los ciudadanos no pueden grabar las prácticas abusivas mientras que los funcionarios pueden capturar la imagen de los ciudadanos mientras ejercen un derecho fundamental. En esa línea de hiperprotección de las FCS, se prevé un supuesto que resucita el derogado delito de desacato pues, sin haber una lesión del honor, se sanciona la falta de respeto y consideración debida a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, con una pena de multa de uno a tres meses (art. 556. 2). Por si fuera poco, en el supuesto de que la falta de consideración no sea constitutiva de delito, esto es, insignificante, se aplicará la infracción leve del artículo 37.4 de la LOPSC que rescata la infracción administrativa de desacato.

9. Análisis penal del exceso en el ejercicio del derecho de reunión y manifestación

Tras este repaso por una parte del arsenal legislativo con el que se pretende amedrentar al movimiento de protesta, es necesario analizar cómo puede resolverse jurídicamente el exceso en el ejercicio del derecho de reunión y manifestación.

Inicialmente hay que distinguir entre aquellos supuestos en los que el ejercicio del derecho fundamental perturba la normal tranquilidad de la persona o grupo, respetando los requisitos esenciales y accidentales de la causa de justificación, de aquellos otros en los que se produce un exceso en el ejercicio del derecho. Al primer caso pertenecen los denominados “escraches”. Estas reuniones frente a edificios de políticos, casas de representantes públicos, sin duda generan una ligera perturbación de la actividad normal del afectado o afectados por el ejercicio del derecho fundamental, que es parte integrante del núcleo esencial de la causa de justificación. El ejercicio del derecho en estas situaciones sería un elemento de valoración global del hecho que, de concurrir, daría lugar a la atipicidad del comportamiento, de no lesionarse valores como la libertad ideológica, el derecho a la intimidad, honor, libertad de movimientos, libertad de decisión, el comportamiento es atípico. En esta dirección, el Auto de AP MADRID, sección 16, auto 81/14, 29/1/2014, (Ponente: Isabel Valldecabres Ortiz), en el caso de la concentración o manifestación por la

Plataforma Afectados por la Hipoteca, estimó que en las conductas analizadas no concurre la violencia o la fuerza en las cosas propias del delito coacciones y, por el contrario, forma parte de la libertad de expresión que es corolario del ejercicio del derecho de manifestación.

Otro ejemplo de ejercicio legítimo del derecho aparece representado en los cortes de tráfico o incluso la invasión de la vía pública durante espacios cortos de tiempo, que no pueden considerarse un ataque a la paz pública, un impedimento al ejercicio de los derechos fundamentales o un peligro para personas o bienes (SSTC 225/2002, de 9 de diciembre; 42/2000, de 14 de febrero). En esa dirección, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 59/29 de marzo de 1990, afirmó que la noción de orden público ha de ser interpretada de conformidad con la Constitución, “pues los conceptos de “paz pública” y de “orden público” no son los mismos en un sistema político autocrático que en un Estado social y democrático de Derecho”. Así, interpretó que no concurría el delito previsto en el derogado art.246 del CP si la ocupación de la carretera se efectúa sin peligro para las personas o bienes ya que “aun admitiendo que la alteración al orden público se produce cuando injustificadamente se limita el derecho a la libre circulación, es evidente que la norma constitucional exige también la creación de una situación de peligro para las personas o sus bienes”. Por todo ello, “si no se ha probado que se impidiese el paso a quien lo solicitara, tampoco se ha podido probar la restricción del derecho a la libre circulación de los conductores, quienes si permanecieron pasivos, fue, posiblemente, porque voluntariamente asumieron las molestias ocasionadas por los manifestantes, con lo que tampoco cabe hablar siquiera de infracción de “orden público”, máxime cuando los recurrentes ejercitaban un derecho fundamental que también integra el concepto de “orden público”²⁸.

Otra cuestión diferente es cómo solucionar los supuestos en los que se ejercen los derechos fundamentales sobrepasando los límites legales, excediéndose de algún modo, aunque sin llegar a la violencia contra las personas. En tales circunstancias, ¿cabe aplicar la eximente del ejercicio legítimo del derecho, la eximente incompleta o ninguna de las dos?

En el ámbito del Derecho penal nos encontramos con distintos escenarios donde se plantea y resuelve esta discusión. Así, en el contorno de la represión penal del “odio” pese a la hipotética prohibición de cualquier expresión que pueda engendrar el odio por discriminación, la realidad es que, según la interpretación que viene realizando el TEDH, no suelen condenarse las expresiones de odio salvo cuando contribuyen de forma directa a la discriminación o violencia. Sorprendentemente, uno

²⁸ Vid.F.J.n.5 y F.J. 8

de los argumentos más recurrentes empleados por un sector judicial y doctrinal para justificar la punición de la incitación al odio u hostilidad, es el denominado “discurso del odio” elaborado por el TEDH (citado expresamente por la Recomendación núm. R (97) 20, Comité de Ministros del Consejo de Europa de 30 de octubre de 1997).

Pero, como digo, pese a la hipotética prohibición de cualquier expresión que pueda engendrar el odio por discriminación, la realidad es que, según la interpretación que viene realizando el TEDH, no suelen condenarse las expresiones de odio salvo cuando éstas contribuyen de forma directa a la discriminación o violencia. Ciertamente es que de alguna sentencia del TEDH parece desprenderse la legitimidad de cualquier forma directa o indirecta de incitar al odio. Así, cuando se afirma: “la libertad de expresión tiene un límite en el discurso del odio y que es necesario tipificar penalmente las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen un odio basado en la intolerancia.....” Al tiempo que exige que las «formalidades», «condiciones», «restricciones» o «sanciones» impuestas en lo que respecta al discurso de odio y a la apología de la violencia sean proporcionadas al fin legítimo perseguido” (Caso Müslüm Gündüz contra Turquía (TEDH, 2003/81); Caso Féret contra Bélgica (TEDH 2009\82). Sin embargo, pese a tal declaración de principios, el TEDH, en la práctica, en escasas ocasiones ha permitido que el Estado limite la libertad de expresión cuando no se incita a la discriminación o violencia. Así, el TEDH, 1994\36, en uno de los primeros asuntos sobre los límites de la libertad de expresión y el discurso del odio (Caso Jersild contra Dinamarca), analizó la condena sufrida por un periodista al ser considerado cómplice en la difusión de declaraciones racistas. Pues bien, en este supuesto, el Tribunal estimó que la injerencia del Estado en el derecho a la libertad de expresión no era «necesaria en una sociedad democrática”, a la vez que los motivos empleados eran desproporcionados al fin contemplado. En otro supuesto, en el Caso Müslüm Gündüz contra Turquía (TEDH, 2003/81) se estudia como constitutivo de provocación al odio el hecho de calificar las instituciones contemporáneas de laicas y de «impías», criticar violentamente nociones como la laicidad y la democracia y el hecho de militar abiertamente a favor de la sharia. El Tribunal razona que el simple hecho de defenderla, sin emplear la violencia para establecerla, no podría ser considerado como un «discurso de odio». Igualmente, en el caso Otegi Mondragón, contra España (TEDH 2011/30), aunque se recuerda que el discurso político también se encuentra limitado por el discurso del odio y la incitación a la violencia (Caso Féret contra Bélgica (TEDH 2009\82), el Tribunal admite como lícito el recurso a un lenguaje provocador: « ¿Cómo es posible que se fotografíen hoy en día en Bilbao con el Rey español, cuando el Rey español es el jefe máximo del ejército español, es decir, el responsable de torturadores y

que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo mediante la tortura y la violencia?». El Tribunal sustenta que “le está permitido recurrir a cierta dosis de exageración, incluso de provocación, es decir, ser algo inmoderada en sus declaraciones”. En cuanto a las críticas al Rey, se considera que, pese a llegar a tener una connotación hostil, no exhortan al uso de la violencia ni se trata de un discurso de odio. En conclusión, las meras expresiones, discursos o informaciones de odio únicamente se castigan en la medida en que supongan una incitación a la discriminación o violencia, es decir, cuando engendren el peligro potencial de actos discriminatorios o violentos. Si tal peligro no concurre, faltaría un elemento del tipo y quedaría impune. En consecuencia, el exceso en el derecho de libertad de expresión no debe interpretarse como incitación directa o indirecta a la discriminación o violencia sino como integrante del derecho fundamental.

Otro de los delitos que afectan al ejercicio de un derecho fundamental, el derecho de huelga (coacciones a la huelga del 315.3 del Cp), ha dado lugar a controvertidas decisiones judiciales sobre los límites del ejercicio de ese derecho. Es cierto que el punto de partida no es tanto la interpretación judicial sobre el alcance de las coacciones como la necesidad de un tipo autónomo que sanciona el desvío del derecho fundamental, que estigmatiza a los piquetes de huelga informativos, incurriendo en un execrable Derecho Penal de autor²⁹.

El ejercicio del derecho de huelga debe estudiarse como causa de justificación en el delito de coacciones o amenazas y el exceso en ese derecho debe valorarse como una eximente incompleta, ante la ausencia de requisitos no esenciales, o el error de prohibición. Salvo, claro está, que se estime que en el delito del 315.3, la eximente de ejercicio legítimo de un derecho no es una causa de justificación sino un elemento de valoración global del hecho que excluye la tipicidad y el error sobre el mismo, un error de tipo.

La cuestión a debatir es si el ejercicio del derecho de huelga por parte de los piquetes abarca la realización de comportamientos que pueden llegar a ser “molestos” para otros ciudadanos. En ese sentido, la STS de 24 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8053), reconoce la necesidad de establecer un equilibrio entre el derecho de huelga y el derecho al honor, reconociendo que un intercambio de insultos entre trabajadores huelguistas y no huelguistas no resulta sancionable, o la inclusión de

²⁹ POMARES, CINTAS, E, La Revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015. En Comentario a la reforma penal de 2015. Director QUINTERO OLIVARES, G. Aranzadi. Pamplona, 2015, pp. 638 y ss.

términos o expresiones duras en panfletos u octavillas o la utilización de un megáfono para intentar convencer a los trabajadores de no entrar a trabajar no atenta contra la libertad de trabajo.

Otra de las cuestiones a debatir es la interpretación del término “violencia” en el delito de coacciones. De aceptarse que, además de la física ejercida sobre el sujeto pasivo, forma parte de la misma la “vis compulsiva” y la fuerza sobre las cosas, verdaderamente se dejaría sin contenido material el derecho fundamental de huelga que exige el uso de métodos de presión, expresiones probablemente incorrectas y determinadas contrariedades ocasionadas a terceros³⁰. Tales “molestias” –excesos leves- forman parte del derecho (efecto desaliento) y, en consecuencia, serían atípicas (ATC 193/1993; SAP Lugo, Sección 2ª, 114/2004, 28-10). En esta dirección, ATSJJA (Ponente: Miguel Pasquau Liaño), 4/02/2013 (TOL3.882.442), estimó que “carecen de toda relevancia penal por no exceder de los límites constitucionalmente garantizados, según jurisprudencia conocida del Tribunal Constitucional (desde la STC 24 diciembre 1988), del ejercicio del derecho de huelga y libertad sindical..., que permiten la presencia en grupo en establecimientos en los que hay trabajadores que no han secundado la huelga con la finalidad de requerir su adhesión a la misma, siempre que la presión no emplee métodos violentos o coactivos. No es pues, constitutivo de infracción penal afejar la conducta a quienes no secundan la huelga ni acudir en masa a los establecimientos abiertos al público sin más arma que la palabra, el ruido o la presencia física, con la finalidad de provocar que los responsables de los mismos tomen la decisión de cerrar el establecimiento, a menos que, manifestada por éstos la decisión de mantenerse en el puesto de trabajo, el piquete lo impida físicamente o mediante amenazas verosímiles”. Igualmente, la SAP Lugo 21/2013, 14/02/, aplicó una falta de coacciones del art. 620 a la expresión: “atente a las consecuencias” y por lanzar un petardo al interior del local. El argumento sustentado es el siguiente: “Resulta prácticamente una obviedad que el ejercicio de un derecho como lo es el derecho de huelga ha de generar en la relación de los promotores de la misma con los trabajadores o empresarios determinadas situaciones de conflicto que, por esa misma situación de crisis de la situación laboral normal, nos ha de llevar a ponderar de una manera más laxa la necesidad de que el derecho penal acuda a sancionar ese tipo de acciones”. En esta misma línea, diversas decisiones judiciales descartan la existencia del delito de coacciones a la huelga por no concurrir el elemento violencia,

³⁰ POMARES, CINTAS, E, La Revisión de los delitos contra los derechos de los trabajadores según la reforma de 2015. En Comentario a la reforma penal de 2015. Director QUINTERO OLIVARES, G. Aranzadi. Pamplona, 2015, pp. 638 y ss.

asumiendo ciertos excesos como integrantes del ejercicio del derecho. Bien es cierto que en la mayoría de los casos se opta por la aplicación de faltas (hoy derogadas). Así, la SAP SANTANDER, 151/2013, 8/4/, aplica una falta de coacciones por retirar la señalización en una autovía; la SAP de Córdoba, 95/2013, 20/3/, una falta de coacciones por la frase: “si no contrata a alguien puede tener problemas”; la SAP de Álava 369/2012, 27/11/, absuelve por una falta de desobediencia; la SAP VALENCIA, 164/2011, 3/03/, condena por falta de coacciones que absorbe a la de injurias: “coged la matrícula a ese cabrón”, en un supuesto en el que el sujeto activo se abalanza sobre un vehículo que no quiso parar, golpeándolo y arrancando el limpiaparabrisas; la SAP SANTANDER, 183/2011, 24/4/, aplica una falta de desobediencia a la guardia civil y niega la falta de coacciones por colocarse delante de un camión repartidor de señales; la SAP Madrid 3/2008, 16/4/, absuelve por inexistencia de indicios de delito en la frase “su política iba a llevar a la ruina a la empresa”; la SAP Ourense, 77/2006, 26/10, absuelve al estimar que los términos “fachas”, “esquiroles” no tienen un ánimo intimidatorio.

Diferente solución hay que ofrecer a los supuestos de excesos graves del derecho de huelga. Habría que recurrir a las eximentes incompletas o al error de tipo o prohibición en función de si opta por la interpretación del elemento de valoración global del hecho.

10. ¿Supuso la propuesta del 15-M: “*Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades*” un exceso grave del ejercicio del derecho de reunión y manifestación?

En este contexto es donde hay que analizar finalmente las acciones convocadas por el Movimiento de Protesta 15-M: “*Aturem el Parlament*” con el objetivo de evitar que el Parlamento adoptara la decisión de seguir reduciendo los gastos sociales. La cuestión a dilucidar es si los comportamientos realizados forman parte del ejercicio legítimo de un derecho a la manifestación, a la libertad de expresión, a participar directamente en los asuntos públicos o, por el contrario, se sitúan en el ámbito de las conductas típicas de los artículos 498 (delito contra las instituciones del Estado) o 550 (atentado).

La SAN 31/2014, 7/7/2014, Ponente Ramón Sáez, entiende que “hay que admitir cierto exceso en el ejercicio de las libertades de expresión o manifestación si se quiere dotar de un mínimo de eficacia a la protesta y a la crítica...” Se decanta por la teoría del exceso o abuso del derecho que no acaba por desnaturalizarlo “entre lo protegido y lo punible hay

zonas intermedias que pueden ser reguladas por el Derecho público o privado sin necesidad de intervención penal". Para diferenciar el abuso en el ejercicio del derecho de su relevancia penal hay que atender a las circunstancias de los hechos y a la intensidad del exceso (STC 104/2011). Concluye que algunas de las conductas mencionadas, sólo algunas, pudieran parecer coactivas, sin embargo carecían de idoneidad necesaria y entidad suficiente como para ser consideradas típicas. En definitiva, la AN estima que no se daban los elementos típicos del 498 y, en todo caso, las conductas estaban amparadas en el ejercicio legítimo de un derecho (efecto desaliento) que absorbe las conductas de escasa lesividad para, de ese modo, proteger el ejercicio del derecho de manifestación y libertad de expresión³¹.

Frente a esta posición, la STS 161/2015, 17/3/2015, (Ponente M. Marchena), considera que no puede alegarse la causa de justificación del 20.7 CP, que la SAN yerra a la hora de solucionar el conflicto por no ser correcta la evaluación de los valores constitucionales en juego. Según el TS la AN pondera la libertad de expresión y el derecho de reunión con el derecho al honor de los representantes públicos cuando realmente debería realizar la comparación entre expresión/ reunión y el derecho de participación de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes en el Órgano legislativo (art. 23.1 CE, el derecho a desarrollar y ejercer libremente sus cargos). Interpreta el TS que las conductas analizadas entorpecieron la labor de los representantes y de ese modo el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, concretamente, el libre ejercicio de las funciones legislativas por los legítimos representantes del pueblo catalán era también presupuesto del derecho de todos sus ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Por estas razones, estima la presencia de un delito contra las Instituciones del Estado (artículo 498) y condena a penas de tres años.

A mi juicio, de la lectura de los hechos se llega a la convicción de que en ningún momento existió la finalidad de limitar la capacidad de decisión de los parlamentarios, de prohibir o impedir su acceso al recinto y sí, por el contrario, de expresar el malestar de la población ante los recortes económicos y sociales, de comunicarles el sentir y la preocupación de un colectivo por esta deriva neoliberal. A la falta el elemento subjetivo del 498 hay que añadir que los hechos evaluados son atípicos al no integrarse en las diferentes conductas de los artículos 498 y 550. En efecto,

³¹ Un argumento calificado como "impecable" por MAQUEDA ABREU, M, LA CRIMINALIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO. El imparable ascenso de las "clases peligrosas", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 17-12 (2015), p. 28.

no concurre fuerza, violencia, intimidación o amenaza en ninguno de los hechos demostrados: levantar una mano y el brazo derecho ante un diputado; acercarse a un vehículo, tocando la carrocería; intento de abrir las puertas del coche y lanzar varios golpes al aire; arrojar un cono de plástico de señalización a la calzada; pintar la espalda de la chaqueta dos trazos negros con un *spray*, ensuciar el bolso de una diputada; no poder entrar por una determinada puerta, interponerse brazos en cruz ante un diputado. Como acertadamente afirma Perfecto Andrés Ibáñez, en voto particular a la sentencia del TS 161/2015, el seguir, interpelar, corear consignas, manchar la ropa, son conductas que no integran los elementos típicos: fuerza, violencia, amenazas.

Es verdad, que respecto a algunas de las conductas realizadas podría discutirse si concurren o no elementos de carácter intimidatorio. Ahora bien, no se ha llegado a identificar a los responsables de perseguir a un diputado, coger del brazo a una diputada, rociarle con líquido, etc, por lo que de ningún modo puede aplicarse el artículo 498 salvo que el Derecho penal recurra a la vetusta e inconstitucional responsabilidad objetiva.

Respecto a la cuestión de fondo del debate entre AN y TS, hay que comenzar aclarando que la AN resuelve el caso mediante la atipicidad de los comportamientos, no a través de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, como erróneamente piensa el TS al hacer girar el debate en torno a la ponderación entre valores. De otra parte, en cuanto a la comparación realizada por el TS, sin poner en duda la labor de los diputados como representantes públicos de los ciudadanos (art. 23.1 CE) y la necesidad de su protección frente a los que impidan su labor, esta no es la situación que se analiza. Los diputados pudieron realizar específicamente su trabajo sin cortapisas y, además, como el mismo artículo 23.1 establece, pero olvida el TS, los ciudadanos tienen el derecho a participar directamente en los asuntos públicos, y qué mejor forma que hacerlo a través del ejercicio del derecho de reunión. De lo que se desprende que los representantes públicos tienen el deber de atender todas las peticiones que los ciudadanos les transmitan en el uso del ejercicio de sus derechos constitucionales; en el caso que se analiza, se les transfiere el deseo de un colectivo de ciudadanos de que se adopten decisiones que no supongan un recorte de los gastos sociales.

En resumen, las conductas del caso de "*Aturem el Parlament, no deixarem que aprovin retallades*" (Paremos al/el *Parlament*, no permitiremos que aprueben recortes), son atípicas, sólo en la hipótesis de que no lo fueran, que se tratara de un exceso grave en el ejercicio del derecho podría plantearse la conjetura de la ponderación entre los derechos de reunión,

libertad de expresión, derecho de los ciudadanos a participar directamente en los asuntos públicos, y, como dice el TS, el derecho de los ciudadanos a participar (indirectamente) en los asuntos públicos a través de sus representantes. Entonces habría que decidir si se está ejercitando el derecho constitucional o excediéndose en el mismo, lo que podría dar lugar a la eximente incompleta siempre que se aglutinen los requisitos esenciales de la causa de justificación.

Por otro lado, cuando el exceso es leve entra en juego la tesis del efecto de desaliento³². Aunque, reitero, es atípico; no obstante, en la suposición de que no lo fuera, coincido con Ramón Sáez en que se ha ejercitado la libertad de expresión y el derecho de reunión conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio y, consiguientemente, se ha llevado a cabo dentro de los límites fijados por la Constitución. Sólo cuando, que no es el caso, estemos ante supuestos de excesos graves en el ejercicio del derecho, tal extralimitación no se justificaría, aunque siempre puede recurrirse a la eximente incompleta del 20.7 Cp.

³² En ese sentido, la STC 232/2002, de 9 de diciembre.

El dopaje como un nuevo ámbito de intervención penal*

DR. JOSÉ MARÍA SUÁREZ LÓPEZ**

Sumario

1. Cuestiones previas
2. Concepto de dopaje
3. Bien jurídico
4. Conclusiones

1. Cuestiones previas

El dopaje no es un fenómeno de reciente aparición. Son múltiples los ejemplos lejanos en el tiempo en los que se pueden situar conductas de tal naturaleza. Así, por citar algunos, en los Juegos Olímpicos de la Antigüedad, los deportistas consumían hongos y extractos de plantas y semillas a fin de aumentar artificialmente su rendimiento, en la Edad Media los caballeros consumen estimulantes para participar en las gestas o torneos y en 1896 se sitúa el primer fallecimiento de un deportista por dopaje, el ciclista Arthur Linton muere por sobredosis a los 29 años, dos meses después de haber ganado la carrera Burdeos-París¹. Sin embargo, no es, como apunta TEROL GÓMEZ,

* El presente texto recoge el contenido de la Ponencia que presenté el día 13 de julio de 2017 en el XII Congreso de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales en Homenaje al Prof. Dr. Ignacio Fco. Benítez Ortúzar. El mismo, al igual que la citada ponencia, viene a reconocer la excelente labor de un penalista, serio, riguroso y comprometido con un Derecho penal más justo y mejor y, desde luego, el libro en el que se publica constituye en verdadero estímulo para la Ciencia penal.

** Profesor Titular de Derecho Penal. Acreditado a Catedrático de la Universidad de Granada (ESPAÑA). suarezl@ugr.es

¹ GAMERO CASADO, E.: «El dopaje en los ámbitos supranacionales: evolución histórica y situación actual», *Régimen jurídico del dopaje en el deporte* (Millán, A., Dir.), Bosch, Barcelona, 2005, pp. 20 y 21.

hasta el año 1966 cuando se inician los controles de dopaje en el Tour de Francia².

En definitiva, el dopaje a pesar de su ancestral origen no ha sido considerado un problema social como lo es en la actualidad hasta tiempos muy recientes y, desde luego, no se ha planteado su tipificación en un Texto punitivo hasta hace pocos años. En España, no es, como dice BENÍTEZ ORTÚZAR, hasta la aprobación de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte, cuando irrumpe por primera vez de forma directa y sin ambages la norma penal en la erradicación de determinadas conductas realizadas en el ámbito deportivo tendentes a mejorar la prestación del deportista, dando lugar a resultados distintos a los que atendiendo al espíritu olímpico se hubieran obtenido³.

Desde una perspectiva internacional son tan destacables como recientes en el tiempo las iniciativas en la lucha contra el dopaje. Así, se pueden citar, entre otras, las actuaciones del Consejo de Europa que en 1989 aprueba el Convenio Europeo contra el Dopaje, firmado en Estrasburgo el 16 de noviembre de 1989, ratificado por España el 29 de abril de 1992, que logró armonizar en buena medida las políticas públicas y los procedimientos antidopaje seguidos por los 45 Estados firmantes y que es sucedido por otras actuaciones⁴.

² TEROL GÓMEZ, R.: «Instrumentos normativos contra el dopaje y protección de los derechos fundamentales de los deportistas», *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte* (Coord. Benítez Ortúzar), edit. Dykinson, Madrid, 2015, p. 58.

³ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.: «El dopaje deportivo en el Ordenamiento jurídico español», *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte* (Coord. Benítez Ortúzar), edit. Dykinson, Madrid, 2015, p. 15.

⁴ En este sentido ha afirmado MILLÁN GARRIDO que: «Son en este punto destacables, ante todo, los esfuerzos desarrollados por el Consejo de Europa a fin de alcanzar un marco normativo común en la lucha contra el dopaje. Estos esfuerzos dieron comienzo con la Resolución del Comité de Ministros (1967) 12, de 29 de junio, sobre dopaje de deportistas, continuando con las Recomendaciones (1979) 8, de 20 de abril, relativa al dopaje en el deporte y (1984) 19, de 25 de septiembre, que aprueba la Carta europea contra el dopaje en el deporte, declaraciones que, aun desprovistas de fuerza vinculante, sirvieron para orientar las políticas de los Estados miembros y, sobre todo, despejaron el camino hacia la conclusión, unos años más tarde, del Convenio europeo sobre el dopaje». MILLÁN GARRIDO, A.: «La lucha contra el dopaje en el Derecho español: síntesis normativa», *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, edit. Bosch, Madrid, 2005, pp. 126 ss.

En relación con la importancia de las actuaciones contra el dopaje en el ámbito del Consejo de Europa, vid., entre otros: PALOMAR OLMEDA, A./ PÉREZ GONZÁLEZ, C.: «El dopaje en Europa: líneas generales de evolución y futuro de su

La Unión Europea tras algunas actuaciones previas, a pesar de lo limitado de sus competencias en materia de deporte, realiza el Plan de Apoyo Comunitario a la Lucha contra el Dopaje en el Deporte, de 1 de septiembre de 1999 que contempla, principalmente, la promoción de la participación de la Unión en la Agencia Mundial Antidopaje y la movilización de instrumentos comunitarios complementario de las acciones llevadas a cabo por los Estados miembros⁵. No obstante, como también apunta GAMERO CASADO, la lucha contra el dopaje encuentra un mínimo acomodo en la protección de la salud pública erigida en política comunitaria de carácter complementario a la acción de los Estados, especialmente por lo que hace a «reducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención»⁶.

Estas actuaciones convergen, como apunta MILLÁN GARRIDO, con las desarrolladas en otros ámbitos⁷. Así, y sin ánimo de exhaustividad, es destacable la celebración, por iniciativa del COI, de la Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte, en la que participaron representantes de los gobiernos, de organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales, del propio Comité Olímpico Internacional, de las federaciones deportivas internacionales, de los comités olímpicos nacionales y de los atletas, y que culminó con la aprobación de la «Declaración de Lausana», de 4 de febrero de 1999, en la que se sientan las directrices que se observarán en el futuro por todos los operadores en la lucha contra el dopaje, en la que se decidió crear la Agencia Mundial Antidopaje⁸

represión», *El modelo europeo del deporte*, edit. Bosch, Barcelona, 2002, p. 373. DE LA IGLESIA PRADOS, E.: «La represión del dopaje en Derecho comparado: los distintos modelos de control y represión», *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, edit. Bosch, Madrid, 2005, p. 91. GAMERO CASADO, E.: «El dopaje...», cit., pp. 37 y ss. SUÁREZ LÓPEZ, J. M^a.: «El dopaje ante el Derecho penal», *El derecho deportivo en España. 1975-2005* (Dir. Jiménez Soto y Arana García), edit. Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, p. 677.

⁵ GAMERO CASADO, E.: «El dopaje...», cit., pp. 47-49. Con la misma perspectiva, vid., DE LA IGLESIA PRADOS, E.: «La represión...», cit., p. 91. MILLÁN GARRIDO, A.: «La Lucha...», cit., pp. 127 y 128.

⁶ CASADO, E.: «El dopaje...», cit., pp. 47-49. Vid, en relación con la normativa antidopaje de la Unión Europea, ROLDÁN BARBERO, H.: «La creación política de una nueva delincuencia: el uso del doping en el deporte», *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. II, edit. Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 573 y ss.

⁷ MILLÁN GARRIDO, A.: «La Lucha...», cit., p. 128.

⁸ En relación con la Agencia Mundial Antidopaje, vid., CARRETERO LESTÓN, J.L.: «La Agencia Mundial Antidopaje: naturaleza, composición y funciones», *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, edit. Bosch, Madrid, 2005, pp. 77-85.

que se erige actualmente en la institución de mayor relieve internacional en la lucha contra el dopaje que dentro de sus actuaciones aprobó el Código Mundial Antidopaje⁹ que entró en vigor el 1 de enero de 2004 cuya última modificación se produjo el 1 de enero de 2015¹⁰.

El citado Código, como señala RODRÍGUEZ GARCÍA contempla medidas que afectan a los derechos fundamentales de los deportistas y, siendo un instrumento de derecho privado no podría ser utilizado por los Estados como norma legal que diera cobertura a esas afecciones en los derechos y libertades fundamentales, por lo que para solventar dicha cuestión se aprobó, en sede de la UNESCO, la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, por la cual los Estados Parte se obligan, entre otras cuestiones, a respetar los principios informadores del Código¹¹.

Esta importante actividad internacional en la lucha contra el dopaje se traslada a la regulación interna de diversos países que, de la misma forma, aunque con mayor o menor intensidad, van incorporando o modificando las normas que destinan a luchar contra el dopaje. Así, para DE LA IGLESIA PRADOS en el Derecho comparado es posible, con carácter general, encontrar una dualidad de medidas que responden a la dicotomía prevención-represión, detectando en lo que a la represión se refiere tres fórmulas distintas para la sanción del dopaje: Una, consistente en facultar a la propia organización deportiva para que libremente determine los criterios a seguir en esta cuestión; otra, excluyente con la anterior, reprimir estas conductas por medio de sanciones administrativas previa tipificación de éstas y de las infracciones que las motivarán y, por último, otro modelo, con independencia de las posibilidades anteriores y de manera concurrente con ellas, consiste en la incriminación

⁹ El Código Mundial Antidopaje, como apunta GAMERO CASADO, es la primera gran iniciativa de la Agencia Mundial Antidopaje, fue objeto de un gran debate internacional y su versión fue finalmente aprobada en la Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte celebrada en Copenhague el 5 de marzo de 2003. GAMERO CASADO, E.: «El dopaje...», cit., pp. 42, 50, 51 y 56.

¹⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, J.: «El dopaje en el deporte y su marco de prevención y sanción», *Derecho del deporte*, (Dir. Palomar Olmeda/ Rodríguez García), edit. Aranzadi, 2ª edic., Navarra, 2017, p. 573.

¹¹ La Conferencia General de la UNESCO adoptó por unanimidad la Convención Internacional contra el dopaje en el deporte el pasado día 19 de octubre de 2005, durante la celebración de la 33ª Sesión. El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 29 de junio de 2006, concedió la autorización solicitada por el Gobierno y prevista en el art. 94.1 de la Constitución, para que el Estado pueda prestar el consentimiento para obligarse por medio de dicha Convención Internacional. RODRÍGUEZ GARCÍA, J.: «El dopaje...», cit., pp. 571 y 576.

de conductas como delitos derivadas de la ingestión o colaboración para ello de sustancias dopantes¹².

En consecuencia, se abre camino de forma progresiva la incorporación a los textos punitivos de las conductas de dopaje que termina por constituir un nuevo ámbito de intervención penal dentro de un Derecho penal cada vez más expansivo.

Así, en Francia es la Ley 223, de 23 de marzo de 1999, relativa a la Protección de la Salud de los Deportistas y la Lucha contra el Dopaje la que endurece el régimen jurídico de las sanciones en esta materia¹³ y, conjuntamente con la sanción administrativa, prevé el recurso al Derecho penal en el art. 27 que castiga en su apartado I con prisión de seis meses y una multa de 50.000 francos la obstrucción al ejercicio de las funciones de los agentes y médicos habilitados por el art. 20. Dicha pena es aplicable al hecho de no respetar las decisiones y prohibiciones dictadas en aplicación del art. 26. También prevé el art. 27, en su apartado II, una multa de 500.000 francos y prisión de cinco años para quien prescriba, facilite, ofrezca, administre o aplique a un deportista sustancias o procedimientos prohibidos. Dicha pena se eleva a siete años de privación de libertad y 1.000.000 de francos cuando se ha actuado mediante banda organizada o se han cometido estos hechos con un menor. Por otra parte, el art. 27, en su apartado III, señala que la tentativa de los delitos previstos en este artículo es castigado con las mismas penas y en el IV que a las personas físicas culpables de estas infracciones se le aplicarán las siguientes penas complementarias: 1º. Confiscación de sustancias, documentos y objetos empleados para cometer o facilitar la infracción; 2º. Difusión de la resolución condenatoria; 3º. Clausura del establecimiento o empresa que, en su caso, se haya utilizado para cometer la infracción; 4º. Prohibición de ejercer la actividad profesional a través de la cual se hubiere cometido la infracción; y 5º. Inhabilitación para el ejercicio de la función pública¹⁴.

Tras diversas modificaciones las sanciones penales por conductas de dopaje están previstas en la actualidad en los arts. L242-25 y siguientes del Código de Deportes, de 19 de enero de 2017, que sin ánimo de exhaustividad castiga entre otras conductas, como afirma PALOMAR

¹² IGLESIA PRADOS, E.: «La represión...», cit., pp. 89 y 90.

¹³ Ibidem, pp. 92 y 93.

¹⁴ En relación con el contenido de la misma vid., DEULOFEU, J.: «La problemática del dopaje: una visión sindical», *Revista Jurídica del Deporte*, edit. Aranzadi, 2002, pp. 151 y ss. ROLDÁN BARBERO, H., «La creación política de una nueva delincuencia: el uso del doping en el deporte», *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. II, edit. Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca, 2001, pp. 578 y ss. DE LA IGLESIA PRADOS, E.: «La represión...», cit., pp. 96 y ss.

OLMEDA, con un año de prisión y una multa de 3.750 euros la posesión, sin razón médica justificativa, de sustancias o métodos prohibidos de los considerados de mayor gravedad¹⁵.

En cuanto a Italia, también es destacable el empleo de disposiciones penales específicas frente al dopaje. Así, esta materia está regulada en la Ley número 376/2000, de 14 de diciembre, relativa a la Tutela Sanitaria de las Actividades Deportivas y de la Lucha contra el Doping. Dicha Ley establece en los núms. 1 y 2 del art. 9, que serán castigados, salvo que el hecho constituya un delito más grave, con reclusión de tres meses a tres años y con multa de cinco a cien millones de liras, quienes proporcionen a otro, suministren, faciliten o favorezcan la utilización de fármacos o de sustancias biológicas o farmacológicamente activas, comprendidas en las clases previstas por el art. 2, apartado 1, cuyo uso no esté justificado por razones patológicas y sirva para modificar las condiciones psicofísicas o biológicas del organismo, a fin de alterar el rendimiento de los deportistas, o esté dirigido a modificar los resultados del control sobre el uso de tales medicamentos o sustancias.

Asimismo, será de aplicación la pena prevista en el apartado 1, salvo que el hecho constituya un delito más grave, a quienes adopten o se sometan a prácticas médicas, comprendidas en las clases previstas por el art. 2, apartado 1, no justificadas por razones patológicas, dirigidas a modificar las condiciones psicofísicas o biológicas del organismo, con el fin de alterar el rendimiento de los deportistas o estén dirigidas a modificar los resultados de los controles sobre tales prácticas.

De acuerdo con el núm. 3 del art. 9, esta sanción podrá agravarse: 1) Si del hecho realizado se deriva un daño para la salud; 2) si tiene lugar en relación con un menor; o 3) si es cometido por un componente o un dependiente del Comité Olímpico Nacional Italiano o de una federación deportiva nacional, sociedad o asociación o ente reconocido por el Comité Olímpico Nacional Italiano. En este último caso la condena llevará aparejada la prohibición permanente de ejercer cargos directivos en tales entes asociativos –art. 9.5-.

Señala, además, el núm. 4 del art. 9 que si el hecho se cometiese por un profesional sanitario, la condena antes indicada comportará, igualmente, la prohibición de ejercer temporalmente la profesión correspon-

¹⁵ Palomar Olmeda, A/Rodríguez García, J.: «La legislación contra el dopaje en España y Francia», *Materiales para la Historia del Deporte*, núm. 11, (2013), p. 139. <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/2486/809-1828-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

La normativa francesa puede consultarse en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071318&dateTexte=20171028>

diente. También la Ley italiana, en el art. 9 núm. 7, sanciona con reclusión de dos a seis años y con multa de 10 millones a 150 millones de liras a los que comercien con medicamentos o sustancias farmacológicas o biológicamente activas comprendidas en las clases previstas por el art. 2, apartado 1, a través de canales diversos a las farmacias abiertas al público, farmacias hospitalarias, dispensarios abiertos al público u otras estructuras que estén en posesión de fármacos directamente, destinados a la utilización sobre el paciente.

Por último, el núm. 6 del precepto citado establece que la sentencia de condena llevará siempre aparejada el decomiso de las medicinas, sustancias farmacéuticas y otros utensilios destinados a cometer el delito¹⁶.

España no es una excepción en relación con este nuevo ámbito de criminalización. Tal y como ya se anticipó, por medio de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, se introdujo por primera vez en nuestro Ordenamiento jurídico el delito de dopaje en el art. 361 bis del Texto punitivo.

Con posterioridad, la citada norma fue modificada por la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, que derogó íntegramente la Ley Orgánica 7/2006, lo que podría generar problemas de legalidad sobre la vigencia del delito de dopaje, puesto que la derogación del precepto que introdujo el art. 361 bis en el Texto punitivo, podría conllevar la de este último artículo. Dicha cuestión, ha sido zanjada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se reforma el Código Penal que en su número ciento noventa y tres, y con idéntica redacción que el anterior art. 361 bis que es también suprimido por la misma, añade un nuevo artículo 362 quinquies por el que se incrimina el delito de dopaje¹⁷.

¹⁶ El texto íntegro de la Ley italiana citada puede verse en la siguiente página web: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/003761.htm>.

También puede consultarse la siguiente traducción al castellano: OLMEDO GAYA, A.: «Traducción de la Ley italiana sobre la tutela sanitaria de la actividad deportiva y de la lucha contra el “doping”», *Revista Jurídica del Deporte*, edit. Aranzadi, Consejo Superior de Deportes, núm. 5, 2001-1, pp. 98 y ss.

¹⁷ El texto actualmente vigente tiene la siguiente redacción: «1. Los que, sin justificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten a deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos, serán castigados con

Finalmente la legislación alemana también ha optado por incorporar normas penales en la Ley contra el dopaje en el deporte, de 10 de diciembre de 2015, que en el parágrafo cuarto introduce las previsiones penales y establece en su número 1 penas de prisión de hasta 3 años o multa para quien, entre otras conductas, contraviniendo la legislación en la materia fabrica, comercializa, vende, dispensa, coloca en el mercado o receta una sustancia dopante y su tentativa, administra o aplica la sustancia o un método de dopaje. Dicha pena se prevé también en los supuestos de autodopaje para el que contraviniendo la normativa se la administra o participa en una competición deportiva organizada. En los casos de posesión de sustancias dopantes la pena será de hasta dos años de prisión o multa.

Según el núm. 4 la sanción podría llegar a 10 años de prisión, cuando se pone en peligro la salud de un gran número de personas, se produce riesgo de muerte o grave lesión, se obtiene una ganancia significativa, se vende o dispensa a menores de 18 años o se actúa en el marco de un grupo organizado. No obstante, en casos menos graves la pena será de prisión de tres meses a cinco años.

También se establece la sanción de algunas conductas imprudentes con hasta un año de prisión o multa.

Señala además el citado parágrafo en su número 7 que en los supuestos de autodopaje o posesión de sustancias dopantes, la sanción solo será aplicable a atletas de alto nivel en deporte organizado, considerando como tales los que están sujetos a test de dopaje en el marco de un sistema de control o generan significativos ingresos de la actividad deportiva.

Por último se prevé para los casos de administración o aplicación que la cesión voluntaria de la sustancia dopante antes de administrarla o estando administrándola podrá no ser castigada¹⁸.

las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años.

2. Se impondrán las penas previstas en el apartado anterior en su mitad superior cuando el delito se perpetre concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1.^a Que la víctima sea menor de edad.

2.^a Que se haya empleado engaño o intimidación.

3.^a Que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional».

¹⁸ El contenido de la Ley contra el dopaje en el deporte, puede ser consultada en: <https://www.gesetze-im-internet.de/antidopg/BJNR221010015.html>

La citada tendencia expansiva del Derecho penal en relación con las conductas de dopaje, también se proyecta en algunos países latinoamericanos. Así, por ejemplo la regulación argentina opta por acudir en última instancia al Derecho penal. La Ley núm. 24.819, de 23 de abril de 1997 de preservación de la lealtad y el juego limpio en el deporte, creación de la Comisión Nacional Antidoping y del Registro Nacional de Sanciones Deportivas prevé en el art. 11 que: «Será reprimido con prisión de un mes a tres años, si no resultare un delito más severamente penado, el preparador físico y/o psíquico, entrenador, director deportivo, dirigente, médico y paramédicos vinculados a la preparación y/o a la participación de los deportistas, y/o todo aquel que de alguna manera estuviera vinculado a la preparación y/o a la participación de los deportistas; que por cualquier medio facilitar, suministrar y/o incitar a practicar dopping.

Si las sustancias suministradas fueran estupefacientes la pena será de cuatro a quince años»¹⁹. Dicha regulación es derogada por la Ley 26.912²⁰, de Régimen Jurídico para la Prevención y el Control del Dopaje en el Deporte, promulgada el 6 de diciembre de 2013 que recoge en el Tít. VI los delitos relacionados con el dopaje. Al efecto, prevé el art. 110 que será castigado con prisión de un mes a tres años²¹, si no resultare un delito más severamente penado, el que, integrando el personal de apoyo a los atletas, por cualquier medio: Falsificare o intentare falsificar una parte del procedimiento de control de dopaje; traficaré o intentare traficar una sustancia o método prohibido; administrate o lo intentare a un atleta una sustancia o método prohibido, durante la competencia o en los controles realizados fuera de ella, o asistiere, incitare, contribuyere, instigare, encubriere o participare en la ejecución de una infracción a las normas del presente régimen, o de su tentativa o prestare al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no podría haberse cometido aquella. Si la sustancia en relación con las cuales se cometiera este delito fueran estupefacientes, la pena será de 4 a 15 años. El art. 111 de la citada Ley incrimina el dopaje en animales²².

¹⁹ Vid en relación con el contenido de la citada Ley 24819 vid., DE LAIGLESIA PRA-DOS, E.: «La represión...», cit., pp. 112-115. El contenido de la misma se puede consultar en: <http://www.loa.org.ar/legNormaDetalle.aspx?id=10426>.

²⁰ Deroga el art. 113 de la Ley 26912 a las leyes 24819, 25387, 25942 y cualquier norma que se oponga a la misma. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/220000-224999/224421/norma.htm>

²¹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/220000-224999/224421/norma.htm>

²² El art. 110 de la Ley tiene la siguiente redacción: «Dopaje de animales. Será reprimido con prisión de tres (3) meses a tres (3) años, si no resultare un delito más

En conclusión, los ejemplos anteriores y otros muchos que se podrían señalar ponen de manifiesto que en la actualidad el dopaje constituye al menos para los legisladores un nuevo ámbito de intervención penal. Lo que, obviamente, obliga a valorar si la misma está justificada o no. En definitiva, si nos encontramos ante conductas lesivas de bienes jurídicos con suficiente entidad como para justificar la intervención penal. A dicho objetivo se destina este trabajo.

2. Concepto de dopaje

La respuesta al interrogante anteriormente expuesto exige con carácter previo concretar qué se entiende por dopaje. Se han ofertado diversos conceptos. De los mismos se pueden diferenciar con carácter sistemático las nociones formales en las que se hace hincapié en el uso de sustancias prohibidas y las sustanciales en las que también se mencionan los bienes jurídicos que se ven afectados. Aludir a todas las que se han elaborado sobre dopaje, desborda un trabajo de estas características. Ello, no obstante, no debe llevarnos a obviar esta cuestión de cara a valorar la posible existencia de bienes jurídicos de relevancia penal que como tales pueden concretarse en las definiciones de carácter sustancial.

Desde una perspectiva más formal el Consejo de Europa en la I Reunión del Grupo de Estudios Especial celebrada en Estrasburgo en 1963 define el dopaje como «la administración a una persona sana, o la utilización por ella misma, de sustancias extrañas al organismo o de sustancias fisiológicas, en cantidades o por vías anormales, con el único fin de conseguir un aumento artificial del rendimiento de esta persona al participar en una competición. También puede considerarse como práctica del dopaje determinados procedimientos psicológicos destinados a potenciar la forma física de un deportista»²³.

En parecido sentido la Ley española 10/1990, de 15 de octubre, del deporte aludía en el núm. 1 del derogado art. 56 a «sustancias y grupos

severamente penado, el que suministrare por cualquier vía sustancias prohibidas a un animal que participe en competencias.

Si la sustancia suministrada se tratara de estupefacientes, la pena será de tres (3) a cinco (5) años de prisión.

La misma pena será aplicada a quienes dieren su consentimiento para que se utilicen o suministren estas sustancias a los animales para una competencia».

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/220000-224999/224421/norma.htm>

²³ PÉREZ FERRER, F.: «El delito de dopaje: una aproximación al art. 361 bis del Código Penal Español», *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, núm. 7, 2007, p. 45.

farmacológicos prohibidos» y a «métodos no reglamentarios, destinados a aumentar artificialmente las capacidades físicas de los deportistas o a modificar los resultados de las competiciones».

Un carácter formal también tiene el art. 4.1 de la Ley española 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva que afirma que: «1. Se considera dopaje en el ámbito del deporte organizado o con licencia deportiva la realización por alguna de las personas incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley de alguna de las conductas establecidas en el artículo 22, interpretadas con el alcance que se establece en el anexo de definiciones de esta Ley».

Es esta línea, también se mueve el núm. 3 del art. 2 de la Convención contra el Dopaje de la UNESCO de 19 de octubre de 2005 al señalar que: «La expresión “infracción de las normas antidopaje” en el deporte se refiere a una o varias de las infracciones siguientes: a) La presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en las muestras físicas de un deportista; b) el uso o tentativa de una sustancia prohibida o de un método prohibido; c) negarse o no someterse, sin justificación válida, a una recogida de muestras tras una notificación hecha conforme a las normas antidopaje aplicables, o evitar de cualquier otra forma la recogida de muestras; d) la vulneración de los requisitos en lo que respecta a la disponibilidad del deportista para la realización de controles fuera de la competición, incluido el no proporcionar información sobre su paradero, así como no presentarse para someterse a controles que se consideren regidos por normas razonables; e) la falsificación o tentativa de falsificación de cualquier elemento del proceso de control antidopaje; f) la posesión de sustancias o métodos prohibidos; g) el tráfico de cualquier sustancia prohibida o método prohibido; h) la administración o tentativa de administración de una sustancia prohibida o método prohibido a algún deportista, o la asistencia, incitación, contribución, instigación, encubrimiento o cualquier otro tipo de complicidad en relación con una infracción de la norma antidopaje o cualquier otra tentativa de infracción».

Desde una perspectiva más sustancial el Primer Coloquio Europeo sobre Dopaje, lo definió: «Como la utilización de sustancias o cualquier otro método destinado a aumentar artificialmente el rendimiento deportivo con ocasión de una competición y que puedan comportar un perjuicio para la ética deportiva, y la salud física y psíquica del deportista»²⁴ y la Declaración de Lausana, de 4 de febrero de 1999, en el punto 2 define

²⁴ DE LA IGLESIA PRADOS, E.: «La represión...», cit., p. 88.

el dopaje como: «El uso de un artificio (sustancia o método) potencialmente peligroso para la salud de los atletas y/o susceptible de mejorar su rendimiento» o «la presencia en el organismo del atleta de una sustancia o la constatación de la aplicación de un método que figuren en una lista anexa al código antidopaje del Movimiento Olímpico».

Ante esta dicotomía, a efectos penales, debe abogarse por una definición sustancial que aluda a los bienes jurídicos que son lesionados por las conductas dopantes. Sobre esta premisa creo que una noción adecuada de dopaje puede ser la que entiende que consiste en la administración de sustancias o la aplicación a deportistas de tratamientos prohibidos en la normativa relativa al deporte correspondiente con el objeto de mejorar artificialmente su rendimiento y que es potencialmente peligrosa para su salud. Concepto coincidente con el sentir mayoritario de la doctrina contemporánea, que estima, como apunta GAMERO CASADO, que la lucha contra el dopaje es un medio de preservar los valores sociales inmanentes del deporte, sin perjuicio de que al mismo tiempo se pretenda salvaguardar la salud del deportista²⁵.

En este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea, de 30 de septiembre de 2004 asunto T-313/02 (TJCE 2004/271), señala que: «La lucha contra el dopaje no persigue objetivo económico alguno. En efecto, la lucha contra el dopaje pretende, en primer lugar, mantener el espíritu deportivo (el juego limpio), sin el cual el deporte deja de ser deporte, independientemente de que se practique por aficionados o por profesionales. Este objetivo, con un mero carácter social, justifica por sí solo la lucha contra el dopaje. En segundo lugar, en la medida en que los productos para el dopaje no están exentos de efectos fisiológicos negativos, esta lucha tiene por objeto cuidar la salud de los atletas. De este modo, la prohibición del dopaje, al constituir una manifestación particular del imperativo del juego limpio, es una parte integrante de la primera regla del juego en el deporte».

En conclusión, del concepto de dopaje aquí defendido se pueden inicialmente concretar dos bienes jurídicos que podrían demandar, si es que ya no la tienen, tutela penal, los valores del deporte y la salud.

3. Bien jurídico

Concretado el concepto de dopaje en clave sustancial como la administración de sustancias o la aplicación a deportistas de tratamientos prohibidos en la normativa relativa al deporte correspondiente con el

²⁵ GAMERO CASADO, E.: «El dopaje...», cit., p. 31.

objeto de mejorar artificialmente su rendimiento y que es potencialmente peligrosa para su salud, procede abordar si está justificada la incriminación de estas conductas que se está produciendo en un gran número de países y en consecuencia si nos encontramos ante un nuevo ámbito que demanda o debe demandar intervención penal.

En relación con dicha cuestión, no se puede obviar que la salud tanto del deportista como pública ya tiene tutela penal al margen de este delito, por lo que inicialmente no parece que su protección penal exija el refuerzo del delito de dopaje, lo que obliga a trasladar, al menos inicialmente, la cuestión al análisis de si los valores propios del dopaje y, en concreto, la ética deportiva constituye un valor jurídico que demande tutela penal.

Ante dicha cuestión, en términos generales la doctrina ha rechazado la creación de los delitos de dopaje. Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO ha afirmado que si el delito materialmente supone una conducta gravemente nociva para la sociedad, perturbando gravemente los bienes jurídicos importantes, es decir, condiciones mínimas de convivencia social de modo reprobable y no justificado y poniendo en cuestión la vigencia del orden jurídico, si sólo en el caso de que se produzca esa conducta existe antijuridicidad material, suficiente para justificar la intervención del Derecho penal con sus graves consecuencias, me parece que no tiene sentido crear un tipo específico para la persecución del dopaje en el deporte.

En definitiva, a su juicio no existe ninguna razón para crear uno o varios tipos penales que castiguen específicamente conductas relacionadas con el dopaje en el deporte ya que los tipos de delitos actualmente existentes, que en ningún caso se refieren específicamente al dopaje en el deporte, son suficientes para prevenir y castigar estas conductas cuando realmente afecten de manera suficientemente grave a bienes jurídicos dignos de tutela penal²⁶. En resumen, no está claramente justificada la tipificación específica de delitos de dopaje y no lo está desde el punto de vista de la protección del juego limpio –*fair play* o ética deportiva–, es bastante discutible que lo esté desde la protección de la vida o la salud pública o individual, para la cual además existen otros tipos y probablemente lo más cercano a una justificación de la incriminación del dopaje

²⁶ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., «Represión y prevención penal del dopaje en el deporte. Relaciones entre Derecho, deporte y dopaje con especial atención a la perspectiva jurídico penal», *Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales, Huarte de San Juan*, 1-1994, pp. 104, 126 y 127.

sea la apelación a un interés de orden patrimonial o económico vinculado con la competencia, lo que para él tampoco está claro²⁷.

También ha sido contrario a la creación de tipos penales que castiguen específicamente el dopaje MILLÁN GARRIDO que afirma que la represión penal debe descartarse y no sólo por la posibilidad de quebranto del principio *non bis in idem* dada la rigurosa compatibilidad de los órdenes penal y disciplinario, sino por la inadecuación de la respuesta punitiva que, excediendo de la intervención mínima predicable en este ámbito, puede colisionar de modo negativo con las sanciones estrictamente deportivas y con su efectivo cumplimiento. La represión penal del dopaje introduce más problemas de los que trata de resolver²⁸.

Con una perspectiva crítica ha afirmado PALOMAR OLMEDA, al igual que el autor anteriormente citado, que la inclusión dentro del ámbito penal introduce más problemas que los que trata de resolver no sólo por la aplicación del principio *non bis in idem* sino también por la necesidad final de que las suspensiones que afecten a la actividad propia sean controladas únicamente por el movimiento deportivo y no se produzca desde la confluencia normativa y desde centros de imputación diferente. No obstante, y tras esta primera valoración, apunta, con un criterio más ecléctico, que la opción por un modelo penal o deportivo debe ser consecuencia de una decisión global y armónica con el conjunto de la reflexión penal y que la incidencia final en el ámbito penal debería quedar reducida, en su caso, al suministrador del deportista cuando lo es con ánimo defraudatorio. Como conclusión estima que la introducción de un mayor grado en la represión y su ubicación dentro del ámbito penal puede conseguir algunos avances pero no resuelve ni con mucho la extensa problemática que la represión plantea en el momento actual. Por este motivo, la modificación del régimen vigente pasa por una coordinación de políticas y de instrumentos que coadyuven al establecimiento de un marco común con incidencia en los distintos sectores de la práctica deportiva²⁹.

También ROLDÁN BARBERO se ha opuesto a la creación del delito de dopaje al abogar por acudir a la justicia federativa. Desde su punto de vista, el poder externo, en forma de Derecho penal, no tiene nada que

²⁷ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal», *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, edit. Tirant lo blanch, Valencia 2013, p. 543.

²⁸ MILLÁN GARRIDO, A.: «La Lucha...», cit., pp. 149 y 179.

²⁹ PALOMAR OLMEDA, A.: «Las alternativas a la represión del dopaje deportivo», *RADDE*, nº 7 (2002), p. 64.

decir aquí. Los dirigentes modernos tienen la compulsividad de entregar a la Justicia externa cuestiones de las que ni ésta entiende, ni se halla en condiciones, en caso de entender, de dar una respuesta razonable en un corto lapso de tiempo. El dopaje, señala, sencillamente no debe ser delito; es una irregularidad, una infracción como mucho a las normas de juego que como tal debe quedar en un plano interno. Si se trata de verdad de proteger la salud del deportista mejor será admitir que sólo desde una perspectiva interna, de autocontrol, se podrá llevar con un relativo éxito esta tarea, quien espere que los Jueces y Tribunales van a ser los custodios del deportista, para él «está en la luna de Valencia o en los cerros de Úbeda»³⁰.

Desde otra perspectiva, un relevante sector doctrinal ha valorado de forma positiva la incorporación del delito de dopaje al Texto punitivo español. CORTES BECHIARELLI tras vincular el bien jurídico protegido en el delito de dopaje con la salud pública estima que la decisión legislativa es acertada desde este punto de vista y sirve, por ende, para fortalecer un valor de enorme trascendencia para los ciudadanos, sin menoscabar el principio de intervención mínima³¹.

Con similar criterio, MORALES PRATS ha señalado que la opción del legislador de introducir en el Texto punitivo español el delito de dopaje viene a respetar el principio de intervención mínima, por cuanto la esfera de incriminación del tipo no alcanza a todas las formas y manifestaciones de dopaje en el deporte, sino tan sólo a aquellas que implican una afectación en términos de peligro concreto a la vida o a la salud de los practicantes de una actividad deportiva. Exigencia típica que permite sujetar la intervención penal en límites razonables, amén de constituir un elemento frontera con otras infracciones y sanciones, previstas extramuros del Derecho penal, en la Ley de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en el Deporte³².

MUÑOZ CONDE ha considerado que el fundamento de la incriminación de estas conductas obedece a la nocividad intrínseca de determinadas sustancias y productos dopantes cada vez más sofisticados, cuyo consumo en la práctica de las actividades deportivas pone realmente en peligro la salud de los que las toman, por lo que a su juicio, el bien jurí-

³⁰ ROLDÁN BARBERO, H.: «La creación...», pp. 590 y 591.

³¹ CORTES BECHIARELLI, E.: *El delito de dopaje*, edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2007, pp. 59 y 60.

³² MORALES PRATS, F.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (Quintero Olivares, Dir.; Morales Prats, Coord.). 7ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, p. 999.

dico protegido en el art. 362 quinquies es, por tanto, la salud pública y no la limpieza en el deporte o juego limpio (*fair play*), aunque obviamente también puede incidir en ello al poder modificar el resultado de las competiciones, lo que podría dar lugar también a un delito de estafa³³.

Las valoraciones anteriores que vinculan el bien jurídico desde la perspectiva de la salud pública tampoco son garantía de éxito, porque, como ha apuntado ROXIN, la concepción del legislador de luchar contra el dopaje basándose en la idea de protección de la salud es un camino equivocado por razones dogmáticas y político criminales³⁴, que finalmente terminan por traducirse, como ha matizado ROCA AGAPITO, en un criticable Derecho penal más promocional que protector de bienes jurídicos³⁵, que puede tener, como ya ha sido denunciado, una escasa utilidad pues, como se ha apuntado por sectores doctrinales proclives a la creación de la figura, la aplicación del delito en los términos que está redactado será bastante restringida³⁶.

La dificultad de concretar un único bien jurídico digno de tutela penal de forma autónoma, es destacada por BENÍTEZ ORTÚZAR cuando apunta de forma novedosa a un nuevo valor jurídico de carácter colectivo que concreta en la integridad deportiva, porque, a su juicio, todos los bienes jurídicos que se pueden señalar cuando en una actividad deportiva irrumpe alguna forma de dopaje: La lealtad en la competición deportiva, la potencial peligrosidad para la salud individual de los deportistas, la salud pública y los perjuicios patrimoniales que derivan directa o indirectamente de la alteración de unas competiciones deportivas cada vez más economizadas, no pueden verse aislados, sino que deben articularse en un único interés bajo el paraguas del deporte que es lo que puede darle entidad propia y distinta de otras parcelas de la vida. Interés único que concreta en la citada integridad deportiva y que abarca a todos los valores sociales inherentes al deporte, entre los que se incluyen los ya citados de igualdad en la competición, juego limpio y ética deportiva pero no sólo ellos y que no ampara directamente una intervención penal, porque como reconoce la misma sólo se puede llevar a cabo garantizando el principio de intervención mínima y su función protectora

³³ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 573.

³⁴ ROXIN, C.: «Derecho Penal y doping», *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 97 (2009), p. 12

³⁵ ROCA AGAPITO, L.: “La política criminal frente al dopaje”, *La Ley*, t. I., 2007, p. 1805.

³⁶ CORTES BECHIARELLI, E.: *El delito...*, cit., pp. 59 y 60.

de bienes jurídicos fundamentales para la sociedad y el individuo y solo ante los ataques más graves³⁷.

Sobre dicho criterio, defiende BENÍTEZ ORTÚZAR la necesidad de incluir el delito de dopaje en un nuevo título XIII bis en el libro segundo del Código penal, que bajo la rúbrica de «delitos contra la integridad deportiva» abarcase las conductas más graves e intolerables en el desarrollo de la actividad deportiva entre las que se incluiría el delito de dopaje³⁸.

³⁷ BENITEZ ORTÚZAR, I. F.: «El bien jurídico en el delito de dopaje en el deporte», *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte (Coord. Benítez Ortúzar)*, edit. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 135, 151 y 160. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: «De los delitos contra la integridad deportiva”. Acerca de la necesidad de un título autónomo aglutinador de las conductas delictivas intrínsecas a la práctica deportiva», *Respuestas jurídicas al fraude en el deporte (Dir. Morillas Cueva)*, edit. Dykinson, Madrid 2017, pp. 47 y 48.

³⁸ La redacción que propone BENÍTEZ ORTÚZAR para el delito de dopaje que se ubicaría en un nuevo art. 304 bis del Código penal es la siguiente: «Artículo 304 ter.

1. El que, sin justificación terapéutica, prescriba, proporcione, dispense, suministre, administre, ofrezca o facilite a deportistas federados que participen en pruebas, encuentros o competiciones deportivas de especial relevancia deportiva o económica, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar las capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a cuatro años.

2. Será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a seis años cuando, como consecuencia de la conducta anterior, se ponga en concreto peligro la vida o la integridad del deportista, sin perjuicio de la pena que le pudiera corresponder si el peligro llegara a materializarse.

3. Se impondrán las penas previstas en su mitad superior, cuando se de alguna de las circunstancias siguientes: a.) Que la víctima sea menor de edad; b) Que se haya empleado engaño o intimidación; c) Que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional.

4. Será castigado con prisión de seis a veinticuatro meses o multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso inhabilitación especial profesión u oficio de uno a tres años, a quienes fabriquen, importen, exporten, transporten, adquieran o posean sustancias o grupos farmacológicos o cualquier método no reglamentario, dirigidos a ocultar los efectos de la conducta descrita en el apartado primero.

5. Con la misma pena del apartado anterior será castigado quien falsifique, destruya o degrade cualquier elemento relativo al control, a la muestra o al análisis dirigidos a detectar la ingesta de sustancias o fármacos prohibidos o de métodos no reglamentarios en el deportista federados que participen en pruebas, encuentros o competiciones deportivas de especial relevancia deportiva o económica.

terrogante de ¿si nos encontramos realmente ante un nuevo ámbito de intervención penal?

Es cierto que el dopaje en las legislaciones de muchos países está irrumpiendo como una conducta merecedora de tutela penal en la actualidad. En ese sentido, las múltiples reformas que se han introducido en la legislación penal de países como Francia, Italia, España, Alemania y Argentina, ponen de manifiesto que nos encontramos, al menos en clave legislativa, ante un nuevo ámbito de intervención penal.

Dicha realidad no evita las más que fundadas dudas que despierta en la actualidad tal opción legislativa. Si entendemos el dopaje en clave sustancial, como la administración de sustancias o la aplicación a deportistas de tratamientos prohibidos en la normativa relativa al deporte correspondiente, con el objeto de mejorar artificialmente su rendimiento y que es potencialmente peligrosa para su salud, podríamos concretar la ética deportiva y la salud pública e incluso individual como bienes jurídicos.

Dicha concreción no permite justificar la intervención penal porque no puede obviar las críticas derivadas de la insuficiencia de la ética deportiva para constituirse en bien jurídico penal autónomo a efectos del dopaje o lo incomprensible que puede resultar tutelar exclusivamente la salud de los deportistas y no, como apunta ROXIN, la de otros colectivos como músicos, escritores, intelectuales, opositores o cualquier otra persona que puede doparse para aumentar su capacidad y que deberían también ver tutelada la salud, pues si se parte de esta concepción no existe ninguna razón político criminal razonable para proteger contra su voluntad, únicamente la salud de los deportistas frente al perjuicio causado por las sustancias de doping, mientras que todas las demás personas quedan desprotegidas en este aspecto³⁹. Y todo ello, sin obviar que la vinculación de este delito a la salud proyecta una errónea pero inquietante sospecha de deficiente tutela de la salud en la legislación penal.

Reconocidos como insuficientes otros bienes jurídicos que también se podrían ver afectados como los perjuicios patrimoniales, únicamente nos quedaría la más que atractiva vía de la integridad deportiva. No obstante, afirmada la citada integridad como el valor jurídico digno de tutela penal, todavía nos quedaría pendiente la cuestión de en qué casos el legislador debe intervenir incriminando conductas dopantes que la ponen en peligro o la lesionan y en qué casos, se debe abstener de hacerlo para no lesionar el principio de intervención mínima, con lo que todavía tendremos el interrogante que pretendemos resolver en este trabajo abierto.

³⁹ ROXIN, C.: «Derecho...», cit., p. 14.

Además, a los problemas derivados de la concreción del bien jurídico a tutelar en el delito de dopaje ya expuestos hay que añadir otros vinculados a las complejas cuestiones dogmáticas que suelen generar los preceptos penales que lo sancionan sin diferenciar estadios del *iter criminis* y que en gran medida han sido puestos de manifiesto por MORILLAS CUEVA al analizar la naturaleza jurídica del art. 362 quinquies actualmente vigente en España⁴⁰ o por SUÁREZ LÓPEZ al abordar la incidencia que en el tratamiento penal de estas conductas tienen y deben tener los principios limitadores del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho⁴¹.

Por si no fueran suficientes los problemas hasta ahora esgrimidos para cuestionar la configuración del dopaje como un nuevo ámbito de intervención penal, también hay que destacar que la misma puede ser, además, innecesaria dado que los principales bienes jurídicos que se pueden ver afectados ya están protegidos penalmente en los casos más graves.

En efecto, comportamientos vinculados al dopaje pueden, en muchas ocasiones, ser castigados por los tipos penales existentes. Así, sin ánimo de exhaustividad, se pueden citar los siguientes delitos: Contra la vida, la salud, la salud pública, la libertad, las manipulaciones genéticas, las falsedades e, incluso, aunque no sin graves dificultades, la estafa.

A la vista de todo ello y si, como defiende con excelente criterio MORILLAS CUEVA⁴², el Derecho penal del futuro debe continuar apoyado en el principio de intervención mínima afrontando la criminalización de nuevas formas de delincuencia bajo la cobertura del absoluto respeto a los principios delimitadores del moderno Derecho punitivo entre los que se encuentra el carácter de *ultima ratio*, creo que, a pesar de la tendencia expansiva imperante, el dopaje no debe constituir un nuevo y autónomo ámbito de intervención penal. Otras alternativas como la creación de una agravante genérica de dopaje, se me presentan como opciones mucho más operativas.

⁴⁰ MORILLAS CUEVA, L.: «Naturaleza jurídica del delito de dopaje en el deporte», *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte* (Coord. Benítez Ortúzar), edit. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 161 y ss.

⁴¹ SUÁREZ LÓPEZ, J.M^a.: «Los principios limitadores del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho y su incidencia en la represión penal del dopaje», *Tratamiento jurídico penal y procesal del dopaje en el deporte* (Coord. Benítez Ortúzar), edit. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 101 y ss.

⁴² MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de Derecho penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal*. Ley penal. 3^a edic., edit. Dykinson, Madrid, 2016, p. 125.

La necesaria declaración de responsabilidad civil en sentencia previa para condenar por el delito del artículo 257.2 del Código Penal español

DRA. NURIA CASTELLÓ NICÁS*

Al Prof. Ignacio Benítez, por nuestra amistad, de casi treinta años ya

Sumario

1. Exposición general del problema jurídico
2. Conclusiones

1. Exposición general del problema jurídico

Uno de los debates que el actual artículo 257.2 del Código penal (reforma LO 1/2015, de 30 de marzo) heredaba de su antecesor precepto, el derogado 258, fue precisamente determinar el momento en que este delito se consideraba cometido, atendiendo a la necesidad o no de que exista una deuda cierta, declarada en sentencia condenatoria, para castigar a alguien como responsable del mismo.

La dificultosa valoración de quién es sujeto activo del mismo, o más bien, en qué momento uno puede devenir en sujeto activo, así como las consecuencias penales que se derivan de la comprensión que se concluya, nos llevan a detenernos en este elemento clave del precepto.

Cuando el legislador en el obsoleto art. 258 (texto de 1995), aludía a “el responsable de un hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo”, no cabía duda de que se podían ofrecer varias posibilidades sobre quien debía de comprenderse en tal sujeto, posibilidades que se hacen extensivas a la redacción del vigente artículo 257.2¹.

* Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Granada (España).
castelló@ugr.es

¹ Reza así: “con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder”.

1º.- El autor de un delito, que se sabe él autor, aun cuando pueda no haber trascendido todavía ni siquiera la ejecución de ese hecho delictivo.

2º.- El autor de un delito, imputado por el mismo², esto es, “*investigado*”.

3º.- El autor de un delito y acusado formalmente del mismo -o procesado por el mismo-³, “*encausado*”.

4º.- El autor de un delito cuya autoría ya ha sido confirmada en sentencia condenatoria, con declaración de responsabilidad civil.

Evidentemente, el primer apartado abarca también el segundo, tercero y cuarto, es decir, si se considera responsable de un delito a quien se encuentra en la primera hipótesis, por pura lógica, también será responsable del mismo el imputado, el acusado y el condenado, lo que no sucede a la inversa. Esto es, el condenado no alcanza al acusado, al imputado, ni al autor, que puede no haber sido aún acusado ni delatado.

La jurisprudencia de nuestros tribunales se ha inclinado mayoritariamente a favor de incluir en la expresión “responsable de un hecho delictivo” la opción primera, con los consiguientes efectos señalados. Muestra firme de ello lo es el fundamento tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 (RJ 2001/2946), seguida entre otras, y literalmente, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de febrero de 2006 (ARP 2006/277) -fundamento octavo-:

“Se ha dicho que el art. 258 CP⁴, introducido “*ex novo*” por el nuevo texto de 1995, ha venido a zanjar una cuestión largamente discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: la de si constituye delito de alzamiento de bienes la conducta del autor de un delito que, antes de haber sido condenado por el mismo pero a sabiendas de que ha generado

² En palabras de QUERALT JIMÉNEZ, J.: “La imputación penal”, en *eldiario.es*, 18 de febrero de 2015, “la imputación es aquella formulación del juez (no de la policía ni del Fiscal, dejando aparte la peculiar jurisdicción de menores) en cuya virtud aquél fija los hechos que atribuye indiciaria e inicialmente a una persona o personas”. Concluye que: “la imputación, en sentido propio, es la atribución por parte del juez a un sujeto de un hecho o hechos que ha de describir someramente, otorgando la ley desde ese momento al imputado plenos derechos de defensa en el proceso de que va a ser objeto”.

³ Como indica QUERALT JIMÉNEZ, cit.: “Este status de imputado dura hasta que se formula escrito de acusación; en el procedimiento ordinario, se pasa a ser procesado, y en el abreviado, acusado. Sin embargo, ambos términos son intercambiables, dado, además, que el procedimiento abreviado es el más frecuente. Aquí, la acusación contra el sujeto se ha formalizado y se abre juicio oral contra él, es decir, habrá de sentarse en el, en la ley inexistente, banquillo de los acusados”.

⁴ Texto de 1995.

un perjuicio del que tendrá que responder mediante una indemnización, se alza con los bienes y se coloca en situación que le imposibilita o dificulta de modo sensible la satisfacción de dicha obligación. Entre quienes opinaban que la obligación “ex delicto” nace de la infracción criminal y quienes sostenían que la deuda no surge hasta que se dicta la Sentencia en que se declara la responsabilidad –penal y civil- el legislador se ha inclinado por la primera tesis. Hay que reconocer que no lo ha hecho con toda la claridad que hubiera sido deseable pues ha considerado sujeto activo del delito al “responsable” de cualquier hecho delictivo, pero ello no debe ser obstáculo para que el delito a que nos referimos pueda ser cometido simplemente con actos realizados “con posterioridad” a la comisión del hecho del que pueda derivarse la responsabilidad civil aunque ésta no haya sido declarada todavía⁵.

Rotunda en la misma línea es la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de diciembre de 2004 (JUR 2005/50720), que sobre el derogado art. 258, y junto a los anteriores argumentos, que también recoge en su fundamento segundo, apuntala dicho criterio con el siguiente concepto:

“El artículo 258 del Código Penal se refiere al responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión (no con posterioridad a la fecha de la sentencia en la que resultare condenado), y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo realizare actos de disposición (...)”.

⁵ Transcripción literal de la sentencia de 3 de mayo de 2001 hace la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (JUR 2008/64927) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de diciembre de 2004 (JUR 2005/50720). En el mismo sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 20 de abril de 2012 (ARP 2012/659): “(...) el precepto no exige la previa condena del responsable para que pueda aplicarse el citado artículo. (SSTS 3-5-2001 (RJ 2002, 254), 9-4-2008 (RJ 2008, 2172) y 2-6-2008). Se afirma en esta última que son elemento del tipo objetivo del delito la ocurrencia de un hecho delictivo; que con posterioridad al mismo, el autor realice actos de disposición o contrajese obligaciones que disminuyan su patrimonio y que consiga con tal conducta una situación de insolvencia total o parcial. Entendiendo la jurisprudencia que el delito se consuma con la ejecución de hechos posteriores al hecho delictivo del que nacería la responsabilidad civil, aun cuando no hubiere recaído condena respecto de este último”. El auto del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2006 (RJ 2006/247551), afirma el delito del 258 (ahora 257.2), “pues el acusado, hoy recurrente, acometió una serie de operaciones que se describe en los apartados 1 a 5, en un intervalo de tiempo sumamente breve, e inmediatamente posteriores a la presentación de una denuncia penal con el recurrente, sin que tampoco aquí se requiera elemento subjetivo especial alguno, fuera del dolo, cuya concurrencia ninguna duda ofrece, dadas las circunstancias en las que se produjeron los hechos.

La misma opinión mantiene a la luz del reformado artículo 257.2 vigente en la reciente jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2016 (RJ 2017/234), lo afirma sin dejar lugar a dudas: “también que este precepto zanja una cuestión largamente discutida como es la de si constituye alzamiento de bienes la conducta del autor de un delito que, antes de haber sido condenado por el mismo, pero sabedor de que ha generado un perjuicio del que tendrá que responder mediante una indemnización, se alza con los bienes y se coloca en situación que le imposibilita o dificulta de modo sensible la satisfacción de dicha obligación, inclinándose el legislador por entender que la obligación “ex delicto” nace de la propia infracción criminal; en suma, las acciones descritas en el artículo 258 previgente (hoy 257.2) son punibles por su mera realización tras la comisión del hecho delictivo, sin necesidad de que la responsabilidad sea declarada en sentencia”⁶.

Se apoyan, además, muchas de dichas resoluciones, entre otros criterios, en la comparación entre la redacción del artículo 257.1.2º (coincidente con el vigente 257.1.2º en LO 1/2015, de 30 de marzo) y el 258 (vigente 257.2), “norma ésta que se encuentra en perfecta consonancia con la recogida en el nº 2 del art. 257”, según indica la citada sentencia de la AP de Asturias de 13 de diciembre de 2004. Sobre la comparación entre ambos, entienden todas ellas que la última frase del 257.1.2º es tan amplia: “iniciado o de previsible iniciación”, que incluso cuestionan la necesidad del artículo 258 (vigente 257.2):

“pues para quien ha cometido un hecho delictivo productor de un daño o perjuicio es más que previsible que se inicie contra él un procedimiento penal en que se aseguren primero y se ejecuten después las responsabilidades civiles nacidas del delito”. Y continúan: “de lo que no puede dudarse ya es de que las acciones descritas en el mismo son punibles por el mero hecho de que se realicen después de la comisión del hecho delictivo y sin necesidad de que la responsabilidad sea declarada en sentencia”.

Escasas son los fallos jurisprudenciales que presentan una restricción del alcance de este precepto o al menos dejan translucir, a la luz de los hechos probados, la necesidad de una condena previa, o como poco, de una acusación o imputación anterior al alzamiento. En este sentido, la sentencia de la AP de Granada de 19 de octubre de 2009 (JUR 2011/350910),

⁶ De igual criterio, sentencia de la AP de Tarragona de 17 de febrero de 2017 (JUR (2017/110700): “La obligación de reparar el daño nace desde la comisión del delito, no desde el dictado de la sentencia que declara la responsabilidad civil derivada del delito cometido”.

tras absolver del delito de estafa que se les atribuía a los procesados, los dispensa también de los delitos del 257.1.2º y del 258 (texto de 1995) por los que igualmente venían denunciados, por entender que “los acusados no son responsables de ningún hecho delictivo, luego es claro que no ha podido nacer responsabilidad civil alguna dimanante del mismo, por tanto huelga hablar de que hayan realizado actos de disposición o contraído obligaciones que disminuyan su patrimonio (...)”. En la misma línea, la sentencia de la AP de La Coruña de 22 de noviembre de 2011 (JUR 2011/434425), absuelve asimismo “puesto que no se han acreditado actos de disposición o que generasen nuevas obligaciones, con la finalidad de eludir el cumplimiento de responsabilidades civiles, conforme a lo ya expuesto, y porque no se ha apreciado la concurrencia del delito de estafa ni de apropiación indebida”.

Exigiendo la imputación de un delito, la sentencia de la AP de Valencia de 16 de mayo de 2001 (JUR 2001/199017), con contundencia, indica que: “Y si bien es cierto que el precepto no dice expresamente en qué momento el sujeto ha de llevar a cabo el acto de ocultación de sus bienes, no lo es menos que para hablar de responsabilidad derivada del hecho punible se hace necesario, al menos, la existencia de una imputación (...)”. Al hilo de ello, requiriendo un procedimiento judicial, la sentencia de la AP de las Islas Baleares de 20 de mayo de 2006 (JUR 2006/ 195465), que señala: “Este artículo pretende dar protección expresa a la víctima del delito, siendo al fin y al cabo necesaria la existencia antes o temprano de un proceso penal, único lugar en que puede apreciarse la existencia del delito o falta como tales”⁷.

Sentado lo anterior, no podemos dejar de mostrar nuestro desacuerdo con la redacción del artículo 257.2 vigente, así como con la dicción del precepto inmediatamente anterior en el tiempo, esto es, el artículo 258 del que aquél trae causa. Y por otra parte, también nos hacemos eco

⁷ Continúa dicha sentencia: “Esto se cumple absolutamente en el caso presente por lo que a la conducta de ocultación desarrollada por el referido acusado deberá serle aplicado el tipo penal del art. 258 del citado texto legal. Efectivamente, Arturo cometió delito de apropiación indebida y acto seguido vendió sus participaciones sociales de forma ficticia para que no pudieran ser embargadas por el Banco de Crédito Balear”. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de diciembre de 2004 (ARP 2005/74), condena al acusado, Sebastián, imputado, pero no condenado, por un delito contra la seguridad de los trabajadores, quien: “decidió desprenderse de su patrimonio, singularmente de la mitad indivisa de una finca que donó a su hija, cooperadora necesaria para cometer la infracción, con la finalidad de eludir en su momento la responsabilidad que pudiera derivarse, lo que precisamente ha acontecido”.

de la, a nuestro juicio, errónea interpretación que, en aras a su sentido literal, han efectuado los tribunales de esta norma punitiva.

Comenzado con el antecedente artículo 258, que es el que ha dado lugar a la línea jurisprudencial existente sobre la razón de ser de una incriminación tal en el Código Penal, éste consideraba sujeto activo del delito a: *“el responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión...”*. Pues bien, atendiendo a la primera parte de este inciso, es decir, a *“el responsable de cualquier hecho delictivo”*, seguramente nos orientaríamos a entender que dicha norma se estaba refiriendo al responsable cuya autoría en la comisión de unos hechos finalmente delictivos ha podido ser demostrada en un procedimiento judicial que ha culminado en una sentencia condenatoria. De este modo, si en el artículo 258 (texto de 1995) se hubiera nombrado a *“el responsable de un hecho delictivo que, con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición...”*, se podría haber defendido entonces que el legislador estaba aludiendo a *“el condenado por un hecho delictivo”*, entendiendo que responsable de un hecho delictivo lo es aquella persona respecto de la cual ha podido probarse su intervención en la comisión de un injusto antijurídico, y no suponiendo, por el contrario, que responsable de un hecho delictivo es pura y llanamente aquél que lo ha cometido, aun cuando ello todavía no se haya demostrado, e incluso ni siquiera pueda llegar a demostrarse –así, podría haberse referido sencillamente a *“el condenado por un hecho delictivo”*. En consecuencia, a dicha redacción, la del 258 antes de la reforma de 2015, habría que haber incorporado entonces, si se querían abarcar los alzamientos previos a la condena, que la realización de tales actos de disposición los *“realizare o hubiere realizado”*⁸.

Sin embargo, el legislador mencionaba no sólo al responsable de un hecho delictivo, sino a éste que tras su comisión (con posterioridad a su comisión fáctica), trataba de eludir las responsabilidades derivadas del delito por él realizado o en el que hubiera intervenido. Desde luego, de este modo apostillaba lo que quería castigar y, por supuesto, lo que quería que persiguieran los tribunales y a quien quería que se castigara, que lo sería quien había cometido un delito, y desde el momento en que lo había cometido⁹, siempre que se pudiera demostrar que había

⁸ Esto es, *“el responsable de un hecho delictivo que realizare o hubiere realizado actos de disposición...”*, etc.; o, en su caso, y sin dejar lugar a dudas: *“el condenado por un hecho delictivo que realizare o hubiere realizado actos de disposición...”*, etc.

⁹ Como señala ROCA AGAPITO, L.: *“Los delitos de alzamiento de bienes (examen de los artículos 257 y 258 del Código Penal)”*, *Anuario de Derecho concursal*, nº 22,

ocultado bienes para evadir su responsabilidad civil. El sujeto agente, por tanto, tenía que ser consciente de que había cometido un delito, y de que las actividades posteriores para desmontar su patrimonio se dirigen a esquivar el pago de la hipotética responsabilidad civil. Así, siendo patente la voluntad del legislador, no se tomó conciencia de las graves consecuencias que comprendía, -las que no han sido corregidas por la LO 1/2015, pese a la notable modificación de su dicción-, como el hacer responsable a una persona de un delito, -castigado con la misma pena de privación de libertad que la del delito de homicidio imprudente, al que además se le añade una pena de multa de doce a veinticuatro meses-, por ocultar bienes para no hacer frente a una supuesta deuda derivada de un ilícito penal que es posible que no sea tal, por no poderse demostrar, o no poderse probar la intervención del sujeto en él, con la consiguiente presunción de culpabilidad que contenía el artículo 258 (CP de 1995) y que también contiene el artículo 257.2 (LO 1/2015) respecto de un hecho que puede no haber sido visto aún en procedimiento judicial con todas sus garantías, o, caso de haber sido enjuiciado, que puede acabar con una sentencia absolutoria. Es decir, este tipo penal tenía -y tiene actualmente- su fundamento en una acción anterior respecto de la cual se establece la presunción de que es delictiva (y puede no serlo), y respecto de la cual se presume que se es responsable -al menos responsable civil de los hechos-, y puede no serlo el sujeto.

Concretamente, y por lo que respecta a la redacción que la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo otorgó al concomitante artículo 257.2, en nuestra opinión, nada aclara al respecto, antes al contrario, pues de su lectura se deduce que abunda en el criterio del castigo por este delito sin necesidad de declaración previa de responsabilidad criminal -y subsiguiente civil- por el hecho supuestamente cometido con anterioridad, interpretación que sostiene la jurisprudencia más reciente, como ya se ha reseñado anteriormente. Recogiendo en la descripción típica el tratarse de un delito “que hubiere cometido o del que debiere responder”, se

2011, p. 97: “Con la expresa tipificación de esta modalidad se pone de relieve que ya la comisión de la infracción penal es por sí sola suficiente para producir el nacimiento de una obligación, y por tanto, de la existencia de un deudor y de un acreedor”. El mismo autor en “La prescripción de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Valoración crítica de la Ley 42/2015, de 5 de octubre”, en *Diario La Ley*, 5 de enero de 2016, p. 12, donde señala: “Se ha venido admitiendo por la doctrina y la jurisprudencia que se es deudor desde que se comete el delito y que, por tanto, desde ese mismo instante se puede cometer ya alzamiento de bienes”. Este autor otorga a la sentencia penal condenatoria el carácter de condición objetiva de procedibilidad (nota a pie de página 25 del artículo “La prescripción de la responsabilidad...”).

omite la exigencia de la condena previa. En relación al “delito que hubiere cometido” seguimos en la misma línea y plantea las mismas dudas que la dicción del anterior artículo 258, esto es, delito cometido, pero no necesariamente sometido aún a enjuiciamiento con su correspondiente sentencia condenatoria; y por lo que respecta a la variante de “delito del que debiera responder”, tampoco resuelve el dilema, más bien avala el criterio expuesto, pues “del que debiera responder” tanto puede ser el que toma como sustento una condena, como aquél que habiéndose cometido y del que debiera responder, no exige, de *facto*, una declaración de responsabilidad criminal, pues la responsabilidad por el mismo se plantea por el legislador como una mera hipótesis.

2. Conclusiones

Como sabemos, la responsabilidad civil nace del delito cometido, como también sabemos que el juez la declara en su sentencia, y sólo a partir de ese momento será exigible, siendo indiscutible que de la producción de un daño surge la obligación de indemnizar, tanto en el plano civil como, con mayor razón, en el marco penal¹⁰. Pero si el juez no proclama dicha obligación es que, o el delito no fue tal, esto es, no existió, o no ha podido demostrarse que existiera, que para el caso es lo mismo; o el sujeto, acusado por el artículo 257.2, no es responsable de aquél, o no ha podido demostrarse su responsabilidad en aquél, que para el caso, también es lo mismo. Nos preguntamos, pues, lo siguiente: ¿Quiere decir que el principio de presunción de inocencia decae frente al temor de que finalmente la persona sea declarada culpable de un primer hecho del que habría de resultar, en su caso, también una responsabilidad civil? Creo que debemos reflexionar seriamente sobre este extremo.

La comparación con otros tipos de alzamiento de bienes, y concretamente, con el 257.1.2º, como así lo han hecho algunas sentencias para manifestar la similitud entre ambos¹¹, teniendo en cuenta que en este último

¹⁰ Para GARCÍA RIVAS, N.: *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*, dir. F. Javier Álvarez García, Valencia, 2011, p. 377, “la deuda no nace cuando el sujeto realiza la acción que después se califica como delito o falta sino cuando se establece en el fallo firme la cuantía que el perjudicado puede reclamar al autor del hecho delictivo, el cual se convierte, sólo a partir de ese momento, en deudor de aquél”.

¹¹ Así, sentencia de la AP de Asturias, ya citada, de 13 de diciembre de 2004 (2005/50720): “Esta interpretación parece la más razonable si se lee el nuevo tipo a la luz del anterior art. 257 en cuyo apartado 1.2º se considera autor de delito equivalente al alzamiento de bienes previsto en el núm. 1º del mismo apartado a quien, con el fin de perjudicar a sus acreedores, “realice cualquier acto de dispo-

resulta palmaria la innecesariedad de que se haya iniciado un embargo o procedimiento ejecutivo o de apremio que, no obstante, es previsible que se lleve a cabo, -“iniciado o de previsible iniciación”-, para proceder a su persecución y condena¹², nos lleva a reconocer, ciertamente la semejanza entre ambos. Sin embargo, en el 257.1.2º se incluyen situaciones en las que la obligación que da lugar a la deuda exigible es objeto directo de la finalidad del sujeto, y por ende, de la contratación efectuada, por ejemplo, cuando se adquiere una vivienda que resulta impagada. Asimismo, hay que significar que dicha obligación se hace patente, entre otras posibilidades, -no siempre, pero sí en muchos casos-, en la firma rubricada en un documento *anterior* en virtud de la cual, el sujeto se obligó directamente a responder con sus bienes del pago, siendo consciente de que previamente *asumió* tal compromiso, compromiso cuyo incumplimiento posterior dará lugar a la correspondiente reclamación, y en su caso, embargo de los bienes de que disponga el sujeto.

Por el contrario, tratándose del artículo 257.2 vigente, basado en la responsabilidad civil derivada de un delito, es cierto que está presente una obligación -fruto del injusto criminal que se ha cometido-, de responder civilmente de los perjuicios causados con el hecho delictivo, pero dicha obligación no es resultado directo del *objeto inmediato* de la actuación del responsable, ni el fin principal del mismo. El objeto directo de su comportamiento es la infracción de la norma penal con su consiguiente resultado inherente (caso de haberlo); lo otro, la responsabilidad civil, es una consecuencia adyacente a dicha infracción. Cuando un delincuente actúa: mata, roba, lesiona, etc., se concentra en su aspiración principal, que es matar, robar o lesionar, no atiende a que con dichos hechos lo que hace es obligarse civilmente. Así, el que roba dinero es consciente de que lo hace para lucrarse ilícitamente, no tiene presente que ha contraído

sición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de una embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación”. La última frase del precepto -“iniciado o de previsible iniciación”- es tan amplia que cabe preguntarse sobre la necesidad del crear el tipo que hoy ocupa el art. 258 CP (...).”

¹² Dice la sentencia de la AP de Madrid de 15 de junio de 2007 (JUR 2008/140148): “Por lo demás, ya se ha anticipado que no se precisa que recaiga una sentencia penal para que se considere que la deuda existe, como tampoco se requiere que exista una sentencia civil declarando una obligación derivada de la culpa civil extracontractual para que opere el delito de alzamiento de bienes”. Y la sentencia del TS de 15 de abril de 2014 (RJ 2014/2626), en relación con el 257.1.2º, señala: “No es tampoco requisito del delito de alzamiento de bienes que se haya iniciado la ejecución del procedimiento civil. Es irrelevante que los procedimientos de una jura de cuentas se instase con posterioridad a la presentación de la querrela”.

una obligación de la que deberá responder con su patrimonio; antes al contrario, normalmente tratará de ocultar el delito y de eliminar las pruebas que lo incriminen (derecho de defensa); otra cosa es que tras la detención, enjuiciamiento y condena por “el hecho cometido”, y responsabilidad personal por él (tiempo de cumplimiento en prisión), también tenga que afrontar y asumir una indemnización inmanente al mismo, pero ese derecho de crédito -bien jurídico en el delito de alzamiento de bienes- a favor de la víctima, que se ha convertido en acreedora de la deuda, sólo será real y exigible cuando haya una sentencia condenatoria, que es la que reconoce públicamente la responsabilidad civil, pues en ausencia de aquélla, ésta se habrá esfumado.

Así, la condena por el artículo 257.2 sólo podrá tener lugar cuando haya habido sentencia condenatoria por el delito que sirve de base a este alzamiento de bienes, *sea cual sea el momento en que éste se ha realizado*¹³,

¹³ Así, también QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2011, p. 724: “no se puede perseguir esta modalidad de delito antes de que se pronuncie sentencia que confirme la responsabilidad civil del sujeto que en principio dio por sentado que sería condenado, o por lo que pudiera pasar, y se alzó con sus bienes (...). Ciertamente que el precepto se refiere a responsables de un hecho delictivo. Pero esa condición de responsable no puede ser declarada anticipadamente en otro proceso y antes de la sentencia en el proceso principal”. De la misma opinión, CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Tomo I, directores Córdoba Roda, J.-García Arán, M., Madrid, 2004, p. 880: “Ello no obstante, entendemos que sí que es necesario que en el momento de efectuarse el enjuiciamiento de un hecho como constitutivo del tipo del art. 258 haya recaído sentencia firme que condene al sujeto activo como responsable del delito cuyas responsabilidades civiles hayan sido eludidas. Lo contrario supondría el que un Tribunal pueda estimar que se ha cometido un delito como presupuesto para la aplicación del art. 258, sin haber efectuado un enjuiciamiento en un proceso con todas las garantías que haya conducido a entender que se ha realizado dicho delito”. GONZÁLEZ RUS, J.J.: *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, coord. Lorenzo Morillas Cueva, Madrid, 2011, p. 540: “En todo caso, no se integrará el delito si, a pesar de haberse provocado la insolvencia, el sujeto resulta absuelto”. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2010, p. 464: “de ahí que la existencia del presupuesto del tipo delictivo y del propio delito quede supeditada a la condena penal por el delito originariamente cometido (homicidio, lesiones, agresión sexual, etc.) que genere también las responsabilidades civiles frustradas durante (o antes de) la tramitación del proceso penal, por lo que el juez o tribunal que entienda del alzamiento de bienes deberá suspender el procedimiento hasta que se resuelva como *cuestión prejudicial* (art. 4 LECrim.) si efectivamente hubo o no una obligación”. GARCÍA RIVAS, cit., p. 375: “En cualquier caso, no admite dudas un dato fundamental: sólo surge la responsabilidad civil *ex delicto* a partir del momento en el que el juez dicta un fallo condenatorio y, cabría añadir, siempre que sea firme. Mientras pueda discutirse la responsabilidad penal del sujeto no podrá asegurarse que esa persona tendrá que hacer frente

es decir, sea cual sea el momento en que levante los bienes: antes de la condena, tras ésta, antes de la propia imputación del delito o acusación por el delito, o inmediatamente después de la comisión del mismo. La sentencia condenatoria, pese a no haberla requerido expresamente el legislador, debe ser exigida como *conditio sine quae non* para la punición por este delito, y podemos conceptualarla, como indica QUINTERO OLIVARES¹⁴, como condición objetiva de punibilidad, pues de ella debe depender el castigo por el 257.2, no pudiendo ser concebida como elemento (tácito) de la descripción típica. Sin embargo, la existencia del delito previo sí es elemento del tipo, porque si no hay delito anterior, no hay base para el artículo 257.2, esto es, éste decae, siendo la sentencia previa, como se ha indicado, el requisito absolutamente necesario y vinculante para el castigo por el mismo: el hecho no existe si no se declara en sentencia que existió.

Por otra parte, el aspecto subjetivo del delito vendrá integrado -además de por la intención de eludir la responsabilidad civil, elemento subjetivo que determina su comisión exclusivamente dolosa-, por la *consciencia del autor de haber realizado previamente un hecho delictivo*. Así, si el dolo del autor no abarca el ser consciente de haber cometido un delito, esto es, desconoce que ha realizado un injusto criminal, bien por estimar que no concurren todos sus elementos, o por presumir que la conducta no está prohibida, no puede darse el 257.2 porque su realización, o sea, el alzamiento de los bienes en el mismo, va vinculado a su conocimiento sobre la actuación delictiva precedente. Y si el autor cree haber cometido un primer delito que no es tal, la insolvencia generada con posterioridad a este delito putativo también determinará la irresponsabilidad penal por la creencia errónea de estar alzándose con sus bienes para no hacer frente a una responsabilidad inexistente.

En conclusión, la condena por el tipo del 257.2, que tiene su sustento en la comisión de otro delito anterior, supondrá necesariamente

a alguna responsabilidad civil *ex delicto*". Para GALLEGO SOLER, en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, directores Corcoy Bidasolo, M.-Mir Puig, S., Valencia, 2015, pp. 908-909: "El nacimiento de la deuda es un requisito indispensable, pero dicho elemento surge posteriormente como consecuencia de la condena por la comisión de un delito. Es decir, se distingue el momento desde el que se puede realizar la conducta típica de ocultamiento de bienes (desde que se realiza el hecho generador de responsabilidad penal y por tanto civil *ex delicto*) y el momento en que el delito se pueda entender consumado, lo que requiere constatar con posterioridad la existencia de una obligación".

¹⁴ QUINTERO OLIVARES, cit. p. 724: "Por lo tanto, en el alzamiento de bienes postdelictual la sentencia declarando la responsabilidad opera de hecho cual si se tratara de una condición objetiva de punibilidad".

demostrar la perpetración de este último. Lo contrario entraña una suposición respecto del hecho anteriormente cometido, ocasionando una vulneración del principio de presunción de inocencia: se le condena por no querer hacer frente a la responsabilidad civil derivada de un delito cuya intervención en él no ha sido demostrada, lo que puede comportar la dramática situación de castigar a un inocente por levantar bienes para no hacer frente a la indemnización pecuniaria que le corresponde a la víctima de un delito del que él nada tiene que ver, o cuya responsabilidad no ha quedado debidamente acreditada. Una interpretación en otro sentido de este precepto supondrá perpetuar un desatino legislativo que puede permitir seguir condenando por un delito sobre la base de otro anterior quizás no enjuiciado aún, y que caso de serlo, podría concluir con la absolución del acusado del mismo, encontrándonos ante la paradójica situación de la concurrencia de una infracción penal sobre el fundamento de un inexistente hecho delictivo previo. Como indicara GARCÍA RIVAS¹⁵ en relación con el derogado artículo 258 (art. 257.2 LO 1/2015), “resulta cuando menos dudoso que este precepto satisfaga las exigencias derivadas de los principios constitucionales de lesividad y de culpabilidad”, a lo que nosotros añadiríamos al propio principio de presunción de inocencia¹⁶, principio que si un estado de derecho llega a quebrantar, habremos enterrado las mínimas garantías que deben de regir en él. Pese a ello, no parece que los tribunales estén en la línea de controlar la interpretación de este precepto en el sentido expuesto en este trabajo, como se evidencia en la jurisprudencia más reciente sobre el tema.

¹⁵ GARCÍA RIVAS, cit., p. 377.

¹⁶ Así, ROCA AGAPITO, “Los delitos de alzamiento de bienes...”, cit., p. 101: “Sin embargo, dicho esto hay que precisar que el art. 258, por respeto a la presunción de inocencia, exige como requisito para poder castigar por este delito que se haya dictado una sentencia en la cual se declare la correspondiente responsabilidad civil”.

DE LO PROCESAL

La Reforma de la Justicia Penal en América Latina como política de largo plazo

DR. ALBERTO MARTÍN BINDER*

Sumario

1. La política judicial como política de largo plazo
2. Discusiones iniciales en el proceso de reforma
3. Primera etapa del proceso de reforma: Reformas de primera generación
4. Problemas irresueltos en la primera etapa
5. Segunda etapa. El diseño y puesta en marcha de reformas de segunda generación
6. La persistencia de problemas anteriores y la aparición de nuevos
7. Una visión más amplia. La tercera generación de problemas y desafíos
8. Conclusiones
9. Bibliografía

1. La política judicial como política de largo plazo

1. *La política de reforma como política pública.* Una de las características más destacables de todo el proceso de reforma de la justicia penal en América Latina es que ha logrado constituirse, finalmente, como una política de largo plazo. Esta afirmación parece equívoca, ya que se refiere a la característica de largo plazo como algo

* Presidente del INECIP (Instituto de Estudios comparados en Ciencias Penales) Argentina. Profesor de Posgrado Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional del Comahue. Miembro Titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. albertobinder@gmail.com

Este trabajo fue publicado en una versión anterior en el libro "LA REFORMA A LA JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA: LAS LECCIONES APRENDIDAS Farid Samir Benavides • Alberto M. Binder • Carolina Villadiego". Catalina Niño -Coordinadora-. Fundación Friederich Ebert. Bogotá 2016

que se “adquiere finalmente” y no algo que ya se poseía desde el inicio, pero no lo es: al contrario, hace referencia a una modalidad específica a resultas de la cual la toma de conciencia pública acerca de la necesidad de esa política, así como las acciones sucesivas de corrección o estímulo se ha ido sucediendo de gobierno a gobierno, incluso respecto de gobierno de distinto signo político, hasta el presente, en un ciclo que no parece haber concluido y que mantiene vitalidad. En una región donde la proclama de la necesidad de “políticas de Estado” es permanente, pero la práctica de construir las es por el contrario tan débil y errática, el mantenimiento de acciones de cambio en una misma orientación durante ya casi tres décadas es algo que debe destacarse. Ello no debe ser entendido en el sentido de que sólo ha existido un proceso acumulativo e incremental de cambios; al contrario, se trata de un proceso rico en avances y retrocesos, en redefiniciones de problemas antiguos, así como el descubrimiento de otros nuevos o de nuevas perspectivas y herramientas.¹

2. Por otra parte, también existe otra dimensión digna de destacarse vinculada a la anterior, que consiste en la creciente comprensión del proceso de reforma de la justicia penal como el desarrollo de una determinada política pública. Esto parece una afirmación de Perogrullo, pero no lo es. Tradicionalmente los cambios vinculados a la Administración de Justicia eran visto como un “problema procesal”, en el mejor de los casos advertidos desde los profesionales o

¹ En términos generales hablar de políticas de largo plazo es siempre problemático. Mucho más aún si se refiere a algo todavía tan poco claro como la “política judicial”. Si la “prospectiva” es la que nos permite construir herramientas para imaginar escenarios futuros de largo plazo, todavía falta mucho para su aplicación en el mundo de las instituciones judiciales, porque ellas no han si quiera normalizado sus formas elementales de funcionamiento. No digo que no pueda hacerse, pero todavía pensar las necesidades sociales que deban ser atendidas por un determinado servicio judicial dentro de cincuenta o más años no ha sido un tema encarado, en mi opinión, sobre bases firmes. No se trata del problema de impacto tecnológico porque ellos es corto plazo. Todavía nos cuesta pensar la administración de justicia necesaria para los próximos veinte años y ello es, en el mejor de los casos, “mediano plazo”. En síntesis, para la reforma de la justicia penal, en sentido estricto, no utilizamos una visión de “largo plazo”. El uso que hacemos en el texto se funda, más bien, en la necesidad de superar las visiones meramente coyunturales, que ni siquiera son de “corto plazo”. Es decir, hacemos un uso literario, útil para nuestro propósito de superar las visiones inmediatistas de la reforma judicial, y ello justifica su uso, pero queremos dejar constancia que, en realidad se trata de un uso impropio, en base a las discusiones sobre las metodologías de planificación que se utilizan en otras áreas.

los grupos académicos dedicados a esos temas. Todavía es bastante común que los cambios legislativos en general sean vistos como “problemas jurídicos” sin tomar nota de los grandes problemas de política que subyacen a ellos. En el caso de la reforma de la justicia penal –lo que no ocurre todavía con los cambios de la justicia civil– se fue acentuando paulatinamente una visión de “políticas públicas” que permitió incorporar otros problemas, otras visiones, otras disciplinas y ha sido una de las razones de que la comprensión del problema por parte de los decisores políticos se viera facilitada. Esta afirmación no significa necesariamente que el diseño o la ejecución de la reforma de la justicia penal haya respondido a patrones orientados claramente por técnicas de políticas públicas, aunque tampoco debe descartarse que el diálogo con esa perspectiva si haya influido en algunos países o sectores. Lo cierto es que la superación de la mirada “meramente procesal” por una mirada del desarrollo de políticas públicas y, por lo tanto, de contenidos políticos y efectos sociales, contribuyó de un modo claro a la estabilización de los esfuerzos de cambio, así como su politización –y por ello también ciclos de contenidos diferenciados– permitió que diversos sectores políticos pudieran participar en un proceso que puede verse en perspectiva histórica como algo continuo.

3. Ha sido esa visión y esa perspectiva la que ha permitido tanto detectar, como profundizar y poner en la agenda pública, algunos problemas profundos que constituyen obstáculos mayores para todo logro de corto plazo. Una política de largo aliento se construye también cuando se toma conciencia de que las dificultades para lograr efectos en tiempos menores no es sólo el resultado de defectos de puesta en marcha o alguna otra razón de gestión del cambio, sino que tienen que ver con problemas de tipo más profundo, imposibles de remover en el corto plazo aun con la gestión más eficiente. Podemos llamar a estos problemas una “base estructural” de problemas, siempre que no usemos esa frase para dar cuenta de un conjunto de dimensiones que solo se pueden remover con “acciones extraordinarias”. Es decir, que no es necesario algo así como una “revolución” para removerlos. Si ello fuera así, la democracia sería incapaz de remover bases de ese tipo. Si usamos esa frase en el sentido de un conjunto de falencias de larga data, profundamente arraigados en sectores sociales (profesionales, generalmente) pero que pueden ser removidos por acciones ordinarias de gobierno por más que lleven tiempo y sean intensas, sí podemos usarla, ya que es bastante común encontrarnos con problemas de este tipo no sólo en la justicia sino en la educación, la salud, la seguridad y hasta en la economía de un país. Esa “base

estructural” que debe enfrentar el proceso de reforma de la justicia penal se funda, por lo menos, en las cuatro dimensiones que señalamos a continuación.

4. *La matriz histórica de la justicia penal como tradición.* Existe un punto común en toda la región, que por una parte es evidente, pero por otra parte tardó en advertirse su magnitud y el condicionamiento que generaba. Toda América Latina es tributaria de una forma de legalidad, vinculada a un tipo histórico de administración de justicia, cuyos efectos se sienten con fuerza en la actualidad. En primer lugar, la matriz de la legalidad colonial se caracteriza por un “hiperlegalismo”, es decir, por una gran profusión de normas, pero cuyo cumplimiento no sólo era parcial sino altamente inconsistente y selectivo. Una aplicación de la ley vinculada a los privilegios o a la arbitrariedad, a la vez que una base moralista y declamativa. Así lo señala Ots y Capdequí para quien lo característico del Derecho Indiano era un “casuismo muy acentuado y una tendencia reglamentarista minuciosa” (1968: 88). Pero ello no derivó en un sistema de precedentes sino en un modelo consuetudinario plagado de excepciones y aplicación desordenada, en lo que también influía la distancia, las realidades tan multiformes y, en especial, la divergencia entre la juricidad planteada por moralistas y teólogos (cuyo paradigma es Vitoria) y las condiciones económicas y políticas reales de la conquista (esclavitud, saqueo, etc.). Según las versiones de los historiadores la formula suspensiva de las instrucciones reales “*se acata, pero no se cumple*” era una práctica administrativa ordinaria y una puerta abierta a la arbitrariedad de las autoridades coloniales (Ots y Capdequí 1968: 88 y 89). Lo cierto es que se conforma un Estado con una práctica de legalidad muy diferente a la que hoy consideramos como adecuada (aunque la relación entre hiperlegalismo e incumplimiento selectivo sigue existiendo) y un predominio de una *dimensión administrativa de la ley* impropia para generar una cultura de la legalidad que aun hoy constituye una de las principales rémoras de la cultura jurídica de nuestros países.
5. Por otra parte, España exportó el modelo inquisitorial de administración de justicia, que acentuaba esa visión *administrativa y ordenancista*, ya que esa *maquinaria judicial* no estaba pensada para controlar el poder público o el poder del Rey sino para ser una *extensión de su poder*. Los jueces son funcionarios encargados de aplicar la ley en el sentido de *afirmación del poder del monarca*, no de limitarlo. Mucho se ha escrito sobre la inquisición, sobre la influencia que ha tenido en la configuración del autoritarismo moderno (Lea) o la pesada carga que significaba para las nacientes

Repúblicas (Sarmiento) o, con mucha más profundidad aún, fue el objeto de muchas de las grandes batallas de la Ilustración y encontramos todavía en Carrara, a mediados del siglo XIX, una lúcida y feroz crítica al secretismo, arbitrariedad, abuso sobre el imputado, demora, tortura; en fin, un modelo judicial tan alejado de los principios republicanos de entonces como mucho más aún de las exigencias de una República democrática. Los pensadores y políticos fundadores de nuestras Repúblicas vieron este problema pero no lograron torcerlo; en el mejor de los casos, con esfuerzo se logró adoptar en las normas el modelo inquisitorial bonapartista (sistemas mixtos), con todos sus componentes autoritarios que repotenciaron el modelo inquisitorial clásico, pero en la práctica la tradición inquisitorial más antigua se impuso por sobre los llamados “modelos mixtos”. Quien quiera ahondar en este punto se encontrara con una literatura que ya lo ha destacado con insistencia.² El esfuerzo por emular la legislación continental europea –ella misma con graves problemas por sus vínculos con la tradición inquisitorial- no logró frenar la tradición de la legislación colonial arraigada en prácticas políticas, comerciales, sociales y culturales y sustentada por la práctica de una abogacía formada al calor de esas mismas prácticas o de la influencia de la formación teológica-canónica. Y en esto se manifiesta la fuerza de la matriz histórica, como tradición. Una elaboración propia de la legislación –si ella hubiera sido posible- hubiera sufrido el mismo problema. El tema no es la “copia” de la legislación sino la fuerza de la tradición inquisitorial.

6. No se trata, pues, sólo de destacar un hecho histórico que ya de por sí tiene una gran influencia. Lo inquisitorial en nuestra región no es simple historia, *es una tradición*. Y como tal entendemos un conjunto de prácticas enraizadas en la historia, no siempre conscientes en quienes las ejecutan, pero que, precisamente por su base histórica, son el terreno *desde donde organizamos nuestra comprensión del mundo, tanto intelectual como práctico*. Ya la hermenéutica ha destacado la fuerza de esta tradición, no sólo en el sentido negativo sino también en tanto funda todo horizonte posible de comprensión. Por ello, es insoslayable una visión historicista de la reforma de la justicia penal en América latina, pero no en la forma de una pedagogía simple de las etapas del desarrollo de las instituciones sino en la más visión más rica de las tradiciones constituyentes de

² Sobre literatura alrededor de la matriz histórica de la justicia penal se puede encontrar diversa literatura en www.cejamericas.org o www.inecip.org

nuestro pensar y hacer la actividad judicial. Hay un conjunto de tradiciones que hunden sus raíces en la inquisición cuya influencia ha sido determinante para el desarrollo de la reforma de la justicia penal. Por ejemplo, la tradición infraccional, que se desentiende de la idea del conflicto y su gestión; o la tradición maquinales según la cual es el juzgado, el tribunal, la Sala o la Cámara la que administra justicia y por lo tanto la participación personal del juez puede ser “delegada” en una justicia de secretarios, funcionarios y empleados que igualmente ponen en funcionamiento la maquinaria. Estas y otras tradiciones hacen que todavía la política de reforma de la justicia penal sea, en el más estricto sentido de la palabra, una política “contra la Inquisición”.

7. **La cultura judicial en la región.** Se ha vuelto bastante usual apelar a problemas “culturales” para señalar las dificultades de la puesta en marcha de los nuevos modelos procesales. Se apela a una persistente *cultura inquisitorial* como la causante de muchos retrasos o se sostiene que hasta que no se revierta esa cultura no se podrán obtener frutos de la reforma. Si bien esa afirmación puede ser asumida como una hipótesis válida para explicar muchas de las dificultades, también corremos el riesgo de que se convierta en una muletilla sin contenido, que, apelando a una entidad metafísica indeterminada, nos deje en la inacción propia de la espera de un cambio que nadie determina como se debería producir. Por ello debemos ahondar en este punto, en tanto la escasa investigación que en general ha existido sobre este tema nos permita.³ En primer lugar, es necesario diferenciar entre la cultura de la legalidad propia de los ciudadanos y la *cultura jurídica propia de los operadores, es decir, de los abogados*. Ciertamente existirán vínculos entre una y otra, pero no tan directos ni tan determinantes para nuestro tema. En tanto la ciudadanía tenga poco apego a la legalidad o la perciba como un juego de privilegios y trampas, la fortaleza de la administración de justicia siempre tendrá problemas. Cuando ello ocurre no es por una especie de desprecio congénito por la ley sino una larga experiencia acumulada (como ocurre con cualquier tema cultural) de un funcionamiento de ese tipo. Es decir, la tradición inquisitorial ha generado una ciudadanía escéptica acerca del valor de la ley y de la razón jurídica porque la justicia ha funcionado de un modo tal que no ha moldeado otra percepción ciudadana.

³ Sobre las investigaciones relativas a la cultura jurídica ver Agustín Squella (1994), Tarello, Giovanni (1995), Binder (2007).

No es irrazonable que un ciudadano común, en especial aquéllos más vulnerables, descrean de la ley y la administración de justicia.

8. No obstante, para nuestro tema es mucho más importante la *cultura de la abogacía*. Es aquí donde se encuentran los principales problemas. En primer lugar, se trata de una cultura poco afecta al valor de la ley: de hecho, es bastante usual que en las propias Escuelas de Leyes se trasmita poco entusiasmo sobre el valor de la ley; en segundo lugar, se trata de una cultura poco clara acerca del valor de la propia profesión y de los límites que ella impone al ejercicio del litigio y al respeto a los intereses de los clientes. En ese sentido existe un fuerte grado de poco “profesionalismo” en el ejercicio de la abogacía; en tercer lugar, existe un apego a un cierto conceptualismo de tipo escolástico que hace que muchas de las discusiones y de la formación de las elites mejor preparadas carezcan de los métodos y de las doctrinas para construir instrumentos aptos para gestionar la conflictividad y se orienten más a repetir doctrinas y teorías en abstracto, sin clarificar el juego de intereses que se encuentra en la base de toda discusión jurídica. Pero, de todos modos, la característica más determinante para nuestro tema de la cultura jurídica es que ella se desarrolla, antes que nada –y de un modo masivo- como una *cultura del trámite*.
9. Ya hemos destacado en otro lugar (Binder 2012: # 2) como el trámite se convierte en una práctica extendida, que se encuentra consolidada en el saber forense, que convierte la legislación en un *manual de procedimiento*, que se desentiende de los productos y efectos para prestar atención preferente al camino, procedimiento, secuencias, etc., lo que impide una comprensión cabal de las nuevas reglas de juego, que son *reglas de litigio, no de trámite*. Claro está que toda organización burocrática desarrollará trámites sin los cuales no puede hacer frente a demandas masivas, pero ello no es el problema. Lo determinante es la centralidad de ese trámite en la configuración de los esquemas mentales de la abogacía y en la realidad que ello luego genera, provocando un círculo vicioso de retroalimentación que llamamos *reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales*. Estos esquemas mentales que se fundan en, pero a la vez ellos mismos fundan prácticas cotidianas (“*habitus*” en el sentido de Bourdieu) son en gran medida los que producen las mayores distorsiones del funcionamiento de los sistemas de la justicia penal y los que nos permiten ver como prácticas que claramente se quería desterrar (el escriturismo, el formalismo sin sentido, la mora como despilfarro del tiempo, el desprecio por los problemas concretos de los litigantes, el maltrato a las víctimas e

imputados, etc.) reaparecen bajo nuevos ropajes. Más complejo es el problema aun cuando todavía una parte importante de la doctrina sigue enfrascada en lo que denominados *análisis secuencial del proceso*, es decir, una forma explicativa que pone el énfasis en el trámite y las secuencias, o lo que mucho tiempo atrás se llamaba *procedimentalismo*

10. Frente a ello carece de sentido el mero desaliento (o su forma más frecuente, que es la naturalización del mal funcionamiento de los tribunales – ¡esto siempre será así!) sino que se debe reaccionar construyendo nuevos instrumentos de intervención sobre el campo de la justicia penal. En primer lugar, debemos desarrollar un *nuevo programa de investigación empírica*. Hoy ya hemos incorporado al lenguaje sobre la justicia penal palabras como cultura o prácticas, pero el conocimiento que tenemos sobre las prácticas concretas, su desarrollo y fundamento, es todavía deficiente. En general no hemos desarrollado aún una sociología de los sistemas de justicia de la magnitud que necesitan estos procesos de cambio. Ni la Criminología ha podido prestarle toda la atención a ese fenómeno, ni la sociología o la antropología jurídica han llegado aún al grado de precisión sobre prácticas concretas de la organización judicial, que necesitamos conocer. En segundo lugar, es necesario desarrollar nuevas formas de enseñanza con capacidad de revertir prácticas concretas. La capacitación judicial sigue, en mi opinión, sin hallar un rumbo claro de cómo enseñarles a los operadores a realizar su trabajo. O enseña interpretación de leyes o enseña valores generales, sin tener un programa amplio de *reversión de prácticas concretas o de estímulo de las prácticas adecuadas*. En fin, no necesitamos una metafísica de la cultura o de la práctica judicial, sino herramientas de intervención concretas basadas en conocimientos empíricos precisos. Finalmente es necesario identificar las *instituciones contraculturales*, es decir, aquéllas que se oponen a la cultura del trámite y nos empujan hacia la cultura del litigio adversarial. En ese sentido, todo el programa de oralización del que hablaremos más adelante se ha fundado en esta visión contracultural de las audiencias. Ello ha impactado, como veremos, en los modelos de organización, que son los reservorios más potentes de la cultura inquisitorial. Cuáles serán los modos concretos que deberán desarrollar las Escuelas de Leyes y los Institutos de Capacitación Judicial o los programas de investigación de los Centros de Investigación es algo que no se puede describir de un modo general: cabe señalar la necesidad y la urgencia de cubrir un área donde la vacancia de información, de conceptos y nuevas pedagogías es tan urgente como poco advertida.

11. **Usos y finalidades políticas de la justicia penal en perspectiva histórica.** Pero no todo puede ser visto como un problema de pura *dinámica cultural*. La matriz histórica de la justicia penal inquisitorial ha perdurado, entre otras razones, por su *funcionalidad política*. De hecho, el modelo inquisitorial que recibió América Latina cumplía funciones políticas claras, al servicio de las nuevas formas de absolutismo y poder concentrado sobre territorios más extensos. La justicia penal, al manejar, aunque sea parcialmente, uno de los instrumentos más poderosos del Estado, ha estado al servicio de ese poder concentrado a lo largo de nuestra historia. Nadie puede desconocer las dificultades que hemos tenido en nuestra región para construir una vida republicana, mucho más cuando comenzó a tratarse de una República democrática. No es difícil de entender que la justicia penal haya, no sólo acompañado, sino servido a una dirigencia política que no asumía con facilidad la idea de límites y menos aún la construcción de un poder que lo limitara. No obstante, también hay que destacar que la magnitud de la debilidad del Estado de Derecho en nuestra región ha sido tan grande que los poderes concentrados tampoco necesitaban el uso, aunque fuera espurio, de la maquinaria judicial. Los poderes gobernantes podían valerse por sí mismos para llevar adelante muchas formas de abuso directo mediante la intervención directa de la policía o de comisiones policiales o tribunales políticos o administrativos. Alcanzaba con la complicidad silente de los jueces y fiscales o simplemente con el hecho más imperceptible aún de que estuvieran entretenidos en sus propios trámites, sin tomar conciencia cabal de los efectos sociales y políticos del funcionamiento de la justicia penal. Esta dualidad también marco la institucionalidad de la justicia penal, haciendo que ella tampoco fuera una institución poderosa, ya que para el mantenimiento del “orden” y para el abuso, alcanzaba y sobraba con la manipulación de las policías y la debilidad judicial.
12. Vemos pues, que la justicia penal tuvo, por una parte, una funcionalidad de apoyo a los poderes concentrados, pero, por otra parte, un desarrollo institucional débil, dado que para cumplir las funciones de cobertura tampoco se necesitaba mucha justicia penal. La figura del juez de instrucción, que más allá de todos sus defectos intrínsecos, era manifestación de la centralidad y autonomía policial es, en este sentido, paradigmática. Por eso podían existir pocos jueces de instrucción, sobrecargados, sin estructura, etc. Mucho peor era la situación del Ministerio Público fiscal que en el contexto de este funcionamiento, cumplía funciones accesorias, muchas veces menores, salvo cuando las formalidades del sistema

inquisitorial napoleónico (mixto) le daban el poder de requerir o acusar. En ese sentido, su funcionalidad política se limitaba a asegurar que los jueces de instrucción no iban a exagerar sus facultades. Una justicia penal *tan dócil como débil* era la que podía asegurar el control directo de las policías sobre la criminalidad y, al mismo tiempo, asegurar la impunidad estructural de los delitos de los poderosos, ya se tratara de corrupción o de otras actividades ilícitas organizadas. El control policial sobre los delitos urbanos contra la propiedad, o directamente el control sobre poblaciones o sectores sociales, es decir, lo que luego la Criminología va a denunciar como *selectividad del sistema penal, orientado casi exclusivamente al castigo de cierto tipo de delitos cometidos por ciertos sectores de la sociedad (pobres, marginales, jóvenes, etc.)* marco también un funcionamiento selectivo de la justicia penal que continúa hasta el presente.

13. Esta función adquirió, finalmente, un carácter más profundo de complicidad con las distintas formas de Terrorismo de Estado. Ya sea en los casos de represión directa, como en el Cono Sur, o en el contexto de guerras civiles más o menos extendidas, la justicia penal fue una parte esencial en una cobertura de impunidad que encubrió masacres, torturas, ejecuciones extrajudiciales, desplazamiento forzado de poblaciones y otras aberraciones propias de las estrategias contrainsurgentes de la época. De este modo, a las críticas tradicionales al funcionamiento selectivo de la justicia penal, ahora se suma una más profunda, vinculada a su complicidad, más o menos directa, con la violencia del Terrorismo de Estado. Los grandes documentos que testimonian y analizan ese período (Comisión de la Verdad, Informe Rettig, y en general toda la literatura que ha analizado el problema de la justicia transicional) hablan desde la falta de valentía moral hasta la complicidad más directa, pasando por el reconocimiento del problema estructural de la administración de justicia.
14. **Justicia penal y democracia.** En consecuencia, los procesos de transición hacia la democracia que comienzan a gestarse en la década de los ochenta, con las particularidades y ritmos de cada uno de ellos, pero también con sus elementos comunes, trajeron como una novedad la inclusión de la *cuestión judicial* como parte del problema democrático en su totalidad. Ya no se tratará solamente de los ejes de procesos electorarios libres y transparentes o del respeto a la pluralidad y fortaleza de los partidos políticos, sino que se trata de pensar, junto a los problemas intrínsecos de la dimensión democrática, lo que aparecen ahora como propios de una *república democrática*, esto es la *fortaleza del Poder judicial* como condición del imperio de la ley en la vida social. Incluso para sectores

cuyo eje de pensamiento había girado exclusivamente alrededor de la transformación social aparece un horizonte de reflexión vinculado a las instituciones propias de un sistema democrático de base constitucional. La actividad constituyente propia de esas épocas, se caracterizó tanto por la reafirmación del constitucionalismo social como por la insistencia en la necesidad de la fortaleza del Poder Judicial como límite a los Poderes ejecutivos.

15. Aparece así una idea que todavía hoy tiene fuertes resonancias, desafíos y deudas: *la democratización de la justicia*. La pregunta acerca de cuál debería ser el papel del sistema judicial en general y el penal en particular en una democracia no ha recibido aún respuestas completas. En particular si se trata de una democracia que debe convivir con grandes desigualdades sociales, con sistemas electorales frágiles, con un sistema de partidos incipiente o en crisis, etc. Ello implica una democracia con grandes tensiones sociales irresueltas que marcan una tendencia hacia la lógica de la emergencia, que siempre se ha llevado mal con la administración de justicia, que trabaja con regularidades y normalidades, antes que con excepciones. Por otra parte, la cultura política ha derivado rápidamente hacia una práctica de abundante concesión de derechos y una retórica o lenguaje de los derechos que condiciona el debate político. Esta ampliación de los derechos ciudadanos aumenta las tensiones sobre el sistema judicial que ahora debe resolver sobre la vigencia de derechos con grandes impactos sociales y económicos. En el campo de la justicia penal comienza a exigirse que ella se ocupe no de la criminalidad común sino de fenómenos criminales complejos y extendidos. En consecuencia, democratización de la justicia, significa, en términos generales, adaptar las reglas, prácticas y organización de la administración de la justicia a las exigencias de la sociedad compleja del siglo XXI, abandonar sus estructuras “predemocráticas” y constituir un nuevo tipo de reflexión sobre el poder judicial y sus nuevas tensiones.
16. Finalmente, una nueva tensión se presenta en las relaciones entre justicia penal y democracia. Precisamente el avance de fenómenos criminales extensos que, en su mayoría adquieren la forma de mercados criminales en permanente expansión, sumado a las crisis institucionales y de eficacia de la justicia penal y de los sistemas policiales, hacen aparecer el tema de la violencia social bajo nuevas formas y de la mano de la sociedad hipercomunicada se expande también el temor a la victimización. Ella abre un espacio a los discursos demagógicos sobre un uso indiscriminado de la violencia, campañas de ley y orden y otras formas de populismo penal que ponen en jaque a la dirigencia democrática que debe

conquistar y representar a sectores que tienen demandas de ese tipo. La necesidad de llevar adelante políticas de transformación de largo plazo buscando el apoyo de sectores atemorizados que reclaman soluciones de corto plazo obliga a inventar formulas complejas entre la retórica política y la ingeniería institucional.

17. **Escepticismo, voluntarismo y cambio planificado.** El conjunto de problemas que hemos descripto en los puntos anteriores genera tres modelos básicos de acercamiento a los problemas de la reforma de la justicia en general que, de un modo explícito o implícito, condicionan los debates no sólo políticos sino académicos. En primer lugar, existen quienes se manifiestan escépticos sobre la posibilidad de cambiar el funcionamiento de la justicia penal. Ello se debería a razones de estructura profunda de ese sistema o porque sus funcionalidades políticas siempre la empujan hacia ello y mientras no se modifiquen prácticas políticas más profundas o el modelo socio-económico de un país, es ingenuo pensar que la justicia penal pueda adquirir otra forma de funcionamiento. Su característica de selectividad actual, es decir, la prioridad en delitos cometidos por sectores sociales más pobres y, al mismo tiempo, su pasividad frente a delitos de los sectores poderosos, será imposible de modificar mientras no se alteren en profundidad las relaciones de poder exteriores a la justicia misma.
18. Desde otro punto de vista, se considera que el cambio de la justicia penal es fundamentalmente un problema técnico de reingeniería de las instituciones y que las mejoras tanto en la eficacia, como en la eficiencia de sus servicios a los ciudadanos, constituye en sí mismo el horizonte único sobre el que se debe trabajar. Sin embargo, los procesos de victimización son más complejos y no se puede analizar todo bajo un prisma simplista de una selectividad unidimensional. Por otra parte, la población en su conjunto reclama una mayor eficiencia y ello marca un problema general que merece solución. Asimismo, se trata de poner en marcha garantías constitucionales impostergables: la reforma es, antes que nada, un procedimiento técnico de concreción de esas exigencias sociales y constitucionales. Los países deben llevar adelante estas reformas dentro de los programas de modernización del Estado democrático.
19. Desde una tercera visión se encara el problema de reforma con una mirada más compleja y matizada. Ya hemos señalado que una de las características importantes del proceso de reforma de la justicia penal ha sido el que fuera encarado bajo la lógica de políticas públicas. Ello no implica, por otra parte, que no se reconozcan sus componentes técnicos específicos, pero ese reconocimiento no

implica tampoco asumir algo así como una especialidad que no tenga también otros campos de intervención. También se debe asumir las funcionalidades políticas, el peso de las tradiciones, etc. En ese contexto de múltiples variables, sumado a la inestabilidad o las turbulencias propias del proceso democrático, hace necesario asumir que si se trata de un proceso de largo plazo, necesariamente deberá transitar diversas etapas, adaptarse a entornos distintos, profundizar diagnósticos sobre la marcha, es decir, asumir las complejidades del ciclo de políticas públicas. El análisis de políticas públicas es también otro antídoto contra el pensamiento mágico que todavía campea en el estudio de estos procesos. Lo más importante, nos dirá este tercer enfoque, no es renegar de los avances y retrocesos ineludibles, sino tratar de lograr una planificación de largo plazo, que permita mantener el problema en agenda, renovar la mirada sobre la realidad, inventar nuevos instrumentos de intervención y monitorear el proceso con la mejor información posible. Todo esto no es sencillo, pero implica asumir un camino de desarrollo progresivo, que parece ser el camino más seguro para darle sustentabilidad a un proceso de cambio complejo. De este modo, análisis exitistas que nos hablen del “triunfo” de la reforma o, de modo contrario, aquéllos que rápidamente hablan del “fracaso” del proceso de reformas, carecen de sentido frente a procesos largos y complejos donde se producen ajustes en un sentido u otro, marchas y contramarchas, retrocesos fundados en razones ideológicas o burocráticas e innovaciones que hacen avanzar a veces a saltos el proceso de cambio.

2. Discusiones iniciales en el proceso de reforma

20. **Reorganización total o ajuste incremental.** Es importante señalar, en consecuencia, algunas de las discusiones iniciales del proceso de reforma. La explicación de los problemas por etapas (o generaciones de problemas, como hacemos) no debe entenderse en el sentido de que cada etapa o generación de problemas agota o resuelve los problemas propios o detectados en ese momento. Se trata, antes bien, de un proceso de progresiva complejidad que reclama nuevas formas de intervención. En un primer momento, entonces, se discutió si el estado inicial de la reforma (sistemas inquisitivos más o menos puros, fuertemente escriturizados, burocratizados, que convivían con fallas estructurales en su sistema de garantías, con altos niveles de autonomía policial, carentes de recursos y organizados de un modo obsoleto y deficiente) sobre cuyo diagnós-

tico base existían fuertes coincidencias –pese a la crónica ausencia de datos, que pervive hasta hoy- podía ser reparado mediante una política de reformas urgentes o era necesario un cambio total, completo, de las reglas de juego. Favorecía la primera opción el hecho de no postergar un mensaje político de rechazo al estado de la justicia penal, la falta de recursos técnicos para diseñar y ejecutar un plan completo de reforma, las dificultades no sólo propias de un plan de largo plazo sino las propias de un ámbito como el judicial con pocos recursos, muy apegados a sus propias rutinas y escasa o nula vocación de cambio. De hecho, en los primeros momentos de la reforma se diseñaron leyes orientadas a un cambio parcial. Por otra parte, sustentaba una política de cambio total el hecho de que algunos de los objetivos centrales del proceso de cambio (como el establecimiento de la oralidad) era muy difícil de lograr sin un cambio total de reglas y en general porque el agotamiento del modelo inquisitivo y su inadecuación a las exigencias de la nueva situación democrática no se podía resolver con leves ajustes. Algunos países (como el Salvador, Argentina, Bolivia, etc.) resolvieron esta tensión haciendo ambas cosas, pero pronto la reforma integral ocupó el espacio central de la discusión.

21. *Tradiciones nacionales o leyes “importadas”*. La búsqueda de un modelo para la reforma integral constituyó otra discusión de importancia. Existía en la literatura –pero mucho más en la conciencia difusa de ciertos sectores de la abogacía o la política- la idea de que el “mal” de nuestra región había sido la copia lineal de la legislación extranjera. Este debate conocidos como la importación de leyes⁴ generó tensiones y búsquedas alrededor del modelo. En este sentido cumplió una función importantísima el Código Procesal Modelo para Iberoamérica, producto del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que, si bien tenía como base la legislación alemana e italiana, proponía un sistema acusatorio que era el resultado de la evolución de los estudios de una institución que nucleaba a casi todos los procesalistas de la región latinoamericana. El hecho de que ese modelo haya ido decantando a lo largo de casi cuatro décadas de trabajo en un modelo acusatorio que establecía mixturas entre la tradición anglosajona y la reciente incorporación de ese modelo en la Europa continental (reformas alemana, portuguesa, italiana, etc.) facilitó la superación de ese debate, a la vez que introducía modelos de legislación no siempre claros acerca de su orien-

⁴ Sobre este tema en particular ver Pasara, Luis (2015); Binder/Obando (2004)

tación final porque como ocurre en toda legislación se produce una mixtura de fuentes producto de la lucha de intereses presente en el proceso legislativo. Es decir, el problema de la legislación importada no pasó de ser un debate marginal, dado que, en la experiencia legislativa concreta, todos los países utilizan el derecho comparado de un modo directo y central.

22. *Unidimensionalidad normativa o multidimensionalidad.* Otra de las características iniciales de esta primera generación de problemas consistió en el intento de superar la tradicional unidimensionalidad normativa de las reformas judiciales. No era la primera vez en la historia que la región optaba por un cambio total de Códigos. De hecho, muchos países habían pasado de la legislación española a la francesa mediante cambios bastante importantes en sus Códigos procesales o mediante sustituciones totales. Sin embargo, la experiencia general era que esas modificaciones no habían logrado alterar en lo fundamental las prácticas anteriores y que se había carecido de un plan de intervención que fuera más allá de la aprobación de las leyes, la creación de algunos tribunales y algo de capacitación para los operadores. En gran parte ello era el resultado de la propia estructura de esas leyes, ya que en la medida que no modificaban las reglas de la instrucción de los casos -que en el modelo napoleónico seguía atada a la lógica inquisitorial, y el juicio oral era altamente dependiente de la producción de prueba escrita- no producía mayor contradicción con las prácticas escrituristas vigentes entonces. El proceso de reforma de la justicia penal toma nota de ese fenómeno histórico y plantea de entrada *la multidimensionalidad del proceso de cambio*. No se debía tratar de un simple cambio de leyes sino de un proceso complejo que actuara también sobre la dimensión administrativo-gerencial, sobre la incorporación informática, sobre los perfiles de los operadores y su capacitación, sobre el diálogo con la sociedad, etc. Esta multidimensionalidad provocó un fuerte impacto sobre los procesos de implementación y si bien fue asumida como una nueva doctrina del cambio, no llegó a ser asumida en toda su profundidad técnica, limitando la posibilidad de los nuevos Códigos de influir de un modo completo sobre las prácticas y abriendo paso a que, en menor medida, pero se repitieran los problemas propios de las viejas estrategias unidimensionales.

23. *La cuestión estratégica: ¿por dónde dar inicio al proceso de cambio?* La toma de conciencia de que el proceso de cambio se trataba de una compleja trama de dimensiones entrelazadas e interdependientes provocó un debate inicial sobre la estrategia más conveniente. ¿Era un camino adecuado cambiar radicalmente el

modelo de la legislación sin tener capacitados a los operadores futuros? ¿O hacerlo con una notoria carencia de recursos? ¿Cómo hacer para que esos operadores aprendan el nuevo funcionamiento y se capacitaran? ¿Se puede poner en marcha un nuevo sistema de esas características sin tener la infraestructura adecuada? ¿O hacerlo sin que las organizaciones policiales fueran también reformadas? Cada una de estas preguntas apelaba a un conjunto más que razonable de problemas, pero también se proyectaba sobre un contexto real de producción de la política que no permitía contestar a cabalidad cada una de ellas o terminaba generando un escenario conservador, con el peligro de dejar pasar el momento de mayor voluntad política de cambio. La cuestión estratégica, entonces, consistía en elegir las mejores variables para desencadenar un proceso de cambio en el corto plazo, aprovechar la energía política disponible, asumiendo los riesgos que el contexto convertía en ineludibles, pero tratando a la vez de estabilizar y dinamizar lo más posible el proceso de cambio. En términos generales ello se logra finalmente ratificando el diseño de *reforma integral* y adicionándole *planes de implementación*, más o menos extensos, que trataran de remediar, por lo menos escalonadamente, algunos de los problemas señalados por las preguntas indicadas, aunque en ningún caso se logró transitar un escenario, no digamos ideal, sino al menos estabilizado y de menor riesgo. El caso chileno es quizás el único que permitió estabilizar el escenario de reforma, en tanto se encontraba estabilizado su escenario político.

24. **Sustentabilidad: avances y retrocesos.** Ahora bien, la aparición de los *planes de implementación* si bien permitió encontrar una clave estratégica que permitiera darle viabilidad a la visión de reforma integral y proyectar muchos de los problemas sobre el futuro inmediato generó no sólo nuevas discusiones sino la necesidad de manejar dos realidades nuevas: una, las organizaciones judiciales, en algún punto principales responsable de la puesta en marcha, carecían de las herramientas para gestionar ese cambio y no estaban acostumbradas a liderar procesos de ese tipo. En aquéllos países donde los grupos reformistas o un grupo de personas en particular (o incluso una sola de ellas) lograba mantener un liderazgo activo, los problemas se podían encarar con mayor soltura pese a la dificultad. En otros, donde ello no existía y, por lo tanto, se debían encargar las instituciones y autoridades formales, la tendencia a que el proceso de implementación se paralizara (aun en las etapas de diseño) mostró una nueva dificultad, que hasta el presente no se ha podido resolver. Por otra parte, en la medida que los procesos se proyectaban por años o se lentificaban en su

ejecución comenzó a plantearse el problema de los retrocesos, la desaparición de la energía política o el cambio de rumbo de esa misma voluntad. La idea que el proceso de cambio tenía que *administrar avances y retrocesos en un contexto político cambiante* constituye una novedad para la escasa capacidad y cultura de la planificación en el mundo de las reformas judiciales. Pese a que ello ha sido objeto de seminarios, talleres, estudios, etc., sigue siendo en el presente un problema difícil de manejar.

25. **Regionalización y redes de colaboración.** Otro de los elementos característicos de estas primeras etapas de la reforma de la justicia penal es que, en todo momento, se aprovecharon las redes de cooperación entre los propios países dispuestos al cambio. Ya hemos señalado la función que cumplió el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, no sólo para conciliar tradiciones y dar una base de respaldo a los proyectos locales sino para proveer un lenguaje común para la reforma. Ese Código Modelo había sido el producto de la cooperación de los distintos grupos académicos lo que permitió también una red de difusión de ideas más amplias. Los diversos grupos reformistas solo tuvieron que rescatar esa actividad previa y llenarla de nuevos contenidos, revitalizando la red de trabajo y permitiendo compartir experiencias, no ya sobre los contenidos técnicos sobre el proceso penal sino sobre las dificultades de la puesta en marcha y la ingeniería de planificación y ejecución. En consecuencia, se produjo ahora una regionalización de la justicia penal que ya no se sustentaba en la matriz histórica común sino en los intentos compartidos por solucionar ese problema. Ya se tratara de cooperación entre institucionales judiciales, grupos académicos o grupos de organizaciones no gubernamentales, lo cierto es que la reforma de la justicia penal se proyectó sobre una realidad regional pero no del modo en que muchas veces esa dimensiones vuelve superficiales los problemas locales sino, al contrario, permitiendo que la inexperiencia de cada grupo local fuera mitigada por las experiencias de otros grupos de reforma y generando un espacio de intercambio que no era usual en este campo. Esa tendencia finalmente se ha consolidado y lo demuestra el nacimiento de redes institucionales entre las Cortes Supremas, el Ministerio Público Fiscal, las Defensas Públicas e incluso entre las organizaciones no gubernamentales.

26. **La participación e influencia de la cooperación internacional.** Finalmente, un nuevo componente contribuyó a la complejidad inicial de la reforma de la justicia penal. En algunos países, la cooperación internacional, en particular la bilateral, y más precisamente la cooperación de los Estados Unidos de Norteamérica,

mostró una intención, no sólo de ayudar en el proceso de cambio, sino de participar activamente en él. Ello significó, por una parte, un impulso político y material enorme para algunos países que carecían de recursos, así como terminó de convencer a ciertos sectores políticos atentos especialmente a sostener buenas relaciones con ese país; pero, por otra parte, abrió nuevos debates acerca de si el proceso de reforma era un producto genuino de los intentos de democratización de cada país o una imposición extranjera. La irrupción inicial de esa forma de cooperación –y luego de otros actores públicos y privados de cooperación bilateral – norteamericanos, canadienses, españoles, alemanes, noruegos, etc.- ha generado un desafío no siempre manejado con habilidad. La aparición de fondos a veces excesivos para la madurez del proceso de cambio, la participación necesaria de consultores extranjeros con distintas visiones, intereses, formas de trabajo, etc., contribuyó tanto a dinamizar como a crear nuevos problemas. Más allá del debate político sobre el manejo de esa nueva realidad de la cooperación internacional, lo cierto es que el conjunto de esa cooperación tan diversa contribuyó a darle riqueza al debate sobre la reforma. Para algunos países se convirtió en el único camino para conformar equipos técnicos; otros llevaron adelante sus reformas sin ninguna participación de la cooperación internacional. De hecho, la convivencia con esos actores permitió alcanzar mayor madurez política y técnica al proceso de cambio y abrió puertas para un intercambio con los países desarrollados que fuera más allá de las reglas de cooperación internacional judicial, lo que todavía es una tarea pendiente.

3. Primera etapa del proceso de reforma: Reformas de primera generación

27. *Sistema acusatorio y sistema inquisitorial: la nueva división de funciones.* Por fuera de cualquier definición de “modelos”, lo importante es que la adopción de los nuevos sistemas acusatorios implicó una profunda *división de funciones en el proceso penal*. Lo que antes era una concentración de funciones y poderes en la figura del juez de instrucción pasa ahora a ser una repartición de esas funciones entre los acusadores, preferentemente los acusadores públicos, es decir, los fiscales, quienes asumen toda la tarea de preparación del caso y su presentación en juicio, los defensores quienes asisten al imputado con total autonomía y una nueva y más fuerte organización para los defensores públicos y los jueces, que reservan para sí lo estrictamente jurisdiccional, es decir, *la*

resolución de los litigios, en particular, el dictado de la sentencia. Según cada proceso en particular esta división ha sido más o menos tajante, según el peso de las tradiciones inquisitoriales o la desconfianza hacia los fiscales. Por otra parte, en esta primera generación de cambios se establece como criterio determinante el *juzgamiento oral, es decir, mediante un juicio oral y público realizado ante jueces profesionales o en unos pocos casos ante jurados.* Esta reorganización del proceso penal produjo un gran impacto porque hacía desaparecer la figura antes protagónica del proceso penal a la vez que nacían dos nuevas instituciones, el Ministerio Público Fiscal (en la gran mayoría de países, claro está, ya existía, pero era una institución más o menos débil y sin gran protagonismo) y en particular la Defensa Pública organizada como una nueva institución también más o menos autónoma. Por otra parte, si bien ya existía leyes que establecían la oralidad, adquiere ahora un nuevo impulso y si bien imperfectamente comienzan a llevarse adelante muchos más juicios orales. Se acepta, además, que ese es el único modo de juzgamiento admisible según las Constituciones nacionales y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, comenzando una lectura del proceso penal *desde el bloque de constitucionalidad.* Se asume, ahora, que las reglas básicas del proceso penal están definidas ya en las leyes fundamentales y constituyen ellas mismas derechos humanos fundamentales.

- 28. La diversificación de salidas y respuestas. redefinir la eficacia del sistema penal.** Por otra parte, las primeras y nuevas legislaciones, rompen con el carácter rígido del régimen de la acción pública, que producía la ficción de que todos los delitos debían ser investigados por igual, lo que en la práctica significaba que la inmensa mayoría de ellos quedaban archivados o prescribían. Frente a ello, se introduce nuevas reglas de flexibilización y oportunidad que permiten *diversificar* las respuestas del sistema penal sin empujar todos los casos hacia la irrealizable tarea de utilizar el juicio oral para todas las situaciones. Nace así una nueva realidad que permite redefinir el concepto de eficacia y también permite cambiar la relación con los imputados y con la sociedad en su conjunto. En particular la introducción de formas *conciliatorias* abrió las puertas hacia soluciones de mayor extensión y calidad y las distintas formas de *suspensión condicional del proceso*, permitió diversificar las respuestas punitivas, incorporando todo el conjunto de penas alternativas a la cárcel en el proceso penal, lo que no se había logrado plenamente en las reformas de los Códigos Penales. Esta nueva dimensión del proceso penal produjo un gran impacto, no sólo en las prácticas sino en la capacitación e incluso en la literatu-

ra disponible. No obstante, pronto se demostró que las instituciones judiciales, tanto el Ministerio Público Fiscal, como los jueces y en gran medida la abogacía, no estaban todavía preparados para aprovechar con rédito estas nuevas instituciones.

29. **La emergencia del problema de la víctima.** De la mano de estas nuevas instituciones, pero también como expresión de cierto espíritu de época mucho más sensible a los problemas de la victimización en general, no sólo en América Latina sino en el resto del mundo, la nueva legislación procesal hace un reconocimiento expreso de nuevos y más amplios derechos de la víctima. Ello respondía, en gran medida, a un profundo cambio de paradigma: de considerarla como un sujeto negativo dentro del proceso, portador de venganza o dispuesto a convertir su dolor en un negocio económico, se pasó a una mirada mucho más comprensiva de su situación y a una revalorización de la búsqueda de reparación o justicia. La mirada puesta en los grandes procesos de victimización propios de las violaciones a los derechos humanos durante las dictaduras influyó en gran medida para consolidar esta mirada positiva sobre la víctima. Pero más allá de este reconocimiento en las leyes (o de las políticas de reparación en casos de violaciones a los derechos humanos durante el Terrorismo de Estado) este impulso alcanzó apenas para construir nuevas oficinas de asistencia a la víctima, las que no siempre fueron dotadas de recursos suficientes o proporcionados a la gravedad del fenómeno que se reconocía. En el fondo, el paradigma benevolente no pasaba de generar una sensibilidad hacia casos graves de abuso sexual o situaciones similares y a realizar un no siempre eficaz acompañamiento de las situaciones de crisis que acompañaban a esos casos. No obstante, se debe reconocer que abrir la puerta a la víctima en el proceso penal fue un avance notable dentro de la necesidad de un cambio de forma de relacionamiento entre la sociedad y la administración de justicia.
30. **Las garantías del imputado como sistema: clarificaciones conceptuales y normativas.** Desde la otra cara del proceso penal, también se produce un reconocimiento mucho más extenso y profundo de los derechos del imputado. No sólo las prácticas del sistema inquisitorial habían convertido al imputado en un objeto del proceso, tratado muchas veces con crueldad inusitada, sino que las propias leyes eran reacias a reconocerle sus derechos fundamentales. En ese sentido el proceso de reforma actúa en dos direcciones complementarias. Por una parte, amplía el catálogo de los derechos básicos de información, control de detención y resguardos de la declaración como acto de defensa y, por la otra,

amplía los alcances y la obligatoriedad de la asistencia técnica de un defensor desde los primeros momentos del proceso. Normas contundentes, tales como la consulta previa con un defensor antes de prestar declaración o la obligación de la presencia del defensor durante la declaración en la etapa preparatoria, constituyen ellas mismas un avance enorme respecto de la legislación anterior que reconocía el derecho de defensa, pero no extraía las consecuencias más importantes, en particular durante los actos iniciales del proceso, cuando esa defensa era más imperiosa para evitar las declaraciones coaccionadas. De este modo, al fundamento constitucional y de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos se agrega ahora una legislación secundaria mucho más precisa y profusa que aclara de un modo mucho más concreto el modo correcto del tratamiento de la persona imputada de un delito, desde que esa imputación existe, sin subordinar el ejercicio de esos derechos a autorizaciones estatales o a específicas etapas del proceso.

31. **El nuevo desarrollo de las defensas públicas.** Pero no sólo allí quedó el punto de los derechos del imputado. La nueva amplitud del reconocimiento de sus derechos, así como las nuevas facultades de su defensor podían fácilmente quedar atrapadas en las tradiciones formalistas, propensas a una incorporación inocua de estos derechos o su subordinación a requisitos menores que no surgían de la ley, pero se volvían obstáculos insuperables en la práctica de los sistemas. Por otra parte, dada la orientación selectiva hacia los imputados más pobres y vulnerables de la sociedad, resultaba imperioso un salto de calidad en la organización de las defensas públicas. Salvo algunos países, el paradigma dominante era en esa época que el defensor particular estaba obligado por leyes éticas o reglamentarias a prestar servicio gratuito al imputado indigente. Nos es difícil concluir que ello implicaba en los hechos una defensa formal y de baja calidad, pese a las proclamas del derecho concedido para defenderse. La reforma de la justicia penal planteo desde el inicio la necesidad de contar con un nuevo paradigma de defensa pública, creando instituciones fuertes, con una inversión estatal considerable, con defensores pagados por el Estado y por fuera de todo tipo de consideración caritativa. Ello provocó el nacimiento o la extensión de nuevos modelos de defensa pública y la aparición en América Latina de una nueva institución. No todos los países tomaron las mismas decisiones o diseñaron la defensa pública del mismo modo, pero en términos generales se produjo un salto institucional enorme en la consideración de este problema.
32. **Mecanismos de control de la duración del proceso.** Una última variable importante del proceso de reforma (no se agotan aquí

todas las dimensiones, sino que se destacan las de mayor impacto, en particular en una consideración política del problema) consiste en los nuevos mecanismos de control de la duración del proceso. En la medida que se le presta mayor atención a los Pactos Internacionales y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el derecho a una decisión en tiempo razonable adquiere mayor centralidad frente a las prácticas de procesos que se eternizaban. Sobre esa base, muchas de las nuevas legislaciones construyen nuevos mecanismos de control del proceso, estableciendo una mayor rigurosidad y abandonando la idea de que se trataba simplemente de establecer plazos legales. La aparición de la idea de *máxima duración del proceso*, el mayor rigor en el pedido de prórrogas por parte de los fiscales y en particular la introducción de consecuencias sustantivas ante el paso del tiempo, tales como la caducidad de la acción, la obligación de realizar ciertos actos en tiempos más breves, etc., plantean un nuevo paradigma del control del tiempo y, en consonancia con ello, de la mora judicial. El uso creciente de sistema informático de gestión de casos, con capacidad para llevar conteos masivos sobre la duración de los procesos o de actos procesales en particular sirvió también para un cambio tanto de modelo como de actitud frente a este problema estructural. No siempre los nuevos sistemas fueron aceptados por los jueces o los fiscales, que trataron –y tratan aún– de evadir el control sobre el tiempo, ya sea con prácticas dilatorias explícitas o simplemente no tomando en serio los efectos del transcurso del tiempo sobre las causas. Sin embargo, los defensores comienzan desde esa época hasta el presente a utilizar cada vez con mayor frecuencia mecanismos de control de la duración de las etapas procesales, con impacto, incluso, en la duración de la prisión preventiva.

4. Problemas irresueltos en la primera etapa

33. **Las primeras evaluaciones. Logros y deudas.** Se debe destacar que una característica importante del proceso de reforma, como desarrollo de una determinada política pública, es que ha tenido capacidad de ir realizando evaluaciones, más o menos profundas, según cada país, pero en todo caso proveedoras de información empírica sobre la marcha de los procesos de implementación de la reforma integral. Se ha discutido sobre las metodologías o sobre la extensión de esas evaluaciones, pero en todo caso, frente a un panorama de ausencia casi total de ese tipo de trabajo, no debe dejar de destacarse la importancia de ellas. Ya sea las que se realizaron por las propias instituciones o los equipos técnicos vinculados al

monitoreo de la reforma o centro y universidades vinculadas al tema, lo cierto es que al poco andar de la reforma ya contamos con una primera visión de sus resultados.⁵ Frente al facilismo de cantar victoria o proclamar fracasos, lo destacable de la gran mayoría de esas evaluaciones ha sido que ellas señalaban problemas precisos en los que la reforma de la justicia penal no daba todavía los resultados esperados o marcaba nuevas y más profundas dificultades. Aun más: mostraba una tendencia a lo que desde entonces se llama la *reconfiguración inquisitorial del sistema acusatorio*, es decir, que el sistema en sus variables principales tendía a funcionar del mismo modo que antes. Esto por supuesto no de un modo completo, pero lo suficientemente grave como para generar una nueva batería de medias de intervención. Se toma conciencia, pues, que la acción de los operadores, a través de prácticas concretas, a veces meramente burocráticas o aparentemente inocentes, lograban que el nuevo sistema de justicia penal, a pesar de las nuevas reglas, funcionara, en los hechos, de un modo bastante cercano a lo que se quería abandonar, es decir, escriturismo, lentitud, selectividad no orientada por la planificación, así como los grandes objetivos de oralidad y publicidad de los juicios se veían opacados por las suspensiones de las audiencias, la incorporación de prueba escrita, la continuación del papel activo de los jueces supliendo a las partes, la falta de litigio adversarial, etc. A todo ese conjunto de problemas se comienza a denominarlo “reconfiguración inquisitorial de los sistemas acusatorios” y constituye un problema al que se le comienzan a buscar soluciones.

34. **Las dificultades en la práctica de la oralidad.** La primera de esas conclusiones tenía que ver con las graves dificultades para realizar juicios orales de calidad. Esto en dos dimensiones principales: en primer lugar, se observaba una alta tasa de suspensiones, incluso de juicio de importancia o impacto social. Esas suspensiones tenían que ver con problemas de agenda de los operadores, de traslado de detenidos en prisión preventiva, de citaciones de testigos, etc. En términos generales la organización judicial demostraba una alta incapacidad para resolver los problemas prácticos para la realización del juicio oral y ello provocaba desazón en las víctimas, violaciones en los derechos de los imputados, mora judicial y excesos en la duración de los procesos. Por otra parte, el juicio en sí mismo mostraba *una baja calidad del litigio*, ya sea porque la pro-

⁵ El conjunto de evaluaciones sobre esta primera etapa de la reforma se encuentran publicados en www.cejamerica.org

ducción de la prueba seguía atada a la práctica de reproducir lo escrito, porque los litigantes no tenían una visión clara y estratégica de sus objetivos, porque carecían de técnicas de interrogatorio adecuadas, continuando con alegatos puramente retóricos fundados en un pobre análisis del caso. A su vez, los jueces continuaban con sus prácticas inquisitivas durante el juicio, suplantaban la actividad de las partes con largos interrogatorios autónomos, valoraban prueba previa al juicio o redactaban sentencias de un modo incomprensible e infundado. Dificultades en la puesta en marcha del juicio oral por prácticas administrativas arcaicas e incapacidad para litigar y juzgar sobre las nuevas reglas del juicio imparcial constituían escollos lo suficientemente graves como para generar una crisis en el proyecto de la oralidad de la reforma.

35. **Burocratización de la investigación y predominio del mero trámite.** Por otra parte, en la propia preparación de los casos se encontraban vicios y dificultades mayores. En primer lugar, las relaciones de trabajo entre fiscales y policías en lugar de normalizarse bajo nuevas formas de trabajo, ingresaron a un juego de competencia negativa o de franca desconfianza mutua. Los propios fiscales, al no tener reglas claras de cómo organizar y documentar su trabajo, pronto cayeron en las viejas prácticas del expediente, de tal modo que muchas de las investigaciones no eran más que el reflejo del viejo modo de proceder, incluso ahora más desordenado que antes. La aparición de nuevas formas de criminalidad o de formas más extensas de violencia e, incluso, la simple aparición de sentimientos de inseguridad o temor al crimen más extendido, pusieron en crisis las propias doctrinas del Ministerio Público, que comenzó a oscilar entre la demagogia que lo impulsaba a dar respuesta fácil a los reclamos sociales o la indiferencia que lo llevaba a refugiarse en el viejo aislamiento judicial. Finalmente, el control del flujo de trabajo, la falta de supervisión adecuada, la debilidad de las formas de conducción de los Fiscales en Jefe y la carencia de un fuerte apoyo tecnológico a la investigación, generaban un cuadro de falta de resultados que necesitaba una reestructuración importante de las formas de trabajo y en particular de los modos de organización.

36. **La tradición inquisitorial en la práctica de los operadores.** En ambas dimensiones encontrábamos una fuerte persistencia de la tradición inquisitorial. Ya no expresada de un modo profundo o grandilocuente, sino enquistada en prácticas menores y aparentemente inocentes. En gran medida, los operadores judiciales sólo sabían –y también en buena medida querían– tramitar papeles, llevar adelante expedientes y refugiarse en el rigorismo de formas

vacías. Atrás de estas prácticas se encontraba lo más profundo de la ideología inquisitorial: la preeminencia de la visión infraccional del derecho penal y el rechazo a hacerse cargo y gestionar los conflictos subyacentes. Esta fuerza de la tradición inquisitorial lleva a que tanto en la literatura como en la consideración general del problema aparezca el concepto de *cultura inquisitorial* como el gran obstáculo a vencer, sin que se sepa con mucha claridad que es lo que ello significaba y que acciones eran indispensables para enfrentarla. Por otra parte, se toma conciencia de que la capacitación, que se había realizado con mayor o menor intensidad, era incapaz para frenar la adhesión a esas tradiciones o dotar de las nuevas habilidades y disposiciones requeridas por el nuevo sistema. El optimismo pedagógico que había caracterizado esta primera etapa de trabajo comienza a ponerse en crisis, sin que aparezca todavía un nuevo modelo que lo sustituya-

37. **El abuso de la prisión preventiva.** Desde otro punto de vista, la prisión preventiva, que había sido foco de graves críticas en los sistemas inquisitoriales pre reforma, demostraba ser una institución resistente al cambio, mientras se apoyaba en dimensiones muy fuertes de la práctica del sistema. Si bien en muchos países la aprobación de nuevos Códigos significó una baja importante de los porcentajes de preso sin condena, pronto el sistema reaccionó endureciendo esa legislación o los jueces cambiaron su jurisprudencia presionados por la opinión pública. La duración máxima de la prisión preventiva, resultado de las nuevas políticas de control de la duración del proceso, produjo su efecto, pero pronto se comenzaron a diseñar excepciones para extender esos plazos o el conteo de los mismos en base a excepciones fundadas en la actividad dilatoria de la defensa. El progresivo deterioro de las condiciones carcelarias y la sobrepoblación creciente de todos los centros de detención, agravó la crítica a la prisión preventiva. En consecuencia, pronto se adquirió conciencia de que la batería de reglas diseñadas hasta ese momento no era suficiente para poner límites, o por lo menos control, a un fenómeno en el que se expresaban tendencias muy profundas de las prácticas no sólo del sistema judicial sino del policial y carcelario.
38. **Preocupación superficial por la situación de la víctima.** Si bien el avance de la consideración de los problemas de las víctimas había sido un logro de esta primera etapa de la reforma, las organizaciones judiciales no habían logrado darles a las respuestas diseñadas para enfrentar este problema, el volumen que se necesitaba para adquirir niveles aceptables de eficacia. Además de ello, la matriz de atención del problema era todavía simplista y orientada a un tipo

particular de casos. Pero esta situación pronto entrara en crisis por varias circunstancias. En primer lugar, el aumento de los estudios sobre victimización demuestra que se trata de un fenómeno mucho más extendido de lo que se conocía hasta entonces y que ciertos prejuicios tales como los sectores pobres vistos más bien como agresores de los sectores medios y altos eran arquetipos totalmente incorrectos: las mayores porciones de victimización se dan en los propios sectores más vulnerables de la sociedad, desmejorando aún más condiciones ya muy precarias de existencia. Por otra parte, irrumpe en el escenario formas de victimización relacionadas con la violencia de género o la trata de personas que se convierten en reclamos de gran fuerza y van mostrando poco a poco que se trata de conflictos sociales de gran envergadura y, en algunos casos, de masividad. Finalmente, la sociedad demuestra una nueva sensibilidad frente al delito que la aqueja, generando también una sensibilidad mayor frente a la despreocupación por la situación de las víctimas. Este conjunto de factores, o va demostrando que el conjunto de respuestas diseñadas hasta ese momento para encarar un nuevo trabajo por y junto a las víctimas, era pobre y endeble en relación a la magnitud del problema.

39. **La deficiencia en las investigaciones complejas.** Otro inconveniente que se manifestó con rapidez –y en gran medida tributario de la burocratización de la investigación– consistió en la escasa y a veces nula capacidad del sistema de persecución penal para llevar adelante investigaciones complejas, que requerían cooperación de varias organizaciones estatales (criminalidad económica, impuestos, delitos ambientales, lavado, etc.) y, en todo caso, un diseño inteligente de la investigación. La incapacidad de armar equipos de policías y fiscales estables, la falta de bases de datos que permitieran confrontar información masiva, las dificultades para que el propio Estado le brinde colaboración o le conteste los pedidos de información a los propios fiscales, la falta de integración entre querellantes y acusadores públicos; en fin, un sinnúmero de prácticas y circunstancias consolidadas o enquistadas en las organizaciones demostraban que frente a los delitos que provocaban graves daños sociales la respuesta del Ministerio Público y la Policía seguía atada a patrones comunes propios de los delitos menores o de flagrancia. En el caso del narcotráfico se produjeron algunos intentos de modernización, pero no bien las estrategias debían derivar por razones de eficiencia hacia la dimensión financiera de ese mercado ilegal se manifestaban los mismos problemas.
40. **La duración del proceso y la mora judicial.** Ya hemos visto que el control de la duración del proceso constituía uno de los objetivos

de las reformas de primera generación. Se pudo observar que en una primera etapa, el tipo de medidas legislativas diseñadas tenía gran capacidad de provocar un mayor control, pero en tanto no estaban acompañadas de una práctica organizacional de control sobre el stock de causas, es decir, si no se planificaban las respuestas en base a la capacidad real de trabajo y no se construían políticas de respuesta adicional a ese acumulado de casos, se producía un círculo vicioso entre mora y sobrecarga de trabajo, que no solo generaba condiciones objetivas para que el plazo legal previsto no se pudiera cumplir sino que brindaba una excelente justificación para consolidar las prácticas que eran generadoras de esa mora. De este modo el sistema se volvía a estancar en las prácticas ya conocidas y la respuesta legislativa más fácil consistía en aligerar los estándares de duración del proceso, premiando la burocratización y la falta de previsión.

41. **Los problemas de la implementación de la primera etapa.** Algunos de estos problemas provenían de errores de diseño o de limitaciones del diseño provenientes de las necesarias transacciones políticas, propias de un proceso de cambio que necesita aprobación del sistema político. Otras provenían de limitaciones del modelo de las organizaciones, de la falta de recursos por falta de inversión o deficiencias en la capacidad real de los operadores judiciales y de su compromiso con el cambio. Pero otras provenían de las deficiencias de los procesos de implementación o puesta en marcha de la reforma. Ello se produjo por varias circunstancias. En primer lugar, la pérdida de energía política producto del cambio de época, de gobierno o la demora en tomar las decisiones acerca del diseño provocó que luego no se le prestara atención a la creación de instituciones y métodos para la puesta en marcha o se lo hiciera de una manera débil. En segundo lugar, es ineludible que una parte importante de la puesta en marcha sea realizada por las propias organizaciones judiciales. Ellas demostraron muy poca capacidad para llevar adelante esta tarea, sea porque no tenían liderazgo o las oficinas formales para hacerlo o porque la entrada del sistema les dificultaba dirigir el proceso y hacerse cargo de su cotidianeidad al mismo tiempo. En tercer lugar, los procesos de implementación han sido una continuación del debate político sobre el cambio. No es que se aceptaran las decisiones legislativas y luego se trabajara para ponerlas en marcha de un modo leal y sincero; muchos operadores continuaron apostando a la suspensión, su derogación posterior o modificación y usaron para ese propósito la inacción o falta de colaboración para generar crisis en el proceso de puesta en marcha. Frente a ello se buscó diseñar

entradas progresivas que aligeraran las cargas de planificación y dirección del proceso y permitieran un aprendizaje de la mano de los segmentos que ingresaban al nuevo sistema, pero salvo excepciones esos métodos también han estado atravesados por los mismos problemas.

42. Todo este conjunto de hallazgos empíricos, problemas estructurales, deficiencias organizativas, tradiciones culturales ajenas al nuevo modelo y decida o incapacidad de muchos operadores, en lugar de provocar un debate estéril acerca del fracaso de la reforma o su abandono o parálisis, motivaron, en primer lugar, una actividad de estudio, evaluación y discusión acerca de las causas de esos comportamientos o resultados, provocando un conocimiento mayor sobre el proceso de reforma como desarrollo de una política pública –y no meramente como un cambio de proceso o de sistema procesal- y una toma de conciencia de la profundidad de muchas de esas dificultades, enraizadas en la matriz histórica de la que ya hemos hablado. Pero también, en segundo lugar, empujaron al diseño de un conjunto nuevo de herramientas, métodos de intervención o perspectivas de trabajo, que hoy son ya considerables como parte esencial del proceso de reforma, en particular para remediar estos problemas, para prevenirlos o para disminuir ese impacto y, en términos generales, para comenzar a controlar o remediar la *reconfiguración inquisitorial* a la que ya nos hemos referido. A ese conjunto de medidas se las conoce hoy como *reformas de segunda generación* y son una respuesta clara a los problemas hallados en las primeras evaluaciones de la reforma y un intento firme y profundo de ajustar el proceso de cambio, en base a nuevos diagnósticos sobre la situación y las tendencias profundas del modelo de justicia penal en sí, como la pervivencia de prácticas en los operadores mucho más resistentes de lo pensado a la mera capacitación judicial.

5. Segunda etapa. El diseño y puesta en marcha de reformas de segunda generación

43. **Sistema acusatorio y sistema adversarial.** La necesidad de destacar algunos de los problemas principales de la etapa anterior llevaron incluso a incorporar algunos nuevos conceptos o a poner nuevos énfasis en otras dimensiones del sistema de justicia penal. Así como en la primera etapa se insistió en el carácter acusatorio del sistema, para así destacar la idea de que le correspondía a los acusadores probar en juicio oral y público su acusación y que a

ellos les correspondía la carga de preparar el caso para ello, ahora se busca poner énfasis en que esas tareas, así como las de defensa y resolución del caso, tienen que llevarse adelante en un *contexto de litigio*. Ello no implicaba ningún cambio de fondo –salvo algunos ajustes en el diseño de los sistemas normativos para acentuar las facultades de las partes y diferenciarlas del papel del juez- pero sí marcaba la importancia de ciertas técnicas y ciertas reglas para que el juicio imparcial fuera una realidad y no una mera ritualización del expediente previo. No obstante, la pregunta principal seguía siendo como formar y capacitar a los operadores judiciales dándoles un uso adecuado de las herramientas de litigio. Las Escuelas de Leyes han sido hasta el presente reacias o lentas en modificar sus métodos de enseñanza para preparar a los alumnos a esta nueva realidad. Las Escuelas Judiciales adolecen del mismo problema, entonces se mantenía un dilema: ¿Cómo y dónde enseñar a litigar si los propios juicios orales que hoy se hacen –pocos y malos- no eran un escenario suficiente como para capacitar a todos los operadores judiciales? ¿Cómo enfrentar a la cultura inquisitorial de un modo práctico, cuando ella está enquistada en las actividades más elementales y el saber forense? La respuesta a este tipo de preguntas dio paso a nuevas herramientas y estrategias de cambio.

44. **Más oralidad: la oralidad de las etapas previas al juicio.** Frente a los problemas de la oralidad del juicio se diseñó una respuesta de mayor oralidad aún. Los modelos legales tributarios del Código Modelo –y por ello de la tradición acusatoria continental- europea- habían respetado el carácter esencialmente escrito y reservado de la etapa preparatoria. Esto, propio en el fondo, de los modelos mixtos de tipo napoleónico, volvía a producir el mismo efecto que había producido con la instauración en América Latina de esos Códigos, es decir, la etapa escrita se imponía sobre la oralidad y expandía la modalidad escrita de todo el sistema. La respuesta debía ser inversa, se trataba de *oralizar todo el procedimiento*. Los Códigos Procesales de segunda generación o las reformas que se introducen en los de primera generación, obligan a que todo el relacionamiento entre las partes, tanto en la etapa preparatoria, en el control de la acusación, en las impugnaciones, en la ejecución de la pena y, por supuesto, en el juicio central se lleve adelante mediante un litigio oral y público. De ese modo se expandió la cantidad de audiencias que producía el sistema y, al ser el modo como los operadores debían trabajar continuamente, se generó la necesidad profesional que comenzó a provocar las iniciativas de capacitación. Aparece una nueva literatura y una creciente actividad de formación a través de cursos de litigación. No obstante,

y pese a la mayor instalación del tema y las demandas concretas, las Escuelas de Leyes y los centros institucionales de formación continúan respondiendo de un modo lento.

45. **Desformalización de la investigación.** De un modo paralelo se busca que la etapa preparatoria y la investigación dentro de ella abandone rutinas de burocratización y comience a plantear algún tipo de diseño en las respuestas. Con distintas variaciones –y también evaluaciones- se desarrollan programas para responder a los delitos de flagrancia, se construyen hojas de ruta para delitos más complejos, se busca establecer alguna forma de priorización de casos y comienza un trabajo de acercamiento con la Policía, en particular con los sectores encargados de la investigación. Mientras el sistema de garantías gana con el sistema de audiencias de control de la detención o de la acusación, se establecen estándares de carga de la prueba mucho más estrictos para los acusadores. El acusador, público o privado, adquiere una dimensión mucho más expuesta (por la mayor publicidad) que lo obliga a comprometerse más intensamente con el caso. El avance de los sistemas de gestión de casos permite comenzar a abandonar la pesada documentación en papel por registros electrónicos más sencillos, dinámicos y efectivos. El registro de las audiencias en video ayuda a una nueva forma de capacitación y organización del trabajo. El sistema con todas las imperfecciones que aún contiene comienza a fluir y se demuestra que la cultura inquisitorial no es “invencible” y que la tecnología favorece a los principios de agilidad y transparencia del sistema, permitiendo asegurar la información dejando que el litigio fluya con rapidez y profundidad.
46. **El “descubrimiento” de la dimensión organizacional y su impacto en las prácticas.** Ambas baterías de medidas, las propias de la oralización de todo el proceso y las tendientes a la desburocratización de la investigación, ponen en evidencia que el mayor problema no se encuentra en las reglas procesales sino en los *modelos de organización*. La doctrina procesal tradicional, e incluso el pensamiento en general sobre los sistemas judiciales, le había prestado poca atención al problema organizacional. Se hablaba, en el mejor de los casos, de leyes orgánicas, pero siempre en un sentido estrictamente normativo y secundario. De hecho, en nuestra región el modelo de organización de la justicia permanecía inalterable desde la época colonial y los juzgados, fiscalías y defensorías aumentaban de número, pero seguían atadas a un modelo celular donde cada juez o titular de la oficina era el jefe de un equipo de personas que acompañaban su ritmo y su tarea mediante una asignación de tareas que con el tiempo terminó siendo una delegación

de las funciones más importantes en empleados y secretarios. Este modelo *celular*, por otra parte, formalizaba en extremo las relaciones con otros segmentos de la organización, de tal manera que toda nueva forma de estructuración por procesos de trabajo y no por grupos de trabajo, se volvía imposible. La segunda generación de reformas pone en el centro de la discusión los nuevos modelos de organización de las instituciones judiciales, destaca su importancia, muestra como allí se encuentra un gran reservorio tanto de problemas como de soluciones y destaca una idea sencilla pero determinante para el futuro del proceso de reforma: *cada institución debe tener su propio modelo de organización*. No es posible que la organización de los fiscales y de los defensores sea *refleja* de la organización de los jueces; cada una de ellas tiene objetivos y reglas de funcionamiento diferentes y por ello debe diseñar patrones de funcionamiento distinto. De este modo nace en la región una nueva preocupación por el problema de las distintas organizaciones que interactúan en el campo de la justicia penal.

47. **Nuevos modelos de organización para el ministerio público fiscal.** Ese carácter reflejo se manifestaba en las organizaciones de fiscales de un modo extremadamente nocivo. No sólo el tipo celular de oficinas dificultaba el trabajo en equipo y la unidad de actuación propia del Ministerio Público Fiscal, sino que provocaba una segmentación entre fiscales de primera instancia, de juicio, de impugnación, totalmente ineficiente y rígida. Eso generaba estancamiento y dificultaba la planificación y organización del trabajo con criterios de eficiencia. Frente a ello comienza el diseño de organizaciones del Ministerio Público por procesos y flujos de trabajo (atención primaria, respuestas rápidas, investigaciones comunes, complejas, especializadas, etc.) rompiendo la idea de Fiscalía como célula cuasi-autónoma, diseñando nuevos métodos de trabajo, una integración de profesionales de distinto tipo, provocando integraciones verticales y horizontales, etc. Al mismo tiempo, la toma de control sobre los elementos de la organización permite la planificación del trabajo, una supervisión y control de gestión más aceptados y la generación de una variedad de respuestas que con el modo celular son imposibles de lograr. Por otra parte, en tanto se trata de una organización más compleja se comienzan a desarrollar nuevas formas de gerenciamiento y de conducción de toda la organización que cambian la idea de tradicional de jefaturas y direcciones dentro del Ministerio Público. Se instala, pues, una nueva manera de pensar sobre el tipo y la calidad del trabajo de los fiscales y el modo como ese trabajo debe ser acompañado por nuevas formas de conducción.

48. La nueva organización de la judicatura penal. Pero dado que uno de los ejes centrales de las reformas de segunda generación consiste en la utilización de la audiencia oral y pública como método general de trabajo en todo el procedimiento, se vuelve imperioso modificar el tipo de organización judicial (en sentido estricto, como organización de los jueces) para que el sistema pueda fluir y realizar toda esa cantidad de audiencias. Ello pone en crisis aún más el modelo celular de organización de los juzgados. Aparecen así los despachos colectivos o Colegios de Jueces que cambian la relación entre el trabajo del juez y los trámites. Lo que se busca es que la organización permita que el juez haga su trabajo totalmente en la sala de audiencia (salvo la redacción de algunas sentencias o resoluciones más complejas) y que todos los trámites necesarios para ello, así como la organización y registro de esas audiencias y la consecuente atención al público y los litigantes quede en manos de una oficina única que ha recibido el nombre de Oficinas Judicial u Oficinas de Gestión de Audiencias o Despachos unificados. Este modelo, cuya descripción es simple, produce una ruptura en la cultura de trabajo de los jueces ya que los lleva directamente al litigio público, a la fundamentación oral y evita de modo radical toda delegación de funciones. En la fuerza de este modo sencillo de organización reside también las dificultades de su puesta en marcha con jueces reactivos a este cambio tan profundo de modo de ejercer su judicatura.

49. Debates alrededor de la organización de la defensa pública. Algo similar ocurre con la organización de los defensores públicos. De todas las organizaciones del sistema de la justicia penal la defensa pública era la que más provechosamente había crecido y ese crecimiento constituía en sí un logro dada la situación de precariedad de la que se partía. Además, el solo hecho de contar con una institución más fuerte que podía respaldar el trabajo de los defensores era un avance en el diálogo y la interacción con instituciones tradicionalmente fuertes como la policía y la creciente fortaleza del Ministerio Público Fiscal. No obstante, cuando los sistemas procesales aumentan la cantidad de audiencias públicas, en particular en las etapas preparatorias del juicio, comenzó a generarse tensiones en las organizaciones de defensores, producto de demandas más fuerte de participación directa en esas audiencias y de la rigidez de la orientación hacia sectores pobres que sigue manteniendo el sistema de justicia penal lo que no permitía a las defensas públicas equilibrar su trabajo con otros segmentos de la abogacía privada. Esas tensiones hicieron nacer la preocupación por nuevas formas de gestión de la organización de la defensa pública, para asegurar

la calidad del servicio, la prontitud de respuesta y el control de una demanda creciente. Por otra parte, comienzan a evidenciarse que las relaciones entre la defensa pública y la defensa privada no son tan lineales ni sencillas como pareciera, en particular en países donde la defensa privada penal no tiene un mercado muy desarrollado.

6. La persistencia de problemas anteriores y la aparición de nuevos

50. **Organización judicial y cultura burocrática.** Las reformas de segunda generación acertaron en identificar manifestaciones claras de la tradición inquisitorial que se expresaban como cultura burocrática (cultura inquisitorial) y en diseñar respuestas a esas formas de trabajo que aprovechaban los avances en el cambio de paradigma, pero lo instalaban en un nivel más concreto y cotidiano y no sólo en las dimensiones discursivas del sistema. En esta fortaleza reside su mayor dificultad. Al identificar prácticas ya muy concretas las herramientas de intervención tienen menos potencia que las que tienen las que permiten cambiar el sistema (cambios de Código, por ejemplo). Esa potencia se encuentra todavía en algunas leyes de organización que lograr plantear con claridad un nuevo modelo, pero muchas otras o son genéricas o ya no pueden ser modificadas sino en detalles. En esos casos es necesario instalar nuevos modelos de gestión por medio de prácticas administrativas, decisiones gerenciales, etc. Ello ha vuelto mucho más certero, pero a la vez complejo el trabajo de conducción de los procesos de cambio. Al acercarse a la cultura burocrática sus métodos de intervención obligan a utilizar mecanismos que generen mayor adhesión de los miembros de esa cultura y ello puede implicar situaciones difíciles de resolver en el corto plazo. Las relaciones entre el empuje “externo” a la organización y la indispensable “adhesión interna” para que la cotidianeidad se acerque a lo diseñado obliga a múltiples equilibrios que muchas veces le quitan claridad al proceso de cambio o directamente han provocado la persistencia de problemas o la aparición de nuevas manifestaciones de los mismos o de otras disonancias.
51. **La organización a mitad de camino: problemas de la ingeniería institucional.** Lo dicho anteriormente se manifiesta en los problemas de reingeniería institucional. Como señalamos, pocas veces se puede volver a diseñar completamente la organización y cuando así ocurre también hay que adaptar el modelo organizacional que se ha dejado de lado. Nadie trabaja sobre una “tabula rasa”. Muchas organizaciones, en consecuencia, se han quedado a mitad

de camino. Se tiene un sistema por audiencias, pero se resiste el Colegio de jueces. Se quiere el Colegio de jueces, pero no se acepta las reglas de las oficinas judiciales centralizadas. Se acepta la Oficina Judicial centralizada pero los jueces quieren seguir teniendo el control de algunos de sus empleados. Los fiscales aceptan organizarse bajo nuevas formas, pero dentro de esas formas quieren mantener el trabajo individual propio de las organizaciones celulares. Los defensores entienden que la oralización del proceso les da cargas de trabajo nuevas, pero se resisten a modificar sus modos tradicionales de preparar el caso. En fin, nadie podría decir que no se ha abierto un nuevo camino de reingeniería institucional en la región, pero también reconocería las dificultades, falta de "racionalidad", falta de conocimiento y dirección que entorpecen ese proceso. Esa reingeniería "a medias" que caracteriza en gran medida el estado actual de la reforma en América Latina provoca problemas en los tipos de respuesta que reclama la sociedad con insistencia y urgencia.

52. **Eficacia y control de la criminalidad. los vínculos en la justicia penal y el sistema de seguridad.** Posiblemente la relación más traumática se esté manifestando entre los problemas de seguridad de las poblaciones y las respuestas de la persecución penal. Pese a que los Ministerios Públicos han hecho esfuerzos para modificar algunas de sus prácticas e, incluso, han aumentado y mejorado las relaciones con las Policías, la situación creciente de reclamos por la inseguridad, la persistencia como un problema de agenda pública, las crisis propias de otras instituciones, como las policiales, las encargadas de los programas de prevención, las vinculadas al control de fronteras, cuando no la militarización de la seguridad interior, provocan nuevas tensiones en el sistema de persecución penal que no sólo no están resueltas sino que todavía no tienen un marco de análisis y trabajo adecuado. En algunos casos, los fiscales buscan refugiarse en un nuevo aislamiento que llega a sostener que su trabajo nada tiene que ver con los problemas de seguridad, como si el aumento o disminución de la criminalidad nada tuviera que ver con ellos. En otros casos se relacionan con el problema de un modo simplista o francamente demagógico, prometiendo fácilmente castigos que luego son desmentidos por la realidad, contribuyendo a aumentar la desconfianza de los ciudadanos en el sistema de justicia penal. Las relaciones entre el sistema de persecución penal y el sistema de seguridad no están todavía claras y menos aún son armónicas y equilibradas, ello genera un problema de eficacia en el control de la criminalidad y en la confianza pública que constituye aún uno de los más graves problemas a resolver.

53. **¿Y la víctima? la aparición de nuevas formas masivas de victimización.** Tal como señalamos previamente, progresivamente van emergiendo fenómenos masivos de victimización. No sólo porque ampliamos el concepto de víctima sino porque graves fenómenos de violencia que estaban total o parcialmente invisibilizados (como la violencia a la mujer o a ciertas minorías, etc.) van ingresando a la agenda pública de la mano de sectores militantes que han tenido éxito en llamar la atención pública o modificar la sensibilidad social. Las reformas de segunda generación no han logrado modificar todavía de un modo significativo el tratamiento de las víctimas por parte del sistema de justicia penal. Es cierto que se han ampliado sustantivamente los programas y, en algunos casos, y respecto de ciertos delitos, ese aumento es muy significativo, pero todavía no es suficiente. Ya sea porque el diseño de los programas propios del Ministerio Público Fiscal es todavía deficiente o escaso en recursos o porque la indispensable integración con áreas de la Administración es todavía muy endeble o porque no se han consolidado aún las reglas de prioridad y tratamiento de casos masivos (como sucede con la violencia doméstica) lo cierto es que es un problema de arrastre que no ha sido solucionado todavía. Ello obliga a una reflexión muy profunda y a una actividad de ingeniería muy imaginativa para dotar a las organizaciones judiciales de mayor capacidad de actuación. Una parte importante de la legitimidad en el futuro se jugará en este andarivel.
54. **El abuso de la prisión preventiva. la búsqueda de una nueva agenda.** El tiempo pasa y el uso de la prisión preventiva sigue mostrándose como una variable difícil de mover. La doctrina constitucional que se elaboró en la primera etapa de las reformas significó un paso adelante, pero no logró frenar el abuso; la oralización del control de detención ha significado otro paso adelante, pero tampoco logra frenar el abuso, aunque ha obligado a un debate que antes no se daba y ha puesto en evidencia mucha de la arbitrariedad de las decisiones. Las condiciones carcelarias mejoran muy lentamente o directamente empeoran. Se hace difícil encontrar una sola causa que justifique ese abuso. Al igual que como ocurre con la inflación en el sistema económico, se la puede expresar con un índice individual, pero en realidad a través de ella se expresan una multiplicidad de variables que debemos estudiar en su conjunto para poder actuar también de un modo integral. El control temporal propio tanto de la primera como de la segunda generación de reformas, ha generado avances, pero aún no es suficiente. En la medida en que los jueces se han apropiado de esos plazos y comenzado a generar plazos judiciales más estrictos, acabando con la idea

de que la prisión preventiva es algo así como un “estado procesal” que implica un reconocimiento mayor de sospecha, fuerza a los acusadores a tomarse más en serio su dictado. Pero en términos generales se puede decir que todavía no hemos encontrado una forma de encarar este problema que sea suficientemente satisfactoria y por ello se debe entender la capacidad de comprender y operar sobre el fenómeno de tal manera que una política permanente de uso restrictivo sea posible. En esta, como en otras tantas dimensiones de nuestros problemas, sigue siendo una debilidad central la falta de información y de investigaciones empíricas.

55. Descontrol en las salidas alternativas. Los nuevos sistemas procesales penales se caracterizan, como hemos explicado, por un nuevo régimen de la acción penal que supera el viejo modelo de rigidez ficticia y permite el diseño de nuevas políticas de diversificación. Ello ha constituido uno de los grandes avances a la hora de darle a la justicia penal nuevas herramientas para pensar en el conflicto y no meramente en la infracción. La práctica de los sistemas es muy variada y existen aquéllos que los usan profusamente, los que los usan poco y otros que producen muchas salidas alternativas, pero prefieren utilizar mecanismos informales que tienen menor desgaste en la decisión. Por otra parte, en todos ellos se percibe una deficiente planificación de su uso. La decisión de aplicar una forma conciliatoria o la suspensión condicional del proceso a un tipo de casos, rara vez responde a una política clara y determinada, sino que queda librada o a las peticiones de las partes o a la iniciativa personal de cada fiscal. En otros casos, su uso es francamente desalentado sin que se perciba con claridad cuál es la razón político-criminal de ese estímulo. Por otra parte, es muy extendida la falta de supervisión de los acuerdos y condicionalidades impuestas de modo tal que muchas veces la población percibe estas salidas no como algo de alta calidad que procura la solución del conflicto sino como una medida que propende a la impunidad. Todavía no se ha logrado construir una respuesta adecuada a este fenómeno y, en consecuencia, lo que debería ser una herramienta central de la legitimidad de la justicia penal, cumple hoy funciones ambiguas que desorientan a la población.

56. El uso del tiempo. luces y sombras de la flagracia. Finalmente, la falta de una administración racional y transparente del tiempo de la persecución penal y de la actividad judicial lleva a que el sistema busque responder a las demandas de rapidez con instrumentos delicados, tales como son los procedimientos de flagrancias o los procedimientos abreviados por negociación directa. No se trata de rechazar absolutamente estos mecanismos y programas que

pueden resultar positivos en una política de respuestas menores que se compensan con la rapidez de la respuesta. Se puede lograr una reducción de penas que a la vez aumente la confianza social, pero ello requiere un uso inteligente de estas instituciones que no siempre se ha logrado. Por otra parte, muchas veces ellas han fortalecido la tendencia del sistema de justicia penal a concentrarse en el delito callejero, cometido por ciertos sectores juveniles, o a utilizar los procedimientos abreviados como una forma de eludir el juicio o directamente poner en una situación cuasi extorsiva a los defensores. Todo ello continúa siendo un problema que se agrava en la medida de que el contexto de inseguridad es creciente o la percepción de la población es sensible a la impunidad de ciertos delitos. La carencia de una adecuada integración de los sistemas de seguridad y de persecución penal, sumados a las debilidades del planeamiento político-criminal acrecientan la importancia de este problema.

7. Una visión más amplia. La tercera generación de problemas y desafíos

57. **La perspectiva político criminal.** La persistencia de problemas que se vienen arrastrando desde el inicio de la reforma, como su intensificación en algunos casos o la aparición de nuevos problemas producto de la evolución de la cultura social o del cambio de expectativas, sumada la buena experiencia que genero el hecho de ir pensando progresivamente soluciones a esos problemas, de tal manera que los objetivos de la reforma se mantienen o se actualizan, ha llevado a que hoy estemos embarcados en lo que llamamos *reformas de tercera generación*. Ello en varias dimensiones. En primer lugar, se busca *intensificar la dimensión político-criminal del proceso de reforma*, mediante la integración de la política de persecución penal en el marco de un planeamiento democrático de la política criminal. Ello plantea tanto desafíos como nuevos problemas. Integrar a la persecución penal un marco político criminal implica hacer de ella una actividad que utilice inteligentemente los datos de la inteligencia criminal y del análisis del delito. Ello implica un nuevo avance en el relacionamiento con los sistemas policiales y otros organismos del Estado que producen información sobre la criminalidad. Todavía las organizaciones del Ministerio Público Fiscal no se encuentran plenamente preparadas para este tipo de interacción y ni siquiera las reglas procesales nos permiten en todos los casos la flexibilidad necesaria para ello. Pero no alcanza con una *Persecución penal inteligente* es necesario que ella tenga la capacidad de integrarse con

otras dimensiones de la política criminal y de la política de seguridad. La idea de *Persecución penal Estratégica* (PPE) apela a esta necesidad de que cada caso tenga un marco de referencia estratégico y se haga cargo de las consecuencias y de los efectos que produce en términos de control de criminalidad. Ello no se puede lograr sin un salto de calidad en las relaciones entre fiscales y policías de investigación: el planeamiento de un caso con sentido político criminal obliga a un trabajo pensado y meticulado, poco dispuesto a dejarse llevar por las rutinas del trabajo judicial. La aparición de nuevos sectores dentro del Ministerio Público Fiscal dedicados al Análisis del Delito y al planeamiento de la persecución penal constituye hoy una herramienta indispensable para ahondar en este desafío. La carencia de sistemas de información sobre la criminalidad, actualizados e integrados constituye su principal obstáculo.

58. **La perspectiva integral sobre la víctima.** Ya hemos visto como el problema de la víctima atraviesa a todas las etapas del proceso de reforma de la justicia penal. Hoy la conciencia de que es necesario diseñar nuevas formas de intervención que superen en mucho lo que se venía haciendo implica un enorme desafío que interpela tanto a las doctrinas procesales como a la ingeniería institucional. Si se piensa que se trata solamente de aumentar los recursos de los planes que se venían realizando, fundados en paradigmas de asistencia simple a la víctima, posiblemente no se logre mucho. Se trata ahora de construir una alianza estratégica con las víctimas que atravesase transversalmente a toda la organización del Ministerio Público Fiscal. Ello no significa de ninguna manera subordinar la persecución penal a un único sector de víctimas, sino revisar el fundamento mismo de la intervención de los acusadores públicos como gestores de los intereses de los distintos niveles de víctimas, hasta llegar al conjunto de la sociedad victimizada, pasando por distintos niveles que incluyen grupos específicos y comunidades. Ello implica una revisión profunda de los tradicionales programas de protección, orientación y asistencia a la víctima, para imbricar esa perspectiva en la vida cotidiana de toda la organización. En el contexto latinoamericano donde muchos sectores sociales han demostrado una gran eficiencia al enfrentar graves fenómenos de criminalidad (derechos humanos, delitos ambientales, criminalidad económica, corrupción) implica también redefinir las relaciones de colaboración entre acusadores públicos, sociales y particulares, ampliando el concepto tradicional de legitimación para actuar en el proceso penal.

59. **Salidas alternativas y gestión de los conflictos.** La integración de lo específicamente penal en el contexto del conjunto de herramien-

tas de gestión de la conflictividad que debe construir una sociedad constituye otro desafío que promueve nuevas ingenierías organizacionales y prácticas de trabajo. Por una parte, para poner en práctica el carácter excepcional y restrictivo del poder penal y ponerle un freno a la inflación penal, pero, por otra parte, para dotar a la sociedad de nuevas herramientas que le permitan ser protagonista de la gestión cada vez más compleja de la conflictividad y de compromiso con la prevención de la violencia. Ello obliga a una base conceptual y política más amplia, donde el concepto genérico de gestión de los conflictos debe convertirse en el eje articulador de todo un sistema y de una política que termina –y no empieza– en el uso del poder penal. Desde el punto de vista de la reforma ello implica volver a pensar las herramientas para darle mayor calidad y cantidad a la política de diversificación de respuestas e integrarlas en el conjunto de actividades sociales vinculadas a esa conflictividad. Eso sólo se puede lograr con un acercamiento intenso hacia la vida e institucionalidad local, lo que impacta en los modelos de organización judicial. Las nuevas oficinas de medidas alternativas (OMAS) aparece como una herramienta necesaria, pero que no agota la necesidad de pensar este tema con un marco conceptual y práctico más amplio.

60. **Una defensa penal de mayor calidad.** La experiencia histórica y aún la realidad actual muestra que no se debe debilitar nunca la mirada sobre las garantías individuales. Menos aun cuando el Estado adquiere cada día con mayor velocidad instrumentos de intervención en la vida privada de los ciudadanos, casi impensables para una generación anterior. No sólo la tecnología de vigilancia e interceptación de las comunicaciones, sino la acumulación de datos en bases inmensas, el uso de medios de comunicación a disposición del propio Estado y la manipulación de las expectativas masificadas de la sociedad, nos deben mantener en permanente alerta. Los jueces no siempre tienen el poder de frenar estos avances y es bastante sencillo erosionar su legitimidad social. El fortalecimiento permanente de las defensas públicas aparece como una herramienta idónea más no suficiente. Es necesario fortalecer todas las instancias de defensa de la persona y asegurar la independencia de las profesiones dedicadas a ese menester. De allí que la autonomía de la defensa pública y su integración –y no aislamiento– del ejercicio privado o social de la abogacía independiente constituye un programa permanente de acción. La ampliación del concepto de defensa de esas garantías al mundo carcelario y la expansión de los mecanismos de control de las nuevas formas de tortura que se dan en particular en el contexto carcelario constitu-

yen elementos básicos de una actualización de las viejas ideas de la reforma a los requerimientos del presente.

61. **La búsqueda de nuevas relaciones con la sociedad.** Finalmente se debe actualizar el pensamiento y la acción acerca de cómo construir poder para los jueces. La independencia judicial necesita poder y legitimidad y ello se construirá si generamos las condiciones para un nuevo diálogo con la sociedad que supere el aislamiento, a veces petulante, que mantiene el sistema judicial con la sociedad en general. Las nuevas formas de participación ciudadana, en particular los sistemas de jurados, las nuevas políticas de comunicación de las instituciones judiciales, una revisión profunda del modo como se escriben y pronuncian las sentencias, la descentralización que permite acercar a los jueces a la vida comunal, un uso extensivo y serio de la publicidad, la toma de conciencia de que la sala de audiencia y el litigio público son grandes herramientas de gobierno y otras medidas semejantes constituyen hoy un programa completo que permite repensar la actividad de los jueces en el nuevo contexto de sociedades diversas, complejas, democráticas, con altas exigencias de participación, sensibles frente al abuso, pero también atravesadas por nuevas y viejas formas de abuso y privilegios, de poderes concentrados y de manipulación de la opinión pública. En este contexto, la idea de *democratización de la justicia* aparece como el nombre genérico de todo un programa de investigación y acción destinado a repensar las bases políticas, institucionales y prácticas del Poder Judicial en el contexto de las nuevas sociedades complejas, de la democracia inclusiva y las tensiones modernas que se producen dentro de los sistemas republicanos sometidos al imperio de la ley. Todo ello nos debe empujar a intensificar la preocupación intelectual, política y práctica sobre los sistemas judiciales en general y en particular sobre la justicia penal, espacio social y político en el que se juega el uso de los instrumentos violentos del Estado.

8. Conclusiones

62. El recorrido que he tratado de mostrar, simplificado para una lectura no especializada y limitado por el espacio de un ensayo, busca señalar la vitalidad del proceso de reforma de la justicia penal, que ha sabido enfrentarse a problemas crecientes, sin torcer el rumbo, pero sin quedarse estancando en soluciones simplistas. Ha sabido, también, reconocer que muchos problemas no se resolvían con los instrumentos diseñados y era necesario volver a diagnosticar y construir nuevas respuestas a nuevos problemas o a problemas

persistentes. Este dinamismo es lo que le ha dado capacidad de permanecer en el tiempo, construir adhesiones en distintos sectores sociales y mantener un espíritu crítico que no ha cesado ni debe cesar. Un proceso de cambio profundo que no tiene capacidad de reconocer los problemas que no logra resolver o que aparecen, a veces como resultado de la propia intervención de ese cambio, pronto quedaría atado a una época o a una batería más pequeña de instrumentos. No ha sido esa la historia de la reforma de la justicia penal y nada más demostrativo que el hecho de que a lo largo de las décadas hasta el presente, nuevos países se han sumado al cambio de paradigma que la reforma propuso desde el inicio.

63. Mantener este espíritu no es tarea fácil ni automática. Implica generar instituciones con capacidad de revisar su propio desempeño y sus prácticas; implica renovar agendas de investigación y enseñanza, renovar lenguajes y perspectivas y mantener un diálogo abierto con los sectores políticos que deben canalizar las demandas insatisfechas de la sociedad. Existen buenas razones para que la sociedad todavía se encuentre insatisfecha con los resultados de la justicia penal, pero ello no se resuelve convirtiendo a esa demanda en una apelación mágica o dando respuestas demagógicas. Es exigible a las nuevas generaciones de técnicos y políticos que conozcan y comprendan los esfuerzos que se vienen realizando desde hace casi tres décadas, para que puedan diseñar las nuevas herramientas de trabajo sin volver a repetir los errores del pasado o para que lo hagan conociendo la profundidad de los problemas. La ingeniería institucional en América Latina no es una tarea sencilla porque debe lidiar con fuertes tradiciones que operan sobre la burocracia o los grupos profesionales, tales como la abogacía. Enfrentar esas tradiciones implica, nada menos que construir nuevas culturas burocráticas y profesionales, algo que nadie puede pensar que se pueda desarrollar en poco tiempo.
64. Finalmente, hay tareas que han quedado pendientes desde un inicio: quizás la más notoria es la renovación de la enseñanza del derecho. Pero no se puede explicar la resistencia a ese cambio por simple descuido. Hay algo más profundo en el modo como formamos a los abogados y el modo como construimos el saber jurídico en la Escuelas de leyes que todavía necesita ser esclarecido. En este sentido la justicia penal es dependiente de cambios que se deben dar en otras áreas del derecho (pienso antes que nada en todo lo relativo al derecho procesal civil) que hoy marchan por otros caminos. Sin embargo, el saber jurídico siempre se ha producido desde las necesidades profesionales y sostener en el tiempo los

cambios que viene llevando adelante la justicia penal, tarde o temprano, influirá de un modo determinante sobre el programa de enseñanza. La otra gran tarea pendiente consiste en dotar a estos procesos de cambio de una base empírica más sólida. La experiencia muestra que no es tan sencillo como parece, nos encontramos con un campo necesitado de muchas más investigaciones que las que se vienen realizando y que apunta a resolver grandes demandas sociales; sin embargo, todavía no se ha logrado consolidar un programa de investigación de largo aliento y gran envergadura. Pronto, ya tendremos que dejar de hablar de “reforma de la justicia penal” para hablar simplemente de “justicia penal”: ello no debe significar el abandono de la posición crítica y del continuo ajuste del sistema penal frente a demandas sociales cambiantes, formas de criminalidad que mutan y la esclerosis interna que todos los sistemas burocráticos deben afrontar. La experiencia de todos los países, en particular los que llevan ya siglos de funcionamiento de sus sistemas acusatorios, demuestra que nunca y bajo ninguna circunstancia debemos dejar de prestar atención al funcionamiento real de esos sistemas, para ajustar el cumplimiento de los objetivos político criminales, pero también, y en gran medida, para fortalecer la defensa de las libertades públicas siempre amenazadas por el poder penal. Para todas estas tareas, que América Latina haya abandonado el paradigma inquisitorial, aunque todavía ello sea una tarea inconclusa e imperfecta no deja de ser una buena noticia y un logro sin precedentes.

9. Bibliografía

- BINDER, Alberto Martín, *La lucha por la legalidad*, Buenos Aires: Ediciones del Instituto/INECIP, 2001.
- BINDER, Alberto Martín, “La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República”, *Política Criminal Bonaerense*, año I, número I, 2004, pp. 230/258.
- BINDER, Alberto Martín y Jorge, OBANDO, *De las “repúblicas aéreas” al Estado de derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.
- BINDER, Alberto Martín, *Política Criminal: de la formulación a la praxis*, Buenos Aires, Ad. Hoc, 1997.
- BINDER, Alberto Martín, *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad. Hoc, 2002.
- BINDER, Alberto Martín, *La cultura jurídica. Entre la innovación y la tradición*. Salamanca, Fundación de Universidad de Salamanca, 2007.

- BINDER, Alberto Martín, *Derecho Procesal Penal. Tomo I*, Buenos Aires, Ad. Hoc, 2012.
- BLAU, P.M., *La Burocracia en la Sociedad Moderna*, Buenos Aires, Paidós, 1971.
- BOURDIEU, Pierre y Teubner, GUNTHER, *La fuerza del derecho*, Bogotá. Siglo del Hombre editores, 2000.
- BOURDIEU, Pierre y Loic WACQUANT, *Respuestas por una antropología reflexiva*, México, Grijalbo, 1995.
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, Bogotá, Themis, 1997.
- CROZIER, Michel, *El fenómeno burocrático*, Buenos Aires, Amorrourtu, 1969.
- DAMASKA Mirjan R., *The faces of Justice and State Authority, A Comparative Approach to the legal Process*, New Haven, Yale University Press, 1986.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar*, México, Siglo XXI, 1976.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*. México, Gedisa, 1986.
- GOLDSTEIN, Abraham S., *Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure*, Stanford Law Review, Vol 26, 1974.
- LANGER, Máximo, "Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano", *Difusión de ideas desde la periferia*, Santiago de Chile, CEJA, 2007.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. I Fundamentos*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2002.
- MERRYMAN, John, H., *La tradición jurídica romano-canónica*. México. FCE, 1979.
- OTS Y CAPDEQUÍ, José María, *El Estado Español en Indias*, México, FCE, 1968.
- PÁSARA, Luis, *Una Reforma Imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*, México. UNAM, 2015.
- SQUELLA, Agustín N., (ed.), *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1994.
- TARELLO, Giovanni, *Cultura Jurídica y política del derecho*, México, FCE, 1995.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Política criminal latinoamericana: perspectivas. Disyuntivas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1982.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal", *Direito Criminal*, Belo Horizonte, 2000.

El andamiaje para la transformación de la justicia penal mexicana

DRA. YESENIA GUADALUPE CRESPO GÓMEZ*

Sumario

1. Las bases de la reforma en la justicia penal
2. Los derechos humanos y el cambio en el proceso penal
3. Las garantías judiciales o debido proceso en México
4. La unificación procesal en materia penal

1. Las bases de la reforma en justicia penal

La transición que se está dando en el sistema de justicia penal; se inició formalmente con la reforma constitucional que fue publicada mediante decreto en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008¹ y que modificó diversas disposiciones relativas al proceso penal para transformar desde sus cimientos el sistema tradicional imperante que consiste en un sistema mixto con tendencia inquisitiva, y que con independencia de las deficiencias que por décadas presentó, sigue parcialmente vigente en tanto desaparece paulatinamente.

El sistema tradicional mexicano fue preponderantemente inquisitivo, con prevalencia de la escritura, y desafortunadamente con principios que no se cumplían íntegramente; sin embargo no basta con la transformación de un modelo de justicia por otro, sin atravesar por fases de prueba y error; la sociedad no puede ser vista como laboratorio experimental para probar sistemas o leyes, sino que estas se deben crear acorde a las necesidades específicas: culturales, sociales, económicas e incluso políticas de cada nación.

* Profesora investigadora de Tiempo Completo en la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades, de la Universidad Juárez Autónoma del Estado de Tabasco, miembro del Sistema Nacional de Investigadores y perfil deseable PRO-DEP. yesecres@hotmail.com

¹ “Constitución Política Concordada”, Compilación de amparo y penal federal, México, 34° ed., Carro editorial, 2012.

No hay sistemas perfectos, sino perfectibles y en ese tenor aun hoy en día la justicia sigue estando lejos de ser pronta y expedita, no basta con crear criterios de oportunidad, salidas alternas o mecanismos alternativos de solución de conflictos, sino realmente de impartir justicia y esta no necesariamente se logra al cerrar una carpeta, sino al garantizar a las partes su derecho al acceso a un verdadero sistema garantista que pondere ante todo la primacía de los bienes jurídicos que protege y por supuesto los derechos humanos que emanan de la persona.

Aun hoy en día seguimos con un sistema de justicia que está lejos de ser cumplir todos los fines que se en el proceso penal se deben salvaguardar, sigue existiendo rezagos en la integración de carpetas y descredito por parte de la ciudadanía en cuanto a la operatividad de los procesos, ningún sistema nace perfecto, pero se esperaban mejores resultados desde su inicio.

Si bien es cierto el sistema tradicional, distó y dista (los asuntos iniciados en el sistema tradicional, deberán concluirse en el mismo) de ser un modelo que debiera seguir vigente, los beneficios del nuevo sistema, todavía no se reflejan en la realidad mexicana, se han tenido avances, y sin duda se seguirán teniendo, pero de forma paulatina, conforme se vaya integrando no solo en la cultura jurídica de los operadores, sino de la propia sociedad.

El desgaste del modelo tradicional justifica la transformación que inició desde el 2008, centrándose no solo en cambiar la cultura jurídica del país y resolver la problemática en la impartición de justicia, sino de operar en estricto apego a los derechos humanos y en cumplimiento de los tratados internacionales. Sin embargo, debemos tener presente que no basta con un cambio de sistemas para resolver todos los problemas que aquejan en la procuración e impartición de justicia, ya que el nuevo sistema no puede visualizarse como la panacea que todo resuelve, y los retos a afrontar son varios empezando con los esquemas de capacitación de quienes ya lo operan, las instalaciones adecuadas para todos los estados, incluidos los municipios.

Otro de los aspectos a observar es la constante modificación normativa que se presenta, si bien es cierto el derecho es dinámico y constante, las reformas deben obedecer a la realidad social y a las políticas públicas que se fijan para combatir y afrontar los fenómenos delictivos y su evidente procesamiento; por ello se requieren verdaderos estudios científicos en el área del derecho, que analicen la realidad y que busquen soluciones a los problemas que se enfrentan en este cambio de sistemas, porque no basta con reformar las normas, el verdadero reto es concretarlas en la realidad jurídica mexicana y que cumplan con los objetivos para los cuales fueron diseñados.

De entrada existe una gran responsabilidad para el Poder legislativo y los órganos implementadores en cuanto a la armonización y adecuada concreción de la implementación se refiere. Por ejemplo al difundir los llamados juicios orales, estamos refiriéndonos solo a una etapa del sistema o a una de sus características, pero no contextualizando todos sus componentes y las figuras procesales que lo integran; lo que genera una información parcializada del sistema y que cuando los procesos no llegan a la etapa de juicio oral (por utilizarse algún criterio de oportunidad, mecanismo alternativo de solución de conflictos o bien, un procedimiento abreviado), pueden traer como consecuencia que las partes y la sociedad piensen que no se aplica adecuadamente la justicia; o peor aún, confundir la oralidad con juicio oral, cuando de nada serviría la primera sin el adecuado conocimiento del sistema, la estructura y dinámica de sus audiencias y por supuesto la motivación y fundamentación en cada uno de los argumentos empleados. Por ello, la importancia de la adecuada difusión, capacitación y operación del sistema, es vital para su funcionamiento.

Asimismo no debemos descartar los beneficios que trae aparejado este cambio de sistema, y que es propio de un Estado democrático de derecho, que promueve en su carta fundamental el respeto y protección de los derechos humanos; sabemos que los resultados no serán inmediatamente percibidos, estos también serán graduales, pero debemos avanzar sin lugar a dudas en trabajar para concretarla, máxime atendiendo a lo establecido en el decreto de la reforma del año 2008, que señala como fecha límite para que entre a operar el nuevo sistema en todo el país el 18 de junio de 2016, así como la transición jurídica que esto implica, que se aborda en estos momentos incluso desde los programas de estudio de las universidades.

2. Los derechos humanos y el cambio en el proceso penal

Sin lugar a dudas en esta última década se han producido verdaderas reformas al sistema de justicia mexicano que impactan a todas las áreas del derecho y que siguen en proceso de implementación no sólo en cuanto a su aplicación e interpretación, sino al cambio en la cultura jurídica. Al respecto y a juicio particular, la reforma que se gestó en el año 2011 definió por fin la importancia para México de seguir dentro de sus directrices y políticas públicas, la inclusión de los derechos humanos; y por ello, la trascendencia al plasmarlo en el texto constitucional al cambiar la denominación del capítulo I, que pasó de ser de *las garantías individuales*,

a la ahora denominada *de los derechos humanos y sus garantías*,² haciendo hincapié en el texto constitucional, la obligatoriedad de su cumplimiento y la protección por el Estado mexicano para su consagración.

Pero también es menester, enfatizar, que la carta magna en el artículo 133 ya establecía la obligación de México en el cumplimiento de los tratados internacionales de los cuales fuese parte, lo cual resulta lógico si tomamos en consideración lo dispuesto por la Ley sobre la celebración de tratados se publicó en 1992,³ y que establece en el artículo 2 que *...de conformidad con la fracción I del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados deberán ser aprobados por el Senado y serán Ley Suprema de toda la Unión cuando estén de acuerdo con la misma, en los términos del artículo 133 de la propia Constitución...* es decir, que si los tratados cumplen con los requisitos formales ya enunciados, se consideran Ley suprema en el país, al ser parte del esquema de supremacía constitucional, en el cual encontramos a la propia constitución, a los tratados internacionales suscritos y ratificados por México y a las leyes federales emanadas de la constitución.

Ahora bien, una clara realidad es que fue necesario insertar en la letra de la ley, la obligatoriedad que tienen las instituciones que conforman nuestro Estado de garantizar por conducto de sus representantes, la protección y salvaguarda de los derechos humanos para todas las personas sin distinción alguno, para que puedan ejercer libremente sus derechos u obligaciones; asimismo, se pretende que con estos cambios jurídicos, los ideales como justicia, seguridad, bien común y demás satisfactores indispensables para la sana convivencia, puedan concretarse plenamente.

Por lo anterior, esta transición en materia de derechos humanos, sumada a la del 2008 en materia de justicia penal, ha permitido definir los parámetros que requerimos alcanzar para la concreción del debido proceso en materia penal, y la transición de un sistema mixto con tendencia inquisitiva, a un sistema mixto de corte acusatorio; o como muchos enuncian, adversarial; esto sin lugar a dudas debido a la necesidad de garantizar que las partes involucradas en el proceso, gocen de los derechos y principios contenidos en la constitución y los tratados in-

² “Diario Oficial de la Federación”, Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 10 de junio de 2011, véase en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011, consultado el 26 de marzo de 2015.

³ “Ley sobre la celebración de tratados”, Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, consultada el 02 de octubre de 2015.

ternacionales aplicables en la materia, a fin de que pueda garantizarse el irrestricto respeto a los derechos humanos de los involucrados y el acceso eficaz a la justicia.

Dentro de los procesos del orden penal, es una obligación para las autoridades, velar porque los principios consagrados en la carta magna se cumplan, respetando la legalidad en el proceso, así como los derechos del imputado y de la víctima u ofendido; en sí, de todas las partes involucradas; pues sólo cuando todas las partes intervinientes en los procesos penales ajusten sus actuaciones a los requerimiento de la ley, se podrá tener la certeza de que los derechos humanos de las víctimas, ofendidos o imputados, han prevalecido y se han garantizado durante el proceso.

Otro aspecto importante de resaltar, es que la reforma en materia de derechos humanos, impactó a todo el Estado, sus instituciones, al derecho en general, pues no hay una sola área en la cual, no se tenga la obligación de su observancia y cumplimiento, tal y como lo sostiene la Suprema Corte de Justicia en la siguiente tesis:

DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE PROTEGERLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de protegerlos. Ésta puede caracterizarse como el deber que tienen los órganos del Estado, dentro del margen de sus atribuciones, de prevenir violaciones a los derechos fundamentales, ya sea que provengan de una autoridad o de algún particular y, por ello, debe contarse tanto con mecanismos de vigilancia como de reacción ante el riesgo de vulneración del derecho, de forma que se impida la consumación de la violación. En este último sentido, su cumplimiento es inmediatamente exigible, ya que como la conducta estatal debe encaminarse a resguardar a las personas de las interferencias a sus derechos provenientes de los propios agentes del Estado como de otros particulares, este fin se logra, en principio, mediante la actividad legislativa y de vigilancia en su cumplimiento y, si esto es insuficiente, mediante las acciones necesarias para impedir la consumación de la violación a los derechos. De ahí que, una vez conocido

el riesgo de vulneración a un derecho humano, el Estado incumple su obligación si no realiza acción alguna, sobre todo, porque, en el caso de sus propios agentes, está obligado a saber todo lo que hacen.⁴

Si analizamos la interpretación que la Corte nos da al respecto, se reitera la importancia para el Estado mexicano a través de las autoridades facultadas para ello, de respetar, garantizar, proteger y asegurar la protección de los derechos humanos para todos los habitantes del Estado mexicano, sean nacionales o no, porque no debe ser una protección limitativa en ningún sentido, sino extensiva a cualquier persona que se encuentre en el territorio nacional y bajo el amparo de nuestras leyes; todos los servidores públicos quedan sujetos a dicha obligación de protección a los derechos humanos, pero es de resaltarse que esta tesis incluso prevé la protección de los derechos fundamentales frente a particulares.

Por ello, la inclusión en el texto constitucional del capítulo específico de los derechos humanos ha sido un avance para la justicia en México, quizá el mayor en el último siglo; no obstante, sigue siendo por sí solo insuficiente, pues no hay que perder la objetividad y tener presente que para que una reforma sea realmente funcional, el aparato de justicia debe funcionar integralmente y todas sus piezas y engranajes trabajar al mismo ritmo y con los mismos lineamientos y en ello radica una parte esencial para el sistema jurídico mexicano, incluida la interpretación, aplicación, respeto y protección de los derechos humanos.

Asentando incluso ya desde la interpretación jurisprudencial que entre las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución, no existe una relación de jerarquía; es decir, se encuentran al mismo nivel, pues ambas conforman el catálogo de derechos humanos válidos y obligatorios para nuestro Estado y que funcionan como parámetro de regularidad constitucional;⁵ o bien, como otro medio más de control de constitucionalidad.

⁴ Esta tesis se publicó el viernes 20 de febrero de 2015 a las 09:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 23 de febrero de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013, véase en: <http://200.38.163.178/SJFSem/Paginas/SemanarioIndex.aspx>, consultado el 27 de abril de 2015.

⁵ El término parámetro de regularidad constitucional es el que mayor aceptación tiene, incluso por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En la doctrina se le ha llegado a identificar también como bloque de constitucionalidad; con independencia de la enunciación, corresponde a las normas supremas que estamos obligados a invocar en materia de derechos humanos, para lograr una interpretación sistemática, armónica y que favorezca en todo tiempo a la persona.

En este sentido se puede hablar de una interpretación progresista y evolutiva, en el que se impone la aplicación del principio *pro persona*, favoreciendo la protección más amplia de derechos para las personas; sin embargo, no podemos pasar inadvertido que también ha sido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien ha dejado claro que su criterio es que prevalezca el texto constitucional, cuando exista una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano; criterio por demás polémico, prevaleciendo así, de forma expresa y primigenia, los derechos o restricciones a los mismos establecidos en la Carta Magna.

Afortunadamente en materia de interpretación nada es permanente y tratándose de derechos humanos y los principios que traen aparejados, solamente pueden entenderse en un sentido evolutivo y que poco a poco cambiaran la forma de operar el sistema de justicia penal en el país.

3. Las garantías judiciales o debido proceso en México

A decir de Bustamante Alarcón, se entiende el debido proceso como el conjunto de reglas procesales de obligatorio cumplimiento que regulan un procedimiento para que sea válido (por ejemplo la prohibición de indefensión, motivación de resoluciones, igualdad de las partes, juez imparcial, entre otros)⁶ de lo que se colige lo señalado en líneas precedentes, que con independencia de la materia o área del derecho que enunciemos, para su tramitación o proceso, se deben atender a las reglas que lo rigen.

En palabras del reconocido procesalista Héctor Fix-Zamudio, el debido proceso legal, es el conjunto de condiciones de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados.⁷ En esta acepción es evidente la importancia de este conjunto de reglas, condiciones o disposiciones que contienen las leyes para guiar los procesos que se diriman, en virtud de que como bien sostiene el Dr. Fix-Zamudio, la trascendencia de los mismos estriba en que en el resultado final, el gobernado puede ser afectado de sus derechos; o bien, defenderse con esas mismas reglas o condicionantes, puesto que operan en forma bilateral Estado-gobernado, o gobernado-gobernado, dependiendo por supuesto de su ámbito de aplicación, ya sea parte del derecho público, o del derecho privado.

⁶ Citado por ZAMORA GRANT, José, "Justicia penal y derechos fundamentales", México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 114.

⁷ Ídem.

Zamora Grant, lo define como *principios procesales de fundamento constitucional para la consecución de un juicio justo que garantice el equilibrio y la equidad entre los sujetos procesales, sin distinción por motivos de raza, origen étnico, ideología, etcétera, y la protección de las libertades fundamentales y la seguridad e integridad personal*.⁸ En esta concepción, claramente se desprende la influencia de los derechos humanos para el debido proceso, así como la prevalencia de principios constitucionales que rigen imperativamente las normas adjetivas de las cuales se deriven los procesos, estableciendo las garantías mínimas o reglas a las cuales deben ceñirse, para reputarlos de justos⁹ o cuando menos apegados a derecho.

Don Sergio García Ramírez proporciona la definición dada por el tratadista Arturo Hoyos, en donde establece el debido proceso o proceso justo, como un *derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derechos (incluyendo el Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos*.¹⁰ Como es de recordarse, el precedente histórico para que se promulgara la Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹¹ fue el holocausto acontecido en la segunda guerra mundial, donde sin duda las violaciones a los derechos humanos de las personas fueron innumerables, considerados incluso hoy en día crímenes de *lesa humanidad*; por ello, fue indispensable dejar escrito que todos los seres humanos son iguales y que tienen derechos inherentes a la persona misma, que no otorgan los Estado en su

⁸ *Ibidem*, p. 116.

⁹ Desde la época antigua los grandes filósofos, Aristóteles, Platón, Sócrates, por enunciar solo algunos, y los estudiosos de nuestros días, siguen sin acoger un concepto único o uniforme acerca de la justicia; lo anterior, atendiendo a la diversidad ideológica y cultural existente, así como a la priorización de valores y satisfactores. Tan es así, que si nos remontamos a la obra *¿Qué es la justicia?* de Kelsen, concluye diciendo que no pudo contestar la interrogante y sólo se atreve a decir que la justicia desde su punto de vista, está conformado por lo que para él es lo más importante: la ciencia. Cfr. KELSEN, Hans, “¿Qué es la justicia?”, 16ª reimpresión, México, Fontamara, 2004, p. 83.

¹⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Negrete Morayta, Alejandra, “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, México, Consejo de la Judicatura Federal, Jornadas sobre derecho procesal, 2012, p. 7. Véase en <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/jornadasitinerantes/procesoS-GR.pdf>, consultado el 22 de abril de 2015.

¹¹ Consúltese, “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

magnificencia, sino que los reconocen y positivizan, diseñando los mecanismos necesarios para su protección, siendo parte de sus obligaciones no sólo nacionales, sino internacionales para con sus congéneres.

Si bien es cierto, antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, existieron otros instrumentos que ya contenían en su normativa principios esenciales de derechos humanos, surgidos en Francia y en Estados Unidos por mencionar solo algunos;¹² no es, sino hasta la Declaración Universal, que se enarbola para todos los seres humanos sin distingo alguno. ¿Y cuál es la relación con el debido proceso o proceso justo como lo denomina Hoyos? consideramos reside por ende, en que las personas cuando son sometidas a un proceso, deben contar con las garantía mínimas, necesarias e indispensables para hacer valer en las etapas procesales sus derechos humanos y que estos no sean menoscabados o mermados por actos de autoridad. Por lo que debemos tomar en cuenta que los derechos humanos no son absolutos sino que desafortunadamente, dada la complejidad de la naturaleza humana y la convivencia no siempre pacífica, estos tienen regulaciones y en algunos casos hasta excepciones o limitaciones; pero son en estos casos, en donde deben prevalecer los derechos y principios propios del debido proceso, para evitar actos injustos que importen una violación al derecho humano de la persona o personas afectadas.

Siendo todavía más específico, Hoyos afirma que el debido proceso es una garantía constitucional, de naturaleza instrumental o como bien decimos, adjetiva; *en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo el proceso-legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas*¹³ lo cual resulta congruente si lo contrastamos con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al consagrar en el artículo 14 el principio de legalidad, y en el artículo 17, una justicia pronta, expedita e

¹² El derecho al debido proceso ha sido una preocupación de textos constitucionales y de declaraciones de derechos desde hace mucho. Así, la Carta Magna de 1215 de Juan I de Inglaterra, mejor conocido como Juan sin Tierra, estableció el derecho a que no se privara a las personas de sus derechos sino mediante una sentencia dictada con arreglo a los procedimientos legales. También se tiene la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 donde se sostenía que para privar de un derecho tenían que seguirse las formas previstas por la ley. De igual forma, se tiene que la Decimocuarta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, fue la primera en utilizar la expresión debido proceso (*due process*) al señalar que no se podía ser privado de sus derechos sin un debido proceso legal. Cfr. SOBERANES DÍEZ, José María, "Manuel de teoría del proceso, perspectiva constitucional", México, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 133.

¹³ GARCÍA RAMÍREZ, op. cit., nota 18, p. 10.

imparcial.¹⁴ Dentro de las consideraciones que estima nuestro honorable tratadista también como parte del debido proceso, se encuentra la *oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminadas por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos.*¹⁵ Principios que se encuentran claramente establecidos en la Constitución mexicana, diseminados en los artículos 14, 16, 17, 19 y 20, los cuales forman parte del proceso penal tradicional, pero también del nuevo sistema, que incluso maximiza en su caso algunos en aras de garantizar el debido proceso penal.

Pero continuamos tratando de conocer las concepciones acerca del debido proceso, aportadas por reconocidos estudiosos del derecho, por lo que no podría faltar la referida por el propio Dr. Sergio García Ramírez, quien explica que este, *constituye un límite a la actividad estatal, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto de Estado que pueda afectarlos.*¹⁶ Criterio que reitera la importancia de que existan requisitos o lineamientos acatables en los procesos, ya que sin esas directrices, las personas quedarían en estado de indefensión y sometidas al imperio del Estado sin recurso alguno que los ampare. Asimismo considera que el debido proceso es parte de *un sistema dinámico en constante transformación,*¹⁷ lo cual sigue la lógica de que el derecho evoluciona con la sociedad misma y evidentemente el debido proceso se encuentra implícito en las reglas procesales de índoles constitucionales o secundarias, y en México tenemos un claro ejemplo en materia penal, donde tenemos vigente dos sistemas procesales penales, uno de tendencia inquisitiva y con sus propias reglas procesales, y otro de corte acusatorio que por supuesto tiene reglas o principios procesales que lo regulan; cabe aclarar que hay reglas o principios comunes en ambos, y evidentemente hay otras que son propios o específicos de cada sistema; pero lo importante de resaltar esto, es entender que no se puede vislumbrar un proceso que se repute de justo o que podamos denominar debido, sino emana de ese conjunto de principios o reglas indispensables

¹⁴ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, op. cit. nota 6.

¹⁵ GARCÍA RAMÍREZ, op. cit., nota 18, p. 10

¹⁶ *Ibidem*, p. 19.

¹⁷ *Ídem*.

para su consecución; entendiéndose, que la aplicación y respeto de cada una de ellas, son lo que legitiman y dan vida al debido proceso.

De la jurisprudencia mexicana se desprende que el debido proceso está integrado por dos núcleos; el primero es denominado por la Corte como *núcleo duro* compuesto por garantías que son exigibles en cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional, y conocido también como las *formalidades esenciales del procedimiento*; dentro de estas, se enuncian de forma extensiva mas no limitativa, las siguientes: a) La garantía de audiencia; b) El derecho a la notificación de inicio del procedimiento; c) La oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas; d) La oportunidad de alegar y; e) Una resolución que resuelva las cuestiones debatidas y por ende, los medios de impugnación.

En el segundo núcleo establecido en el criterio de la Corte, se encuentran las llamadas garantías mínimas con las que debe contar toda persona que sea susceptible de ser molestada en su persona, papeles, domicilio, posesiones; o como mencionan, opera para cualquier persona, que esté en posibilidad de que su esfera jurídica sea modificada por el poder punitivo del Estado, tal y como acontece en las áreas del derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, citando sólo algunas; porque no podemos obviar que también aplica en otras materias como derecho agrario o laboral, por mencionar otras.

De igual forma, vale la pena resaltar que estos dos núcleos no se contraponen entre sí, sino que incluso se complementan y que el núcleo duro o de formalidades esenciales del procedimiento, es indispensable que concorra a la par del segundo núcleo; pues solo así se entiende podríamos hablar de que existe un debido proceso aplicable en materias donde el Estado hace uso de toda su potestad punitiva o poder sancionador ante los gobernados, y este conjunto de garantías (llamadas así por la Suprema Corte) o principios y derechos (por los tratadistas ya estudiados), que integran los núcleos, les otorgan los derechos o garantías indispensables a los gobernados, para defenderse ante el propio Estado; o ante particulares, según sea el caso.

Como bien señalamos al inicio, no hay un concepto o significación uniforme para referirnos al debido proceso, pero con independencia de cuál sea el concepto acogido, si dentro de los elementos que integran dicha definición encontramos que es un conjunto de principios, garantías o derechos establecidos por el Estado en su normativa interna (constitucional o secundaria) o bien, en el propio derecho internacional (tratados o convenciones) y que tienen por objeto establecer los parámetros, lineamientos o directrices a los cuales debe ceñirse todo proceso con independencia de la materia o área del derecho al que se aplique y por ende, los procedimientos que se deriven del mismo, con la finalidad de salvaguardar

los derechos humanos o derechos fundamentales de los gobernados, ante los actos de autoridad e incluso de particulares; puesto que son las pautas dentro de las cuales toda autoridad debe ajustar su actuación, sin dejar de lado que estas normas se encuentran en su mayoría establecidas en leyes de carácter adjetivo; pero que no son exclusivas de las mismas, ya que como se ha hecho referencia en reiteradas ocasiones, también podemos encontrarlas en el texto constitucional de donde emanan e incluso en el derecho internacional, por lo cual su interpretación debe ser sistemática para aplicarlos adecuadamente y no violentar los derechos humanos de las personas.

4. La unificación procesal en materia penal

El 05 de marzo del 2014, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el Código Nacional de Procedimientos Penales, un hecho histórico y relevante en México, debido a que hasta antes de la emisión del mismo, cada uno de los Estados legislaba en materia procesal penal, teniendo como resultado 32 códigos de procedimientos penales y uno federal, y que hasta hace poco, eran los ordenamientos que debían invocarse; si bien es cierto, esta nueva realidad es bastante compleja y trae de la mano muchos cambios, también lo es, que poco a poco esos códigos estatales y el federal todavía en vigor en la mayoría de los casos (recordemos que una vez iniciado un proceso, se concluirá con las leyes que se encontraban vigentes) irán desapareciendo poco a poco de nuestro sistema para convertirse en parte de nuestras fuentes históricas y dando paso a una verdadera unificación procesal penal en el país, que tampoco es perfecta, sino perfectible en todo caso, pero que es por sí misma, bondadosa al traer consigo la unidad en cuanto a las instituciones procesales, las formalidades propias del debido proceso, así como las garantías y mecanismos diseñados para su correcto funcionamiento.

Esta unificación penal fue posible debido a la reforma a la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹⁸ que estableció como facultad del Congreso de la Unión expedir la legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas, las cuales entraron en vigor el 18 de junio de 2016, en consonancia con el proceso penal acusatorio en todo el país.

¹⁸ Decreto por el que se reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, consultada el 27 de mayo de 2015.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, ya vigente en todo el país, establece que sus disposiciones son de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales, respetándose los principios y derechos contenidos en la Carta Magna y en los tratados internacionales aplicables.

De igual forma, consagra que el objeto del nuevo sistema de justicia penal de corte acusatorio y oral consiste en: a) establecer las normas que han de observarse en la investigación, b) el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y c) que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito; todo lo anterior, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados Internacionales, prevaleciendo los principios de publicidad, contradicción, continuidad, concentración, inmediación, presunción de inocencia, prohibición de doble enjuiciamiento, igualdad ante la ley y entre las partes, así como de juicio previo y debido proceso.

Este proceso cuenta con tres etapas que de forma sintética comprenden:

- a) **La de investigación:** con dos fases: a) *la investigación inicial*, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule imputación, y la de b) *investigación complementaria*, que comprende desde la formulación de imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;
- b) **La intermedia o de preparación a juicio:** que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura a juicio oral, y
- c) **La de juicio:** que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el tribunal de enjuiciamiento.

De igual forma regula los recursos que son procedentes, admitiendo la revocación, la apelación. De igual forma el reconocimiento de las figuras de reconocimiento de inocencia del sentenciado, así como de la anulación de la sentencia en su caso.

Sin lugar a dudas esta unificación del procedimiento penal, permitirá a las entidades homologar las prácticas durante el proceso, porque hasta antes de esta codificación, cada Entidad era autónoma en cuanto a su regulación, aunque todavía existe discrepancia en la práctica, la homologación del proceso penal a nivel nacional supone en sí mismo un avance significativo, pero que requiere mucho trabajo para su concreción real.

Principio de Oportunidad y reforma procesal en Cuba*

DRA. RUFINA DE LA CARIDAD HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**

Sumario

1. Introducción
2. Necesidad de la inserción del principio de oportunidad en el proceso penal
3. Razones de Política Criminal que posibilitan la entrada del Principio de Oportunidad al proceso penal
4. De las garantías fundamentales al diseño procesal en pos de la oportunidad para Cuba
5. Panorama cubano

1. Introducción

El enjuiciamiento criminal abrió las puertas al siglo XXI tratando de resolver la disputa por la supremacía entre dos modelos de juzgamiento; de una parte, el llamado sistema adversarial con raíces en el antiguo proceso germánico; de otra, el proceso continental europeo que, pese a tener orígenes inquisitivos, ha sido penetrado por diversas instituciones propias del sistema acusatorio, para dar lugar a un esquema procesal acusatorio formal o mixto.

En este camino, ya no podemos afirmar que los sistemas de justicia son absolutamente puros; el sistema anglosajón, fundamentado en su paradigma de precedente judicial y el sistema romano-latino-francés, en su codificación, tienden puentes que tratan de tomar de uno y otro lo mejor de sus instituciones; sin embargo, ello se ha querido presentar

* Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación sobre el perfeccionamiento del sistema penal cubano, que desarrolla el Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

** Jueza de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular, Profesora Auxiliar de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Vicepresidenta de la Sociedad cubana de Ciencias Penales. rufina@tsp.gob.cu

como la irrupción única del sistema anglosajón, lo que tiene muchas aristas y puntos oscuros.¹

Es, precisamente, en esta controversia entre modelos, donde no puede perderse de vista la relación entre los principios de legalidad y de oportunidad, el uno presidido por las concepciones absolutas de la pena, y el otro, animado por las ideas político-criminales propias de las corrientes preventivas.

La incorporación del principio de oportunidad al proceso penal obedece a cuestiones de índole plural, dogmáticas, procesales, constitucionales, político-criminales, orgánicas, económicas, entre otras, que aparecen condicionadas por las corrientes minimalistas y de expansión del Derecho Penal.

El gran dilema que se enfrenta en la lucha contra la delincuencia contemporánea está marcado por la necesidad de mantener los principios y garantías conquistados en el curso de una evolución jurídico-penal garantista y el clamor cada día más creciente de seguridad que exigen los ciudadanos, en un escenario donde la criminalidad organizada crece, el sujeto comisario del delito cambia sus paradigmas, se cuestiona la eficacia de la pena y sus alternativas, las tecnologías en ocasiones devienen en mecanismos facilitadores del delito, se incrementa el riesgo y, con ello, la violencia y, finalmente, se internacionaliza el delito y los instrumentos se convierten en pautas y lineamientos para conformar un modelo de enfrentamiento al crimen.

La "crisis" de los postulados clásicos del Derecho Penal también matizan el panorama actual de la discusión científica que cuestionan el porqué y para qué de su utilización, así como la búsqueda de medios que posibiliten alcanzar la tutela efectiva de los derechos de la víctima, e incluso, la valoración de la conducta del delincuente y sus posibles repercusiones penales y procesales, ante las disfuncionalidades que presenta el patrón de Estado monopolizador del conflicto penal.

Se intensifica el discurso político que trata de utilizar la justicia como un mecanismo de contención social; se clama por el aumento de las penas; se cuestiona la actuación del Ministerio Público y, por extensión, del aparato judicial en general; la congestión del sistema judicial; el hacinamiento carcelario; la ampliación de tipos penales producto del trabajo legislativo, que requiere soluciones tanto administrativas y económicas

¹ SCHÜNEMANN, Bernard: ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?, col. *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Ed. CGPG, Madrid, 1991, p. 111.

como jurídicas, que eviten el colapso del sistema, lo que llevaría a una parálisis en la aplicación de la justicia.

Ante este escenario, resurge la idea de fortalecer las funciones rehabilitadoras y reparadoras o restauradoras del Derecho Penal, sin mermar la posible concurrencia o coexistencia con la finalidad retributiva en ciertos casos. Y ello ha llevado, igualmente, a cuestionar si el proceso penal es el único medio instrumental a partir del cual, o en el cual, es posible resolver el conflicto social generado por el delito.

La panoplia de instrumentos que la doctrina aporta hoy para enfrentar esa realidad, permite a los Estados diseñar políticas de enfrentamiento al fenómeno delictivo, en correspondencia con el avance experimentado por la criminalidad y las fórmulas que se insertan para corregirla, sin que ello signifique, de manera absoluta, una ruptura con las bases históricas de cada sistema.

Se busca un punto de vista equilibrado que permita comprender la utilidad del principio de oportunidad en la sociedad actual, así como sus límites, e incluso, los peligros derivados de su deficiente concepción y aplicación. Frente a un tema tan complejo, es oportuno estudiar en profundidad esta institución mediante el conocimiento de su desarrollo histórico, sus avatares en diferentes legislaciones en el mundo, los debates que ha suscitado entre los autores más importantes, su precisión conceptual, los procedimientos que le son inherentes y su análisis desde diferentes perspectivas, para demostrar las ventajas que aporta a una efectiva impartición de justicia.

Un ordenamiento penal está informado por el principio de oportunidad, cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a hacer uso de su ejercicio incoando el procedimiento o archivándolo, significa la posibilidad de que el órgano público, a quien se le encomienda la persecución estatal, prescinda de su promoción.

En consecuencia, el presente trabajo pretende contribuir al debate jurídico sobre el principio de oportunidad. La perspectiva desde la cual se presenta esta contribución es positiva, en la medida en que se demuestra que su existencia se justifica por la necesidad de ajustes en los sistemas penales para una mayor efectividad y el requerimiento de una implementación adecuada de los postulados del Derecho material. Desde esta configuración, se establece un diálogo entre el principio de oportunidad y el principio de legalidad que pretende mostrar su complementariedad antes que su disyuntiva, en la medida en que se desarrollan sus puntos de encuentro y sus vínculos. Así mismo, se recorre su conceptualización e instrumentación.

El principio de oportunidad tiene su génesis en el sistema del *Common Law*, y su primera expresión normativa se ubica en Alemania, mediante la Ley *Emminger*, de 4 de enero de 1924 –Artículo 153–, en virtud de la cual el Ministerio Público quedó facultado de abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones, como son: a) reparar el daño ocasionado; b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones.

Con el proceso de reformas, primero en el continente europeo y después de la segunda mitad del siglo xx en Latinoamérica, toma auge este principio, con su incorporación a legislaciones procesales, como se puede verificar desde el Derecho comparado. Su implementación desafía una realidad construida bajo preferencias muy diferentes a sus postulados, pues la mayoría de los sistemas jurídicos de la región, como el cubano, surgieron bajo el imperio del principio de legalidad, conocido, además, como principio de necesidad, el cual constituía una premisa para la implantación de los llamados Estados de Derecho.

Es precisamente el rediseño y actualización del proceso penal cubano, bajo las exigencias criminológicas de la contemporaneidad, lo que motiva, en el plano académico y profesional, incursionar en el tema *El principio de oportunidad. Fundamentos para su inserción en Cuba*, poco estudiado en nuestro país, pues nos hemos quedado orientados en una concepción legalista y de obligatoriedad de la persecución estatal, frente a una realidad que necesita otras miradas.

Hoy, el panorama cubano se caracteriza por una creciente criminalidad no convencional, lo que, junto a la necesidad de dar un tratamiento más efectivo y económico al delito convencional de escasa envergadura, obliga a la búsqueda de mecanismos simplificadores del proceso penal, que lo hagan más ágil, eficiente y menos costoso.

La actualización del modelo socioeconómico en que se encuentra inmerso el país debe realizarse con un enfoque multidimensional, en el que los aspectos jurídicos desempeñan un importantísimo rol y es, desde esta perspectiva, que el proceso penal cubano necesita reformas que lo adecuen al nuevo escenario económico-social y delictivo del país, en correspondencia con la doctrina procesal más moderna, donde la solución al conflicto social creado por el delito, sea el eje central de todas las acciones que se instrumenten.

2. Necesidad de la inserción del principio de oportunidad en el proceso penal

El estudio de este principio en la doctrina penal no ha sido de fácil comprensión, dado el arraigo que en la cultura jurídica ha tenido durante

tantos años, el principio de legalidad. Lo han definido autores como GIMENO,² TIJERINO,³ MAIER,⁴ CAFFERATA,⁵ ROXIN,⁶ GONZÁLEZ Y BÍNDER,⁸ entre otros. En sus definiciones, señalan como elementos comunes que es una facultad o posibilidad otorgada por el Estado; en tal sentido, los términos *facultad* y *posibilidad*, están reconocidos como un elemento esencial del principio; el que se pueda ejercitar o no la acción; poder discrecional, que lo diferencia de la obligatoriedad rígida del principio de legalidad, al órgano encargado de establecer el ejercicio de la acción penal. TIJERINO⁹ y ROXIN¹⁰ precisan que ese órgano es el Ministerio Público o Fiscalía, indistintamente, según se le denomine en la legislación interna de cada país.

Las definiciones de los autores anteriores permiten establecer los elementos que conforman el alcance y contenido de este principio, consistentes en que: el titular de la acción penal puede prescindir de ella, bajo comprobadas condiciones; se otorga habiéndose confirmado un hecho punible contra un autor determinado, por motivos de utilidad social, justicia material y razones político-criminales; su núcleo fundamental radica básicamente en modificar el concepto de los fines de la pena; con su aplicación, no se busca la impunidad, por el contrario, lo que se pretende es una mayor eficiencia en el sistema legal; necesaria proporción entre conflicto y solución; y su aplicación puede ser reglada o no.

² GIMENO SENDRA, Vicente: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 34.

³ TIJERINO PACHECO, José María: *El principio de Oportunidad en el Ejercicio de la Acción Penal, Derecho Procesal Penal Costarricense*, Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, p. 496.

⁴ MAIER, Julio: *Derecho Procesal Argentino*, Ed. Hammurabi, t.1, v. B, Buenos Aires, 1978, p. 555.

⁵ CAFFERATA NORES, José I.: *El principio de oportunidad en el Derecho argentino, teoría. Realidad y perspectivas en Nueva doctrina Penal*, 3ra. ed., Ed. Del Puerto RFL, 1996, p. 32.

⁶ ROXIN, Claus: *Derecho Procesal Penal*, Traducción a la 25 ed., Gabriela E. Y Daniel R. Pastor, rev. Por Julio Maier, Ed., del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2000, p. 89.

⁷ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel: "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal", *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 5, no. 7, julio de 1993, p. 67.

⁸ BINDER, Alberto M.: *Justicia penal y estado de derecho*, 2da. ed., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 121.

⁹ TIJERINO PACHECO, José María: *Op. cit.*, pp. 91-93.

¹⁰ ROXIN, Claus: *Op. cit.*, pp. 89-95.

El principio de oportunidad no es aplicable sin límites, puesto que funciona jurídicamente como excepción del principio de legalidad, que ocupa un lugar de regla general. El Ministerio Público, si se apoyara en el principio de oportunidad puro y simple, conduciría a que pudiera determinar por sí cuáles hechos son perseguibles y cuáles no, con una clara intromisión en funciones que solo corresponden al legislador y, consecuentemente, violaría otros principios como los de prevención general, igualdad ante la ley, legalidad penal y seguridad jurídica.

Muestran su oposición al referido principio: MONTERO¹¹ y FERRAJOLI,¹² al enfilarse sus críticas en términos de la prevención general, pues consideran que los criterios de oportunidad tienden a debilitar las normas penales y transmiten la impresión de irregularidad o engaño, pues la selección es afectada por el oportunismo.

Basado en lo anterior, se toma posturas a favor de su implementación pero con la precisión de que no solo es necesario que los casos se encuentren en la ley taxativamente establecidos, sino también se torna indispensable que existan ciertos mecanismos de control internos¹³ y externos y de registro, para que el Ministerio Público ejerza esa facultad dentro de los límites que le franquea la ley y la Constitución, pues podría ser la mala actuación de los funcionarios autorizados a su aplicación la que sí llegue a violentar derechos y garantías constitucionales, comportamientos que también ocurren bajo el imperio del principio de legalidad, porque su desatino no está en la esencia de los principios, sino en la conducta antiética del funcionario empoderado para decidir.

Las características que identifican el referido principio son: a) Es excepcional porque funciona jurídicamente como excepción al principio de legalidad, que es la regla general; b) Es discrecional en tanto está sujeto a una valoración por parte del fiscal, que no está obligado a solicitarlo aunque existan las condiciones para ello; c) Es referido, en general, al

¹¹ MONTERO AROCA, Juan: *El Derecho Procesal del siglo xx*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 124-137.

¹² FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1997, pp. 567-570, y 820-834.

¹³ Estos pueden ser de dos tipos: en primer lugar se encuentran los controles internos, constituidos por todas aquellas disposiciones que sean adoptadas al interior del Ministerio Público para unificar criterios en la aplicación de este tipo de salidas alternas al proceso, que a la larga vendrían a fortalecer la seguridad jurídica. Además, es necesario contar con una serie de controles externos como pueden ser los que ejerce la víctima o el querellante en su caso y el juez, el cual con su aprobación o desaprobación en la aplicación de esta salida alterna al proceso ejerce su autoridad al tomar la decisión definitiva

órgano persecutor oficial: la Fiscalía es la única institución facultada para solicitar su aplicación; y d) Es taxativamente reglado, lo cual significa que, sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad, que se encuentran previstas en la legislación penal.¹⁴

La doctrina reconoce un conjunto de factores que favorecen la utilización de la oportunidad. Ellos son:

- a) La descriminalización de hechos punibles, al evitar la aplicación del ejercicio de la acción penal, donde las salidas alternas dan mejores resultados o donde no sea necesaria su aplicación.
- b) El principio de oportunidad es una herramienta eficiente del principio de igualdad porque corrige el efecto selectivo clasista de un sistema formal que, adherido al principio de legalidad, ignora por completo su propia selectividad real.
- c) Permite la eficiencia del sistema penal en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que resulta indispensable su actuación como métodos de control social, y procura el descongestionamiento de una justicia penal sobrecargada de casos.
- d) En todo caso, carece de sentido esperar hasta las últimas consecuencias del proceso como es la sentencia, para otorgar un beneficio cuyo futuro otorgamiento resulte evidente ya en la etapa de instrucción.
- e) La aplicación de este principio permite investigar casos de mayor trascendencia, como los vinculados al crimen organizado, dedicando mayor atención a su investigación y procesamiento.
- f) Es útil para lograr que desaparezca la imposición de la pena como un método tradicional para solucionar los conflictos sociales.

La comunidad internacional ha recogido esta preocupación de uniformar esos criterios en algunos instrumentos legales. Así, en el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el proceso penal, *Reglas de Mallorca*, específicamente en la Regla A3, se recomienda la adopción de esta política general para orientar la acusación y evitar desigualdades y tratos discriminatorios.

En el Derecho Internacional, la Corte Penal Internacional, en su Artículo 53, apartado 1 del Estatuto, consagra este principio, para ser aplicado al inicio de la investigación o etapa de juzgamiento. No existen

¹⁴ Vid. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-673 de 2005. Magistrada ponente, Clara Inés Vargas. En la referida sentencia hace referencia expresamente a estas características, en www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-673-05.htm, consultado 28 de diciembre 2016, a las 3:25pm.

criterios de oportunidad reglado, sino que el fiscal debe sujetarse a fundamentos razonables y al interés de la justicia. Esta renuncia a la acción penal tiene un control por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares.

De lo expuesto con anterioridad, se concluye que cualquier análisis a realizar sobre el principio de oportunidad debe partir obligatoriamente del principio de legalidad, como garantía constitucional y principio rector del proceso penal, respecto al cual hay que valorar ventajas y desventajas en la solución del conflicto penal objeto de análisis y, de ello, dependerá la sumisión a un principio u otro, sin contradecir la esencia de ninguno y ponderando siempre qué resolvería mejor el conflicto entre partes y su impacto social, y ello en mucho dependerá de la filiación que se tenga respecto a cómo pueden convivir ambos principios en el proceso penal, desde un resguardo constitucional.

Asumida la posición de la autora, a favor del principio en estudio, lo define como: aquel de rango constitucional mediante el cual el Ministerio Público por razones de político-criminal, puede discrecionalmente decidir no ejercer la acción penal, aun cuando esté comprobado el delito y su posible responsable, por darse las circunstancias que la ley establece y cuya decisión debe ser ratificada por un juez, bajo mecanismos de control internos y externos que garanticen su cumplimiento.

3. Razones de Política Criminal que posibilitan la entrada del Principio de Oportunidad al proceso penal

Dado lo multifactorial que resulta definir las razones que amparan la entrada del principio de oportunidad al proceso penal, se ha decidido abordar las político-criminales por ser estas las determinantes e irradiar hacia otros campos afines como el Derecho Penal y la Criminología.

La actual crisis social y la compleja situación socioeconómica ha generado un aumento en la conflictividad social y del delito, que solo puede ser revertido con una política criminal integral sustentada en políticas activas de prevención, reformas a la legislación y la construcción de cárceles dignas donde sea posible la resocialización.

Los riesgos del mundo contemporáneo no pueden fundamentar una política criminal de expansión práctica del Derecho Penal, sino hacernos conscientes de que la complejidad de la sociedad, el desarrollo de las tecnologías, las comunicaciones interpersonales y el mercado en un mundo que ve caer sus fronteras, obligan a mirar hacia el mundo nuevo, cargado de desequilibrios aprovechados por la criminalidad moderna y que impone una reflexión profunda sobre la reforma estructural y material de la dogmática penal o sobre la creación de un nuevo Derecho Penal.

Hay que concientizar al poder político y a toda la sociedad de que ello no significa menos delito y que el instrumento penal resulta absolutamente inadecuado para resolver gran parte de los conflictos sociales.

La utilización desmedida de la punición en la resolución de los más diversos conflictos sociales provoca un desmesurado daño social, superior al que se pretende solucionar. En la era de la globalización y la sociedad de riesgo, se ha generalizado a nivel mundial, y también en Latinoamérica, una tendencia a un expansionismo acelerado del poder punitivo del Estado, como consecuencia de la aplicación de políticas de excesiva represión de la actividad delictiva que no distinguen entre los crímenes verdaderamente violentos e intolerables para la sociedad y aquello que, por sus características y las causas que los generan

La seguridad ciudadana, el delito y la justicia suelen analizarse desde perspectivas eminentemente represivas, sin vinculación integral del modelo de sociedad que se pretende construir. Esto conduce a una visión distorsionada del fenómeno criminal que, privada de marcos teóricos más amplios y de comprensión sobre los factores culturales, políticos e ideológicos, brinden una solución adecuada al conflicto social.

La sobrecarga procesal constituye un problema en cualquier realidad, tanto de países desarrollados como de los que están en vías de desarrollo, que se correlaciona, lógicamente, con el constante aumento poblacional y de la cantidad de los delitos que se cometen, así como con las insuficiencias presupuestarias.

La mora judicial es un problema que se debe resolver en la mayoría de los países y constituye causa directa de la ineficacia de la justicia penal. Resulta uno de los motivos que a través de la historia ha provocado los grandes movimientos de reformas procesales, y es muy sensible respecto a derechos de los ciudadanos reconocidos constitucionalmente.

La política criminal no puede ser un instrumento para legitimar el retorno a viejas tendencias criminalizadoras y de endurecimiento de penas, pues son necesarias una nueva ética, una nueva racionalidad, una nueva política, porque está en juego la propia subsistencia de la vida en el planeta y es preciso, si quisiéramos ofrecer una oportunidad razonable a las generaciones venideras, que la humanidad se torne sujeto común de la responsabilidad por la vida. No podemos construir ciencia y, mucho menos política criminal, sin la cara de los hombres.

En los razonamientos anteriores se encuentran los fundamentos que dan entrada al principio de oportunidad en el proceso penal, y que se sintetizan en:

– *La estigmatización social.* Resulta, ciertamente, relevante y útil la posibilidad de salvar a los ciudadanos del estigma social que significa ser “cliente” del sistema penal.

– *Rescate de la víctima*. El procedimiento de aplicación del principio de oportunidad tiene, también como virtud, la capacidad de conceder espacio a la víctima, ampliando el esquema del procesalismo tradicional, según el cual la actividad penal debía moverse entre dos intereses: el colectivo, representado por el Estado, y el individual, del imputado por la comisión del delito.

– *Reparación oportuna*. Constituye un lugar común el consabido y ya mencionado aserto de que la justicia tardía no es justicia y, lamentablemente, lo que más caracteriza a los sistemas judiciales actuales es la mora judicial, las sentencias tardan en demasía y, peor aún, las reparaciones que allí figuran casi nunca ocurren.

– *Privación de la libertad de corta duración*. Para nadie es un descubrimiento que las penas privativas de libertad de corta duración generan más daño que bien

– *El modelo integrador*. El establecimiento de criterios de oportunidad ha supuesto, también, la atención previa al modelo integrador (con acento en la resocialización) sobre lo disuasorio. Es aquel que reúne, dentro de sí, objetivos disuasorios y resocializadores, pretendiendo, a la vez, satisfacer expectativas sociales, tales como soluciones conciliadas a los conflictos penales, la reparación del daño causado a la víctima y a la comunidad, así como la misma pacificación de las relaciones sociales.

La teoría de lo insignificante. Considera que la adopción de criterios de oportunidad ha tenido que ver más, desde lo dogmático, con la temática que devino de la teoría de la adecuación social de la conducta y que cristalizó en el Derecho Penal de lo insignificante.

– *Respeto a la proporcionalidad*. Entre los alemanes, el encuentro con el principio de bagatela (*Bagatellprinzip*) llevó a que se fijaran en el principio de proporcionalidad que debería regir, razonablemente, entre el delito en sí y la gravedad de la intervención estatal ante la producción de aquel. Así surgió una preocupación general por desarrollar el principio de proporcionalidad en el proceso penal.

Se conviene, entonces, en que los fundamentos del principio de oportunidad se hallan en razones de utilidad pública o interés social, las que, en el Derecho, se concretan en las siguientes causas: a) la escasa lesión social producida por el delito y la falta de interés en la persecución penal; b) el estímulo a la pronta reparación a la víctima; c) evitar los efectos criminógenos de las penas cortas; d) obtener la rehabilitación; y, e) la reinserción social y, en definitiva, resolver el conflicto social creado por el delito mediante otras alternativas, donde esté excluida la pena.

La solución al conflicto delictual no puede ser siempre el proceso, la sentencia y la sanción; los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio* del sistema penal obligan a soluciones menos aflictivas, de la misma

forma que impulsan a pensar que el sistema penal no puede ser el espacio privilegiado del control social. Hay que buscar, antes del castigo, la solución del conflicto social, y replantear cómo debe intervenir el Estado, con su poder punitivo, frente al conflicto social. Ligado a esto, se advierte que ya el Derecho Penal no puede ser concebido exclusivamente con los fines de las penas, interviene también cuando no se imponen penas.

MIR PUIG,¹⁵ refiere que: “ el Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales”. Se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social.

En resumen, tanto los partidarios del principio de oportunidad como quienes se oponen a su adopción coinciden en la necesidad de reorientar el proceso penal hacia la utilización de medios menos lesivos, un uso más racional y efectivo del Derecho Penal, buscando la solución al conflicto social en otras alternativas, que ya han demostrado su eficacia, como la llamada justicia restaurativa.

Durante el camino transitado se logra sistematizar los fundamentos históricos y doctrinales que identifican al principio de oportunidad como un moderno concepto procesal, complementando el de legalidad, que llega al escenario penal por razones de política-criminal y de utilidad pública, con raíces en el sistema anglosajón del *Common Law*, el cual se expresa normativamente, por vez primera, en Alemania (1924) y formó parte de los movimientos de reforma procesal tanto en Europa (1974) como en Latinoamérica (1988), como vía para solucionar el conflicto penal con fórmulas más humanas, racionales y eficientes. Encuentra sus argumentos criminológicos en las modernas corrientes críticas que abogan por un Derecho Penal de *última ratio*, minimalista, reformado y abolicionista moderado.

4. De las garantías fundamentales al diseño procesal en pos de la oportunidad para Cuba

Al incursionando en el escenario constitucional se demuestra la compatibilidad y armonía del principio de oportunidad con el resto de los principios y garantías que en él se reconocen, sobre todo en la forma reglada; el rol que en su aplicación práctica desempeñan los distintos

¹⁵ MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal General*, 4ta. ed., Ed. PPU, S.A., Barcelona, 1998, pp. 89-90.

sujetos procesales, la diferenciación con los criterios de oportunidad, el procedimiento para su aplicación, efectos que produce, así como la posible impugnación de lo decidido. Todo ello desde el Derecho comparado (Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Perú, República Dominicana, Venezuela, Nicaragua, Panamá), que posibilitó, unido a los resultados de las técnicas de investigación aplicadas, ilustrar el panorama y la necesidad de su transformación, en la búsqueda de una justicia más eficaz y menos costosa.

Resulta común en la práctica judicial reconocer que el Derecho Penal se inicia en la Constitución de cada país, como Ley fundamental; en ese sentido, el estudio del principio de oportunidad no puede más que aseverar tal afirmación, pues la actividad judicial y jurídico-discrecional que reclama la aplicación de este principio, con carácter excepcional y complemento al de legalidad, está condicionado por valores constitucionales, en especial por la dogmática de los derechos fundamentales y la posibilidad de ponerle límites, lo que se intenta explicar desde la Constitución con ayuda del principio de proporcionalidad.

Legalidad y oportunidad son principios con el mismo rango constitucional; si bien el legislador ha aportado un sistema, no es menos cierto que ha dotado a la administración de justicia de algunos mecanismos para la toma de decisiones discrecionales, sin olvidar, por supuesto, que ya el deber de los órganos de administración de justicia de tomar decisiones, frente al caso objeto de análisis, trae consigo un elemento de discrecionalidad. Además, la consagración de la oportunidad como principio excepción deja claro que no se trata de una posibilidad ilimitada, sino, por el contrario, este principio solo operará en los casos previstos por el legislador, pues se trata de una oportunidad reglada.

Con su incorporación en los textos constitucionales, junto con la de otros mecanismos, se han cambiado los modelos de persecución penal de los delitos que habían regido con anterioridad, introduciéndose la posibilidad de que el Ministerio Público coadyuve a promover, en el sistema penal, racionalidad, eficiencia y equidad. Es una respuesta a la constatación práctica de la imposibilidad de investigar y perseguir todos los ilícitos.

Lo anterior fundamenta que, aunque el principio de legalidad sigue siendo el pilar fundamental del Estado de Derecho, con ello no se niega la posibilidad de la coexistencia, en una relación de complemento, con otros principios que también tienen como objetivo el desarrollo del Estado Constitucional, como lo es el principio de oportunidad. Con el análisis precedente se demuestra que la aplicación del principio de oportunidad al caso concreto, dentro de la discrecionalidad permitida por la Constitución y la norma penal, respeta y no contradice el principio de

legalidad, mediante una adecuada ponderación de ambos como principios constitucionales, en particular a partir de su forma reglada que adopta la oportunidad en la mayoría de los países estudiados.

La denominación principio de oportunidad debe reservarse a la actuación libre del Ministerio Público, como posibilidad de desistir, en el ejercicio de la acción penal, mientras que cuando la ley enumera los supuestos bajo los cuales dicho Ministerio puede abandonar la persecución penal, lo que establece son criterios de oportunidad.

Los códigos procesales que acogen el principio de oportunidad regulan los casos en los cuales procederá la solicitud de un criterio de oportunidad por parte del Ministerio Público. Esto se encuentra previsto de manera reglada o tasada, ya que la ley regula en qué casos concretos se aplicarán, no quedando a la libre discrecionalidad del fiscal, o sea, al arbitrio de la parte acusadora. Los más utilizados resultan ser:

1. Cuando se trate de un hecho que, por su insignificancia,¹⁶ por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte el interés público.

2. Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave.

3. Cuando el imputado, como consecuencia directa del hecho, haya sufrido un daño físico o síquico grave o irreparable, que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias o cuando, tratándose de un delito culposo, haya sufrido un daño moral de difícil superación.¹⁷

¹⁶ Vid. CPPMI, Art. 230; CPP Bolivia, Art. 21.1; CPP Colombia, Art. 324.12; CPP Chile, Art. 170; CPP Costa Rica, Art. 22 a); CPP El Salvador, Art. 18.2; CPP Guatemala, Art. 25.4; CPP Honduras, Art. 28.1; CPP Perú R. N° 1470-2005-MP-FN, Art. 2.b y c; CPP República Dominicana, Art. 34.1; CPP Venezuela, Art. 38.1. En Bolivia, Guatemala, Honduras y Perú se requiere que se haya reparado el daño. Vid., Sentencia No.095-07de fecha 14 de febrero de 2007 Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, juez ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabrera, define que entienden por insignificancia, tanto del hecho como del sujeto, *corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43531753*, consultada día 23-1-2017, 4:00p.m. En igual sentido la Sentencia No.219-98 de fecha 6 de marzo de1998, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, consultadas en: *vlex.co.cr/vid/-497727966*, el mismo día y hora.

¹⁷ Vid. CPP Bolivia, Art. 21.2; CPP Colombia, Art. 324.6; CPP Costa Rica, Art. 22 c); CPP El Salvador, Art. 59.2; Perú R. N° 1470-2005-MP-FN, Art. 2.a; CPP República Dominicana, Art. 34.2; CPP Venezuela, Art. 38.3.Art. 18.3; CPP Honduras, Art. 28.3; CPP Nicaragua, Art. 59.3.Vid., Sentencia No.806-02 de fecha 9 de abril de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia, ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández,

4. Cuando la pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica de cuya persecución se prescinde carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones, o la que se impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.¹⁸

5. Casos relacionados con extradición.

Según este supuesto, se aplicará el principio de oportunidad cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta.

6. Colaboración en delitos graves, de delincuencia organizada o procesos de tramitación compleja. Se impondría en un proceso tramitado en el extranjero y sea procedente la extradición solicitada.¹⁹

Estos dos últimos criterios están muy relacionados con los nuevos retos de la sociedad moderna en el enfrentamiento a la delincuencia organizada: abuso de poder, narcotráfico, espionaje, delitos ecológicos, tráfico de armas y de personas, entre otros crímenes no convencionales.

El andamiaje histórico, doctrinal, político-criminal y de Derecho comparado adquirido durante esta travesía científica, posibilita el análisis del panorama cubano, a partir de lo legalmente establecido y la realidad práctica a la que hoy se enfrentan nuestros tribunales de justicia²⁰.

Se impone para nuestro país una reforma procesal que responda al nuevo escenario económico-social y delictivo, en correspondencia con la doctrina procesal más moderna, donde la solución al conflicto social creado por el delito sea el eje central de todas las acciones que se instrumenten, despojado de formalidades innecesarias, con suficientes alternativas, que la vía judicial se prevea como la última a utilizar y un papel más activo de los sujetos procesales en el control de las garantías

hace referencia a los elementos a tener en cuenta para apreciar la pena natural, consultada en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/, el día 23-1-17, 4.30 p.m.

¹⁸ *CPP Bolivia*, Art. 21.3; *CPP Costa Rica*, Art. 22 d); *CPP El Salvador*, Art. 18.4; *CPP Honduras*, Art. 28.4; *CPP Nicaragua*, Art. 59.3; *CPP República Dominicana*, Art. 34.3; *CPP Venezuela*, Art. 38.4.

¹⁹ *Vid. CPP Bolivia*, Art. 21. apartado 5; *CPP Colombia*, Art. 324, apartado 2; *CPP Costa Rica*, Art. 22 inciso d); *CPP El Salvador*, Art. 18, Apartado 4; *CPP Nicaragua*, Art. 59. apartado 3; *CPP República Dominicana*, Artículo 34, apartado 3; *CPP Venezuela*, Artículo 38, apartado 4.

²⁰ Constatada en los resultados empíricos obtenidos mediante la aplicación de los métodos y técnicas, declarados en la introducción de la presente investigación y que adjuntamos en anexos dado lo ilustrativo que resultan del panorama actual.

y derechos de los intervinientes, especialmente el del Ministerio Público. Es justamente en función de ello que se hace necesario la inserción del principio de oportunidad al proceso penal cubano.

5. Panorama cubano

Con la entrada en vigor de la Ley No. 6, de Procedimiento Penal Militar,²¹ en 1977, aparecen en Cuba, por vez primera, criterios de oportunidad, al establecerse en esta, la posibilidad de un sobreseimiento provisional condicionado que posibilita al fiscal suspender el ejercicio de la acción penal, aun cuando aparezcan en el proceso elementos suficientes para formular la acusación ante el tribunal, y a partir del cumplimiento de ciertos requisitos que esta propia ley establece. Novedosa institución jurídica que exige la presencia de determinados elementos,²² sin los cuales no puede llegarse a sobreseer el expediente iniciado.

Las potencialidades de nuestro modelo social socialista, en el que las decisiones de los órganos del Estado siempre están en función de los intereses del pueblo, propician un medio idóneo para la aplicación de una política criminal basada en un Derecho penal, informado por la moderna tendencia minimalista; de este modo, la Comisión Legislativa, que tenía a su cargo la elaboración del proyecto de modificación al Código penal de 1979, incluyó que sus presupuestos básicos partían de tres principios fundamentales: el de mínima intervención, el de prohibición de exceso y el de intervención legalizada,²³ tenidos en cuenta en las posteriores modificaciones.

²¹ Vid. Art. 242, apartado 2 y Art. 243. QUIALA ARTIMEZ, Frank: *El principio de oportunidad en la Ley de Procedimiento Militar*, Tesis de la Especialidad en Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2009. Concluye el autor que: Los requisitos actuales que informan la aplicación del principio de oportunidad en la Ley Procesal Penal Militar, limitan el alcance real de sus posibilidades, siendo factible apreciar la necesidad del control jurisdiccional a las decisiones que al respecto se adopten en la fase preparatoria, para alcanzar un sentido más garantista en su aplicación por lo que resulta necesaria su reformulación.

²² Que el delito por su naturaleza y las características personales del acusado pueda ser considerado de escasa peligrosidad social, el delito no puede haber ocasionado graves consecuencias, que el acusado por su conducta posterior demuestre haberse arrepentido de sus actos y cuando una organización política, colectivo militar, un organismo de la administración central del Estado solicita y asuma el compromiso de reeducar al acusado.

²³ QUIRÓS PÉREZ, Renén: "Despenalización", Revista no. 10 del MINJUS, La Habana, enero-marzo de 1986, pp. 7 y ss.

La introducción del apartado 2 del Artículo 8 del Código Penal, mediante la Ley No. 21 de 1979 constituye una materialización de lo declarado por la Comisión Legislativa sobre el principio de Derecho Penal mínimo, al ofrecer la posibilidad de que no se considera delito la acción u omisión que, aun reuniendo los elementos que lo constituyen, carezca de peligrosidad social²⁴ por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor; pero ello no constituye un criterio de oportunidad, pues su incorporación obedece a fundamentos sobre la teoría del delito y no a tomar decisiones con las conductas que sí son enjuiciadas como delitos.²⁵

La Ley No. 62, Código Penal, entró en vigor el día 30 de abril de 1988, introdujo un sistema de enfrentamiento más eficaz contra las infracciones de la legalidad y ha contribuido a la formación de una cultura de respeto a la ley, lo que permitió extraer de la esfera penal conductas que, por su naturaleza, no constituían propiamente delito y que, por su carácter, a los efectos de su tratamiento, debían pasar a otras ramas del Derecho, muchas de las cuales fueron reglamentadas a través del Decreto No. 141, de marzo de 1988, como contravenciones administrativas.

Existen conductas conocidas como *delitos paralelos*²⁶ al encontrarse tipificados como contravención y como delito, dependiendo su aplicación

²⁴ Vid. Instrucción No. 115 de 20 de junio de 1984 del CGTSP, donde se define cuando un hecho carece de peligrosidad social.

²⁵ Posición contraria mantiene MENDOZA DÍAZ, Juan al considerar que "...La modificación realizada al Art. 8 del Código Penal, en virtud de la reforma introducida por el Decreto Ley No. 175 de 17 de junio de 1997, significó apartarse del imperio absoluto del principio de legalidad en el ordenamiento penal cubano, pues se le conceden facultades a la autoridad que investiga el delito para suspender las actuaciones e imponer una multa administrativa cuando aprecie que el hecho investigado reviste un poco peligrosidad social, lo cual está en dependencia tanto de las condiciones personales del infractor como de las características y escasas consecuencias del suceso delictivo. Teniendo en cuenta los presupuestos que impone la propia Ley para que se pueda adoptar la decisión pudiéramos estar en presencia de lo que se conoce como *oportunidad reglada*". Cfr. MENDOZA DÍAZ, Juan: "Lecciones de Derecho Procesal Penal", Universidad de La Habana, Cuba. Universidad Juan Misael Saracho", Tarija, Bolivia, 2001, p. 27. CANDIA FERREIRA, José, también sostiene el criterio de que en nuestro país se han ido abriendo espacios al principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal y pone como ejemplo lo establecido en el Art. 8 apartados 2 y 3 de Código Penal, véase al respecto "Problemas actuales del proceso penal en Cuba," *Revista Cubana de Derecho de la Unión Nacional de Juristas de Cuba*, no. 13, enero-junio de 1999, pp. 11 y ss. Aunque ambo autores han evolucionado en su pensamiento y hoy sostienen criterios diferentes.

²⁶ Son considerados delitos paralelos los preceptuados en los Arts: 191, inciso c); 201, apartado 2; 219; 230; 240, apartado 3; 300, apartado 4; 303, incisos b) y c) del Código

de la interpretación que, de cada uno, haga el funcionario designado para su aplicación (en la mayoría de los casos, es el policía), y ello afecta la seguridad jurídica del ciudadano y otros derechos y garantías.²⁷

El Art. 342.2 del referido Código Penal estableció un tratamiento distinto a los delitos de, hurto, robo con fuerza en las cosas, receptación y daños, cuando la cuantía de lo sustraído o dañado fuera de limitado valor, pudiendo, en estos casos, no remitirlos al tribunal competente, sino que la autoridad actuante tiene la facultad de imponer, al sujeto comisor, una multa administrativa. Ese propio precepto regula los requisitos de cuánto podía ser su monto, según las características personales del presunto infractor, y los perjuicios causados a la víctima.

El procedimiento abreviado²⁸ se incorporó a nuestra Ley de Procedimiento Penal mediante el Decreto-Ley No. 151, de 10 de junio de 1994, y se ha tratado de ubicar como un criterio de oportunidad, a lo que se contraponen que, aunque para admitirlo tiene como uno de los supuestos la confesión del reo y se inclina hacia el principio de oportunidad, no permite ningún tipo de negociación entre el fiscal y el imputado que afecte el ejercicio de la acción penal pública, como ocurre en otros sistemas; y, aunque la fórmula conlleva abreviar el proceso y economizar la justicia penal, la acción persecutoria se ejercita siempre con arreglo al principio de legalidad y, por tanto, no puede catalogarse como oportunidad.

En el Art. 1 del Decreto Ley No. 175, de 17 de junio de 1997, se adicionó el apartado 3 del Art. 8 del Código Penal, que extendió la aplicación del tratamiento administrativo a todos los delitos sancionables hasta un año de privación de libertad. Este es una expresión muy parecida al principio de oportunidad en nuestra legislación, pero, al ser aplicado por la Policía²⁹ y la Fiscalía, sin que la primera de estas esté facultada legalmente para ejercer la acción penal,³⁰ la resolución mediante la que se acuerda

Penal vigente.

²⁷ Vid. GÓMEZ PÉREZ, Ángela: "Tutela legal a las contravenciones y los delitos paralelos en Cuba", ed. electrónica www.eumed.net/tesis/2011/agp consultado 23-1-17 a las 3:00 p.m.

²⁸ Establecido en los Arts. del 481 al 489 de la LPP.

²⁹ Respecto a esta facultad asegura ROXIN que solo es posible a la Fiscalía; ya que la Policía no tiene facultad para sobreseer discrecionalmente, de modo que para ella el principio de legalidad rige ilimitadamente. ROXIN, CLAUS, *Op. cit.*, Culpabilidad y Responsabilidad..., p. 91.

³⁰ El viceministro jefe de la Dirección de la Policía Nacional Revolucionaria, en su Orden No. 19, de 16 de julio de 1997; y el fiscal general de la República, mediante la Instrucción No. 1 de 1997, establecieron los requisitos y procedimientos tanto para hacer uso de este precepto como para su control.

no es una resolución fundada, no es ratificada por un juez y no tiene efectos de cosa juzgada, no cumple las exigencias que en el transcurso de la investigación hemos identificado como características del principio de oportunidad.

La tramitación del Artículo 8, apartado 3 no se establece en la Ley de Procedimiento Penal, ni por el Derecho Administrativo. Esta dificultad se trató de resolver con el *parche* establecido en la disposición especial única del Código Penal, para tratar de instrumentar su aplicación.³¹ Pero ello no ha cumplido su objetivo, limita su aplicación y no existe un control con los beneficiados y el cumplimiento de las obligaciones impuestas.

La predicha disposición dio lugar a pronunciamientos por las autoridades facultadas, que se convirtieron en regulaciones complementarias de carácter interno para cada uno de los órganos involucrados, las cuales responden a intereses de carácter operativo y funcionales, ajenas a la sistemática de la Ley de Procedimiento Penal y su marco garantista: Indicaciones emitidas por la Orden No. 19, del viceministro del Ministerio del Interior y jefe de la Dirección de la PNR, la Instrucción No. 1/97, del Fiscal General de la República e Indicaciones del CGTSP.³²

La peligrosidad social, como elemento típico del delito, y de donde parte el legislador para definir las tipicidades delictivas, durante los procesos de criminalización, no se les debería responsabilizar a los operadores del sistema jurídico, para una definición de lo no delictivo, a partir del mismo referente, en supuestos que antes se han considerado típicamente delictivos. Ello pudiera ser violatorio del principio de legalidad desde su componente de seguridad jurídica, y sus tres elementos configurativos: ley escrita, ley estricta y ley cierta.³³

La Ley No. 88 de 1999,³⁴ “De protección de la independencia nacional y la economía de Cuba”, es la primera ley especial que, en su disposición

³¹ Establece que: El Ministerio del Interior, el Fiscal General de la República y el CGTSP reglamentarán en lo que respectivamente les concierna, la aplicación de lo establecido en esta disposición especial.

³² En las Indicaciones emitidas por el CGTSP para la instrumentación práctica del 8-3 encontramos, la inclusión de un mandato que representa en sí mismo una doble incriminación desde su vertiente procesal y por ende, la vulneración del principio “*non bis in idem*”.

³³ Vid. GÓMEZ PÉREZ, Ángela: La Aplicación del Artículo 8-3 del Código Penal a los acusados y víctimas, Tesis de Maestría en Criminología, Facultad de Derecho Universidad de La Habana, 2000, p. 30.

³⁴ Gaceta Oficial Extraordinaria número 1, de 15 de marzo de 1999, se promulgó la Ley No.88, denominada “de Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba”.

final primera, hace referencia directa al principio de oportunidad, cuando expresa: La Fiscalía General de la República respecto a los delitos previstos y sancionados en la presente ley, ejerce la acción penal pública en representación del Estado en correspondencia con el principio de oportunidad, conforme a los intereses de la nación,³⁵ toda vez que se reserva el ejercicio de la acción penal, es decir, el poder o facultad de promoverla, cuando se estima que el orden legal ha sido quebrantado, y el fiscal en representación del Estado y, conforme a los intereses de la nación, lo decide.³⁶

La Ley No. 93, contra los actos de terrorismo,³⁷ de 24 de diciembre de 2001, en su Artículo 5, describe los criterios de oportunidad y beneficios que se le pueden aplicar a los colaboradores, involucrados en hechos por estas tipologías delictivas que protegen la seguridad nacional, como bien jurídico de carácter especial para nuestro país.

El Decreto Ley No. 310 de 29 de mayo de 2013, en vigor desde el primero de octubre de ese año, amplió aun más las posibilidades de aplicación del referido Artículo 8.3 del vigente Código Penal, al establecer su aplicación en aquellos delitos en los que el límite máximo no exceda los tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o ambas y que, para ello, se necesita la aprobación del fiscal³⁸, pero se mantienen los señalamientos hechos con anterioridad, lo que nos imposibilita mostrarlo como una manifestación del principio de oportunidad en nuestro

³⁵ Ley No. 88 de Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*. Edición extraordinaria No. 1 de 15 de marzo de 1999.

³⁶ El Art. 127 de la *Constitución de la República* preceptúa: La ley determina los demás objetivos y funciones, así como la forma, extensión y oportunidad en que la Fiscalía ejerce sus facultades al objeto expresado. Es criterio de TOLEDO SANTANDER, José Luis, que en este segundo párrafo se dice expresamente que va a ser la Ley quien le va a fijar a la Fiscalía entre otros aspectos, la “oportunidad” en que la ejerce, luego, en una recta interpretación de la norma, se deja claro que van a existir ocasiones en que la Fiscalía, de acuerdo a lo establecido en la Ley, no ejercerá sus funciones y eso es oportunidad de actuar, criterios expresados en los comentarios realizados a la Ley No 88 de 1999. Colectivo de autores: *Comentarios a las leyes penales*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2005 y este mismo autor en *Op. cit.* Tesis, pp. 91-92.

³⁷ *Vid. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria No. 14* de fecha 24 de diciembre de 2001, Ministerio de Justicia, en su Artículo 5 describe los criterios de oportunidad y beneficios que se le pueden aplicar a los colaboradores.

³⁸ *Vid. Resolución No.51-13, del Fiscal General de la República, de 23 de septiembre de 2013, donde se establece la metodología para la aplicación del art.8-3 y los modelos para su tramitación.*

país. Además con esta ampliación en la posibilidad de aplicar el Artículo 8-3 existen un número considerable de delitos, según su marco sancionador donde el sujeto activo es el funcionario público y están incluidos dentro de estas posibilidades de beneficio.

Son estos, a grandes rasgos, los antecedentes legislativos que podemos encontrar en Cuba, como intentos de aproximación al principio en estudio, todos desde la ley sustantiva, como se puede apreciar muy distante para provocar el cambio que necesitamos, a partir de cuestionarnos entre otras razones: la ubicación de las atribuciones que confiere el Artículo 8, apartado 3, en el Código Penal, y no en la Ley de Procedimiento Penal, como demostramos que ocurre en el Derecho comparado.

Además, ¿por qué se mantiene la facultad de su aplicación a la Policía en los delitos sancionables hasta un año, si no es el sujeto procesal facultado para ejercer la acción penal?, ¿qué efectos tienen las decisiones adoptadas por la Policía y la Fiscalía con amparo en esta institución?, ¿por qué enmarcar esta posibilidad solo en los límites de la sanción y no en otros criterios de oportunidad como apreciamos en las legislaciones estudiadas?, ¿por qué la sanción pecuniaria tiene que ser la única medida a imponer para archivar las actuaciones?, ¿por qué no se establecen excepciones para su no aplicación y que quede el proceso solo en manos del fiscal?, ¿por qué la víctima no es tenida en cuenta?, ¿por qué se aplica tan poco esta salida del proceso penal?

Estas y otras interrogantes no encuentran respuestas en esta institución y, en tal sentido, a nuestro juicio, no clasifica como manifestación del principio de oportunidad, desde el punto de vista técnico-jurídico, ni por los efectos que provoca para el proceso, en general, ni para el justiciable y la víctima, en particular.

Para constatar en la práctica el comportamiento de los procesos penales según la legislación vigente, realizamos un estudio empírico que tomó como campo de investigación la actividad judicial de los TMP, respecto al proceso sumario. Para ello, se seleccionó el quinquenio 2010 y 2014 y, haciendo uso de las estadísticas judiciales de este período se pudo conocer que el 65% de la radicación de todos los procesos se concentra en este tipo de proceso. Es decir, en delitos de poca significación o de bagatela, como se les denomina en las concepciones criminológicas.

Las tipologías delictivas de mayor radicación, a nivel nacional, resultaron ser los delitos de hurto, lesiones, amenazas e incumplimiento de las obligaciones derivadas de la comisión de contravenciones.

Del universo del país, se seleccionaron los dos Tribunales Provinciales Populares de mayor y menor radicación, en este tipo de proceso: TPP de mayor radicación: La Habana y Santiago de Cuba. Los TPP de menor

radicación: Cienfuegos y Ciego de Ávila. Tendencia que se mantuvo en 2015 y 2016.³⁹

De la radicación total del país en ese quinquenio (150 832 causas), la muestra seleccionada fue de 2562 (4% de la radicación total de los 16 TMP seleccionados y 2% de la radicación total en ese tipo de proceso), con el 97% de confiabilidad y un margen de error del 2%, con lo que se garantiza una mejor representatividad de los estadígrafos de confianza de error y, en tal sentido, suficientemente demostrativo de cómo se manifiesta el fenómeno analizado desde una perspectiva judicial.

Las 2562 causas fueron seleccionadas de forma consecutiva, de acuerdo con la radicación de cada año y el número de la muestra, a las que se le aplicó la guía de observación y como principales resultados se obtuvo que:

– El 92,7 de los sancionados resultaron personas primarias ante la norma penal; el 75,8% tenían buena conducta social, con anterioridad a la comisión de los hechos; con vínculo laboral, el 74,7%. Reconocieron su participación en los hechos y mostraron arrepentimiento, el 67,3%. Si solo tenemos en cuenta estos últimos datos, respecto a las características de los sancionados, podemos afirmar que, como mínimo, al 67% de los acusados se le hubiera podido aplicar un criterio de oportunidad porque eran personas primarias ante la norma penal, de buena conducta social, trabajaban y reconocieron su participación en los hechos

– Al 55,3% de los sancionados se les impuso la sanción de multa. Al realizar un análisis de la composición de estas y la cuantía en cuotas, resultó que el 50% de las impuestas fueron de 200 cuotas o más, es decir, que constituyen antecedentes penales, de acuerdo con lo que preceptivamente establece nuestro Código Penal; y, si tenemos en cuenta que el 92,7% de los sancionados fueron primarios, entonces, la política penal constituyó, en un alto por ciento, un elemento criminalizador en potencia para la sociedad.

Se verificó que los procesos penales, en el quinquenio en estudio (2010-2014), costaron al país, por la inversión que en ellos hizo el último esla-

³⁹ De los referidos TPP, también seleccionamos los dos TMP con mayor y menor radicación La Habana. TMP de mayor radicación: Playa y La Habana Vieja; TMP de menor radicación: Cotorro y Regla y en Santiago de Cuba. TMP de mayor radicación: Santiago de Cuba y Contramaestre; TMP de menor radicación: Segundo Frente y Tercer Frente. En Cienfuegos. TMP de mayor radicación: Cienfuegos y Cumanayagua; TMP de menor radicación: Lajas y Palmira y en Ciego de Ávila. TMP de mayor radicación: Ciego de Ávila y Morón; TMP de menor radicación: Florencia y Ciro Redondo. Los delitos de mayor incidencia en estas provincias fueron: lesiones, amenazas, hurto, tenencia ilegal de armas y delitos de tránsito.

bón de la cadena procesal (es decir, el tribunal, sin contar los costos de la Policía, la Fiscalía y prisiones), un total de \$167 millones 319 913,43 MN. De esa cantidad, en los procesos de los TMP, se gastaron \$96 millones 984 214,14 MN, que significa el 58% de lo gastado.

Sin embargo en los procesos de provincia, donde se concentra el procesamiento de los delitos más graves en primera instancia, se utilizó el 35%, que significan 58 millones 999 512, obsérvese a simple vista la desproporción del efectivo utilizado, dado por el costo de los procesos y el menor número de ellos que se radica en los Tribunales Provinciales del país, pero sí los más complejos en su investigación.

En la provincia de La Habana, el costo de los procesos penales en los TMP fue de \$9 380 199; el costo promedio de un proceso, en el quinquenio, fue de \$222, mientras que, en Santiago de Cuba, los procesos penales –competencia de los TMP–, en igual periodo, costaron \$6 038 111,32; y el costo promedio para un proceso, en el quinquenio, fue de \$478. Si, hipotéticamente, se tomaran estos valores y los consideráramos iguales para la PNR y la Fiscalía (realmente, siempre serían superiores para la PNR porque tiene a su cargo la detención), entonces, un proceso, para el sistema en general, en La Habana, costaría al Estado, como mínimo, \$666 MN y, en Santiago de Cuba, \$1434 MN, valor superior al salario mensual de un juez y un fiscal de los que laboran en los municipios.

Cruzando estos resultados económicos con los datos anteriores, sí el promedio de causas donde existían las condiciones para aplicar el Art. 8.3, respecto a las causas analizadas, fue del 67%, por asociación, esto significa que, en ese mismo por ciento, se hubiera podido ahorrar, como mínimo, el presupuesto invertido, que representa \$112 millones 104 342 MN, en cinco años y los gastos corrientes promedio de un año en el TSP son de 61 millones (Anexo 7) entonces podemos afirmar que con lo que se ahorraría en cinco años, al no procesar el 67% de lo que se comprobó tenían los requisitos para ser sobreseído, alcanzaría para cubrir los gastos corrientes de aproximadamente dos años de trabajo en el TSP

En sentido general, la constatación de la realidad existente en nuestros tribunales, utilizando la estadística judicial y el estudio de las causas seleccionadas, conforman una caricatura perfecta de los elementos doctrinales estudiados en el marco teórico, desde el momento en que surgió el principio hasta la fundamentación político-criminal que naturaliza su existencia. Quedan así, fehacientemente demostrados, los altos costos que significan para el país mantener la impartición de justicia bajo los viejos cánones del férreo principio de legalidad.

Las técnicas y métodos empleados desde una visión holística ratifican que la pretensión de aportar elementos para la introducción de una institución como la oportunidad en el proceso penal cubano, no solo era

necesaria desde el punto de vista jurídico en pos de una justicia garantista, preventiva, conciliadora, humana, flexible y alternativa con opciones válidas para encarar los disímiles conflictos que una sociedad debe afrontar en su cotidiano andar, sino también, que en el caso cubano de manera particular, significa un aporte al llamado a la búsqueda de soluciones menos costosas en lo económico y de mayor satisfacción en lo social.

Con amparo en lo anterior podemos concluir que:

EL principio de oportunidad tiene sus orígenes en la discrecionalidad del sistema anglosajón del *Common Law* y su primera expresión normativa en Alemania a través de la “Ley Emminger”, de 4 de enero de 1924 – Art. 153–, en virtud de la cual el Ministerio Público quedó facultado para abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones: a) reparar el daño ocasionado; b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones. Formó parte de los elementos transformadores introducidos por los movimientos de reforma procesal en Europa y en América Latina.

Que los fundamentos del principio de oportunidad lo conforman una mezcla de razones: históricas, teóricas, normativas y de política criminal, asentadas en los postulados enarbolados por las corrientes preventivas y criminológicas de finales del siglo xx, que lo dotaron de una concreción minimalista constituyendo así su naturaleza jurídica.

Como tendencia internacional el principio de oportunidad goza de reconocimiento constitucional y se complementa con el resto de los principios y garantías. La doctrina moderna le reconoce su excepcionalidad, discrecionalidad, así como que siempre es referido al órgano persecutor oficial del Estado y su taxatividad, cuando no se aplica la modalidad libre.

La oportunidad reglada ofrece un conjunto de ventajas que se erigen en razones de política criminal cuyo fundamento no obliga a la persecución indiscriminada de todos los delitos en pos del descongestionamiento del sistema judicial; permite concentrar los esfuerzos en una eficaz persecución de los delitos más graves, con una actual tendencia hacia la criminalidad organizada, nos ofrece una amplitud de posibilidades de reinserción social a los sujetos involucrados en hechos de poca peligrosidad social, y como colofón de todo ello, tributa a la necesaria economía procesal.

Del análisis de la totalidad de los criterios de oportunidad que se manejan en la doctrina y el derecho comparado, y atendiendo a las características propias del delito y sus comisores en nuestro país, una selección de ellos tributarían a una correcta implementación de la oportunidad re-

glada, con énfasis en los que toman en cuenta: la insignificancia, la pena natural, la colaboración, y los postulados en convenios internacionales.

La praxis judicial cubana muestra elementos suficientes, en cuanto a las conductas delictivas que se juzgan, donde el 65% de los delitos son menores, con prevalencia de las lesiones, amenazas, hurto, portación y tenencia ilegal de armas. Los sujetos comisores, en el 67% eran de buena conducta social, sin antecedentes y colaboraron en el esclarecimiento de los hechos. Como resultado de ello, las sanciones impuestas en un 55% fueron de carácter pecuniario y de ellas un 50% estuvieron en un rango de 200 cuotas que automáticamente se convierten en antecedentes penales, cuyo análisis nos lleva a afirmar que no ha sido coherente la respuesta punitiva con el tipo de delito y las características de sus autores, los que bien pudieran haber sido beneficiados con otras soluciones menos criminalizantes.

La oportunidad es un mecanismo válido, que según los operadores jurídicos consultados, sería de utilidad en el proceso penal cubano, fundamentándolo en un 100%, con una mayor efectividad de la impartición de justicia, con más calidad y disminución de sus costos económicos; el 99,8% lo identifica con la agilidad en el resarcimiento a las víctimas y mayor posibilidad de adecuar las soluciones al conflicto penal creado por el delito; el 99,7%, con mayor agilidad en la impartición de la justicia; 98,7% lo asocia a una mayor concentración de los recursos humanos y financieros hacia el procesamiento del delito más grave; y el 77%, con la humanización de las sanciones.

El análisis económico como última de las invariantes demostró la utilidad del principio de oportunidad para Cuba al arrojar que, descongestionando los TMP (en un 67% por las características de los hechos y sus comisores que hoy se juzgan) podría en un quinquenio ahorrarse \$112 millones 104 342 MN, que representaría, según los costos corrientes del TSP lo necesario para dos años de trabajo, o poderlos invertir en el proceso ordinario de los TPP, donde se juzgan los delitos más graves y que cuestan en un quinquenio \$ 58 millones 999 512 MN.

Luego del panorama expuesto, se propone que:

I. Junto a la definición constitucional de *Legalidad*, se reconozca, de manera expresa, el principio de oportunidad reglada, bajo una formulación que pudiera contener el diseño siguiente:

La Fiscalía General de la República es el órgano del Estado al que corresponde, como objetivos fundamentales, el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del estricto

cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos; y la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado, **con sujeción a los principios de legalidad, oportunidad reglada y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito, acusará a los presuntos infractores ante el tribunal competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio oral.**

La ley determina los demás objetivos y funciones, así como la forma, extensión y oportunidad en que la Fiscalía ejerce sus facultades al objeto expresado.

II. La Ley de Procedimiento Penal, como norma de desarrollo, deberá definir el principio de oportunidad y establecer las pautas de un modelo de oportunidad reglada, basado en lo siguiente:

A. Reconocimiento y determinación de los criterios de oportunidad

- 1. La insignificancia o falta de interés público.** Este criterio de oportunidad debe regir para los delitos sancionables hasta cinco años de privación de libertad, término que actualmente se tiene en cuenta para las sanciones subsidiarias a las penas privativas de libertad.
- 2. Cuando el imputado, como consecuencia directa del hecho, haya sufrido un daño físico o psíquico, grave o irreparable.**
- 3. Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho; haya contribuido de manera significativa al esclarecimiento de la participación de otros imputados de mayor responsabilidad en el mismo hecho; en otro más grave o relacionado con la criminalidad organizada y el delito transnacional.**
- 4. En casos de extradición, atendiendo a convenios bilaterales entre los Estados.**

B. Precisar requisitos de carácter general para su correcta instrumentación:

- 1. La aplicación debe hacerla el fiscal, ratificada por un juez.**
- 2. Introducción de un conjunto de medidas que hagan efectiva la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo que coadyuve a evitar la impunidad, que pudieran ser:**

- a) La privación del derecho a ocupar cargo de dirección en los órganos correspondientes a la actividad político-administrativa del Estado, en unidades económicas estatales y en organizaciones de masas y sociales
- b) La prohibición del ejercicio de una profesión u oficio
- c) Suspensión de la licencia de conducción
- d) Prohibición de frecuentar medios o lugares determinados
- e) El comiso
- f) Realizar trabajo de utilidad pública a favor del Estado o instituciones de beneficencia, fuera de sus horarios habituales de trabajo
- g) Sujeción a vigilancia de los órganos y organismos encargados de la prevención social.
- h) Prohibición de cambiar de residencia sin autorización
- i) Obligación de rendir cuenta periódicamente de su conducta
- j) Someterse a un tratamiento médico o psicológico, si fuera necesario
- k) Prohibición de salir del país sin autorización

3. El principio de oportunidad debe aprobarse por auto de sobreseimiento, que tendrá efectos definitivos o suspensivos, de acuerdo con el criterio de oportunidad que se aplique.

- C. La ley deberá realizar una interpretación auténtica contextual que defina qué se considera, *insignificancia* y *delito grave* que puede estar en los términos siguientes:

Insignificancia: Resultarán insignificantes aquellos hechos que, por su mínima lesión al bien jurídico, o su escasa entidad, desde el punto de vista de su dimensión en términos político-criminales, no deban ser perseguidos, a fin de mantener un nivel mínimo de racionalidad en el *ius puniendi*.

Delito grave: Más de cinco años, teniendo en cuenta que es el límite hasta donde nuestra legislación autoriza las sanciones subsidiarias a las penas privativas de libertad.

- D. El principio de oportunidad no se aplicará en delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de estos.

III. Que la Fiscalía General de la República como sujeto procesal facultado para la aplicación del principio de oportunidad, deberá reglamentar su implementación, controles y registros.

El Juicio Oral desde una dimensión política

DR. GONZALO RUA*

Sumario

1. La dificultad de establecer en la práctica un modelo de justicia republicano
2. El sistema mixto mantuvo las bases del “Ancien Régime” francés
3. Pautas mínimas para un Juicio Oral republicano
 - 3.1. El Juicio oral comprendido desde la visión del conflicto entre partes
 - 3.2. Control estricto sobre la información admitida en Juicio
 - 3.3. Concretar el litigio sobre hechos controvertidos
 - 3.4. Por una verdadera igualdad de armas
 - 3.5. La comprensión de la litigación desde un escenario político
 - 3.6. Construir las nuevas formas y escenarios del diseño adversarial
 - 3.7. Una adecuada organización administrativa

1. La dificultad de establecer en la práctica un modelo de justicia republicano

1. Sentar las bases dogmáticas del proceso penal en América Latina no ha sido una tarea sencilla. El establecimiento de un sistema penal republicano en la praxis, acorde con los firmes postulados constitucionales de nuestras jóvenes naciones, sigue siendo una preocupación abordada pero, a su vez, un trabajo inconcluso lleno de marchas y contra marchas que dificultan su rumbo. El modelo inquisitivo hegemónico en Europa desde comienzos del siglo XIII¹, heredado por imposición en las colonias

* Director del Área de Reforma y Democratización de la Justicia Penal del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), profesor en la Universidad de Buenos Aires y Juez Penal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. gonzarua@hotmail.com

¹ Maier expone que en el año 1567, a través de la Nueva Recopilación, se acordó la vigencia de las Siete Partidas como derecho común para la América hispana, que

americanas, dejó una profunda huella cultural (aunque más que una huella diría yo un estrago cultural), que aún hoy cuesta mucho trabajo borrar y que impacta fuertemente en las prácticas sociales y judiciales, ya sea sobre los primeros modelos mixtos de la región² que mantienen vigencia³, o los nuevos sistemas adversariales latinoamericanos, sean éstos de primera⁴ o de segunda generación. El autoritarismo en las deci-

habían sido sancionadas promediando el siglo XIII por Alfonso X. Con esa ley, España recibía del derecho romano canónico el modelo inquisitivo en la persecución penal (Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo 1, Fundamentos, 2da edición, Del Puerto, Bs. As., 1996, pp. 300 y 302), el que continuó vigente en estas tierras incluso varias décadas después de obtenida la independencia de España (idem, p. 460). Independientemente de la vigencia de las Siete Partidas, el modelo cultural impuesto desde la conquista de América fue el inquisitivo, no quedando vestigio alguno de la legislación indígena anterior a la conquista ((idem, p. 328).

² En primer lugar hacemos referencia a la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882, que entró en vigencia en Cuba, por entonces colonia española, a partir del 1ro de enero de 1889 (Ver Rivera García, Danilo, “Estudios sobre el proceso penal”, Ediciones ONBC, La Habana, Cuba, 2014) y el sistema mixto francés instaurado en la República Dominicana a mediados del siglo XIX.

Hacemos mención al Código Procesal Peruano de 1920 y 1940 donde se establece un primer atisbo de oralidad en el juicio, pero manteniendo una investigación secreta (al respecto ver, Neyra Flores, *Tratado de derecho Procesal Penal*, Lima, 2015, Tomo 1, p. 90; y San Martín Castro, César, “Derecho Procesal Penal”, 3ra edición, Lima, 2014, pp. 40 y 41), y al Código Procesal Penal Cordobés de 1939, luego seguido por varios estados argentinos, y al Código Procesal Penal Venezolano de 1962. Al respecto, ver Duce, Mauricio y Riego, Cristian, “Proceso Penal”, Ed. Jurídica de Chile, 2007, pp. 49 y ss; y Maier, Julio, ob. cit., pp. 421 y ss.

³ Algunos estados de Perú, algunas provincias argentinas (Tierra del Fuego, Santa Cruz, San Luis, San Juan, Corrientes, Formosa y Misiones), Brasil y Uruguay mantienen aún sistemas con una base inquisitiva.

⁴ Nos referimos a los primeros códigos acusatorios en la región (códigos acusatorios de primera generación), entre ellos el Código de Guatemala (1992), Costa Rica (1996), El Salvador (1997), Paraguay (1998), Venezuela (1998) y Bolivia (1999). Estos primeros códigos acusatorios tuvieron que soportar las enormes dificultades de implementar un modelo adversarial frente a un cuadro cultural arraigado en el viejo molde inquisitivo y organizaciones judiciales poco propensas a una apertura. La implementación de esos primeros códigos nos enseñó que transformar un sistema de justicia no es una tarea limitada a un mero cambio normativo. No se trata tan solo de un cambio de leyes, sino antes bien, requiere de una implementación planificada que aborde la transformación de las organizaciones y del cambio cultural necesario para los operadores del sistema de justicia, acostumbrados a tramitar expedientes antes que solucionar conflictos. Sobre la evolución de los códigos, ver Langer, Máximo, “Revolución en el proceso penal latinoamericano”, Ed. por el Centro de Estudios de justicia de las Américas, Santiago de Chile, p. 16. Por ello, los códigos acusatorios aprobados en el presente siglo (de segunda generación) procuraron establecer una investigación más dinámica, un nuevo diseño

siones judiciales, propio de la tradición inquisitiva aún se percibe a la distancia.

No fueron suficientes los claros y sólidos postulados constitucionales de los países de la región que, en materia de justicia, anclaron su pensamiento en un diseño acusatorio y republicano -tomando como una de sus principales fuentes la Carta Magna de los Estados Unidos de Norteamérica y el pensamiento ilustrado de la Revolución Francesa-, dejando a un lado el sistema de justicia monárquico europeo, para que las prácticas judiciales pudieran tomar ese rumbo.

No se trató de un cambio menor, de escaso peso. Mucho menos de una decisión arbitraria o poco meditada. Representó una ferviente oposición al pensamiento inquisitivo vigente en estas tierras, que fue aplicado desde la conquista española y portuguesa a través de la vigencia de las Siete Partidas y de las ordenanzas del Reino de Portugal de comienzos del siglo XVI, respectivamente⁵, y que aún hoy mantiene, de algún modo (prácticas mediante) meridiana presencia⁶. Implicó la discusión sobre dos modelos antagónicos de justicia. Mientras que el modelo anglosajón -sistema acusatorio- abrazaba los valores e ideología republicanos (propias del pensamiento ilustrado de aquella época), adoptando la oralidad como forma de transparentar el sistema judicial y como mecanismo para que las partes pudieran tener un duelo dialéctico e igualitario para resolver sus conflictos y controvertir las pruebas de cargo de la contraria, el modelo europeo continental era su antítesis. Se inclinaba por un sistema de justicia de corte inquisitivo, con todo lo que ello implica: una estructura oscura, plagada de ritos que ponían los intereses estatales por sobre los de los involucrados en el conflicto⁷.

organizacional y un mayor peso a la oralidad, como metodología para la toma de toda decisión en el caso, colocando mayor énfasis en los procesos de implementación, como forma de romper con la lógica inquisitiva, culturalmente arraigada (al respecto, ver Ledesma, Ángela, *La reforma procesal penal*, Nova Tesis, Rosario, 2005, pp. 29 y ss).

⁵ Al respecto ver, Pacelli, Eugenio, *Curso de Processo Penal*, Editorial Atlas, 19 edición, San Pablo, 2015, p. 5.

⁶ Aunque cada vez con menor espacio, todavía a las organizaciones que componen el sector justicia les cuesta mucho esfuerzo salir de un modelo inquisitivo que solo alienta la producción de trámites, y la aplicación de violencia estatal similar para cada conflicto, poniendo el eje en la infracción a la ley (al Estado), olvidándose de los verdaderos involucrados en el conflicto (víctima e imputado).

⁷ Nada más representativo que la obra "El proceso" de Kafka, donde el protagonista es imputado de un hecho, del que desconoce todo detalle y sin que nadie le informe nada, siendo así el proceso mismo su propia condena.

Claro que la historia nos enseñó que desterrar ese sistema y los intereses que se esconden en cada recodo de su entramado, no era tarea sencilla. Iban a pasar muchos años hasta que las legislaturas de cada estado en la región pudieran aprobar una normativa procesal acorde al diseño republicano abrazado en nuestras constituciones. Pero no por falta de vocación republicana ni mucho menos por una cuestión de idiosincrasia o costumbres locales o regionales, sino por la enorme dificultad que implicó -y que aún cuesta enorme trabajo- disolver el entramado normativo de un estado indiano autoritario plagado de beneficios para la clase social dominante⁸. Como bien señala Binder, “más titánicos son los esfuerzos por construir una justicia republicana y más estrepitosos los fracasos. Lo evidente es que la generación republicana de América, al igual que los ilustrados, tenía claro el papel de una reforma total de la administración de justicia, que dejara atrás para siempre las prácticas inquisitoriales. Tenía claro también que esa tarea no era solo una labor jurídica, sino que era una de las mayores contribuciones a la fundación de repúblicas⁹.”

2. Hace ya un tiempo a la fecha, Alberto Binder señalaba que “la historia de la legalidad en América Latina es la historia de la debilidad de la ley”¹⁰. Nada más acertado para comenzar este trabajo que pretende exhibir la debilidad de la ley al momento de regular el Juicio Oral, que ha deambulado entre sombras, intereses y autoritarismo, a pesar de la prístina claridad expositiva tanto de las convenciones y tratados como de las constituciones latinoamericanas.

La falta de una legislación que conformara al molde acusatorio y republicano que se deriva de nuestras Constituciones Latinoamericanas y de la tradición jurídica de occidente¹¹ implicó no solo el mantenimiento

⁸ De allí que Binder concluya que “Nuestra cultura jurídica es, en gran medida, un reservorio autoritario que se reproduce a través de otras prácticas de enseñanza formal e informal, que todavía no hemos aprendido a criticar en profundidad y menos aún a modificar” (Binder, Alberto, *La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república*”, en “*La implementación de la nueva justicia penal adversarial*”, Ed. Ad Hoc, 2012, p. 15.)

⁹ Ob. cit., p. 22.

¹⁰ Binder, Alberto en “*La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república*”, en “*La implementación de la nueva justicia penal adversarial*”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2012, p. 13.

¹¹ Que en su gran mayoría abrazaron el juicio por jurados, aunque luego les costara construir ese modelo republicano en la práctica y en las leyes que regulan ese modelo de justicia. En igual sentido, Binder, Alberto, “*Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*”, Colección Conceptos Fundamentales del sistema acusatorio, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, p. 13.

de un sistema autoritario, ineficaz, ritual, secreto y escrito, sino antes bien, una merma en la efectiva vigencia de las garantías allí consagradas.

La garantía constitucional del “juicio previo”, establecida por nuestros constituyentes¹² como un requisito de legitimidad en la aplicación del poder punitivo, no tomó su real dimensión hasta, diría yo, apenas comenzado el presente siglo. Históricamente se ha observado a esa garantía fundamental o de primer orden, con cierta superficialidad o liviandad. Como si cualquier proceso de producción de información establecido normativamente -ya sea oral o escrito-, pudiera ser suficiente para darle contenido a una de las garantías más trascendentes en materia penal. De ese modo, juicios escritos, juicios orales donde la información recolectada durante la investigación -sin control de parte- ingresa como prueba, juicios por jurados sin instrucciones ni audiencia de selección de jurados, fueron formas estables y poco confiables de administrar el poder punitivo.

Esta garantía fundamental, no debe ser observada como el necesario respeto por cualquier trámite¹³ o formalidad establecida normativamente para arribar a una condena legítima, sino como un límite infranqueable

¹² Así, la Constitución Argentina de 1853 no solo estableció la garantía del juicio previo en su art. 18 (“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”), sino que también expresó que ese juicio debía llevarse a cabo ante un jurado popular (art. 24). La conexión entre ambas garantías (juicio previo y jurados populares) implica un reconocimiento de que no cualquier procedimiento es suficiente para abrazar la garantía del juicio previo, sino que se requiere de un juicio adversarial, público y contradictorio, frente a un tribunal imparcial.

Asimismo, la Constitución Mexicana de 1917, también fijó en su cláusula 20 una serie de garantías entre las que se establecía el derecho a ser juzgado en una audiencia pública presidida por un juez o jurado popular, conformando así las bases de la garantía del “juicio previo”. Del mismo modo lo hicieron la mayoría de las constituciones latinoamericanas.

Por su lado, la actual Constitución Brasileña de 1988 también establece reglas precisas, entre las que podemos mencionar las siguientes:

La Constitución Brasileña de 1988 establece las garantías individuales mínimas en su artículo 5to, estableciendo en el parágrafo LIV la garantía del debido proceso y en su parágrafo LV el contradictorio y la garantía de defensa en juicio en todo proceso judicial.

¹³ La palabra “trámite” no ha sido escogida al azar, sino que sintetiza al visión que el sistema inquisitivo tiene sobre los asuntos en la justicia. Se trataba de tramitar expedientes antes que de solucionar conflictos. Como señala Binder, la visión del proceso penal como un mero conjunto de trámites es precisamente la ideología de la justicia penal inquisitiva (ver Binder Alberto, *Derecho Procesal Penal, Ad Hoc*, 2013, Tomo 1, p. 27).

al poder del estado. Las formalidades que componen la garantía del juicio previo solo tienen sentido si, a través de su cumplimiento, se fortalecen otros principios constitucionales, tales como la imparcialidad del tribunal, el contradictorio -como corolario de la defensa en juicio- y la publicidad del juicio.

La garantía del juicio previo, sostenida por todas las constituciones latinoamericanas, se vio fortalecida por el bloque de convencionalidad, que impide una visión sesgada de este principio «e incide en forma directa en el derecho interno, garantías antes ignoradas o escasamente reconocidas emergen vigorosas e iluminan todo el espectro del proceso penal»¹⁴. Así, podemos hablar que a través de los principios políticos que estructuran los sistemas de justicia penal en la región, sumado a las exigencias constitucionales que dan forma al sistema de enjuiciamiento penal del Estado, para que se cumpla con la garantía de “juicio previo”, será preciso que el juicio sea presidido por un tribunal imparcial (art. 8.1 CADH) que, bajo los presupuestos de la oralidad (art. 8.1 CADH) y publicidad (art. 8.5 CADH), otorgue a ambas partes la posibilidad de producir prueba (art. 8.1.f CADH), y refutar la prueba de la contraparte, a través de los principios de inmediatez y contradicción.

Al decir de Ferrajoli, la garantía del juicio está basado en una estructura triangular, asegurada por tres garantías primarias, a saber: la formulación de la imputación; la carga de la prueba en manos de la acusación; y el derecho de defensa, que le permita controlar y controvertir toda la prueba de cargo¹⁵. Solo a través del respeto irrestricto de estos tres principios primarios, la garantía del “juicio previo” cobra real dimensión como un freno infranqueable al poder punitivo estatal. Abrazar la garantía del juicio previo y el reconocimiento del juicio por jurados como una forma de democratizar la justicia y de profundizar los valores del sistema adversarial¹⁶, también implica una profunda decisión entre

¹⁴ Conf. Ledesma, Ángela, *Lineamientos generales sobre debido proceso*, en AAVV “El debido proceso penal”, Tomo 1, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2015, p. 23.

¹⁵ Al respecto, ver Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón”, Ed. Trotta, Madrid, 1998, pp. 606 y ss. En palabras de Binder la garantía del juicio previo está estructurada bajo tres principios que componen las condiciones de verificabilidad, donde se fijan límites muy precisos acerca de cómo construir la verdad en juicio. Esos tres principios no son otros que la garantía de imparcialidad, publicidad y contradictorio, de las que se derivan garantías de segundo y tercer orden (conf. Binder, Alberto, *Elogio de la audiencia oral y pública*, en *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, Ad Hoc, 2012, pp. 227 y ss).

¹⁶ Como bien señala Harfuch, el jurado da una mayor dosis de adversarialidad al juicio y permite contar un verdadero tribunal imparcial. Así, señala el experto en Jurados que: “En el juicio profesional, en cambio los jueces se conocen de memoria

dos modelos antagónicos de justicia, y un abandono del modelo inquisitivo por entonces conocido por estas tierras. La garantía del juicio previo conforma un reconocimiento o límite del Estado que, para imponer una condena penal, debe permitir a la defensa, en una audiencia oral y pública, confrontar la acusación con prueba de descargo frente a un tribunal imparcial. Claro que, como sostuvimos, la historia nos mostrará que la vigencia de ese modelo adversarial y republicano establecido en nuestra ley fundamental terminó siendo, por muchos años, una utopía, un camino sumamente complejo de recorrer, que hoy todavía estamos intentando desandar, no sin enormes dificultades. Y veremos también como ello repercutió -y repercute hoy día- en el manejo y planificación de los asuntos penales por parte de los abogados, quienes se acostumbraron a ser meros actores de reparto en el proceso penal, casi con la única responsabilidad de ser veedores externos de un proceso penal al que no tenían invitación ni cabida.

3. No debemos olvidar que a comienzos del siglo XIX, época en la cual la mayoría de los pueblos latinoamericanos lograron su anhelada independencia y se dictaron las primeras Constituciones americanas, que abrazaron el sistema acusatorio y la exigencia de un juicio previo para la aplicación de una sanción penal, por estas tierras se mantenía vigente la ley de enjuiciamiento criminal española de claro cuño inquisitivo. Esa ley procesal española imperante hasta casi finales de siglo¹⁷, con las características ya apuntadas, era incluso anterior y más inquisitiva que el modelo bonapartista francés de 1808 -conocido bajo el nombre de sistema mixto, más para ocultar sus raíces inquisitoriales, que por una genuina y simétrica mixtura con el sistema adversarial inglés¹⁸. De allí

el expediente. Inclusive, varios ya tienen confeccionado un borrador de sentencia. El juicio es así un simple trámite más, una parodia decolorada de adversarialidad. Pierde toda su razón de ser. En el juicio por jurados, los jurados se enteran de quien es el acusado y en qué consiste el caso cuando el fiscal y el defensor hacen sus alegatos de apertura” (Harfuch, Andrés, *El Juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires, Ad Hoc*, 2013, p. 183). De allí que el juez, profesional, al no tener responsabilidad sobre el mérito de la acusación, pueda circunscribir su rol a ser un garante del juicio, esto es de la calidad del litigio (ob. cit., p. 110).

¹⁷ El modelo inquisitivo español se mantuvo hasta 1882, año en el cual entra en vigencia el modelo mixto español, bajo el nombre de ley de enjuiciamiento criminal española.

¹⁸ Si bien los primeros modelos posteriores a la revolución francesa eran más acusatorios que el código de instrucción criminal de 1808 (me refiero a la ley de enjuiciamiento de 1791 y al código de 1795), lo cierto es que todos ellos conservaron, tal como apunta Bovino, los principios materiales del procedimiento inquisitivo, esto es, la persecución penal pública y la averiguación de la verdad (Bovino, Alberto,

el enorme choque cultural que representó, la clara y diáfana idea que pretendía erosionar el aparato de la inquisición.

Se trató ni más ni menos que de un intento por lograr una transformación revolucionaria en el sistema de justicia penal, en el que, cuanto menos, se sentaron sus bases constitucionales. Más allá de los constantes embates que se harán sobre el modelo inquisitivo de enjuiciamiento a lo largo de los siglos XIX y XX¹⁹ con el afán de cumplir con la manda constitucional, a los países de la región, en líneas generales, les ha costado mucho esfuerzo y tiempo lograr abandonar definitivamente una justicia que, lejos de ubicar los derechos de las partes -víctima e imputado- en el centro del litigio, mantuvo los intereses del Estado por sobre éstas.

La posterior adopción del sistema mixto francés, impuesto en algunos estados latinoamericanos a mediados del siglo pasado²⁰ tampoco fue suficiente antídoto para abortar el modelo de una justicia inquisitiva más preocupada por los intereses estatales centrados en mantener el control en la aplicación del poder punitivo, que amoldarlo a los sueños de nuestros constituyentes. Ese sistema -el mixto-, lejos de ser un producto de la

Problemas del derecho procesal penal contemporáneo, Del Puerto, 1998, p. 78). De allí que Ferrajoli lo defina como un “monstruo, nacido de la unión del proceso acusatorio y el inquisitivo”. Y que su parte “tendencialmente acusatoria” estaba “destinada a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase” (Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, p. 566)-

¹⁹ No solo en la Argentina, a través del Proyecto trunco Victorino De la Plaza y Florentino González (1873), se intentó vanamente la aprobación de un código procesal penal de corte acusatorio. Los mismos intentos se presentarán en otros países. Así, Guatemala, con la primera presidencia (Mariano Gálvez) aprobó los códigos Livingston (1837), que era un cuerpo normativo de cinco leyes que estableció el juicio por jurados, aunque tuvo corta vigencia; México con el establecimiento del Juicio por jurados a comienzos del siglo XX; y República Dominicana, Puerto Rico y Cuba establecieron el juicio oral a finales del siglo XIX, el primero al hacer propio el código francés de 1808, los dos restantes debido a que su independencia fue posterior a la vigencia de la ley de enjuiciamiento criminal española de 1882. Al respecto consultar, Duce, Mauricio y Riego, Cristián, Proceso penal, pp. 45 y ss; y, sobre la reforma en Cuba, Rivero García, Danilo, Ley de Procedimiento Penal, Ediciones ONBC, La Habana, 2012, pp. XXVII y ss.

²⁰ Por citar algunos ejemplos, Perú aprobó un Código Procesal Penal de clara influencia francesa en 1920, que instauró un juicio oral en un modelo mixto con investigación formalizada, aunque, como lo explica Neyra, las modificaciones posteriores fueron suavizando la oralidad, permitiendo cada vez más la incorporación al debate de numerosas evidencias recolectadas durante la investigación (Neyra Flores, José, Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral, Idemsa, Lima, 2010, pp. 99 y ss). Del mismo modo, el Código Cordobés impuso el modelo mixto en 1939, el que luego fuera seguido por varias provincias argentinas.

revolución francesa, es más bien un modelo originado en el movimiento contra revolucionario que entendió los cambios que se avecinaban, pero preocupado por mantener los ejes centrales del viejo molde, buscó paliar los efectos del nuevo diseño²¹.

Así, el modelo francés rápidamente se convirtió más en la antesala del oscuro sostenimiento de las bases inquisitoriales en la administración de justicia, que un intento genuino de transformarla. El mantenimiento de la acción penal pública oficiosa -legalidad procesal- aún por sobre el interés de la víctima, y el afianzamiento de una investigación penal secreta, escrita, formal y ritual que repercutió fuertemente en el Juicio Oral a través de la incorporación del expediente judicial como prueba, fueron suficiente para un vano intento de transformar la justicia en la Europa continental. No solo el Estado mantuvo el imperio del poder penal (no dependía de un tercero, víctima u ofendido -ya sea individual o colectivo- para la aplicación de la violencia estatal a través de la pena o, aunque más no sea, la amenaza de su imposición), sino que también se conservaron las formas oscuras y secretas de la investigación, que ingresaban como prueba al juicio oral mediante simple lectura. De ese modo, el juicio oral en los sistemas mixtos terminó por ser más una parodia de oralidad, una verbalización del expediente, que un verdadero litigio entre adversarios, manteniéndose las viejas prácticas del sistema anterior y dejando, nuevamente, a los abogados fuera del centro del escenario. No nos detendremos en este trabajo sobre la historia de los procesos penales en sí, ya que no es la finalidad de este texto²², más sí debemos destacar que es la historia de los procesos penales la que permite comprender el porqué del rol absolutamente pasivo de los abogados en la planificación de los casos. La figura del Juez de Instrucción, como una suerte de inquisidor moderno, sumado al peso del expediente previo a la iniciación del Juicio Oral fueron demasiado escollo para poder transformar una justicia penal que encontró su “zona de confort” en el viejo modelo autoritario inquisitorial. Cinco siglos bajo un aparato de justicia inquisitivo, en donde la incorporación de pruebas al litigio terminó siendo

²¹ Explica Maier que el código de instrucción criminal francés de 1808 fue una mezcla de ideas de implantar un modelo de justicia acusatorio y las viejas ideas de la inquisición (Maier, Julio, Derecho Procesal Penal, Tomo I, pp. 350 y ss). Así las primeras ideas acusatorias establecidas en el código de 1791 fueron cediendo y morigerándose hacia el modelo inquisitivo, dando nacimiento al sistema mixto, definido como un híbrido o un monstruo por Ferrajoli por no responder a ninguno de los dos modelos (Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, p. 567)

²² Quien quiera avanzar en esa línea recomendamos la lectura de Binder, Alberto, Derecho Procesal Penal, Tomo 1, Capítulo 2, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2014.

de muy baja calidad y con un papel secundario de parte de los abogados de la acusación y de la defensa, repercutió -y repercute aún hoy día- fuertemente en el modo en que los litigantes manejan su cartera de casos y planifican sus estrategias. La realización de un juicio oral que hunde sus raíces en el sumario policial impactó fuertemente, desde el plano cultural, en la forma de ejecutar las pruebas y de preparar el litigio.

2. El sistema mixto mantuvo las bases del “Ancien Régime” francés

1. Como venimos sosteniendo, fue el modelo mixto francés el que sentó las bases del sistema penal durante el siglo XIX en Europa continental, y en América Latina durante gran parte del siglo XX²³, y que bajo el paraguas del juicio oral mantuvo los paradigmas del viejo molde inquisitivo, legalizando el ingreso por lectura de todo tipo de información escrita recolectada, con cierto secretismo, durante la instrucción. Pruebas pre constituidas sin control de partes, actas escritas incorporadas por lectura, confusión de roles en el proceso, jueces con capacidad de producir pruebas, aún las no requeridas por las partes -bajo el instituto de la instrucción suplementaria-, fueron la base probatoria de un juicio oral mixto que se caracterizó por permitir el ingreso de información de muy baja calidad, debido a las permisivas formas procesales requeridas para su obtención²⁴. En definitiva, la base del juicio oral en los sistemas mixtos prácticamente no se apartó del molde probatorio inquisitivo²⁵, esto es, un sistema en el cual el principio de libertad y amplitud probatoria

²³ El modelo mixto francés ingresó en varios estados latinoamericanos. La escuela cordobesa en Argentina fue un lugar desde donde se expandió al resto del continente las bases del modelo mixto. Así, el modelo mixto se asentó en el Código Procesal Penal Cordobés de 1939, y continuó expandiéndose hacia varias provincias argentinas. Así, se irradió a Santiago del Estero (1941), La Rioja (1950), Mendoza (1950), Jujuy (1950), Catamarca (1959), San Juan (1961), Salta (1961), La Pampa (1964), Entre Ríos (1969), Corrientes (1971) y Chaco (1971). Al respecto, ver Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, p. 421.

²⁴ Sobre las enormes grietas abiertas por donde se vulnera el sistema acusatorio y se conceden gracias al Tribunal para inmiscuirse en la prueba, ver el meticuloso trabajo de Gómez Urso, Juan, *El juicio oral*, Ed. Hammurabi, 2011; en particular, el capítulo III de su obra.

²⁵ Claro que sí se apartó en cuanto al abandono de la prueba tasada, más sostenemos que el cambio no fue realmente muy profundo, ya que la prueba continuó estando constituida por actas labradas en un expediente al cual la defensa no tenía prácticamente acceso ni posibilidad de controvertir.

(conocido técnicamente como “free proof”²⁶) casi no tuvo límites para la adquisición de evidencias, imperando los intereses del Estado que se arropó bajo una supuesta búsqueda de la verdad, dejando poco margen a las partes para la elaboración de una estrategia del caso.

Bajo la (falsa) premisa de que la finalidad de la prueba y del proceso penal es, casi con exclusividad, la averiguación de la verdad sobre lo ocurrido -una suerte de finalidad unidireccional-, sumado a la asunción benthamiana de que el objetivo fundamental del derecho procesal no es otro que ser garante de la correcta aplicación del derecho sustantivo, se orquestó un bloque teórico conceptual que perduró en el tiempo y sostuvo vigente el peso cultural y probatorio del expediente judicial realizado durante la investigación. Como consecuencia de ello, se mantuvo una metodología o sistema natural de conocimiento propia de la epistemología general²⁷, desplazando la idea de imponer límites a través del derecho probatorio que prohibieran, mediante reglas de exclusión, aquella información que no goce de cierta confiabilidad (por su falta de contradicción o la poca calidad de la misma), o que afecte intereses considerados superiores. Se podría decir que los límites impuestos a la prueba, bajo estos modelos procesales, fueron más bien insignificantes, sustituyéndose las reglas de exclusión o inadmisibilidad -propias del modelo anglosajón²⁸-, por los de credibilidad de la prueba. La idea que subyace a esta visión del sistema, es que el buen juez podrá distinguir qué información proveniente de las pruebas puede darle credibilidad, y cuál no.

²⁶ Bajo este modelo Benthamiano, se considera que es el juez quien debe valorar la calidad y credibilidad de la información que se desprende de cada medio de prueba y que, bajo la misma lógica del científico, no debe limitarse la cantidad de información. Parten de la base de que el juez sabrá distinguir la información que tiene la calidad suficiente, de aquélla que es más bien circunstancial. Así Bentham, como precursor de la tradición racionalista de la prueba sostuvo que la prueba debe ser enteramente libre (free proof) y que, cualquier interferencia del derecho procesal debe ser limitada o eliminada. Al respecto, ver, Ferrer Beltrán, Jordi, La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi benthamiana, en AAVV, Formación y valoración d la prueba en el proceso penal, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010, p. 5.

²⁷ Así sostiene Bentham que la prueba es libertad y pregona un sistema natural de la prueba en cuanto a su producción y valoración carente de reglas. Al respecto, ver Ferrer Beltrán, Jordi, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

²⁸ Así, el sistema anglosajón, a través de las reglas de evidencia, fija los límites a la información que puede ser ventilada en juicio. Para consultar una obra en español sobre reglas de evidencia, recomendamos la lectura de Emmanuelli Jiménez, Rolando, *Prontuario de Derecho Probatorio Puertorriqueño*, Ed. Situm, Puerto Rico, 2010.

La falta de un desarrollo más sólido y confiable de la teoría de la prueba, que derivó en la enorme apertura para el ingreso de prácticamente cualquier información al juicio proveniente de la instrucción, no debe ser visto como una causa en sí misma sino, antes bien, como una consecuencia del papel que se le ha dado a la verdad en el proceso penal en los sistemas inquisitivos, que no fue modificada bajo el ropaje del modelo mixto francés. El sistema inquisitivo decía estar comprometido seriamente con la verdad, aunque sus mecanismos de obtención -por su falta de control sobre la calidad de la información y la falta de imparcialidad de un juzgador que estaba fuertemente interesado en su búsqueda²⁹-, fueran sumamente deficientes. Proceso penal y verdad eran dos caras de una misma moneda. No se concebía prácticamente una distinción entre ambos conceptos.

El proceso penal inquisitivo estaba orientado exclusivamente a la búsqueda de la verdad como un fin en sí mismo, y no como una meta garantía, un límite infranqueable del Estado para imponer una pena³⁰. De allí que el concepto de verdad, tal como se lo entendió en el sistema inquisitivo y que fue mimetizándose para mantenerse con cierta fuerza en el modelo mixto francés, haya sido dañino para el proceso penal y deba combatírsele hasta ubicarlo nuevamente en lo que debió ser: solo una garantía, en el sentido que solo cuando los hechos sostenidos en la acusación tengan fuerza de verdad corresponderá dictar una condena, más no como una finalidad en el proceso penal.

²⁹ Como bien señala Nicolás Guzmán, tanto la imparcialidad como el contradictorio, “además de ser garantías que protegen la libertad del imputado, facilitan la tarea de conocimiento de los hechos” (La verdad en el proceso penal, Del Puerto, 2006, p. 137), definiendo al contradictorio como “el método más conveniente para el conocimiento de la verdad” (idem, p. 150) por permitir el control de la información. Por otro lado, sostiene el autor que la participación del juez en la formación de la prueba afecta gravemente su imparcialidad, pues indefectiblemente queda involucrado con una hipótesis que luego tiende a confirmar y que..., dificulta la detección de los errores en que se podría haber incurrido y de las falsedades que podrían contener los elementos probatorios” (p. 178).

³⁰ Esa idea de buscar la verdad a toda costa, como un único fin y sin importar qué tanta seguridad se tenía sobre los hechos es el método que primó desde el *Malleus Malificarum* en adelante, el que se fue atenuando pero no se modificaron sus cimientos. Ese modelo denota autoritarismo, por la falta de límites en su búsqueda y el rol del juez en su búsqueda, dando cuenta de los valores socio políticos de la comunidad en esa época. De allí que consideremos correcta la adjetivación que Bovino realiza sobre los modelos procesales, calificando al anglosajón como un diálogo entre partes donde prima el contradictorio, y el mixto como un monólogo del tribunal inquisidor (Conf. Bovino, Alberto, Ingeniería de la verdad, en Problemas del derecho procesal penal contemporáneo, Ed. Del Puerto, 1998, p. 225)

En el nombre de la “verdad”, la inquisición no tuvo reparos ni límites en la imposición de la tortura. En el nombre de la verdad, no hubo frenos en aceptar actas policiales fraguadas, repletas de falsa información que eran luego incorporadas por lectura y permitieron un poder absoluto de las fuerzas de seguridad sobre la ciudadanía, generando los estereotipos criminales que el poder penal se ocupó de captar y perseguir³¹. En el nombre de la verdad, se aceptó que los jueces se conviertan en acusadores y se ocuparan de traspolar esa investigación secreta y escrita a un proyecto de sentencia que solía estar preparado incluso antes del inicio del debate³². Y en nombre de la verdad se mantuvo un modelo autoritario de control social y de aplicación irracional de violencia estatal, incapaz para gestionar conflictos bajo los paradigmas de última ratio y necesidad.

2. Ese diseño inquisitivo, preocupado por la obtención de la verdad, ingresa en el molde mixto, suavizando sus formas -ya no habrá mecanismos de tortura para la obtención de una confesión-, pero manteniendo indemne su finalidad y sus cimientos. Así, el proceso mixto mantuvo la búsqueda de la verdad como un fin en sí mismo. De allí que la figura del juez -tanto instructor como de juicio- continúa comprometido seriamente con la verdad, está preocupado por su obtención, se esmera por averiguarla, lo que lo lleva a tener un rol proactivo en su búsqueda, produciendo pruebas en forma independiente a la intención de las partes, interrogando testigos y realizando instrucciones suplementarias cuando, a su juicio, la investigación no fue sólida ni completa. Las partes, en ese proceso, asumieron sumisamente un papel secundario, como una suerte de rol natural debido al peso, importancia y lugar que mantuvo la búsqueda de la verdad en el proceso. No debiera llamarnos la atención que el defensor sea considerado en esos procesos como un auxiliar del Juez, con límites muy marcados en su rol³³.

³¹ Como bien marcan Zaffaroni, Alagia y Slokar, la criminalización secundaria solo se limita a ese estereotipo criminal previamente marcado. Conf. Derecho Penal, Parte General, Ediar, 2000, parágrafo primero.

³² En igual sentido, Harfuch, Andrés, El Juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires, Ad. Hoc, p. 183.

³³ Aún en el texto de Ernst Beling, moderno para la época, se le imponían límites muy fuertes al rol de la defensa. Así el autor califica al defensor como un auxiliar del imputado, imponiéndole límites a su función. Menciona que: “el defensor no debe indentificarse con su cliente, por simpático que éste le sea. En este sentido no es su auxiliar procesal. Sólo debe alejar de su cliente las molestias procesales y las resoluciones sobre el fondo, si son injustificadas (no debe, por ejemplo, intentar que absuelvan a una persona, cuya culpabilidad resulta clara de las pruebas)” (conf. Derecho Procesal Penal, Labor SA, 1943, Barcelona, p. 112)

Es cierto que el contenido de la teoría de la prueba sufre una mutación entre el sistema inquisitivo y el mixto. No solo desde las formas admitidas para obtener información -ya que la confesión no será aceptada, sino es bajo determinados presupuestos-, sino también en cuanto a la valoración de la prueba -se transforma el sistema, pasando de un modelo de pruebas tasadas a uno de libres convicciones que se mantendrá en el sistema adversarial-, aunque aún falte mucho desarrollo teórico para establecer reglas claras y precisas de valoración³⁴. Pero también lo es que las bases probatorias se mantuvieron indemnes. La forma de obtener información en el juicio oral siguió siendo de muy baja calidad, poco confiable, y el rol de las partes en su obtención absolutamente secundario y prescindible. El principio de amplitud probatoria vigente en el sistema mixto siguió aceptando la incorporación por lectura de las actas labradas durante la etapa de investigación, donde el control sobre la información obtenida es casi una utopía, y donde el juez de instrucción tiene un rol preponderante en la adquisición de información que, por arte mágico de su verbalización en audiencia, devendrá en prueba. En apretada síntesis, el rol del juez, preponderante en la adquisición de conocimientos, no permitió a las partes tener una visión estratégica del caso y decidir cómo presentar un relato de manera persuasiva, ya que no tienen el control sobre el qué y el cómo incorporar información al proceso. No es una decisión que esté entre sus manos, sencillamente, porque el concepto de verdad -en esos sistemas- es superior a sus propios intereses en el caso.

Y por otro lado, ese formato de prueba escrita abortó las pretensiones republicanas del procedimiento penal, al establecer un sistema que no permite a las partes tener un control sobre los actos de gobierno, ya que no pueden controlar la producción de información obtenida sin su participación.

El peso cultural del aparato de la inquisición va a ser tan potente que, de una u otra manera, impactará en los sistemas adversariales, provocando una merma en los principales postulados constitucionales del proceso penal. El sistema inquisitivo, que no es otra cosa que detentar la justicia al servicio del poder, no sucumbió plenamente con el auge del sistema adversarial en latinoamérica. Son muchas las actuaciones, las formas y

³⁴ Como bien sostiene Ferrajoli, "el abandono de las pruebas legales en favor de la libre convicción del juez, sin embargo, por el modo en que se concibió y practicó por la cultura jurídica post-ilustrada, se corresponde con una de las páginas políticamente más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales. La fórmula de la libre convicción... en realidad fue acriticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales" (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, 1998, Madrid, p. 139).

procedimientos que siguen estando al servicio del poder, en vez de estar al servicio de la ciudadanía. El juicio oral no iba a ser la excepción.

3. Pautas mínimas para un Juicio Oral republicano

1. Si las Constituciones latinoamericanas y los Tratados internacionales fueron bien claros en fijar el núcleo de principios mínimos de funcionamiento del Juicio Oral, y la realidad opera en sentido inverso, esto es, con una clara afectación de tales postulados, no tendría sentido continuar trabajando en una dirección de conceptualización que no logra transformar el eje sobre el cual se desarrolla la praxis judicial. De nada sirve, hoy día, realizar un enfoque sobre el juicio oral desde una visión teórico conceptual que no se embarque en la realidad, en cómo operan esos principios, y en analizar un método transformador de esa realidad.

A lo largo de estos años hemos sido testigos de una franca desconexión entre los principios del debido proceso legal postulados en el bloque constitucional latinoamericano, y cómo ellos operan de forma incompleta en la práctica cotidiana. Nadie discute hoy día, por ejemplo, la vigencia del principio de contradicción o la necesidad de un tribunal imparcial. Sin embargo las normas prácticas y el plano cultural operan desalentando su efectiva vigencia. Jueces que conocen casi de memoria lo escrito en el expediente confeccionado durante la investigación, que reciben información, que interrogan testigos aún son parte de nuestra práctica forense. Así, se pregona la vigencia de los principios de imparcialidad, contradicción y publicidad del Juicio Oral, como método de aplicar una pena, pero no tenemos ni normas ni prácticas adecuadas que garanticen tales principios³⁵. La distancia entre el ser y el deber ser rubricado por las normas superiores es abismal.

Se hace preciso profundizar, en clave de reforma, en nuevos ejes o planos de debate para que los principios primarios del juicio oral cobren una nueva dimensión. Si en clave zaffaroneana, debiéramos definir el estado actual del Juicio Oral, diría que se encuentra en un punto interme-

³⁵ En el caso de Cuba, se advierten varias normas que limitan la vigencia del principio de imparcialidad y contradictorio. Así, las facultades probatorias de los miembros del Tribunal en el juicio oral (art. 320), la imposibilidad de realizar preguntas sugestivas en el contraexamen de un testigo (art. 322), la designación tardía de defensores (art. 281) y el escaso tiempo que cuentan para preparar su defensa (art. 283) son algunas de las normas que debieran revisarse en pos de los citados principios.

dio entre el pleno estado de derecho y un modelo autoritario³⁶. En algunos casos, se ha logrado avanzar claramente en un diseño genuinamente adversarial (aunque con algunas deficiencias en la calidad del litigio), en otros aún transitamos por sistemas inquisitivos, y en el medio deambulan modelos híbridos que tienen elementos de uno y otro sistema.

2. Si intentamos profundizar sobre cuál es la razón, o mejor dicho, una de las razones principales por las que nos sigue costando tanto esfuerzo -aún en los sistemas adversariales- concretar un Juicio Oral con un genuino control de partes, que nos aleje definitivamente de ese diseño de juicio de base autoritaria, como lo es el sistema mixto de enjuiciamiento, diría que no se trata de un problema normativo en sí (aunque claro está, hay muchas normas que fomentan prácticas epistemológicas sin control suficiente), sino antes bien, un duelo de prácticas que no termina de ajustarse a las bases republicanas y democráticas de un estado de derecho. Como señala Binder, “toda nueva práctica (que surge de una norma de actuación de la nueva legislación) debe desplazar a una vieja práctica (acorde o contraria a la vieja legislación) y debe contar con la suficiente fuerza para hacerlo”³⁷

Para que una nueva práctica desplace a las viejas prácticas del juicio oral del diseño inquisitivo morigerado o mixto, se precisa apartarnos de la epistemología inquisitorial y comenzar a construir el marco teórico de la epistemología adversarial.

Para ello, en primer lugar, necesitamos comprender acabadamente que la base teórica de la epistemología inquisitorial está concentrada en la figura del Juez, como órgano encargado de la búsqueda de información necesaria para poder aplicar violencia estatal -pena- por una infracción a la ley. En ese diseño epistemológico las partes no pueden ser más que auxiliares que le acercan al juez varias hipótesis e información que él debe producir y procesar para arribar a la verdad, como única, intangible y revelada. De allí, las enormes potestades del Juez en materia probatoria (entre otras, la posibilidad de realizar una instrucción suplementaria, citar testigos no ofrecidos por las partes, interrogar los testigos de éstas), su misión de “descubrir” una única verdad, la prescindencia de las partes y la necesidad de que toda información ingrese al juicio oral, aspectos éstos ya cuestionados en el presente trabajo.

³⁶ En referencia a la idea de Zaffaroni en cuanto a que la historia muestra una posición dialéctica entre el estado de derecho y el estado de policía, en el que no hay estados de derecho reales perfectos, sino sol o estados de derecho históricos que contienen -mejor o peor- los estados de policía que encierran (Conf. Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, Bs. As., 2000, p. 5).

³⁷ Conf. Binder, p. 145.

Por el contrario, el diseño epistemológico adversarial parte desde una concepción diametralmente opuesta. Se concibe al juicio oral como un conflicto de partes (conflicto primario), en oposición a la visión del delito como una infracción a la ley (conflicto secundario). Es allí donde, frente a la ausencia de una solución pacífica, el Juez aplicará una pena (violencia estatal) dándole función de verdad a una de las hipótesis presentada en juicio. Contrariamente al diseño inquisitorial, la epistemología adversarial construye el conocimiento a través de la actividad probatoria de las partes, potenciando así la contradicción y la imparcialidad. Son éstas -y no el Juez- quienes deben producir información, y corresponde a aquél exigir la verdad al acusador en cada uno de los hechos que componen la acusación, si de lo que se trata es de aplicar violencia estatal³⁸.

Comprender cabalmente esta diferenciación de primer orden es lo que permite construir luego el diseño y trazado fino del juicio oral con formas que fortalezcan los principios de contradicción, imparcialidad del tribunal y publicidad de la audiencia. Por el contrario, si no rompemos con esa lógica de comprensión, difícilmente los operadores logren interpretar adecuadamente su función y más complejo aún resultará contar con normas secundarias y prácticas adecuadas que puedan romper con la lógica epistemológica anterior.

Para la epistemología adversarial resulta vital que el juicio oral, concebido como un acto independiente, sea la etapa central del proceso. No en el sentido que todos los casos deben ser resueltos en esta etapa, sino antes bien, bajo la lógica de que el Estado debe tutelar y garantizar adecuadamente los principios constitucionales del proceso penal en una audiencia única que se baste a sí misma. Lo que queremos afirmar con la centralidad del juicio oral es que nadie puede ser sujeto a una pena como condenado, sin un juicio previo rendido bajo determinadas condiciones mínimas (bloque de convencionalidad del juicio), aunque los abogados usualmente miremos para otro lado cuando son violentadas y toleremos prácticas aberrantes para el estado de derecho, que no hacen más que deslegitimar el poder penal y reducir la razonabilidad de nuestro ordenamiento jurídico. De allí que el Juez de Instrucción y el expediente deban ser considerados como depredadores del diseño epistemológico adversarial.

Salir de la epistemología inquisitorial y pasar a un modelo de construcción puramente acusatorio no se consigue con una transformación normativa, ni de la noche a la mañana. Si hay algo que nos enseñó este

³⁸ Sobre los conceptos de epistemología inquisitorial y acusatoria, ver Ferrajoli, Luigi, *ob. cit.*, pp. 33-45.

proceso de transformación del sistema penal operado en los últimos treinta años, es que las prácticas requieren de algo más que de cambios normativos. Ellos son necesarios, sí, pero no suficientes. Es preciso comenzar a construir un nuevo corpus teórico que coadyuve a torcer el peso cultural de la inquisición, plagado de procedimientos y trámites que traslucen un sesgo autoritario.

En definitiva, de lo que se trata es de abandonar la visión meramente teórica de los principios de primer orden (imparcialidad del tribunal, contradicción y publicidad). Ellos no existen de forma pura y acabada por su mero reconocimiento constitucional, sino que son las reglas y las formas del juicio oral que los contiene y definen su espesor. Mientras no trabajemos en las reglas necesarias para potenciar su vigencia, el juicio oral naufragará entre principios sin práctica y prácticas sin principios, aún bajo una matriz epistemológica adversarial.

3. Los temas centrales e ineludibles para transformar al Juicio Oral en el soporte adecuado de discusión para la aplicación de la máxima violencia que un estado democrático y republicano puede imponer son los siguientes:

3.1. El Juicio oral comprendido desde la visión del conflicto entre partes

El desarrollo de una epistemología adversarial, construida bajo el soporte de dos condiciones mínimas: la verificabilidad de la hipótesis acusatoria y su prueba empírica a través de procedimientos que permitan a las partes, en un juego igualitario, la verificación y la refutación de aquéllas³⁹, son el comienzo de la tarea.

Pero para que esta construcción tome su real dimensión debemos apartarnos del saber penal construido en la inquisición, según la cual detrás de cada caso penal estamos en presencia de un conflicto primario centrado en la desobediencia a la ley. Es ese saber el que dio contenido conceptual y marco teórico a la comprensión de la teoría de la prueba como un sistema de filtros endebles y muy permisivos, y permitió a su vez, desdibujar la función del juez, abandonando la ardua tarea de analizar y valorar hechos acreditados por las partes, para embarrarse en el complejo mundo de la investigación y actividad probatoria.

Comprender el Juicio Oral desde una visión contraria, sostenida por un duelo de partes que, involucradas en el conflicto como actores principales, no han encontrado una solución pacífica menos lesiva (princi-

³⁹ Conf. Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, ob. cit., p. 36.

pio de ultima ratio y necesidad del derecho pernal) y se someten a reglas justas de juego (fair trial), es la que debe darnos su horizonte de proyección. Se requiere, entonces, de un cuerpo normativo equitativo que permita a cada parte introducir información para acreditar, más allá de toda duda razonable, su hipótesis sobre lo ocurrido. El Juez, en este modelo epistemológico, actuará como veedor del cumplimiento de las reglas (conducción de la audiencia y de la actividad probatoria de las partes) y, por último, adoptará la decisión adecuada al caso, sin gestionar los intereses de las partes (plano decisorio). Es a través de esta concepción que la imparcialidad y el contradictorio se ven robustecidos en su máxima expresión.

Resulta evidente que ello no es viable si no abandonamos definitivamente la epistemología inquisitorial. Por el contrario, cada vez que dejamos en un Juez una doble función (producción de prueba y control sobre su legalidad) estamos afectando una garantía fundamental del procedimiento, calificada por Maier como “principio de principios”,⁴⁰ como lo es la garantía de ser juzgado por un tribunal imparcial, pauta que por excelencia se ve reforzada en un sistema acusatorio.⁴¹ Al decir con palabras de Schmidt, y que la Corte Suprema de Justicia de Argentina hizo propias en el conocido precedente “Quiroga”,⁴² “solo un juez dotado de una capacidad sobrehumana podría substraerse en su actividad decisoria a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigatoria”⁴³.

Claramente la sola intromisión jurisdiccional en funciones que tienen que ver con la producción probatoria de la hipótesis sostenida por la acusación no solo afecta la imparcialidad del Tribunal al generar en aquél

⁴⁰ MAIER, Julio, “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, p. 742.

⁴¹ Al ser la nota saliente del sistema acusatorio, la división de las funciones requirente y decisoria, está denotando la implicancia que este modelo tiene en la garantía de imparcialidad. En igual sentido, afirma BOVINO, Alberto que “...en verdad, el principio acusatorio tiene una vinculación mucho mayor con la realización de una garantía distinta al derecho de defensa: la imparcialidad del tribunal. Esta vinculación... hoy comienza a ser rescatada, especialmente en el marco de movimientos de reforma que reconocen la necesidad de dotar al procedimiento penal propio de la tradición continental de rasgos más acusatorios.” (“Principios políticos del procedimiento penal”, Ed. Del Puerto, 2005, p. 41) Con el mismo alcance, ver ALVAREZ, Alejandro, “El principio acusatorio: garantía de imparcialidad”, en Nueva Doctrina Penal, t. 1996/A.

⁴² Del 23 de diciembre de 2004. Al respecto ver el considerando 24 del voto de la mayoría.

⁴³ SCHMIDT, Eberhard, “Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal”, traducida por José Manuel Núñez, 1957, Ed. Lerner, p. 193.

un “pre-juicio”⁴⁴, sino también dificulta la construcción de la verdad histórica como garantía –básicamente porque parte desde una hipótesis y no desde una posición neutra-, imposibilitando un pleno contradictorio entre las partes, corolario éste de la garantía de defensa en juicio.⁴⁵ Lo primero –afectación a la imparcialidad- por cuanto el Juez que participa en la formación de la prueba “queda involucrado con una hipótesis que luego tiende a confirmar y que, además, una investigación desarrollada por el juez en forma unipersonal dificulta la detección de los errores en que se podría haber incurrido y de las falsedades que podrían contener los elementos probatorios”⁴⁶. Lo segundo, esto es la afectación al contradictorio como consecuencia de la doble función del Juez –investigar la verdad y juzgar-, es una lógica consecuencia del rol protagónico que el Tribunal toma para sí, no dejando lugar para que las partes puedan interrogar sus propios testigos, ni controlar, bajo las reglas del contraexamen los de la contraparte, impidiéndole de ese modo a la defensa, la posibilidad de confrontar las pruebas de la acusación, extremo aún más importante que la necesidad de formular prueba.⁴⁷

En definitiva, es desde la concepción epistemológica adversarial que resulta sencillo comprender el rol del juez y de las partes en cada una de las prácticas involucradas en el juicio oral.

3.2. Control estricto sobre la información admitida en Juicio

Un proceso penal en un estado democrático y republicano requiere no solo de reglas claras y estrictas sobre qué hechos pueden ser san-

⁴⁴ Idem., p. 193.

⁴⁵ En palabras de Luigi FERRAJOLI, resulta ser el décimo axioma del galantismo penal: “nulla probatio sine defensione”. O lo que es lo mismo, principio del contradictorio, de la defensa o de la refutación. (“Derecho y razón”, Ed. Trotta, Madrid, 1998, 3ra. Edición, p. 93.

⁴⁶ GUZMAN, Nicolás, “La verdad en el proceso penal”, Ed. Del Puerto, 2006, p. 178.

⁴⁷ Tal como afirma FERRAJOLI, “todavía más importante que la necesidad de la prueba es la garantía del contradictorio, esto es, la posibilidad de la refutación o de la contraprueba. ... La garantía de la defensa consiste precisamente en la institucionalización del poder de refutación de la acusación por parte del acusado. Conforme a ella, para que una hipótesis acusatoria sea aceptada como verdadera no basta que sea compatible con varios datos probatorios, sino que también hace falta que no sea contradicha por ninguno de los datos virtualmente disponibles. A tal fin, todas las implicaciones de la hipótesis deben ser explicitadas y ensayadas, de modo que sean posibles no solo las pruebas sino también las contrapruebas. Y la búsqueda de éstas debe ser tutelada y favorecida no menos que la búsqueda de aquéllas.” (ob. cit., p. 151)

cionados penalmente⁴⁸, sino también de límites muy precisos sobre las condiciones de verificación que componen la garantía del juicio previo antes aludida⁴⁹ y los mecanismos habilitados para probar los hechos sostenidos en la acusación, que no son otra cosa que las normas de comprobación que componen la teoría de la prueba.

Tanto el sistema inquisitivo como el mixto, al ser muy benevolentes con la manera en que se autorizaba a los litigantes a introducir la información, terminaron por generar cierto desapego al estudio de la teoría de la prueba (marco teórico) y a la forma en que se puede presentar la información de manera persuasiva en un proceso penal (marco práctico). Al ser los códigos extremadamente laxos para permitir la introducción de todo tipo de acta o actuación labrada durante la instrucción, no dejaron espacio para un estudio más profundo sobre la teoría de la prueba y sobre la construcción racional de un relato en torno a ella.

Como consecuencia directa, los litigantes no supieron encontrar su rol en el proceso penal. Tapados por la fuerte figura de un tribunal que tiene a su cargo la producción de información, sumado a un diseño probatorio permisivo que faculta la introducción de toda la información relevada durante la instrucción, vieron como su rol en el proceso penal pasó rápidamente a un papel secundario en el proceso.

Bajo la comprensión de la teoría de la prueba como un límite que el Estado se auto impone, se requieren reglas más claras de admisibilidad de pruebas que puedan ser debatidas en una audiencia preliminar. Sin una sólida audiencia preliminar donde las partes debatan qué hechos se pretende acreditar con cada una de las pruebas ofrecidas, no habrá un juicio oral genuinamente contradictorio.

Para ello es preciso no solo optimizar el litigio en esa audiencia, fundamental para el éxito del juicio oral, sino potenciar el debate sobre la admisibilidad de la prueba.

La mayoría de los códigos latinoamericanos, con fuerte influencia en la epistemología inquisitorial, han mantenido una visión mezquina sobre las reglas de exclusión probatoria, limitándola -casi con exclusividad- a supuestos de impertinencia. No ha habido mayor avances en regular causas de exclusión por inadmisibilidad, ya sea porque existen otros intere-

⁴⁸ Nos referimos a lo que Binder denomina requisitos de verificabilidad, compuesto de aquellas garantías de primer orden que delimitan lo punible (principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y lesividad) (conf. Binder, Alberto, *La implementación...*, p. 226).

⁴⁹ Que bajo las garantías de imparcialidad, contradicción y publicidad componen una triada de garantías de primer orden. Conf. *ibidem*, p. 227.

ses en juego considerados más valiosos (reglas extrínsecas), ya sea por la baja calidad de información que de allí se deriva (reglas intrínsecas)⁵⁰. Así, las reglas de evidencia en el mundo anglosajón, si bien reconocen la amplitud probatoria (presunción de admisibilidad), tienen un fuerte análisis sobre la calidad de información que se pretende introducir al juicio, el que es analizado en la audiencia preliminar y que tiene por causas de exclusión, entre otras, las siguientes: a. riesgo de causar perjuicio indebido; b. riesgo de causar confusión; c. riesgo de causar desorientación al jurado; d. dilación indebida en los procedimientos; y e. innecesaria presentación de prueba acumulativa (conf. regla de evidencia federal 403 de Estados Unidos y de Puerto Rico).

Sin una adecuada interpretación de la importancia de la audiencia preparatoria de juicio, difícilmente podamos contar luego con una audiencia de Juicio Oral que tenga como sustento probatorio hechos de calidad.

3.3. Concretar el litigio sobre hechos controvertidos

Las partes deben tener claridad sobre cuáles son los hechos que componen su narración y que se encuentran en controversia con la contraparte.

Esta diferenciación, que en un sistema anglosajón se observa con nitidez en los alegatos de apertura, es lo que permite que el juicio oral quede centrado, casi con exclusividad, en los hechos en controversia, potenciando así la claridad del litigio, como así también disminuyendo la duración de las audiencias.

Aún en la mayoría de los países de América Latina es frecuente observar juicios orales extremadamente largos que atentan contra el segui-

⁵⁰ Tal como afirma Agustín Varela, los académicos anglosajones han intentado organizar el conjunto de reglas que constituyen el derecho probatorio (reglas de evidencia), bajo la siguiente clasificación: reglas intrínsecas, dirigidas a facilitar la búsqueda de la verdad, es decir, a lograr la rectitud de la decisión y a evitar condenas erróneas, y en reglas extrínsecas, que reflejan conflictos de valores que pueden suscitarse en el proceso penal y que están orientadas a proteger otros valores diferentes al de la búsqueda de la verdad. Así, aún se excluye prueba relevante cuando se asume que el juzgador puede emplear mal o sobrevalorar determinada información, siendo dos de los motivos más frecuentes los siguientes: a. que la información pueda provocar error en el juzgador; y b. que ciertos tipos de prueba pueden predisponer al juzgador a resolver de determinada manera (Varela, Agustín, "Juicio por jurados, el derecho probatorio y la regla de exclusión de la prueba hearsay en el derecho anglosajón", en "El debido proceso penal", Tomo 2, Dir. Ángela Ledesma, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2016, pp. 189-190).

miento y publicidad de los mismos, y la calidad del contradictorio, que se pierde en innumerables testimonios que relatan hechos de los más diversos e inútiles (insignificantes, irrelevantes, sobreabundantes, no controvertidos, etc).

Prueba acumulativa, testigos citados sin siquiera tener claro por qué han sido ofrecidos, y testimonios tediosos de los que cuesta mucho esfuerzo obtener una vinculación clara entre el relato del testigo y los hechos narrados en los alegatos de apertura, aún son parte de nuestro quehacer cotidiano.

Si a ello le sumamos el peso que aún conserva el expediente en la dinámica del juicio, el que es pasado por las manos de relatores, funcionarios y Jueces, la tarea de los abogados para preparar un litigio se vuelve una actividad titánica, y el contradictorio y la imparcialidad del tribunal pierden densidad. Cómo controvertir un expediente que, si bien no ingresa al juicio, las partes saben que los Jueces tuvieron acceso a aquél, afectando así la imparcialidad y el contradictorio (cómo controvertir esa información leída por fuera de la actividad probatoria), es una tarea propia de una epistemología inquisitorial que fragua las bases republicanas del juicio oral y deslegitima el castigo.

3.4. Por una verdadera igualdad de armas

Una verdadera igualdad de partes es una condición mínima para poder potenciar el contradictorio sobre la información que se presenta en juicio oral. Para ello se hace indispensable que tanto la defensa pública como privada cuente con verdaderos equipos de investigación, legitimados para interrogar a los testigos de la acusación, con suficiente antelación a la realización del juicio oral. Sin embargo, aún son excepcionales los códigos de la región que facultan esta actividad de la defensa (entre otros los códigos de Neuquén y Río Negro, Argentina).

No se trata solamente de sustentar la garantía de defensa en juicio con la potestad de conocer la imputación, la prueba de cargo y la posibilidad de producir su propia prueba, tal como era conocido en los sistemas mixtos. Es preciso dar un paso más que permita una genuina igualdad.

Un descubrimiento de la prueba en la etapa intermedia sin la posibilidad de entrevistar testigos y armar líneas propias de investigación, debilita el contradictorio y, de ese modo, deslegitima la aplicación de una pena.

En la medida que no potenciamos estas facultades la igualdad de armas en el proceso penal es más una utopía que una realidad, debilitando así el contradictorio y la defensa en juicio. Del mismo modo, para potenciar estas prácticas (entrevistas de testigos de cargo y descargo,

posibilidad de realizar investigaciones autónomas de la defensa y capacidad de levantar información) se hace preciso una seria transformación de los códigos de ética. Estos cuerpos normativos, están pensados en la dinámica de la actuación de un abogado en un expediente judicial. La nueva dinámica de vinculación de las partes con la información y los medios de prueba requieren de una nueva visión sobre la ética en estas actividades. Definir qué actividad está permitida, por ejemplo, en una preparación del testigo, es un aspecto pendiente en una extensa lista de situaciones no reguladas.

3.5. La comprensión de la litigación desde un escenario político

La litigación no debe ser observada por fuera de su dimensión política. Las herramientas y destrezas de litigación no deben ser comprendidas como un manto de legitimidad para engañar al tribunal. Ese no es el fin, y si la práctica la orienta hacia dicha dimensión, entonces tenemos un problema de interpretación de lo que se conoce como «fair trial» que debe estar presente en las prácticas judiciales.

Al contrario, los sistemas anglosajones son muy firmes en sostener prácticas adecuadas del litigio, con severas sanciones a los litigantes que las desobedezcan. El contraexamen, como algunos autores erróneamente sostienen, no es un método para confundir al testigo, sino que se trata de un mecanismo de control de la información presentada por la contraparte. Existen reglas muy claras para defender al testigo que es contraexaminado, que lejos de ser reglas fijas, varían según la calidad del testigo y su testimonio (está claro que el ritmo de un contraexamen variará según se trate de una víctima o imputado con dificultad de comprensión, que un oficial de policía, con pleno conocimiento sobre la metodología de una sala de audiencias y de las preguntas sugestivas del contrainterrogatorio)⁵¹. Del mismo modo existen reglas estrictas sobre el contenido permitido en los alegatos de apertura y clausura, el uso adecuado de las objeciones y de la información que se ingresa, la calidad del perito que es admitido en juicio, etc.

⁵¹ Como bien señala Binder, muchas veces se ha pretendido que existe una especie de diferencia cultural entre los sistemas que buscan la verdad y los procedimientos adversariales, cuando precisamente “el juicio adversarial es un taller donde la verdad se descubre con esfuerzo y laboriosidad. Un descubrimiento que se realiza a través de un procedimiento reglado de producción de la prueba basado en el examen y el contraexamen, es decir, la verdadera controversia” (Del prólogo de Binder, Alberto a la obra de Rua, Gonzalo, “Contraexamen de testigos”, Ed. Didot, Bs. As., 2014, p. 12).

En definitiva, el sistema adversarial, seriamente preocupado por la verdad, establece un mecanismo adecuado y profesional para su búsqueda, con los controles suficientes que, luego, permitan dar legitimidad al castigo. Así, las técnicas y herramientas de la litigación adversarial cobran virtualidad política cuando comprendemos que es a través de ellas que las partes se valen de insumos para producir información de calidad, a través de reglas de producción y control de la prueba.

Desde esta dimensión, la litigación es la herramienta que permite a las partes, bajo reglas de juego justo, generar información tendiente a probar la narración de su propia historia, de modo tal que, un juez o jurado popular, la tenga por acreditada.

A pesar de su virtualidad política, las universidades y las Escuelas de Capacitación tanto de los Poderes Judiciales, Ministerios Públicos y Colegios de Abogados aún se manifiestan tímidamente por un cambio de la forma de enseñanza y capacitación. No se logra abandonar una lógica pedagógica conceptual que lo que termina por generar es litigantes académicos con poca visión práctica del litigio. De ese modo, que no nos extrañe luego que los juicios orales tengan una pobre calidad de información.

3.6. Construir las nuevas formas y escenarios del diseño adversarial

La historia de la implementación de las reformas penales a lo largo de estos últimos treinta años nos han demostrado que no basta sostener que el juicio oral es público, para lograr que las decisiones puedan ser realmente republicanas.

Es preciso continuar explorando cuáles son las formas y los medios precisos para potenciar la publicidad de las decisiones.

Salas de audiencias escondidas en edificios judiciales laberínticos que no permiten un adecuado arribo, falta de publicidad sobre el agendamiento de audiencias, audiencias suspendidas en altos porcentajes, otras que no comienzan a horario y formas sacramentales en ritos judiciales propios de la Edad Media potencian la lejanía de la ciudadanía con las decisiones judiciales y su capacidad de comprensión. Se trata de un producto del modelo inquisitorial que aún no hemos logrado dejar atrás, y que afectan sensiblemente la publicidad del juicio oral.

Así como en la inquisición había un concepto muy claro sobre la importancia de las formas y la publicidad de las decisiones, el sistema adversarial debe encontrar cuáles son las formas republicanas que potencian sus valores. Como bien indica Anitua, existía en la inquisición una noción clara de la importancia del espectáculo del castigo. El espectáculo

en la inquisición se brindaba en la ejecución del castigo, pues “la ejecución de la pena no se realiza para dar el espectáculo de la medida, sino el del desequilibrio y del exceso”⁵²

Aún nos cuesta mucho esfuerzo descubrir cuáles son las formas vinculadas a un sistema adversarial. El diseño de las salas de audiencias, la forma de publicitar las decisiones, como llegar a la ciudadanía en sociedades complejas y amplias como las actuales es una tarea aún pendiente en los sistemas judiciales que requiere de enormes esfuerzos teóricos para su adecuado desarrollo.

Sin duda, que el relanzamiento del Juicio por Jurados en la región ha potenciado la democratización de las decisiones judiciales y es un camino que no debiera abandonarse. Desde esta perspectiva es preciso trabajar en dos frentes. Por un lado, reevaluando el sistema de jurados en aquellos países donde se está aplicando. Es frecuente observar en América Latina juicios por jurados despreocupados por el proceso de selección de aquéllos (ausencia de la audiencia de “voire dire”, o mala litigación de la misma), ausencia de deliberación debido a la falta de exigencia de unanimidad en su decisión, instrucciones judiciales carentes de un adecuado contradictorio (entre otros, Nicaragua, Panamá, Brasil). Estas condiciones, en vez de acercarnos a la epistemología adversarial, no son otra cosa que presupuestos que nos acercan a un método inquisitorial. Por el otro lado, se exige imponer el juicio por jurados en aquellos países donde se ha abandonado esta práctica (México, Perú, Bolivia, entre otros).

El Juicio por Jurados no solo potencia la democratización de la justicia, los deberes cívicos, la concepción de ciudadanía y la publicidad de las decisiones judiciales, sino que también permite una mayor imparcialidad en la toma de decisiones, ya que luego de participar como jurado, no volverán a hacerlo, sin que el peso de la decisión adoptada pueda tener influencia alguna en su vida personal y profesional.

3.7. Una adecuada organización administrativa

La alta suspensión de audiencias -tanto de juicio oral como audiencias preliminares- es observada, en el seno del poder judicial, como una práctica habitual y poco dañina. Es usual que los litigantes se encuentren el día de la audiencia de Juicio Oral y allí, con el fuerte incentivo que implica evitar la audiencia en sí, lleguen a acuerdos -a veces irracionales- en ese momento, observando la suspensión de la audiencia como un daño colateral mínimo.

⁵² Conf. Anitua, Gabriel Ignacio, Justicia penal pública, Ed. Del Puerto, 2003, p. 67.

Esta práctica viene fuertemente alentada por dos razones: por un lado, los códigos han sido bastante amplios al permitir acordar salidas alternas al juicio oral incluso el día mismo en que debe comenzar dicha audiencia; por el otro, la falta de una división entre las funciones administrativas y las estrictamente jurisdiccionales terminaron por generar un sistema poco profesional, donde los Jueces también observan un incentivo en la suspensión de una audiencia de Juicio, ya que liberan su agenda durante los días en que la audiencia debía sustanciarse.

Esta práctica tiene un enorme costo en el funcionamiento de la justicia y en su credibilidad. Por un lado, la suspensión de una audiencia de juicio provoca un enorme costo al sistema. La imposibilidad de fijar nuevas audiencias en los días que estaban fijados para la sustanciación del juicio suspendido provocan la inoperatividad del recurso humano más costoso para el sistema. Los Jueces quedan sin agenda ni trabajo. Por el otro, los testigos citados a una audiencia de Juicio Oral ven como el sector justicia se burla de sus tiempos y ocupaciones, aumentando el desprestigio sobre su funcionamiento.

El mantenimiento de la agenda por parte de los Jueces les permite seguir utilizando a su antojo el funcionamiento de la Justicia, disimulando su inoperancia a través de la usurpación de funciones meramente administrativas. Nos hemos acostumbrado a Jueces que amenazan con penas elevadas si las partes no acuerdan una salida alterna, como si esto fuese lo normal y esperable.

Es preciso potenciar la división de funciones administrativas de las estrictamente jurisdiccionales, y limitar la posibilidad de acuerdos hasta la audiencia preparatoria de juicio para evitar este juego perverso de ver a la suspensión de la audiencia como un beneficio en la actividad de las partes involucradas.

Una oficina administrativa profesionaliza el agendamiento adecuado de audiencias, en cuanto a los horarios precisos para su desarrollo y, a su vez, genera nuevos desafíos, en cuanto a la productividad del sistema.

Estas pues, son las condiciones mínimas sobre las que debemos trabajar para potenciar las garantías primarias del juicio oral que redunden en una mayor legitimidad de las decisiones judiciales y la aplicación del poder punitivo.

Justicia Transicional y Derecho a la Paz en Colombia: Aportes teóricos para su fundamentación*

DR. OMAR HUERTAS DÍAZ**

“No hay caminos para la paz. La paz es el camino”
(GANDHI, MAHATMA)

Sumario

1. Introducción
2. Fundamentación a partir del Enfoque de Alternatividad Penal
3. Fundamentación según el Enfoque Restaurativo
4. Fundamentación desde el Enfoque de la Reconciliación
5. A modo de Conclusiones

1. Introducción

La justicia transicional guarda ineludible e imperativa relación con el Derecho a la Paz. Aún más, se acude a la primera, generalmente, cuando se habla del segundo. No obstante, aun cuando estas premisas parecen ser meridianamente claras se encuentra una falta, por lo menos en el

* Artículo de Investigación desarrollado en el Grupo de Investigación “Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN”, de la Universidad Nacional de Colombia Reconocido y Clasificado en A por Colciencias 2017, Proyecto “Debates criminológicos y dogmáticos entre el derecho penal clásico y el derecho penal moderno”, financiado por la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y sociales – Universidad Nacional de Colombia, Proyectos UNIJUS código 37706.

** Abogado, Investigador y Profesor Asociado, Especialista en Derecho Penal y Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Ph.D. en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Mg. en Derecho Penal Universidad Libre, Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad de Alcalá, España. Mg. en Educación Universidad Pedagógica Nacional. Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales FICP. Miembro de honor de la Fundación de Victimología. Miembro Honorario Asociación Colombiana de Criminología.

ohuertasd@unal.edu.co

contexto colombiano, de una fundamentación concisa e íntegra que, a lo sumo, redunde en establecer contundentemente esa predicada relación entre uno y otro elemento y, concretamente, un cuerpo teórico que ausculte el nexo existente entre los mismos, el que, de antemano vale decir, aparece como un nexo de causalidad. Esto es, la paz como elemento subyacente y fundamental de los modelos de justicia transicional.

En estas páginas, precisamente, se coloca en relieve las bases claras y concisas que permiten, desde diferentes apuestas teóricas y corrientes del pensamiento, realizar aportes que inicien –sin pretensión, por supuesto, de cerrar o determinar absoluta y finalmente– una fundamentación de la relación previamente comentada (justicia transicional-derecho a la paz). Más aún, en el contexto colombiano emerge de forma urgente y necesaria la imparable labor de realizar aportes en este sentido fundamentador de la justicia transicional anclada al derecho a la paz en momentos en los cuales tal cuestión resalta como un eventual paradigma de cambio en la sociedad.

En este contexto es que cobra vital importancia una fundamentación teórica de la relación de los binomios que se traen a colación en ese escrito. Para lograr decantar esta marcada trascendental relación se ha querido dividir la estructura del texto en los siguientes términos en procura de dar cuenta de algunas elaboraciones teóricas que han estructurado lo que es posible llamar ó que aquí se ha dado en llamar como un “cuerpo doctrinario” que fundamenta esa relación.

En un primer momento se hará una aproximación a la justicia transicional detallando los elementos centrales que se han elaborado teóricamente al respecto, sus concepciones y desarrollos así como los paradigmas más sobresalientes en el contexto nacional e internacional. Este primer momento estará supeditado a la apuesta teórica por la alternabilidad penal como elemento central que caracteriza un cierto grupo de autores de ese cuerpo doctrinario del que se quiere dar cuenta.

En un segundo segmento, se hará lo propio pero con sujeción al enfoque restaurativo. Esto es, aquel grupo doctrinario que claramente brinda abundantes luces sobre la relación casi causal e intrínseca entre justicia transicional y derecho a la paz. También aquí mismo se ofrecerá una exposición sobre los diferentes postulados que concuerdan en afirmar tal derecho como uno de aquellos de profundo carácter fundamental en un escenario de teoría del Estado y, más concretamente, contractualista. De hecho, se traerán a colación grandes aportes teóricos que se erigen como la base en la fundamentación de la relación en comento.

Posteriormente, en el tercer apartado, se hará expresa alusión a los postulados teóricos que desde el enfoque de la reconciliación materializan concretamente la relación justicia transicional y derecho a la paz y

logran aportar elementos básicos de estudio y análisis en la construcción de fundamentos teóricos de tal relación.

Finalmente, se expondrán unas conclusiones que tratarán de resaltar lo más relevante y sustantivo del ejercicio teórico fundamentador que se habrá realizado en los tres pasos anteriores.

Así las cosas, es menester empezar con el tratamiento de cada uno de los acápites pre comentados desarrollando puntualmente sus componentes y aportes teóricos más significativos.

Para empezar, vale aclarar que el presente trabajo no es, en momento alguno, ni se constituye en un pleno y resaltadamente detallado estado del arte en materia de justicia transicional. Lo que se busca es, ante todo, dar cuenta, en este acápite, de los principales sectores que, bien puede decirse, forman un cuerpo doctrinario relativamente nuevo sobre el tema en alusión y que merecen ser tratados a partir de la clasificación aquí propuesta, básicamente, en alusión al tratamiento que recientemente ha tenido el mismo. Una vez realizada esta aclaración, es pertinente, pues, entrar en materia con cada uno de los puntos básicos de estudio y análisis de la fundamentación buscada. Así, obsérvese:

2. Fundamentación a partir del Enfoque de Alternatividad Penal

En este segmento se puede claramente identificar aquellos sectores de la doctrina –e incluso, ciertas posturas jurisprudenciales que ya serán abordadas en debida y concreta forma– que aprecian la justicia transicional, principal y básicamente, desde su carácter alterno a la aplicación concreta y directa del Derecho Penal interno propio de determinados países. En este punto, entonces, huelga decir que los partidarios de esta visión de la justicia transicional colocan su acento o hacen especial énfasis en el carácter de cambio del contenido punitivo que propone la justicia transicional.

No obstante, es de realizar una aclaración que, en aras de la rigurosidad académica e investigativa, debe prevalecer: No se trata de agrupar a los sectores partidarios del carácter de alternatividad penal de la justicia transicional dentro de un reduccionismo de sus posturas. Por el contrario, lo que se resalta de sus trabajos no es la ausencia de otros elementos claves para el entendimiento, comprensión y estudio de la justicia transicional sino que se hace ahínco en lo más sobresaliente de sus postulados. Esto es, en aquello que caracteriza o marca de forma transversal y profunda sus aportes teóricos.

En este primer sector del cuerpo doctrinario en construcción, se puede apreciar los trabajos de diversos autores dentro de los que cabe resal-

tar y hacer especial énfasis en por lo menos cuatro que marcan la pauta en el renglón internacional. El primero de ellos es el juez Baltazar Garzón cuando en uno de sus textos contundentemente afirma:

“La historia de la impunidad en todos los pueblos es la historia de la cobardía de los que la generaron, pero también de los que la consintieron o consienten posteriormente. En todos los supuestos la historia está jalonada de grandes discursos de justificación y de llamadas a la prudencia para no romper los frágiles equilibrios conseguidos a cambio de la no exigencia de responsabilidades a los perpetradores o a que dicha exigencia se produzca con mesura. Asimismo, Abundan los discursos justificativos”¹.

De lo anteriormente apuntado, es posible colegir que el juez Baltazar Garzón, ante todo, propone una especial llamada de atención a los distintos regímenes para que, por más complejo que parezca, se logre establecer y practicar una justicia dirigida principalmente a la exigencia de la responsabilidad penal para los grandes perpetradores de crímenes. No obstante, es de aclarar que la apuesta que hace Baltazar Garzón parte de la idea fundamental de la eventual impunidad que en muchísimas partes de la historia mundial hace –y ha hecho– carrera tras la incapacidad de los Estados para juzgar a los responsables de crímenes atroces como crímenes de guerra, lesa humanidad², etc.

Sin embargo al ser indagada su postura frente a una eventual justicia transicional es de resaltar su forma re-equilibradora³ de entender y comprender tal fenómeno. No se aprecia que su constante y reiterado llamamiento a la construcción de justicia y, básicamente a la obtención de la misma por parte de las víctimas, sea una manifiesta y diametral oposición a la justicia transicional. Ocurre mejor, que la postura suya sobre la necesidad de imponer sanciones a los responsables de los grandes crímenes, se compagina con su avocación a la aplicación de medidas que estén en gracia de un modelo de justicia transicional pero haciendo un especial y notorio énfasis: La alternatividad penal no puede ser igual a impunidad.

¹ GARZÓN, Baltasar: *Un mundo sin miedo*. Plaza Janés, Barcelona, 2005. p. 172.

² *Ibid.*

³ También ver al respecto: UPRIMNY, Rodrigo y OTROS. *Justicia para la Paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y la paz negociada*. Colección DeJusticia. Bogotá, 2014.

Obsérvese lo planteado por Garzón cuando indica la suma e imperiosa necesidad de la obtención de justicia en materia concreta de la aplicación de sanciones a los responsables:

“Yo rechazo de plano la pura y burda impunidad revestida de aparente legalidad... Defiendo la reparación histórica, siempre que no excluya cualquier otra fórmula de exigencia de responsabilidad. (...) Por eso apoyo las comisiones de la verdad o de la reconciliación, siempre y cuando se constituyan para establecer cuáles fueron los hechos y qué debe hacerse para que no vuelvan a repetirse”⁴.

En este punto, es necesario decir que este juez español tiene una clara mirada sobre la importancia de obtención de justicia en cualquier escenario sea éste o no de justicia transicional. Aún más, deja ver su postura sobre la imperiosa y urgente labor de conformar la cuadripartita manera de entender la justicia transicional en términos de sus exigencias y componentes clásicos: La verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

Por el mismo camino, se encuentra el clásico autor en materia de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional, Kai Ambos. Este autor considera puntualmente la exigencia fundamental de tener en todo caso presente –en cualquier modelo de justicia transicional– los postulados básicos del Derecho Penal Internacional y más concretamente de los estándares internacionales⁵ de cuyo seno emerge como uno de los referentes más importantes, para efectos de lo supone los crímenes, el juzgamiento y las sanciones, el Estatuto de Roma.

⁴ GARZÓN, Baltasar: *Ob. Cit.* p. 188.

⁵ En donde claramente hace alusión a instrumentos internacionales que decantan conductas sancionables, y caracterizadas como aquellas más relevantes para la comunidad internacional, tales como: Carta de las Naciones Unidas (1945), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), Convención para la prevención y castigo del crimen de Genocidio (1948), los protocolos adicionales a las convenciones de Ginebra así como la, los principios para la prevención efectiva e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias (Res. 65 ECOSOC, 14.05.1989), el Manual para la prevención efectiva y la investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias (1991); la Convención en contra de la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (2002) la Declaración sobre la protección de todas las personas de desapariciones forzadas (18.12.1992), los principios de derecho internacional reconocidos en la Carta y en el Juicio del tribunal de Nüremberg, el Estándar mínimo de reglas para el tratamiento de los prisioneros (ECOSOC 13.05. 1977), la Convención Internacional para la protección de todas las personas de las desapariciones forzadas (2006), entre otros.

No obstante, es de precisar para efectos de contextualización la alusión a nivel de la Organización de Estados Americanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que, en todo caso, suponen también ciertos estándares internacionales –y regionales- concretamente para el caso colombiano. Nótese:

“Por su parte, a nivel regional en el contexto de la Organización de Estados Americanos (OEA), está el Sistema Interamericano de Protección para los Derechos Humanos, conformado por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión prepara informes públicos para generar conciencia del respeto por los derechos protegidos. En ese sentido, a Colombia se le han hecho múltiples recomendaciones exhortándolo a que ajuste las políticas internas a las obligaciones emanadas por la Convención Americana para los Derechos Humanos. De tal manera, ejercen influencia política para que el Estado guíe sus políticas domésticas en concordancia al derecho internacional y presiona al gobierno para que adopte instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Así, en 2004, Colombia se vio en la necesidad de firmar un acuerdo con la OEA por el cual se creó la Misión de Apoyo al Proceso de Paz, a la que se le atribuyeron funciones que incluyen el seguimiento a la desmovilización, el fortalecimiento institucional y el acompañamiento a las víctimas del conflicto. Lo anterior se constituye en procura de que se cumpla con las obligaciones contraídas en la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, fomenta la adopción de instrumentos para que se garantice el cumplimiento de los derechos humanos de las víctimas en el proceso de paz. De tal manera, las 11 condenas entre 1995 y 2010 proferidas por la Corte Interamericana contra Colombia no solo han tenido repercusión económica para resarcir los daños causados a las víctimas, sino que también han ejercido incidencia para que el Estado adopte medidas amplias de reparación internamente, estrategias que logren la construcción de la verdad y mecanismos efectivos de acceso a la justicia por parte de las víctimas”⁶.

Retornando ahora a Kai Ambos, este autor plantea que todo modelo de justicia transicional debe obedecer a estos estándares internacionales en la búsqueda real, sensata y efectiva de los Estados para obtener justicia. No obstante, reconoce que la aplicación de la justicia plenamente

⁶ VALDIVEISO, Andrés M. La justicia transicional en Colombia. La justicia transicional en Colombia. Los estándares internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario en la política de SantosPap. Polít. Bogotá, Colombia, Vol. 17, No. 2, 621-653, julio-diciembre 2012.

no es del todo posible ante las imperiosas necesidades que suponen sociedades en medio de conflictos armados incluso de carácter interno o internacional (llamados también *internacionales* o *no internaciones*). En estricto sentido, reconoce Ambos que el papel de la justicia en el terreno mismo de la transición –lo cual subyace a las sociedades que buscan el cambio de un estado de conflicto a uno de meridiana paz (concepto que será evaluado más adelante)- pasa por el tapiz de la alternatividad penal. Obsérvese:

“El fundamento jurídico del elemento o interés justicia tiene como punto de partida el deber de perseguir crímenes internacionales nucleares tal como son definidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto de la CPI (...) Aunque este deber conduciría casi lógicamente a la prohibición de amnistías o de otras medidas de exención respecto a esos crímenes (...), el concepto amplio de justicia aplicable en la justicia de transición exige una aproximación más sofisticada. Por un lado, el interés justicia ha de ser complementado con los derechos de las víctimas de los crímenes internacionales nucleares (...); estos derechos van mucho más allá de la persecución penal e incluyen, además del derecho a la justicia, los derechos a la verdad y reparación en sentido amplio (...). Por otro lado, otra consecuencia del concepto amplio de justicia es que deben ser desarrolladas y aplicadas alternativas a la persecución penal (...) en particular comisiones de la verdad (efectivas)”⁷.

Dentro de esta concepción amplia de la justicia, es a todas luces evidente que los derechos de las víctimas están en primer orden. De hecho, es bastante particular que la unión entre el concepto amplio de justicia al que alude Ambos y la alternatividad penal –cuestión aquí abordada en esta primera caracterización de los sectores o grupos que desde la doctrina en materia de justicia transicional pueden encontrarse- es una vía para el establecimiento de comisiones de la verdad. Esto es, que tales comisiones resultan, desde esta perspectiva, como una dimensión más que justificaría la aceptación por parte de este autor de la cuestión del carácter alternativo de la justicia transicional siempre que prevalezcan los derechos de las víctimas⁸.

Así mismo, pues, es posible afirmar que para este autor, lo realmente importante es –así como para Baltazar Garzón- es la centralidad que

⁷ AMBOS, Kai. Justicia de Transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Konrad Adenauer Stiftung. Berlin. 2009. p. 24.

⁸ *Ibíd.*

juega la justicia y la obtención de la misma en lo relacionado con dos puntos centrales: El primero, la investigación, sanción y ejecución de las penas –incluso, alternativas– de los responsables de delitos y crímenes perpetrados y, el segundo, el énfasis en las víctimas como destinatarios de una efectiva aplicación de los estándares internacionales en búsqueda de la verdad y esclarecimiento de los hechos (también en términos de la reparación, ineludiblemente). Sobre este punto, precisa Ambos:

“El gran tema del acuerdo va a ser la implementación y cómo podemos integrar a las víctimas. Yo propondría por ejemplo un estatuto de víctimas que establezca concretamente cuáles son sus derechos, que diga que pueden tener un abogado pagado por el Estado, cosas así. Las víctimas deben tener una participación muy fuerte en la Comisión de la Verdad, en la que necesitamos colombianos con una muy alta reputación, un comité de personalidades sobre cuya integridad no exista ninguna duda. También es un reto la elección de los jueces, que deben ser jueces con independencia, integridad y objetividad. Si eso no se cumple, va a ser el fracaso del tribunal. El componente internacional es importante, pero solo funcionará si tienen buenos colombianos en ese tribunal”⁹.

De hecho, en una reciente entrevista con un diario colombiano, Kai Ambos realiza un llamado de atención para que en Colombia se tenga en cuenta la aplicación del Estatuto de Roma en clave de los estándares que debe tener en consideración, en su criterio, la Justicia Especial para la Paz, y concretamente en todo lo relacionado con la aplicación de la dimensión de justicia contenida en los Acuerdos firmados por parte del Estado colombiano¹⁰ en las negociaciones con las FARC-EP y el ELN.

No obstante, tampoco se avisa una diametral oposición entre la postura de Ambos y lo dispuesto para la justicia transicional en el caso concreto de la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia¹¹. Más aún,

⁹ Entrevista a Kai Ambos. Diario El Tiempo. 22 de Febrero de 2016. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16516713>

¹⁰ Al respecto, ver: Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Puede consultarse: <http://www.altocomisionado-paralapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>

¹¹ *Ibid.* Frente al tema de la paz como valor fundamental, en el artículo 4 del Capítulo II del Título I en materia de “Amnistía, Indultos y tratamientos penales especiales” de tal Acuerdo se señala: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. La paz es condición esencial de todo derecho y es deber irrenunciable de los colombianos alcanzarla y preservarla”.

la postura de Kai Ambos está reflejada no en una oposición a la aplicación de la alternatividad penal como eje central de la justicia transicional sino que su consideración especial tiene que ver con la aplicación del Estatuto de Roma. Esto es, no desconoce la legitimidad ni integridad jurídica de lo acordado por el Estado colombiano tras los Diálogos de la Habana, sino que desea que tal acuerdo esté en clara y abierta consonancia con los estándares internacionales existentes hoy. En el punto concreto, por ejemplo, de la responsabilidad del superior, afirma Kai:

“La Jurisdicción Especial para la Paz tiene que tomar en cuenta el artículo 28 del Estatuto de Roma siendo Colombia Estado parte de dicho tratado. En este sentido, la jurisprudencia de la CPI, y en relación con el tema de la responsabilidad del superior, la sentencia de la Sala de Apelación en el caso Bemba deberá ser tenida en cuenta en la aplicación de la figura en Colombia”¹².

No obstante lo anterior, Kai Ambos –y se hace gran detenimiento en sus postulados dado que resulta ser tal vez el autor más proclive al tratamiento de la justicia transicional desde la óptica de la alternatividad penal, lo cual es el elemento caracterizador de este primer grupo de autores estudiado– propone una real y auténtica sujeción de la justicia transicional a los parámetros de una justicia penal clara, contundente y contentiva de puntos centrales que coadyuvan a materializarla e impedir caminos para la impunidad. Así, deja claro que:

“Sin embargo, las medidas alternativas, en general, solo pueden complementar y no sustituir a la justicia penal (...). Para eso, deben ofrecer una vía alternativa seria para afrontar el pasado y, como tal, deben tomar en consideración efectivamente el interés de las víctimas (...). En última instancia, la admisibilidad de limitaciones al interés de justicia depende del resultado de un complejo proceso de ponderación de los intereses en conflicto que es llevado a cabo a través de un test

¹² Entrevista a Kai Ambos. Revista Semana. 25 de enero de 2017. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/kai-ambos-habla-sobre-la-jurisdiccion-especial-para-la-paz/513295> También puede apreciarse allí cuando al responder a la pregunta “¿Qué es la responsabilidad del superior?”, en alusión a estándares internacionales de cara a la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia, afirma Kai Ambos: “Es una forma de imputación propia del derecho penal internacional que establece la responsabilidad de superiores por los crímenes de sus subordinados si no cumplen con su obligación de supervisarlos adecuadamente. El fundamento de la responsabilidad del superior se encuentra en el derecho internacional humanitario. La criminalización de la falta de supervisión se remonta a un famoso caso que tuvo lugar después de la Segunda Guerra Mundial contra el comandante japonés en las Filipinas, el señor Yamashita”.

de proporcionalidad de tres niveles (...). Este test conduce, en su tercera fase de la proporcionalidad *stricto sensu*, a algunas importantes limitaciones (*ratione materiae y personae*) y exigencias (especialmente, alguna forma de responsabilidad) que deben ser tenidas en cuenta para evaluar la admisibilidad de las medidas de exención"¹³.

Ahora bien, tras esa claridad sobre su sujeción en materia de alternatividad penal de la justicia transicional a criterios y estándares que respeten tales limitaciones y juicios de proporcionalidad, alude Ambos que es un deber de obligatorio cumplimiento que las amnistías concedidas con ocasión de la aplicación de justicia transicional estén afincadas en criterios de cumplimiento y garantía de los derechos de las víctimas. Es así como hace alusión a las amnistías en sentido estricto y las vistas desde la óptica flexible. Obsérvese:

“De ello se sigue un enfoque bifurcado en cuanto a la admisibilidad de amnistías (...) Por un lado, las amnistías absolutas (*blanket amnesties*) son generalmente inadmisibles (enfoque estricto), dado que su objetivo primario es sepultar por completo crímenes pasados a través de prohibir toda investigación (...) por el otro, las amnistías condicionales (“responsables”) son, en principio, admisibles (enfoque flexible), dado que — a diferencia de las amnistías generales — no eximen automáticamente de castigo a los autores, sino que condicionan la exención a la ejecución de ciertos actos o concesiones por el beneficiario; por ejemplo, a la promesa incondicional de deponer las armas, la satisfacción de legítimas exigencias de las víctimas, en particular, una completa revelación de los hechos, el reconocimiento de responsabilidad y el arrepentimiento”¹⁴.

Nótese cómo la exigencia del respeto a los derechos de las víctimas es un elemento central y transversal en la concesión de beneficios a los responsables. Aún más, Ambos es más específico y enmarca categóricamente el hecho del reconocimiento de la responsabilidad penal en la comisión de delitos y crímenes y por supuesto, el hecho del arrepentimiento.

Es de anotar que los claros elementos que caracterizan esta primera sectorización de ciertas posturas en la doctrina sobre la justicia transicional, encuentran sus bases más profundas en la adecuación de ésta última a criterios de justicia penal que, si bien es de carácter alternativo, no debe dejarse de lado u obviarse pues uno de los riesgos que más

¹³ AMBOS, Kai. *Ob. Cit.* p. 24.

¹⁴ *Ibíd.* p. 25.

se resalta ante esa eventualidad es el relacionado con los derechos de las víctimas¹⁵. Así, pues, concluyendo esta primera parte de la caracterización del cuerpo doctrinario en materia de justicia transicional puede decirse concretamente: El carácter de alternatividad penal de la justicia transicional no supone o no debe suponer, en modo alguno, la existencia de impunidad ni alejamiento de cierta exigencia de justicia material de cara a los responsables so pena de vulnerar flagrantemente los derechos de las víctimas.

Desde esta perspectiva, aparece claro que la cuestión fundamental de la justicia alternativa –concretamente, alternativa al Derecho Penal– es una garantía de paz siempre que exista, se cumpla y garantice efectivamente los derechos de las víctimas. Sobre este punto, profundiza Ambos cuando indica:

“La justicia de transición ha sido objeto de gran atención en sociedades en conflicto y posconflicto. El concepto se ocupa de la justicia en sociedades en transición, sea luego del conflicto o durante un conflicto en curso; supone una serie de medidas que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial. Su éxito depende del grado en que contribuya a la verdadera reconciliación y a la consolidación de la democracia y del sistema judicial interno (...). La experiencia muestra que la lucha por la justicia a menudo confluye con los esfuerzos, en su mayor parte oficiales, por la paz. En efecto, la justicia de transición busca asegurar al mismo tiempo justicia y paz, pero abstenerse de una persecución penal y/o del castigo es a veces necesario para facilitar una transición pacífica (...), y el dictado de una amnistía es la técnica más importante de exención de una persecución penal (...). En todo caso, si la ausencia de una persecución penal contribuye a la reconciliación, ello depende del contenido de este concepto y de las circunstancias de cada caso”¹⁶.

Es, precisamente, en este punto donde se puede vislumbrar de forma clara y concreta la fundamentación que desde la óptica del enfoque de la alternatividad penal hay un llamado a la existencia de criterios mínimos de justicia sin que ello suponga la no existencia o posibilidad de existencia de la justicia transicional que en contextos de paz busque el máximo de armonización de los derechos en colisión aparente: Justicia y Paz.

¹⁵ En igual sentido, BERISTAIN, Carlos Martín. Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Tomo I y II. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. M&RG. Diseño y producción Gráfica S.A.

¹⁶ *Ibíd.* p. 23.

Aún más, profundizando en este intento armonizador de la justicia y la paz, emerge un claro párrafo de Kai Ambos cuando sintetiza una forma de entender la primera en clave de la segunda. Obsérvese:

“Para desarrollar el marco legal de la justicia de transición y, en última instancia, establecer lineamientos más o menos precisos para las negociaciones de paz en el marco de la transición, necesarios para “judicializar” las políticas de la justicia de transición (...), es preciso primero determinar los contenidos del elemento justicia en la justicia de transición. Justicia en este sentido ha de ser entendido de manera amplia, yendo más allá de la mera justicia penal e incluyendo ciertos elementos clave tales como responsabilidad, equidad (fairness) en la protección y vindicación de derechos y la prevención y el castigo de infracciones”¹⁷.

3. Fundamentación según el Enfoque Restaurativo

Ahora bien, examinado en gran parte el asunto propio de este cuerpo doctrinario sobre la justicia transicional desde la alternatividad penal, es menester ahondar en las apuestas teóricas que trae a colación el segundo grupo de tal cuerpo. En estricto rigor, se encuentra aquí aquel sector que propone la justicia restaurativa como elemento central, fundamental y casi definitorio de la justicia transicional.

Se aprecia en este segundo grupo, que sus exponentes resaltan el papel de la víctima incluso más que en el sector anterior. Desde esta perspectiva, la víctima juega un papel clave en el anclaje de la estructura del modelo de justicia propuesto con ocasión de los períodos de transición. No obstante, para ahondar en el asunto, es preciso indagar primero el enfoque puramente restaurativo y posteriormente encontrar su relación con la justicia transicional.

Así las cosas, es necesario empezar con la concepción misma de justicia restaurativa. En tal sentido, obsérvese lo planteado por Albert Eglash considerado uno de los padres, de este enfoque. Para Eglash la justicia restaurativa corresponde a un modelo de justicia en el cual el eje fundamental no es la venganza o el castigo, propio de la justicia retributiva, ni el tratamiento terapéutico propio de la justicia distributiva, sino en la restitución y en la reparación de los efectos negativos de la acción deli-

¹⁷ *Ibid.* p. 24. También ver al respecto: SALMÓN, Elizabeth. Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana. Junio de 2006, N.º 862 de la versión original.

tiva en el sujeto pasivo de la misma¹⁸. Esto es, en el énfasis en los daños que ocasionó el infractor o autor de un delito frente a la víctima lo cual supone, definitivamente, un rol destacado, importantísimo y de primer orden de la víctima.

Por esta misma vía, uno de los autores que se atreve a aportar definición concreta al respecto es John Braithwaite y afirma categóricamente que la justicia restaurativa es:

“Un proceso en el cual todas las personas afectadas por una injusticia tienen la oportunidad de discutir cómo han sido afectadas por ella y decidir qué debe hacerse para reparar el daño. Porque el crimen hace un daño, en un proceso de justicia restaurativa se intenta que la justicia sane. Por ello, algo central en el proceso son las conversaciones entre aquellos que han sido dañados y aquellos que han infligido el daño”¹⁹.

Nótese cómo el autor coloca de entrada el énfasis en el papel del sujeto pasivo, es decir, de la persona víctima o afectada por una acción injusta. Así, es de importancia mayúscula que la cuestión de la justicia restaurativa se erija como básico y fundamental elemento de los modelos de justicia que se han de aplicar en una sociedad que busque la materialización de los derechos de las personas víctimas del injusto penal. De esta manera lo deja ver Braithwaite, cuando refiere a la justicia restaurativa como una de carácter esencialmente renovador de la base social y amplificadora de las densas y complejas relaciones sociales que subyacen el seno mismo de la vida cotidiana, de allí, que su postura sea ampliamente calificada como “comunista”. Esto, también por cuanto su apuesta redundante en colocar a la comunidad en el centro de la justicia penal al interesarse por las formas en las cuales se juzga a los miembros de su entidad y por tanto crean y re-crean las dinámicas mismas de la sociedad.

En igual sentido, Wesley Cragg desarrolla un planteamiento teórico relativamente más contractualista colocando el acento más profundo en la reducción del uso de la violencia por parte de los ciudadanos y el Estado. Afirma Cragg que la justicia restaurativa es “un proceso de resolución de conflictos que reduce el recurso al uso legítimo de la violencia”²⁰.

¹⁸ EGLASH, Albert. *Beyond Restitution: Creative Restitution*. En: *Restitution in Criminal Justice* 91, 92. Joe Hudson & Burt Galaway editores, United States of America. (EEUU). 1977.

¹⁹ BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and De-Professionalization*. The Good Societ. (ed.) 2004. p. 132.

²⁰ CRAGG, Wesley: *The Practice of Punishment. Towards a Theory of Restorative Justice*, Routledge. 1992. p. 25

También se destaca el pensamiento de Tony Marshall cuando indica que la cuestión jurídico-penal que atiende a la justicia restaurativa no es la pena en sí misma sino la situación general que se vive en clave de la relación víctima-victimario y, básicamente, en lo que refiere a la forma cómo estos dos resuelven un conflicto originado en la comisión de una conducta punible. Obsérvese que para este autor la justicia restaurativa es:

“Un proceso a través del cual las partes que se han visto involucradas y que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”²¹.

Ahora bien, estos elementos claramente identificadores de la justicia restaurativa guardan especial vínculo con la justicia transicional en términos de diversas cuestiones que los mismos comportan. No es de extrañar, por ejemplo, que los nexos que pueden establecerse entre el modelo restaurativo de justicia y la justicia transicional constantemente hasta sean confundidos. No obstante, corresponde aclarar que son dos cuestiones eminentemente distintas aun cuando las dos, por regla general, estén totalmente relacionadas en los contextos de aplicación de determinados modelos de justicia para sociedades pos conflictuales. Es así como debe advertirse que los modelos propios de la justicia transicional –o también llamada justicia de transición– pueden encontrar diamantina relación o no con la justicia restaurativa a nivel teórico y práctico²².

Lo anterior como quiera que la justicia restaurativa puede ser uno –más no el único– de los componentes de la justicia transicional como puede verse en los diferentes países que han tenido tales sistemas dadas sus particulares características y condiciones históricas a través de las cuales se ha logrado una superación de conflictos que no siempre tienen como prevalente los derechos de las víctimas y/o victimarios.

Sin embargo, es claro que quienes pueden agruparse en este sector, realmente encuentran casi una relación *per se* entre la justicia transicional y la restaurativa. No puramente en términos teóricos, pero si en cuanto a las exigencias que se hacen para lograr que un modelo u otro de transición sea garante de los derechos de las víctimas como actores principales, primordiales y destinatarios últimos de la justicia de transición.

²¹ MARSHALL, Tony: Restoratpive Justice. An Overview. Home Office, 1999.

²² Al respecto, ver: VILLA, Arcila Leonardo [et. al] , Elementos para un programa de reparaciones colectivas en Colombia. En: Tareas Pendientes: propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia. Bogotá Centro Internacional para la Justicia Transicional. Primera edición. Marzo de 2010. Opciones Gráficas Editores LTDA.

Es el caso de Howard Zehr quien específicamente aborda de forma teórica la cuestión de la justicia restaurativa encontrando y de-tallando en ésta un profundo pensamiento cristiano. Zehr parte de la base de la paz como un don especial de Dios para los hombres. Afirma que la misma debe ser buscada incansablemente por el hombre primero en su dimensión interior, individual, apartada y en directa relación con su Creador. Posteriormente, ha de buscarla en el terreno de la sociedad, del pueblo, de la comunidad para que ésta vuelva al pacto inicial con Dios²³.

Para él, el pueblo debe procurar todos los caminos posibles hacia la paz. Aún más, cualquier modelo de justicia debe estar encaminado hacia la obtención de los fines ulteriores de la sociedad y el pueblo que, en su perspectiva, no pueden ser otros que aquellos que demandan del ciudadano y hacia el ciudadano el reinado de la paz y la justicia, en clara armonía lo uno y lo otro. Este autor señala que, a través de ello, se debe reformular o cambiar la apuesta teórica de la justicia retributiva por una restaurativa.

Esto indica que el paradigma clásico de la justicia y, especialmente, de la justicia penal sobre el papel de la pena en términos de la retribución a través del castigo debe ser cambiado por el de la restauración. Entre otras cosas, afirma Zehr que este cambio encuentra justificación en el entendido en que Dios es perdonador y no castigador, busca antes que la condena del infractor su reflexión y conversión como en aquella parábola del hijo pródigo²⁴. Así, pues, el énfasis en la justicia de los hombres son puede ser tampoco el castigo ni la venganza, ha de ser el perdón y la restauración. De esta manera se logrará re-equilibrar la paz rota por el daño infligido, volver al estado pacífico de relación humana y, ante todo, retornar ese estado de bien-estar entre Dios y el hombre y entre los hombres mismos.

A tal estado, dentro de la concepción cristiana, se le conoce como “*Shalom*” que aun cuando ha sido generalmente entendido y comprendido como puramente el concepto literal de “paz”, se debe no solo indicar en esta primera acepción sino también en su consecuencia más próxima. Esto es, la consecuencia de estar o hallarse en paz: El permanecer en un estado de bienestar, armonioso y fructífero que Dios tiene destinado

²³ ZEHR, Howard. *Changing Lenses: A new focus for Crime and Justice*. Herald Press, Pennsylvania, 1990.

²⁴ *Ibíd.* Al afirmar, por ejemplo, que lo que torna a la persona humana en digna de ser juzgada de acuerdo con los criterios de la justicia restaurativa es la restauración que Dios promete a sus fieles tras el pecado, el arrepentimiento y la petición de perdón a sus afectados.

para su pueblo aquí en el mundo terrenal²⁵. Esta referencia a “*Shalom*” como expresión bíblica, hunde sus raíces en la traducción del hebreo y, posteriormente, del griego alusivo a “pacto” y “paz”, entendiéndolo como un pacto de paz entre Dios y los hombres. Así mismo, “*Shalom*” connota una dimensión moral y ética relacionada con la forma en la cual se debe proceder en sociedad: Honestidad, respeto y tolerancia serán, pues, los elementos claves de “*Shalom*” en la vida práctica cristiana.

Huelga, entre otras cosas, apelar a esta concepción como unas de las más dicientes y simbólicas en torno al tema de la paz y el acuerdo. Nótese, por ejemplo, la alusión al término “*Shalom*” ya abordada como precisamente paz y acuerdo o pacto.

En síntesis, con estas consideraciones, Zehr indica que es posible determinar que la justicia restaurativa, desde la óptica cristiana propuesta, debe establecer su profunda raíz en dos puntos esenciales, a saber: Primero, el cambio de paradigma de la justicia pasando de retribución a restauración y, segundo, a la búsqueda y obtención de la paz, estado “*Shalom*”.

El cambio de paradigma, entonces, no solo comporta a la justicia tradicional sino también a la transicional. Es así como se plantea la necesidad de acudir a ese cambio de paradigma en todo el sistema de justicia pero con mayor ahínco en momentos de transición. Específicamente, se trata de colocar en relieve las aproximaciones y los nexos casi ineludibles de relación que se pueden establecer entre la el carácter restaurativo de la justicia según Zehr y el fundamento de la transición cual es el de pasar de un estadio de violencia a uno de paz, valor último en Zehr.

Obsérvese también como, de forma concreta, el valor de la paz debe ser alcanzado a través de la aplicación de justicia restaurativa según este autor. Así, nótese:

“El delito es principalmente una violación de personas y de relaciones, de donde se desprende que la justicia se orienta a la identificación de las necesidades de las partes y de las obligaciones necesarias para reparar; fomentando el diálogo y el acuerdo mutuo y otorgando a las víctimas y autores roles centrales. Así, la justicia o lo justo es evaluado de acuerdo al grado en que las responsabilidades se hacen efectivas, y la sanación (de personas y de relaciones) es promovida. Finalmente, la justicia restaurativa debe otor-

²⁵ *Ibid.* Resalta allí la labor que cumple el Estado como garante de una ciudadanía estable, prospera y cada vez más parecida a la deseada por Dios con clara alusión a la concepción de San Agustín en “La Ciudad de Dios”. Véase también: S. AGUSTIN, *La Ciudad de Dios*. Madrid: Editorial Gredos. Reimpresión: 2007.

gar las condiciones para que la reconciliación entre las personas sea posible”²⁶.

Claramente, se puede vislumbrar cómo la afectación a una persona es entendida como una violación y la justicia en tal caso debe obrar conforme a las necesidades de las partes y su posterior reparación. Este elemento reparador es uno de los fuertemente trabajados en procura de la fundamentación que se hace de la justicia restaurativa. La reparación, pues, aparece como requisito *sine qua non* de la restauración²⁷.

Así, se han determinado por lo menos tres puntos clave de análisis en el contexto de la relación justicia transicional y derecho a la paz: a) La necesidad de buscar la paz como imperativo de la sociedad y prerrogativa del ser humano (incluso, como máxima ética y moral desde la misma concepción cristiana); b) la reparación como fenómeno que permite la sanación de las relaciones interpersonales y de personas en sí mismas; c) la justicia restaurativa como presupuesto básico de la reconciliación²⁸.

Apropósito de la reconciliación, es oportuno pues pasar a abordar tal cuestión en este camino fundamental del cuerpo doctrinario que se está identificando.

4. Fundamentación desde el Enfoque de la Reconciliación

Entrando a decantar el punto referido a los enfoques de la justicia transicional y la el derecho a la paz desde la reconciliación, huelga decir que sobre el mismo abunda la doctrina y la producción académica es sumamente amplia. En estas páginas se dará cuenta de los principales exponentes de este enfoque y que, claramente, pueden ser enmarcados dentro de la clasificación que se ha querido realizar en clave de la fijación y establecimiento de una fundamentación de la relación intrínseca entre justicia transicional y derecho a la paz.

Uno de los grandes autores cuya referencia es obligatoria en este segmento y más por su particular forma de entender las relaciones humanas que por sus pronunciamientos sobre la justicia transicional, *strictu sensu*, es Hannah Arendt. En estricto rigor, es de vital importancia su aporte

²⁶ *Ibíd.* p. 211

²⁷ Al respecto, también ver: Carlos Madariaga: “La reparación por parte del Estado hacia las víctimas de la Tortura” en *Reflexión*, Cintras, año 7, N 22. pp. 9-11.

²⁸ RETTBERG, A. Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional. Bogotá: Universidad de los Andes. Bogotá, 2005.

cuando menciona la posibilidad que todo ser humano tiene de empezar de nuevo pues es el detentador del poderío de cambiar su presente y futuro. En este sentido, afirma que en la reconciliación obra, ante todo y pese a todo, el perdón como elemento central de consecución del cambio hacia la paz. Obsérvese:

“Sólo mediante esta mutua exoneración de lo que han hecho los hombres siguen siendo agentes libres, sólo por la constante determinación de cambiar de opinión y comenzar otra vez se les confía un poder tan grande como es el de iniciar algo nuevo”²⁹.

Precisamente se ha querido empezar por esta alusión a Arendt por su especial mirada hacia la reconciliación de los ciudadanos por un deseo intrínseco de éstos hacia la paz. Es más, desde su óptica, al darse el lugar que merece al perdón en la sociedad, ésta se encuentra cada vez más afincada en principios de una vida armónica, sin violencia –por lo menos no en su expresión más agresiva o bélica- y con toda la acción humana encaminada al mantenimiento de esa paz pese a la fragilidad tanto de esa acción humana como de las relaciones entre los humanos³⁰.

Ahora bien, con esta inclinación humana hacia la paz en clave de su acción afirmativa de perdón, cabe traer a colación a quien apuesta por una justicia transicional que se enfoque en la reconciliación como punto básico de partida para la consecución de la paz. Así, puede hacerse alusión a la reconciliación en el detalle mismo de la imperiosa labor de la sociedad y el Estado como constructores y garantes de la paz.

En este punto, es menester señalar que la reconciliación suele tratarse desde dos dimensiones, a saber: a) Como medio (es decir, como presupuesto para otro fin); b) como fin en sí mismo. No obstante, las dos dimensiones en las que se aprecia o que es, generalmente, entendido el fenómeno de la reconciliación son proclives a fundamentar la relación existente entre justicia transicional y derecho a la paz. Así, nótese:

A la luz de los postulados de quienes afirman la reconciliación como un medio es posible decir que la paz aparece como un fin. Esto es, que, si lo que desea una sociedad, como fin último y mayor, es la consecución de la paz, viene siendo la reconciliación uno de los primeros objetivos en tal búsqueda. Así, autores como Aureli y De Waal establecen claramente que la reconciliación debe partir de una “reunión amistosa” que

²⁹ ARENDT, Hannah. La condición humana. España: Paidós, 1993, p. 259.

³⁰ Al respecto, también ver: HILB, Claudia. Violencia y política en la obra de Hannah Arendt. Sociológica, vol. 16, núm. 47, septiembre-diciembre, pp. 11-44. Universidad Autónoma Metropolitana Distrito Federal, México. 2001.

es posterior a un estadio de conflicto. De esta manera, obsérvese: “Reunión amistosa post-conflictual entre previos oponentes que restaura una relación social alterada por el conflicto. En este sentido, la reconciliación es un mecanismo de resolución de conflictos”³¹.

Aparece esta reunión amistosa con un objetivo y no es otro que el de acercar a las partes para restaurar o re-equilibrar una situación. Esta resolución de conflicto es el primer paso en la búsqueda de la paz en un contexto social amplio³². No obstante, es a través de las comprensiones sociales sobre la reconciliación que es posible fundamentar este punto de la concepción de ésta como objetivo para la paz. Al analizar un estudio del Colegio Oficial de Estudios de Madrid, España, se puede apreciar cómo se comprende el perdón y la reconciliación como presupuestos para la paz en el caso colombiano tras el conflicto armado interno. Dice el estudio en comentario:

“(…) dentro de las narrativas, se observó que la mayoría de los participantes conciben la reconciliación como el reinicio de las interacciones que se tenían con una persona antes del hecho ofensivo que interrumpió o trastornó la convivencia (...) En cuanto a las condiciones para la reconciliación, los participantes hablaron (de la misma manera que en las condiciones para el perdón) del diálogo, pero además plantearon la necesidad imprescindible de una compensación y de la administración de una consecuencia (castigo) al agresor”³³.

En este punto, es menester indicar que los elementos de compensación y castigo fueron aquí abordados en los acápites correspondientes

³¹ AURELI, F., y DE WAAL, F. Resolución Natural de Conflictos. Berkeley: University Of California Press. Reimpresa: 2009. p. 87.

³² *Ibíd.*

³³ CORTÉS, A., & OTROS, Comprensiones sobre el perdón y la reconciliación en el contexto del conflicto armado colombiano. *Psychosocial Intervention*, vol. 25, núm. 1, abril, 2016, pp. 19-25. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid Madrid, España. p. 24. No obstante, al ampliar el punto del castigo y la compensación, indican los autores: “McCullough (2008) ha mencionado que la compensación funciona algunas veces como mecanismo de perdón (mas no de reconciliación) porque es una forma de administrar una consecuencia que puede resultar dolorosa para el agresor y, en parte, alivia la necesidad de venganza del agredido. No obstante, la compensación tiene sus limitaciones porque en algunos casos los crímenes cometidos no permiten la restauración del agravio y menos cuando dicha compensación es en dinero. Los hallazgos de este estudio son coherentes con las observaciones previas de López et al., (2012), en las que los crímenes tales como secuestros y asesinatos mostraban iguales niveles de disposición a perdonar solamente con el ofrecimiento de perdón o con perdón y compensación”. *Ibíd.*

justicia restaurativa y alternatividad penal, respectivamente. No obstante, lo más resaltable del estudio es la relación sumamente estrecha existente entre la reconciliación y la paz entendida la primera como objetivo básico para llegar a la segunda. El estudio en alusión es claro al mencionar:

“Los resultados de este estudio son relevantes en la medida en que logran capturar los juicios de la gente común, quienes son y serán determinantes en los procesos de legitimación y sostenimiento social de la paz. Es desde este conocimiento de las opiniones de la gente que se contribuye a mostrar cuáles son los aspectos críticos para promover intervenciones en los individuos, las familias, las comunidades, las instituciones y la sociedad que permitan promover el perdón, la reconciliación y otros procesos psicológicos y sociales determinantes en un proceso de paz”³⁴.

Otras de las recientes exponentes de la reconciliación como medio para la consecución de un fin mayor son Oviedo y Zambrano quienes cuando en la postulación de un Programa de Atención Psicológica Integral para Reinsertados (al que denominan “PAPSIR”) proponen que la reinserción efectiva de combatientes a la vida civil –especial y puntualmente en el contexto del conflicto armado interno colombiano- pasa por el tapiz de la reconciliación efectiva entre sujeto víctima y sujeto victimario. Allí, la reconciliación es un medio para lograr tal reinserción. En este punto, dicen las autoras:

“Es preciso decir que la dinámica de la reinserción supone observar directa y dialécticamente una situación que se advierte dual: La lógica de la convivencia entre víctima y victimario. Esta relación puede ser abordada desde el dialogo entre los dos, desde la dinámica del perdón –que conlleva, intrínsecamente, la necesidad del arrepentimiento, la petición de perdón y la disposición para, en efecto, propiciarlo- y, por supuesto, desde la perspectiva psicológica que atraviesa transversalmente todos estos elementos”³⁵.

Claramente se aprecia cómo la dinámica de la reinserción supone tener un campo abierto para efectivamente realizarse. Tal campo no es otro que el de la reconciliación. Es importante destacar que, según las autoras, la reconciliación como facilitadora de la reinserción es un requisito sine qua non de la concesión de la paz. Aquí también se aprecia que esta

³⁴ *Ibíd.* p. 25.

³⁵ OVIEDO, Ángela y ZAMBRANO, Sandra. Programa de Atención Psicológica Integral para Reinsertados (PAPSIR). Universidad Católica de Colombia. 2015. p. 9.

dimensión de la reconciliación como un medio, advertida en precedencia, se establece notoriamente al estar anclada ésta a la facilitación de los procesos de reinserción y éstos, a su vez, como garantes efectivos de la paz. Nótese cuando las autoras afirman:

“La misión de la Psicología debe, pues, ser de primer orden en la agenda de la reinserción como motor que propicie y haga extensivos en el tiempo los intentos de paz ofreciendo propuestas y programas –como el que en estas páginas se proyecta– para la consolidación de las condiciones mínimas que viabilicen y garanticen, a través de la pacífica y duradera convivencia social, especialmente en el dialogo víctima-victimario, una loable sociedad en el posconflicto”³⁶.

Ahora bien, abordando la cuestión de la reconciliación en clave de fin en sí mismo, es preciso tener en cuenta la elaboración teórica que hacen Esperanza Hernández Delgado cuando indica que la forma más idónea de entender y comprender la reconciliación es viéndola como una forma de paz en sí misma. Aquí, clara y diamantinamente se puede materializar la opción de la paz anclada a la justicia transicional: La reconciliación, para esta postura, es la paz en sí misma. Recuérdese lo acotado en acápites anteriores sobre la formula a través de la cual es posible entender la restauración –o la justicia restaurativa– en clave de recomponer la amistad y el estado de concordia y armonía entre los ciudadanos. Igualmente, nótese la búsqueda de estado de “Shalom” acotado en precedencia. Es también aquí, entonces, claro que la paz debe ser un presupuesto básico de la sociedad. No obstante, aquí se funden la reconciliación y la paz como dos entidades que bien pueden ser abordadas como identificadoras la una de la otra.

Hablar de la reconciliación como un fin en sí mismo no es otra que comprender que el estado de paz se logra cuando la sociedad se ha reconciliado y, más aun, concretamente que vivir reconciliados es vivir en paz. Es más, es posible establecer una relación de hermandad entre tres fenómenos claros en diversos casos de posconflictos o de situaciones de violaciones masivas de Derechos Humanos. Esos tres fenómenos son: Verdad, Reconciliación y Paz. En este punto, obsérvense dos casos fundamentales donde la paz se sujetó a la verdad y a la reconciliación haciendo prácticamente forzosa una conclusión de identidad, si bien por supuesto no conceptual, si práctica. El caso de Chile y Argentina.

³⁶ *Ibíd.* p. 10.

Para introducir esta relación tripartita necesaria entre Verdad, Justicia y Reconciliación, es posible apreciar lo que Esteban Cuya sintetiza en un escrito cuando afirma:

“Pero es muy claro que el nivel de esclarecimiento (la Verdad) de los crímenes de derechos humanos refleja la independencia del poder judicial, la libertad de información y la voluntad del estado para honrar sus compromisos internacionales. Sin verdad no hay posibilidades de reconciliación (...) La verdad plena, que es parte de la memoria histórica, es una deuda para con los familiares de las víctimas de abusos de derechos humanos (...) La verdad tiene un poder restaurador, puede sanar a las personas atormentadas por la falta de información sobre el destino de su ser querido”³⁷.

Allí mismo, los casos de Argentina y Chile son analizados desde la óptica de la necesidad “identitaria”, en la praxis, de los tres fenómenos aquí abordados. Así, Cuya señala:

“En Argentina, tras el fin de la dictadura militar de 1976 a 1983, el Presidente Constitucional Raúl Alfonsín creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, CONADEP, con un mandato de investigación muy específico: “esclarecer los hechos relacionados con la desaparición de personas. Una vez instalada la CONADEP, a pesar de las críticas a su funcionamiento, formuló un llamado a dar testimonios sobre los hechos de violencia el cual „concitó la inmediata respuesta de la población en un formidable proceso de reconstitución de la memoria colectiva“. Así muy pronto, según la CONADEP, se produjo „un aluvión de denuncias y testimonios“, no solo dentro del país, sino también por parte de miles de exiliados argentinos en España, Estados Unidos, Venezuela, México, entre otros países”³⁸.

En este sentido, se tiene que la labor fundamental de esos tres elementos en conjunto es clave para la consecución de cualquiera de ellos individualmente considerados. Igual situación se presenta con el caso chileno donde a todas luces se sujetó también la obtención de cierta paz entre los afectados, la reconciliación entre estos y sus victimarios a la

³⁷ CUYA, Esteban. La Justicia Transicional en América Latina: Desarrollo, aplicación y desafíos. Recuperado de: <http://www.menschenrechte.org/lang/es/strafgerichtsbarkeit/justicia-transicional#fn75> En el mismo sentido, se puede remitir a: SALMÓN Elizabeth. El reconocimiento del conflicto armado en el Perú, Revista Derecho PUC, Pontificia Universidad Católica del Perú. MMIV, N° 57, p. 85.

³⁸ *Ibid.* p. 6.

obtención y esclarecimiento de la verdad. Nótese lo afirmado por Cuya cuando comenta:

“Tras la derrota moral y política del general Augusto Pinochet el pueblo de Chile eligió como Presidente a un miembro moderado de la oposición, quien había anunciado su compromiso ineludible con la defensa de los derechos humanos. Consecuente con su promesa, el Presidente Patricio Aylwin, mediante el Decreto Supremo N° 355 del 24 de abril de 1990, creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, con el objetivo de contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas en los últimos años, sea en el país o en el extranjero[39] (sic) si estas últimas tienen relación con el estado de Chile o con la vida política nacional, con el fin de colaborar con la reconciliación de con el fin de colaborar a la reconciliación de todos los chilenos y sin perjuicio de los procedimientos judiciales a que puedan dar lugar aquellos hechos”³⁹.

Tras estos dos casos emblemáticos es posible dilucidar que la reconciliación ha sido abordada desde una consideración de fin en sí mismo con una variable: La premisa de entender los tres elementos –verdad, reconciliación y paz– como en identitarios en términos de la exigencia que se hace para que esté y el otro también. Al analizar estos escenarios de reconciliación surge la idea, necesariamente, de una relación de co-dependencia entre cada uno de esos elementos señalados. Pareciera, pues, que los intentos por la reconciliación entendida como fin en sí mismo no se agotan en abordar sus propias dinámicas sino en comprender que más que una formulación teórica debe acudir a una aplicación práctica que, en su propia dinámica interna, encontrará la imperiosa necesidad de volver co-dependientes esos tres anhelos sociales⁴⁰.

³⁹ *Ibíd.* p. 7. Al respecto, nótese que: “Las normas de DIH no se ocupan de determinar cuándo es lícito el recurso a la guerra o a la rebelión armada. (...) En efecto, se justifique o no el recurso a las armas, existen normas precisas sobre la ilicitud de ciertas conductas en la conducción de las hostilidades, sean éstas de carácter internacional o interno; entre otras, las que prohíben (sic) dar muerte o torturar a los prisioneros y las que establecen garantías para el debido proceso de los inculcados, por muy especial que sea el carácter de tales procesos (...) Pero no por ello se justifican jamás tales transgresiones”. Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile, parte 1, capítulo II. En: <http://www.purochile.org/rettig01.htm#4>.

⁴⁰ En este sentido, ver: VAN ZYL, P. “Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto, verdad memoria y reconstrucción”. En M. Romero (ed.). Ver-

Ahora bien, una vez decantada la situación de la reconciliación como presupuesto básico del establecimiento de la fundamentación de la relación justicia transicional y derecho a la paz, es necesario ahondar un poco en éste último. Así, acudiendo a los postulados que sobre tal cuestión se aportado en clave de justicia transicional, es imperativo reseñar lo apuntado por Esperanza Hernández cuando apunta:

“Los aportes de los estudiosos de la paz, los hallazgos de la investigación para la paz y principalmente las mismas experiencias de construcción de paz permiten una aproximación a los significados de este concepto (Hernández, 2014). No obstante, es necesario advertir que hasta el momento no existen criterios unificados sobre los componentes de la construcción de la paz o los indicadores para medir su impacto (Lederach, 2008; Rettberg, 2010b, 2012). Tampoco se cuenta con reglas absolutas y replicables en todos los contextos respecto de sus requerimientos y eficacia (Fisas, 2004; Lederach, 2008). Se relacionan a continuación algunas definiciones: La construcción de paz es un esfuerzo multifacético y a largo plazo que requiere el compromiso coherente de diversos actores y que integra actividades políticas, humanitarias, de seguridad y de desarrollo (Cheng-Hopkins, 2009). Construcción de paz se refiere a la creación de un conjunto de actitudes y medidas, planteamientos, procesos y etapas encaminadas a transformar los conflictos violentos en relaciones y estructuras más inclusivas y sostenibles (Barbero, 2006)”⁴¹.

Desde esta perspectiva, Hernández indica que la construcción de paz pasa por la consideración de su construcción más allá de los ámbitos puramente tradicionales desde donde se le aprecia. Esto es, que debe irse a la sociedad misma, a entender la paz dentro de un escenario multifacético y a la manifestación de los cambios sociales a través de la transformación de los conflictos de carácter violento. No obstante, Hernández no solo plantea un escenario de construcción de paz como elemento disociado del acontecer propio de las negociaciones y formas alternativas –no violentas, dialogadas– de resolución de los conflictos armados, también,

dad, memoria y reconstrucción serie de justicia transicional. Centro Internacional para la Justicia Transicional, 2008. 14-44.

⁴¹ HERNANDEZ, Esperanza. Negociaciones de paz en Colombia: una mirada en perspectiva de construcción de paz *Papel Político*, vol. 21, núm. 1, enero-junio, 2016, pp. 35-56. Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia. p. 39.

de fondo, plantea la necesidad de esas negociaciones como claves ineludibles de la construcción de paz⁴².

De hecho, decanta una somera situación de negociación de conflictos que bien vale la pena traer a colación.

“En conflictos armados internos, tanto la noción de conflicto como la de negociación se complejizan, dado que cada conflicto desarrolla su propia personalidad, se transforma es dinámico y cíclico, involucra una pluralidad de actores y encuentra su origen en contextos particulares o con rasgos propios (Fisas, 2004). A su vez, cada negociación de paz asume el reto de encontrar soluciones exitosas en medio de la complejidad del conflicto que intenta gestionar (Fisas, 2004). Por ello, algunos investigadores para la paz señalan que “no es fácil iniciar negociaciones de paz y mucho menos aún, terminarlas con éxito” (p. 10), en especial en conflictos armados prolongados y arraigados, como el que registra Colombia, y que no existen fórmulas académicas universalmente probadas que aseguren negociaciones de paz exitosas (Lederach, 2008). Es necesario distinguir entre negociaciones de paz y procesos de paz, dado que estos últimos van más allá de las negociaciones y los acuerdos finales de paz (Barbero, 2006; Rettberg, 2012; Dudouet, 2009; Fisas, 2004)”⁴³.

Profundizando en el asunto, es claro que la paz aparece como un factor fundamental en las negociaciones donde uno de sus ejes o pilares fundamentales es la justicia que ha de tenerse en el marco de la transición. Esta justicia en nada puede perturbar la consecución de los fines mismos de las negociaciones sino, por el contrario, facilitarlos y darles un pleno de garantías en procura de colocar el mayor aporte desde el mundo jurídico –aun cuando sea alternativo- a la finalidad última de la paz. Lo anteriormente dicho, de acuerdo con Hernández, en ningún momento supone la irrupción de modelos que desconozcan la dimensión de justicia o reconocimiento de acciones propias –que incluso llevan a pedir perdón y a purgar una u otra pena, no necesariamente la pena privativa de la libertad- pero que suponen la reconciliación de la sociedad a partir del reconocimiento del *Otro* como sujeto activo en el conflicto anterior y, antes que ello, un sujeto poseedor de dignidad, en quien se puede confiar y con quien se está dispuesto a negociar una salida pacífica a la situación de perturbación o turbulencia violenta de la convivencia.

⁴² *Ibíd.* También ver: GARCÍA Sayán, Diego, Amnistías y procesos democráticos, en: María Ángeles Siemens et al (ed.), Crisis Humanitarias Post-Conflicto y Reconciliación, vol. 1, Siglo XXI de España Editores S.A., Madrid, 2004, pp. 91 y ss.

⁴³ *Ibíd.* p. 41.

Así lo deja ver la autora en comentario cuando entra a precisar:

“Las negociaciones de paz son constructoras de paz cuando posibilitan la finalización de conflictos armados y sientan las bases para su transformación pacífica, en el periodo de transición que denominamos posacuerdo. Además, y apropiando expresiones de Lederach al definir la construcción de la paz, porque “hacen posible diversos imposibles”. En este sentido, pueden permitir, por ejemplo, que quienes se encuentran en orillas ideológicas y militares opuestas, y se han reconocido como enemigos por largos años, puedan sentarse en una mesa de diálogo, definir la hoja de ruta de dicha negociación, superar embotellamientos y el impacto de saboteadores y alcanzar acuerdos que de muchas maneras transforman la realidad (entrevista con Fernando Hernández, José Aristizábal y Enrique Flórez, mayo de 2014-marzo de 2015). Asimismo pueden lograr, a medida que se desarrollan estas negociaciones, que los adversarios se reconozcan como humanos y con la misma dignidad y puedan avanzar en la creación de confianzas, que Gobiernos y actores armados se den la oportunidad de gestionar pacíficamente el conflicto que los ha enfrentado y que quienes han buscado el cambio social y la justicia por la vía armada hagan tránsito a la democracia por la vía de la participación política y el trabajo por la paz”⁴⁴.

En este sentido, ese periodo de transición al que alude Hernández es claro que debe enmarcarse dentro de un modelo u otro de negociación que se enfoque en el reconocimiento particular de los intereses propios y del contrario, de las responsabilidades que a nivel de justicia existan o haya lugar a realizar y que en cada uno de los bandos en conflicto se logren crear condiciones que posibiliten la reconciliación.

Con esta puntualización quedaría auscultada esa tercera vía de fundamentación de la justicia transicional y el derecho a la paz en clave de la reconciliación.

⁴⁴ *Ibid.* p. 42. Y, puntualmente, más adelante señala que tales negociaciones de paz y la construcción de paz guardan especial relación en la praxis. Sintetiza, al respecto: “La praxis de la paz, es decir, la teoría y su prácticas, han evidenciado una relación directa entre construcción de paz y negociaciones de paz, dado que la terminación y transformación de los conflictos representan uno de los ejes de interés de la construcción de la paz. En forma específica, porque las negociaciones de paz posibilitan la terminación de conflictos armados y su transformación en el periodo de transición que conocemos como posacuerdo; favorecen el desarrollo de potencialidades y capacidades para construir la paz, tanto en los actores vinculados en la mesa de negociación como en la sociedad civil en general; evidencian poder de cambio y transformación cuando logran avanzar en su desarrollo hasta acuerdos finales de paz, y otorgan poder a la paz”. p. 51.

5. A modo de Conclusiones

A título conclusivo es menester indicar que, en efecto, la relación entre la justicia transicional y el derecho a la paz es una de carácter necesario, imperativo y subyacente causal del segundo sobre la primera gozando de una fundamentación teórica que, a la postre, se logró al colocar en relieve los diversos aportes teóricos que, novedosamente, se tienen hoy para hablar de consolidación de esa relación comentada.

Lo dicho pudo decantarse estructuradamente a partir de algunos elementos claves para el análisis y aproximación teórica de los fenómenos propios de la justicia transicional y el derecho a la paz desde tres grandes perspectivas fundamentadoras su intrínseca relación: Desde la alternatividad penal como paradigma de análisis inicial; según la justicia restaurativa como punto nodal de conexión entre justicia transicional y paz y, por último, desde la dinámica que supone la óptica de la reconciliación.

Se logró identificar un nuevo “cuerpo doctrinario” en términos de la fundamentación del nexo causal existente entre justicia transicional y derecho a la paz al advertir cuestiones tales como: *Desde la alternatividad penal*: Una oposición fuerte y marcada a la aplicación de justicia transicional en procura de la paz sin sujeción a parámetros y estándares internacionales como los dispuestos por diferentes instrumentos internacionales tales como el Estatuto de Roma. Allí las posturas más destacadas se encontraron las del juez español Baltasar Garzón y el tratadista Kai Ambos. Los dos pugnan por la adecuación de los modelos de justicia transicional a las lógicas propias de los instrumentos internacionales señalando siempre que la paz es un valor de importancia mayúscula que debe estar en clara conexidad con la filosofía que subyazca en cualquier modelo de justicia. No obstante, se deja claro que la fundamentación de ese nexo causal entre derecho a la paz y justicia transicional, es del todo marcada por el interés en que, si bien exista una alternatividad penal, siempre se procure la efectivización, garantía y materialización de los derechos de las víctimas.

Por otro lado, desde la justicia restaurativa, se encontraron nuevos elementos de estudio y comprensión de la misma a partir de diversas posturas. Una de las más emblemáticas en este acápite, fue la que parte de una base profundamente cristiana, expuesta por Zehr quien alude constantemente a la adecuación de la justicia cambiando de paradigma en procura de la paz. Este cambio consiste en pasar de la concepción de la justicia retributiva - donde se centra la atención en el castigo y la venganza- a la ideación de la justicia restaurativa con clara acentuación en la víctima, sus derechos, y como algo relevante en términos de esta apuesta teórica, el diálogo víctima-victimario. Dada esta postulación cristiana de pensamiento en justicia restaurativa, pudo establecerse un vínculo

sumamente fuerte y extremadamente dicente entre los elementos aquí estudiados: La justicia transicional y la paz: El “*Shalom*” como alusión a un pacto entre Dios y el hombre del cual provendría y se garantizaría la paz como estadio de armonía social y convivencial entre los hombres.

También se trajeron a colación importantes referentes de justicia restaurativa con ocasión de la dinámica analítica de los postulados de la justicia transicional. Así, se logró detectar que en todos ellos el énfasis especial se encuentra en términos del papel importante y central que juega la víctima. Después de todo, la restauración de este modelo de justicia supone, principalmente, la reparación de los daños ocasionados con la ocurrencia del injusto penal o la conducta dañina.

Por último, se complementa este proceso fundamentador de la relación justicia transicional y derecho a la paz desde el enfoque de la reconciliación. Para tal efecto, se logró realizar un ejercicio investigativo que dio cuenta de algunos postulados claros que en materia de reconciliación crean unas diferenciadas y marcadas líneas de entendimiento de la misma en clave de la paz. Así, se apreció por un lado la reconciliación como medio para lograr llegar o alcanzar un fin superior (la paz) y, por otro, se trabajó el entendimiento de la reconciliación como fin en sí mismo. En este último, se debe resaltar la característica particular de la paz como una cuestión identitaria –por lo menos, en la práctica- con relación a la reconciliación y a la exigencia de verdad. Desde esta perspectiva, verdad, reconciliación y paz pasan a jugar un papel determinante pues el agotamiento o, mejor aún, satisfacción de una sola de estas demandas no es suficiente sino que tienen todas igual importancia y trascendencia.

Se tienen, pues, aportes teóricos de suma relevancia para fundamentar la relación existente entre justicia transicional y derecho a la paz determinados a partir de las principales connotaciones que, generalmente, suelen presentar las mayores dificultades a la hora de comprender y, por qué no, concebir un sistema de justicia transicional que armonice todas las demandas desde la alternatividad penal y la exigencia de justicia material, desde la justicia restaurativa y los derechos de las víctimas y desde la reconciliación como presupuesto, objetivo y fin de la paz.

Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional*

DR. RAMÓN RUIZ RUIZ**

Sumario

1. Introducción
2. Características de los principios jurídicos
3. La discrecionalidad en la aplicación de principios

1. Introducción

Indudablemente, en un mundo tan complejo social y jurídicamente como el nuestro, ya no es posible seguir considerando a los jueces, simplemente, como la boca que pronuncia las palabras de la ley. El juez de nuestro tiempo goza –y así debe ser, nos guste más o menos– de una indudable y necesaria discrecionalidad como consecuencia, entre otros factores, del complejo sistema de fuentes, de la inevitable vaguedad de gran parte de las normas que componen nuestros ordenamientos modernos y, muy relacionado con lo anterior, del creciente recurso a los principios jurídicos en el constitucionalismo contemporáneo. No obstante, si bien es cierto que esta discrecionalidad es inevitable, también lo es que debe ser de algún modo fiscalizada para impedir que derive en arbitrariedad y que suponga una amenaza para los principios de igualdad y de seguridad jurídica.

Ciertamente, como es de todos conocido, durante mucho tiempo se quiso ver a los jueces como meros aplicadores del Derecho, considerándose que su labor se apoyaba en el denominado “silogismo bárbara”, en el que la premisa mayor es una forma jurídica, abstracta y general, la

* Este trabajo ha sido previamente publicado en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 20, junio de 2010, no obstante, me ha parecido adecuado, por la temática abordada, incluirlo en esta obra colectiva como mi aportación para el merecido homenaje a mi querido colega y buen amigo Ignacio Benítez.

** Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén (España).
ramonrr@ujaen.es

menor los hechos concretos fijados por el juez o el intérprete y la conclusión el resultado de subsumir los hechos en el supuesto de hecho de la norma y aplicar las consecuencias de ésta¹.

Este era el modelo judicial ideal para los ilustrados, quienes, para ponerlo en práctica, vieron la necesidad de una reforma radical de las fuentes normativas de su época, cuya organización seguía siendo, sustancialmente, similar al modelo medieval, basado en un Ordenamiento, en palabras de Ángeles Galiana, “compuesto por disposiciones caóticas, desordenadas, asistemáticas, incompletas, muchas veces contradictorias y en cierta medida inaplicables”². Era imperioso, pues –continúa la citada profesora–, sustituir la acumulación de normas dispares por una normatividad unitaria, sistemática y precisa dictada por el poder soberano y que respondiera a criterios de racionalidad, para lo cual se valdría de un instrumento esencial, el código, en el que nada quedaría al arbitrio del intérprete, convirtiéndose, así, en garante de la seguridad jurídica.

De este modo, gracias a la codificación, no sólo la creación, sino también la aplicación del Derecho se tornarían en operaciones racionales. En efecto, la interpretación no sería ya casuística, sino que se haría a modo de silogismo, evitándose, gracias a una buena legislación –como sugería Beccaria–, la creación judicial del Derecho por vía de la interpretación. Se lograba, en definitiva, establecer normas fijas e inmutables para los intérpretes y para los aplicadores y, por tanto, seguras para los ciudadanos, “que por primera vez en la historia pueden conocer el Derecho a través de su aplicación regular”³.

Sin embargo, pronto se vio que el código no era tan racional como se pretendía y que resultaba incapaz de dar respuesta a todos los litigios y conflictos que surgían en una sociedad industrial que evolucionaba muy rápidamente. Y esta situación se agudizó con el paso del Estado liberal al Estado social, descentralizado y globalizado, que ha propiciado una multiplicación y dispersión de las fuentes normativas, con el consiguiente incremento de la producción de todo tipo de normas, dando lugar a “una legislación fragmentada en una multitud de normas, desordenadas, confusas, rápidamente cambiantes y cada vez más técnicas o especializadas”⁴. Normas que, por si fuera poco, en muchos casos son

¹ Vid. ASÍS ROIG, Rafael: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 97.

² GALIANA SAURA, Ángeles: *La legislación en el Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 15.

³ *Ibidem*, p. 20 (citando a E. García de Enterría).

⁴ *Ibidem*, p. 24.

necesariamente vagas –especialmente en el caso de los principios jurídicos– pues, como sostiene Endicott, “la vaguedad es un rasgo esencial del Derecho (...) no podemos concebir una comunidad regulada por leyes precisas”⁵.

Y otro factor que hay que tener en cuenta a la hora de analizar la facultad de discrecionalidad del poder judicial contemporáneo es que es posible afirmar, con Rafael de Asís, que “aunque ni las disposiciones que enumeran las fuentes del Derecho ni una parte importante de los operadores jurídicos consideran que los jueces crean Derecho, esto parece ser un hecho”⁶. Afirmación que ilustra recurriendo al trabajo *La creación judicial del Derecho desde la Teoría del Ordenamiento Jurídico*, de Peces-Barba, en el que se llegaba a las conclusiones siguientes: 1. todos los jueces crean Derecho al resolver una pretensión sometida a su conocimiento con arreglo a las normas de organización de un Ordenamiento jurídico, 2. determinados jueces, aquellos que tienen reconocida esa función y que en España son, por ejemplo, los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo, pueden ejercer un control de legalidad de las disposiciones reglamentarias que en cuanto se ejerce sobre disposiciones generales supone una producción normativa negativa de carácter general, 3. el Tribunal Constitucional lleva a cabo una producción normativa negativa (control de constitucionalidad) y positiva (interpretación vinculante de la Constitución), 4. por fin, determinados jueces, que son normalmente los que agotan las sucesivas instancias procesales y que dictan las sentencias definitivas, reciben poder de las normas de producción normativa para dictar normas generales –a lo que Rafael de Asís añade que en la gran mayoría de los casos y con independencia del agotamiento o no de la instancia, el enunciado normativo general que sirve de premisa mayor para la decisión va a ser creado por el juez–.

En definitiva, es indudable que los jueces en nuestros días han alcanzado un gran protagonismo a la hora, no ya de la aplicación del Derecho, sino aun de su creación, como consecuencia de que, con frecuencia, la ley no tiene respuesta para todos los casos y será el aplicador quien tenga que resolver los problemas, por lo que puede sostenerse que se ha producido un “desplazamiento de la razón desde la creación a la aplicación del derecho”⁷ –si bien, claro está, no siempre la discrecionalidad va a estar presidida por la racionalidad–.

⁵ ENDICOTT, Timothy A.O.: *La vaguedad en el Derecho*, trad. de J.A. Alcalá y J. Vega, Dykinson, Madrid, 2006, p. 280.

⁶ ASÍS ROIG, Rafael: *Jueces y normas*, cit., p. 281.

⁷ GALIANA SAURA, Ángeles: *La legislación en el Estado de Derecho*, cit., p. 23.

A analizar algunas de estas cuestiones es a lo que dedicaré las páginas que siguen, dando cuenta en la primera parte de las características de los principios jurídicos como normas, entre otras cosas, mucho más moldeables que las tradicionales reglas y que están adquiriendo cada vez un mayor protagonismo, y exponiendo en la segunda parte algunas de las implicaciones que la aplicación de este tipo de normas tienen o pueden tener en relación con el razonamiento jurídico.

2. Características de los principios jurídicos

No es fácil ni pacífica la definición de los principios jurídicos, cuya concepción ha cambiado en gran medida en los últimos tiempos. Ciertamente, como señala Mario Ruiz⁸, la concepción tradicional de los principios como normas implícitas (los llamados principios generales del Derecho) como clausula residual que permitía cerrar el sistema jurídico con la finalidad de mantener la ficción de la plenitud del Derecho ha cambiado como consecuencia del carácter normativo atribuido a las constituciones en nuestros días y de la inclusión en las mismas de un gran número de principios explícitos (si bien, en cierta medida se mantienen los principios implícitos tradicionales), considerados como “normas expresamente formuladas, sobre todo por lo que respecta a los derechos fundamentales, (...) que constituyen al mismo tiempo un límite sustantivo a la producción de normas jurídicas inferiores”⁹.

Así, el concepto de “principio jurídico” puede ser usado en diversos sentidos o acepciones, entre las cuales, a juicio de Atienza y Ruiz Manero¹⁰, los más significativos son los siguientes: en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; en el de norma redactada en términos particularmente vagos, como consecuencia de la incorporación en la misma de un número de *conceptos jurídicos indeterminados*; en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; en el sentido de norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico; en el de una norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad sea relativamente bajo; en el sentido de norma de elevada jerarquía; en el

⁸ Vid. RUIZ SANZ, Mario: *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 103 y 104.

⁹ *Ibidem*, p. 105.

¹⁰ Vid. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, nº 10, 1991, p. 103.

sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.; y, en fin, en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Ahora bien, esta lista de significados no tiene carácter exhaustivo ni es tampoco excluyente, sino que, con frecuencia, los anteriores rasgos se solapan entre sí, e incluso hay ocasiones en que una misma norma podría servir como modelo de principio en prácticamente todas las acepciones indicadas.

Como vemos, no todos los principios pueden ser reducidos a una estructura o función unitaria, ni poseen unos caracteres comunes –además, mediante la interpretación es posible transformar reglas en principios y principios en reglas, cuando las normas son aplicadas al caso concreto–. No obstante, se puede sostener –siguiendo, de nuevo, a Atienza y Ruiz Manero– que existen características esenciales comunes a la mayor parte de los principios jurídicos, tales como la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad. La fundamentalidad de una norma significa que su modificación o sustitución tiene como efecto directo una transformación del resto del Ordenamiento jurídico o del sector del mismo en el que ésta se inserta¹¹. La generalidad de una norma, por su parte, alude a la amplitud del campo de su aplicación; es decir, indica que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos. La vaguedad, en fin, si bien es confundida en ocasiones con la generalidad, tiene un sentido distinto; así, se puede afirmar que una norma es vaga cuando, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma, por lo que aparecen o pueden aparecer casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma.

Estas dos últimas características dan lugar que nos encontremos ante normas especialmente imprecisas, que frecuentemente remiten a conceptos no específicamente jurídicos y que contienen exigencias que en la práctica pueden resultar contradictorias, lo cual es especialmente problemático si tenemos en cuenta que estamos, como ya se ha señalado,

¹¹ Hay cuatro formas distintas de entender la fundamentalidad: la jerárquica, que se predica de las normas que ocupan el rango superior en la jerarquía normativa; la lógico-deductiva, de la que gozan aquellas normas de las que pueden ser deducidas lógicamente otras normas; la teleológica, que caracteriza a las normas que establecen fines u objetivos respecto a otras; y, en fin, la axiológica, que se refiere a aquellas normas que contienen los valores políticos y éticos sobre los que se asienta una determinada estructura política y social.

ante “el instrumento normativo en el que se contienen los criterios de validez de las restantes normas del sistema, por lo que el sentido del que se dote a sus términos limitará los significados posibles de los restantes documentos jurídicos”¹².

En este sentido, conviene recordar que se suele alegar que los principios jurídicos son distintos de otro tipo de normas, las reglas, si bien se trata de una cuestión harto controvertida y que ha dado lugar a una gran polémica doctrinal respecto a cuáles sean las características de cada una de estas clases de normas o sobre los criterios de distinción –es más, hay quienes critican esta distinción o, al menos, su relevancia–. Abordando esta cuestión muy sucintamente¹³, puede afirmarse que la cuestión de la distinción entre reglas y principios puede ser considerada desde dos perspectivas o enfoques diferentes: el estructural y el funcional. Este segundo, conforme a Atienza y Ruiz Manero¹⁴, se centra en el papel o la función que las normas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios.

Así, si consideramos a las normas jurídicas en su dimensión de pautas dirigidas a los órganos jurisdiccionales para resolver las disputas jurídicamente, entonces la distinción entre reglas, principios explícitos y principios implícitos aparece estrechamente asociada a la distinción entre necesidad de obediencia a las autoridades normativas y capacidad de deliberación propia por parte de aquéllos.

En este sentido se pueden considerar a las reglas como razones para la acción perentorias e independientes del contenido. “Razones perentorias” quiere decir que constituyen razones para realizar la acción exigida y para excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción. Por tanto, cuando se dan las condiciones de aplicación de las reglas, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de aplicarlas, excluyendo su propio juicio acerca de las razones de las mismas. El carácter independiente del contenido afecta al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones “perentorias”. Y en este sentido, se supone

¹² BARRANCO AVILÉS, M^a del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 20.

¹³ Los diversos criterios de distinción entre reglas y principios y la polémica al respecto se abordan de modo más detallado en RUIZ RUIZ, Ramón: “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”, en *Urbe et Ius*, abril de 2007.

¹⁴ Vid. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 11-15.

que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente (esto es, de la autoridad normativa que las ha dictado): su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias.

Los principios explícitos, en cambio, son razones para la acción, independientes del contenido pero no perentorias. Son independientes del contenido porque la causa por la que deben entrar a formar parte del razonamiento justificativo de las decisiones de los órganos jurisdiccionales es la misma que en el caso de las reglas, esto es, su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo, razones perentorias porque no excluyen la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido– ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional.

Los principios implícitos¹⁵, por fin, son razones para la acción ni perentorias ni independientes del contenido; no son perentorias por la

¹⁵ Los principios implícitos son los comúnmente conocidos como *principios generales del Derecho*– y son aquellas reglas o criterios considerados como premisas o consecuencias de disposiciones normativas; se obtienen, bien por vía inductiva, bien por vía deductiva y (...) su peso o importancia depende del número y relevancia de las normas de las que se obtienen” (ASÍS ROIG, Rafael: *Jueces y normas*, cit., p. 69) –si bien, para un sector de la doctrina han de entenderse como conclusiones extraídas del Derecho Natural–. Estos principios implícitos juegan un papel ciertamente relevante, pues actúan como medio de colmar lagunas y de permitir un correcto entendimiento de las normas; o, como lo ha expresado el Tribunal Constitucional Español, “informan el ordenamiento constitucional, además de ser faros en la tarea de interpretación y aplicación, pudiendo ser normas subsidiarias” (STC 290/2000, de 30 de noviembre, voto particular). Todo esto plantea distintos problemas desde el punto de vista de su juridicidad o de su integración en el Derecho, así, como del ámbito de discrecionalidad que permiten a los operadores jurídicos. Esto se debe a que no nos encontramos ante enunciados normativos a interpretar, sino ante la creación de nuevas normas jurídicas que ha de resolver un supuesto no regulado. Sostiene al respecto Rodríguez Calero que los principios generales del Derecho dejan espacio a la discrecionalidad del operador jurídico. En primer lugar, porque la determinación de que un supuesto no encuentra una respuesta en las normas concretas del Ordenamiento, reglas o principios explícitos, entraña una valoración en cierta medida discrecional, pues el operador podría optar por utilizar mecanismos interpretativos que implicaran la búsqueda de respuestas en los propios enunciados del mismo. En segundo lugar, porque una vez que considera que existe una laguna jurídica y que no hay una norma que provea una respuesta, puede optar por utilizar alguno de los otros métodos de integración jurídica, y a la hora de justificar por qué se usa este método y se desecha

misma razón por la que no lo son los principios explícitos, y no son independientes del contenido porque si deben entrar a formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido. Como es obvio, con la aplicación de los principios, especialmente los implícitos, pero también los explícitos en buena medida, la labor del juez alcanza grado de discrecionalidad mucho mayor del que tradicionalmente se le ha atribuido.

El enfoque estructural, por su parte, plantea “si los principios tienen la misma estructura condicional y/o si los operadores deónticos que rigen para las reglas son los mismos que los de los principios”¹⁶. Respecto a esta cuestión, Aarnio¹⁷ sostiene que las opiniones sobre la distinción estructural entre reglas y principios, pueden ser divididas, a grandes rasgos, en dos tesis principales. La “tesis fuerte de la separación”, según la cual, la diferencia entre reglas y principios no se refiere, por ejemplo, al grado de generalidad, sino que es más bien cualitativa; esto es, por su estructura, reglas y principios pertenecen a categorías diferentes, pues son estructuralmente distintos. Conforme a la “tesis débil de la separación”, en cambio, entre reglas y principios existe una diferencia de grado, no cualitativa y desempeñan un papel similar o análogo en el discurso jurídico; generalmente, sostienen sus partidarios, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay especiales características para distinguirlos de ellas, sino tan sólo distintos modos de interpretarlos y aplicarlos.

otros cabe también cierta discrecionalidad. A continuación se ha de llevar a cabo la racionalización de las normas jurídicas de parte del Ordenamiento o de todo él, lo cual implica asimismo una actividad subjetiva. Por último, también puede ocurrir que dos o más racionalizaciones de las normas jurídicas sean igualmente plausibles pero ofrezcan soluciones distintas; en estos casos el juez ha de evaluar las circunstancias del caso y, fundamentalmente, las consecuencias que se desprenden de la adopción de cada principio jurídico, lo cual implica también una amplia discrecionalidad. En definitiva, en todos estos momentos existen espacios de libertad en los que el operador puede elegir entre una u otra posibilidad, si bien es cierto que tendrá que justificar cada una de sus decisiones (vid. RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel: *Principios del Derecho y razonamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 118 y 119).

¹⁶ ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: “Sobre principios y reglas”, cit., p. 107.

¹⁷ Vid. AARNIO, Aulis: “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 4, 2000, p. 539.

Por su parte, Alexy¹⁸, uno de los más destacados exponentes de la tesis fuerte, señala que un punto decisivo para la distinción entre reglas y principios y que demuestra claramente que la diferencia entre ambos tipos de normas es cualitativa y no de grado, es que las reglas serían “mandatos definitivos” o, lo que es lo mismo, normas que sólo pueden ser cumplidas o no: si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Sin embargo, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Es decir, los principios son “mandatos de optimización”, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas –el ámbito de las posibilidades jurídicas estaría determinado por los principios y las reglas opuestos–. Puede decirse, así que en los principios siempre existe algún elemento estructural que permanece abierto hasta que es “cerrado” por el intérprete al aplicar la norma al caso concreto, de modo que su contenido definitivo será finalmente más reducido que el aparente o *prima facie*¹⁹ –no obstante, como advierte Mario Ruiz²⁰, en verdad no puede decirse que los principios presenten la propiedad de ser cumplidos en diversos grados, sino que, después de determinarse su prevalencia o no en un caso concreto, se cumplen o no se cumplen–.

Ahora bien, la distinción entre reglas y principios –continúa Alexy– se muestra clarísimamente en los supuestos de colisión de principios. Así, a diferencia de cuando se produce un conflicto de reglas contradictorias, que se soluciona bien introduciendo en una de ellas una cláusula de excepción que elimine el conflicto o bien, lo que es más habitual, declarando inválida una de las reglas por medio de la aplicación de alguno de los criterios de resolución de antinomias, cuando lo que chocan son dos principios (dos derechos fundamentales, por ejemplo) no estaríamos propiamente ante una contradicción, sino ante una *tensión* entre normas, dado que ninguna de ellas goza, a priori, de primacía frente a la otra, toda vez que la necesidad de armonizar los principios y, especialmente,

¹⁸ Vid. ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1997, pp. 81-98.

¹⁹ Coinciden en este punto Mario Ruiz (vid. RUIZ SANZ, Mario: *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, cit., p. 116) e Isabel Garrido (vid. GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel: *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 209)

²⁰ Vid. RUIZ SANZ, Mario: *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, cit., p. 121.

los derechos supone que sus límites no pueden ser determinados ni previa ni exhaustivamente, sino según las circunstancias concretas.

En efecto, cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro; pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado, ni que en éste haya que introducir una cláusula de excepción, puesto que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera contraria. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Estos casos han de ser resueltos más bien a través de una ponderación, con lo cual el factor decisivo lo constituye el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto y al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se declara inválido.

No obstante, como señala el propio Alexy²¹, el criterio de distinción más frecuentemente citado es el de la generalidad, en virtud del cual se considera a los principios como normas de un grado de generalidad relativamente alto y a las reglas como normas de un grado relativamente bajo. Esta sería, como ya se ha señalado, la “tesis débil de la separación”, que, recordemos, defiende que entre las reglas y los principios existe sólo una distinción de grado y no una distinción estructural o lógica.

Entre los partidarios de esta tesis destaca Prieto Sanchís²², quien escribe que “quienes sostienen que dentro del Derecho existen dos clases de ingredientes sustancialmente distintos, las reglas y los principios, deben mostrar que hay alguna diferencia estructural y morfológica entre ambos, que es posible identificar algún rasgo que esté presente siempre que usamos la expresión principios y que nunca aparece cuando utilizamos la expresión reglas; en caso contrario, reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas”. En definitiva, para Prieto Sanchís, la distinción se traslada de la estructura de la norma a las técnicas de interpretación y justificación o, como escribe Gianformaggio –citado por aquél– “la diferencia entre reglas y principios surge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación”.

²¹ Vid. ALEXY, Robert: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, nº 5, 1988, p. 140.

²² Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis: *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 7, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 47-63.

3. La discrecionalidad en la aplicación de principios

Seguramente, la principal consecuencia que se deduce de la aplicación de los principios y de la técnica de la ponderación es el fortalecimiento de la posición del juez, pues allí donde aparece un conflicto entre principios, surge una decisión que otorga preferencia a uno u otro y que va a tener como único límite la racionalidad²³. Y no olvidemos que su decisión va a tener una gran trascendencia, pues no está de más recordar que, como escribe Guastini, “en este contexto, “ponderar” no significa atemperar, conciliar o algo por el estilo; es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución “intermedia”, que tenga en cuenta ambos principios en conflicto y que –de algún modo– aplique o sacrifique parcialmente a ambos. La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro”²⁴.

Esta mucho mayor libertad del juez cuando aplica principios respecto de cuando aplica reglas según el modelo tradicional²⁵ viene dada en gran medida por el hecho de que no es factible establecer lo que suele denominarse un “orden fuerte de principios”, esto es, un listado completo de los principios de un sistema jurídico que incluya todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos, determinándose, así, unívocamente, la decisión en cada uno de los casos. En esta línea, Rafael de Asís²⁶, refiriéndose a los derechos fundamentales, opina que no se puede, en principio, llevar a cabo una estructuración jerárquica de los derechos en caso de colisión, sino que este problema ha de resolverse en cada caso concreto, de modo que, por ejemplo, no se puede argumentar que el derecho a la vida es el derecho más fundamental y, por lo tanto, el menos limitado, por ser el presupuesto de los restantes, dado que todo dependerá del significado que se dé a ese derecho y a sus posibles colisiones con otros derechos o bienes constitucionales como, por ejemplo, la libertad. También Zagreblesky²⁷ sostiene que, por lo general, los principios no se estructuran según una jerarquía de valores, pues si así

²³ Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, n.º 23, 2000, p. 173.

²⁴ GUASTINI, Riccardo: “Principios de Derecho y discrecionalidad judicial”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, n.º 34, 1999, p. 44.

²⁵ Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis: *Ley, principios, derechos*, cit. p. 61.

²⁶ Vid. ASÍS ROIG, Rafael, “Sobre los límites de los derechos”, en *Derechos y libertades*, n.º 3, 1994, p. 123.

²⁷ Vid. ZAGREBLESKY, Gustavo: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 124 y 125.

fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. Ciertamente, en caso de conflicto, el principio de más rango se erigiría en soberano entre todos los demás y sólo permitiría desarrollos consecuentes con él, privando de eficacia a todos los principios inferiores y dando lugar a una “tiranía del valor” esencialmente destructiva.

No obstante, son muchos quienes opinan que cuando se aplican principios, si bien no es fácil sostener que existe una única respuesta correcta, sí que, al menos, existen unos mecanismos para reducir al máximo la discrecionalidad judicial. Entre éstos figura Alexy²⁸, a cuyo juicio, la imposibilidad de establecer un orden fuerte de principios no significa que no sea posible elaborar una teoría que sea algo más que un mero catálogo de puntos de vista de los que cada uno puede servirse a discreción y que deje la ponderación al arbitrio de quien la realiza. En efecto, si bien es cierto que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado, tal asunción no implica que no sea un procedimiento racional que puede, además, ser optimizado por medio de un orden débil de principios que comprenda tres elementos: un sistema de prioridades *prima facie*, un sistema de condiciones de precedencia y, en fin, un sistema de estructuras de ponderación.

Así, en primer lugar, tendríamos las prioridades *prima facie*, esto es, principios o derechos que gozan de preferencia a priori o con carácter general, creando un cierto orden en el campo de los principios, si bien éste no contiene una determinación definitiva, porque aunque establecen cargas de la argumentación, si son más fuertes los argumentos de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la misma. El segundo elemento propuesto por Alexy, son los sistemas de condiciones de precedencia, que pueden generalizarse en una ley de colisión que vale para todas las colisiones de principios y que reza: “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente”. Así, el que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en cada caso concreto no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para tal caso, sino que pueden establecerse relaciones de prioridad relevantes para la decisión en nuevos casos.

²⁸ Vid. ALEXY, Robert: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, cit., pp. 144-148.

Ambos elementos están presentes en la jurisprudencia constitucional española, como se pone de manifiesto, por ejemplo, en la Sentencia 158/2003 de 15 de septiembre, en cuyo Fundamento Jurídico 3º leemos que:

“Este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor (...). Dicha doctrina parte de la posición especial que en nuestro ordenamiento ocupa la libertad de información, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático. El valor preferente o prevalente de este derecho ha sido, sin embargo relativizado en nuestra jurisprudencia negando su jerarquía sobre otros derechos fundamentales. De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información y su prevalencia sobre el derecho al honor garantizado en el artículo 18.1 CE, a que la información se refiera a hechos de relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz”.

De modo que la *ley de colisión* que en abstracto rezaba “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio prevalente”, puede transformarse, en este caso, en una regla que disponga que: “cuando se emita una información veraz y referida a hechos de relevancia pública, el derecho a la información del emisor deberá prevalecer en todo caso, incluso ante el derecho al honor de la persona a quien se refiere tal información”; y esta regla habrá de ser aplicada en todos los supuestos de colisión entre los referidos derechos²⁹:

Sin embargo, pueden surgir otros supuestos de colisión de esos mismos principios en los que las circunstancias sean distintas y, por tanto, deban ser evaluadas; es aquí donde aparecería el tercer elemento fundamental de la teoría débil de los principios: la ley de la ponderación. Como hemos visto, los principios, en cuanto mandatos de optimización, exigen su realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Pues bien, la referencia a las posibilidades fácticas lleva a los principios de adecuación o idoneidad y de necesidad.

²⁹ Son muchas otras las sentencias que expresan claramente esta relación de prevalencia, entre ellas, las SSTC: 105/1983, 51/1985, 104/1986, 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 143/1991, 214/1991, 40/1992, 85/1992, 219/1992, 223/1992, 240/1992, 123/1993, 178/1993, 232/1993, 320/1994, 22/1995, 78/1995, 132/1995, 138/1996, 144/1998, 21/2000, 112/2000, 49/2001, 76/2002, 54/2004.

Por otro lado, la referencia a las posibilidades jurídicas implica el principio de la proporcionalidad en sentido estricto, que puede ser formulado como sigue: “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro” –esto es, de lo que se trata es de que todos los principios o derechos en juego se estimen razonablemente para evitar restricciones innecesarias³⁰.

Para dar cuenta de esta ley de la ponderación –también conocida como “test alemán de proporcionalidad”–, podemos recurrir, de nuevo, a nuestro Tribunal Constitucional que en los últimos años ha empezado a emplearlo asiduamente³¹ –algo que desde hace décadas viene haciendo la jurisprudencia constitucional alemana y que en nuestros días están haciendo prácticamente todos los Tribunales Constitucionales europeos, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, habiéndose plasmado dicho principio explícitamente, asimismo, en algunas constituciones y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³²–. La primera sentencia en la que el TC alude expresa y conjuntamente a los tres requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto fue la 66/1995 de 8 de mayo –si bien ni en ésta ni en ninguna posterior ha reconocido explícitamente la influencia ni de la doctrina ni de la jurisprudencia alemanas–, sin embargo, donde lo expone de forma más clara es en la Sentencia 207/1996 de 16 de diciembre:

“En este sentido hemos destacado que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósi-

³⁰ Vid. GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel: *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, cit., p. 210.

³¹ Sin embargo, estas y otras sentencias no han supuesto la consolidación definitiva del “test alemán de proporcionalidad”, pues el Tribunal Constitucional ha continuado aplicando alternativamente el principio de proporcionalidad tal y como lo había venido haciendo anteriormente, sin formalizarlo o empleando sólo alguno de sus elementos. A pesar de ello, puede sostenerse que dicho *test* constituye hoy uno de los criterios de interpretación que con mayor frecuencia ha empleado la jurisprudencia constitucional española, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales.

³² ASÍS ROIG, Rafael de: *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 110.

to con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Así pues para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes" (F.J. 4^o).

En definitiva, aunque a la hora de resolver alguno de los frecuentes conflictos entre principios jurídicos no es posible una única respuesta correcta, sí lo es un procedimiento de racionalización y justificación de la decisión. Ahora bien, como señala Cabra Apalategui³³, no obstante, este sistema no conduce a un resultado definitivo, únicamente dice qué es lo que hay que fundamentar para justificar el enunciado de preferencia condicionado que representa el resultado de la ponderación, pero ésta deja todavía margen a valoraciones cuyo control racional escapa al propio procedimiento de ponderación –pues, en efecto, hay espacio para la subjetividad “en la graduación de la afectación de los principios, en la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas, y en la elección de la carga de la argumentación que es apropiada para el supuesto en cuestión”³⁴–.

También Prieto Sanchís sostiene que si bien la ponderación no equivale a irracionalidad, esto no significa que su resultado sea el fruto de la mera aplicación de normas, es decir, el que represente un ejercicio de racionalidad no supone que sus conclusiones vengan impuestas por el Derecho; “es una operación racional, pero una operación que en lo esencial se efectúa sin “red normativa”, a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo”, pues “decidir

³³ Vid. CABRA APALATEGUI, José Manuel: “Racionalidad y argumentación jurídica”, en *Derechos y libertades*, nº 9, 2000, p. 170.

³⁴ Vid. GARRIDO GÓMEZ, M^a Isabel: *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 211.

que el sacrificio circunstancial de un principio merece la pena desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña, sin duda, una valoración; valoración en la que –aunque no se quiera– pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia “cuantificación” de costes y beneficios en el caso concreto”³⁵. En definitiva, se puede sostener, con Rafael de Asís, que la ponderación es algo enormemente valorativo, independientemente de que se lleve a cabo tomando como referencia el texto constitucional, por lo que “hay que ser conscientes de que su uso expresa la opción de una determinada posición de índole ético y político”³⁶.

No obstante, la labor de los órganos judiciales y, muy en concreto, del Tribunal Constitucional en relación con los principios jurídicos va mucho más allá de la resolución de las tensiones que se producen entre los mismos. Ciertamente, éste va a ser el órgano competente para la atribución concluyente de significado a los principios, por lo que está facultado para decidir, incluso, si el significado atribuido por el legislador está jurídicamente justificado³⁷. Podemos, así, llegar tan lejos como afirmar que tal situación “tiene consecuencias importantes en lo que afecta a la concepción de la división de poderes, que ahora sufre una reformulación desde el momento en que el legislador ya no es soberano: está sometido a la Constitución y a un órgano específico que controla, desde el punto de vista de su constitucionalidad, sus decisiones normativas”³⁸. En definitiva, es posible afirmar que lo que parecen hacer los principios constitucionales es “cercenar la discrecionalidad del legislador, mostrándose, en cambio, como dúctiles instrumentos en manos del juez”³⁹.

De modo que, como ya se dijo al principio de este trabajo, “la re-materialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial: bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, sino que existe una diferencia esencial: la del legislador ha sido siempre

³⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, cit., p. 181.

³⁶ ASÍS ROIG, Rafael de: *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 112.

³⁷ Vid. BARRANCO AVILÉS, M^a del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 98.

³⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier: *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 100.

³⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis: “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, n^o 23, 2000, p. 173.

una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional”⁴⁰. En efecto, el Tribunal Constitucional, al no contar con una legitimidad democrática directa, debe buscar esa legitimidad en la vinculación de sus resoluciones al Derecho preexistente (en definitiva, a la Constitución). El problema es que no existe ni en relación con el Tribunal Constitucional ni en relación con otros sujetos de la interpretación, una convención acerca de las reglas que deben guiar el proceso de atribución de significado⁴¹.

Nos encontramos, por tanto, ante un riesgo evidente de quiebra de un principio tan básico como es el principio de seguridad jurídica, que garantiza a los individuos la capacidad de predicción de las actuaciones del poder y la calculabilidad de sus propias acciones favoreciendo la libre elección de planes y proyectos de vida⁴², si bien, como señala Javier Ansuátegui, desde una determinada perspectiva se puede afirmar que, precisamente la Constitución, a pesar del carácter abierto de muchas de sus disposiciones, “al representar un marco de estabilidad y previsibilidad que en la actualidad ya no puede garantizar la ley, que hoy es rápida, inestable, cambiante, contribuye a la seguridad jurídica”⁴³.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ BARRANCO AVILÉS, M^a del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 129.

⁴² CUENCA GÓMEZ, Patricia: *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 143.

⁴³ ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier: *De los derechos y el Estado de Derecho*, cit., p. 104.

Las sentencias interpretativas como instrumento de reforma penal más allá del legislador. El caso de las armas prohibidas*

DRA. MARÍA JOSÉ CRUZ BLANCA **

Sumario

1. Las Sentencias interpretativas dictadas por el Tribunal Constitucional
2. El delito de tenencia ilícita de armas prohibidas del primer inciso del art. 563 del Código penal español
 - 2.1. Remisión al Reglamento de Armas de 1993
 - 2.2. La interpretación constitucional del elemento <armas prohibidas>. Criterios delimitadores concretos
 - 2.2.1. Que sean materialmente armas
 - 2.2.2. La tenencia del arma ha de estar prohibida por una norma extrapenal con rango de Ley, o por el Reglamento al que la ley remita
 - 2.2.3. El arma prohibida ha de poseer una especial potencialidad lesiva
 - 2.2.4. La tenencia del arma prohibida debe producirse en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana
3. Conclusiones

1. Las Sentencias interpretativas dictadas por el Tribunal Constitucional

Asentado firmemente en los Estados Democráticos de Derecho el principio de separación de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial),

* Contribuyo con este trabajo al merecido homenaje ofrecido al Prof. Dr. Ignacio F. Benítez Ortúzar, colega académico y, sobre todo, mi compañero de vida.

** Profesora Titular de la Universidad de Jaén (España). mjcruz@ujaen.es

corresponde al legislador penal la labor de proteger los bienes jurídicos fundamentales mediante la tipificación de las conductas más graves para tratar de mantener la convivencia social. A los órganos judiciales, en este contexto, les corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado aplicando las normas elaboradas previamente por el legislador.

Resulta evidente que por muy cuidadosa que haya sido ejercida la potestad legislativa, la pluralidad de casos que la siempre cambiante realidad plantea puede provocar que alguna norma, en el momento de ser aplicada, ofrezca una solución parcial a un problema planteado o, en el peor de los casos, a una solución absurda o, incluso, manifiestamente injusta. En estos últimos supuestos es posible que el Tribunal constitucional haya de pronunciarse a instancia de un órgano judicial que haya interpuesto una cuestión de inconstitucionalidad debiendo comprobar si la ley a aplicar por el juez en el caso concreto se ajusta a la Constitución o no. El ámbito penal no es una excepción pues es posible que la interpretación literal de uno de los elementos previstos en el delito que se vaya a aplicar pueda violentar los principios limitadores del *ius puniendi* estatal. Un caso de este tipo se ha producido en España con el elemento <armas prohibidas> previsto en el delito de tenencia ilícita de armas del art. 563 del Código penal español (CP) respecto del cual el Tribunal Constitucional (TC) ha dictado una sentencia interpretativa correctora, la núm. 24/2004, de 24 de febrero que, como tendré ocasión de exponer, ha modificado en algún sentido la literalidad de aquel delito, arrogándose una facultad que sólo compete al legislador.

2. El delito de tenencia ilícita de armas prohibidas del primer inciso del art. 563 del Código penal español¹

El art. 563 CP dispone que: *“La tenencia de armas prohibidas y la de aquéllas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años”* siendo entonces ambas los objetos materiales del delito de tenencia ilícita de armas. En particular, el primer inciso del art. 563 CP castiga la tenencia de <armas prohibidas> constituyendo un elemento normativo del tipo de valoración jurídica que precisa, para integrar su significado, la remisión al Reglamento de armas de 1993 (en adelante RA).

¹ Sobre los delitos de tenencia ilícita de armas vid. la monografía CRUZ BLANCA, MARÍA JOSÉ, *Régimen penal y tratamiento jurisprudencial de la tenencia ilícita de armas en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 1-192.

2.1. Remisión al Reglamento de Armas de 1993

A los efectos de integrar el elemento normativo <arma prohibida> es necesario acudir al RA cuya sección 4^a, rubricada precisamente como <Armas prohibidas>, aborda su regulación administrativa pudiendo entenderse por tales, como se desprende del tenor literal de los arts. 4² y 5³ RA,

² El art. 4 RA dispone: “1. Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas y de sus imitaciones: a) Las armas de fuego que sean resultado de modificar sustancialmente las características de fabricación u origen de otras armas, sin la reglamentaria autorización de modelo o prototipo. b) Las armas largas que contengan dispositivos especiales, en su culata o mecanismos, para alojar pistolas u otras armas. c) Las pistolas y revólveres que lleven adaptado un culatín. d) Las armas de fuego para alojar o alojadas en el interior de bastones u otros objetos. e) Las armas de fuego simuladas bajo apariencia de cualquier otro objeto. f) Los bastones-estoque, los puñales de cualquier clase y las navajas llamadas automáticas. Se considerarán puñales a estos efectos las armas blancas de hoja menor de 11 centímetros, de dos filos y puntiaguda. g) Las armas de fuego, de aire u otro gas comprimido, reales o simuladas, combinadas con armas blancas. h) Las defensas de alambre o plomo; los rompecabezas; las llaves de pugilato, con o sin púas; los tiragomas y cerbatanas perfeccionados; los munchacos y xiriquetes, así como cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas. 2. No se considerará prohibida la tenencia de las armas relacionadas en el presente artículo por los museos, coleccionistas u organismos a que se refiere el artículo 107, con los requisitos y condiciones determinados en él”.

³ El art. 5 RA dispone: “1. Queda prohibida la publicidad, compraventa, tenencia y uso, salvo por funcionarios especialmente habilitados, y de acuerdo con lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias de: a) Las armas semiautomáticas de las categorías 2^a.2 y 3^a.2, cuya capacidad de carga sea superior a cinco cartuchos, incluido el alojado en la recámara, o cuya culata sea plegable o eliminable. b) Los «sprays» de defensa personal y todas aquellas armas que despidan gases o aerosoles, así como cualquier dispositivo que comprenda mecanismos capaces de proyectar sustancialmente estupefacientes, tóxicos o corrosivos”. De lo dispuesto en el presente apartado se exceptúan los «sprays» de defensa personal que, en virtud de la correspondiente aprobación del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos, se consideren permitidos, en cuyo caso podrán venderse en las armerías a personas que acrediten su mayoría de edad mediante la presentación del documento nacional de identidad, pasaporte, autorización o tarjeta de residencia. c) Las defensas eléctricas, de goma, tonfas o similares. d) Los silenciadores aplicables a armas de fuego. e) La cartuchería con balas perforantes, explosivas o incendiarias, así como los proyectiles correspondientes. f) Las municiones para pistolas y revólveres con proyectiles «dum-dum» o de punta hueca, así como los propios proyectiles. g) Las armas de fuego largas de cañones recortados. 2. Queda prohibida la tenencia, salvo en el propio domicilio como objeto de adorno o de coleccionismo, con arreglo a lo dispuesto en el apartado b) del artículo 107 de este Reglamento, de imitaciones de armas de fuego que por sus características externas puedan inducir a confusión sobre su auténtica naturaleza, aunque no puedan ser transformadas en armas de fuego. Se exceptúan de la prohibición aquellas cuyos modelos hayan sido aprobados previamente por la Dirección General de la Guardia Civil, con arreglo a la normativa dictada por el Ministerio del Interior. 3. Queda prohibido el uso por particulares de cuchillos,

aquéllas cuyo uso, adquisición y tenencia no resultan autorizables lo que las diferencia de las armas reglamentadas reguladas en el art. 3 RA cuya tenencia podrá ser autorizada en algunos casos⁴.

Entre las armas prohibidas el art. 4 RA recoge tres grandes grupos de armas: armas de fuego, armas que no son de fuego y, finalmente, cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas; de otro lado, el art. 5 RA extiende el concepto de armas prohibidas a otras armas -tanto de fuego como blancas- así como a otros objetos algunos de los cuales difícilmente pueden ostentar tal consideración -v.g. silenciadores, cartucherías, etc., -Como puede observarse, el régimen prohibitivo regulado en el art. 5 RA no resulte tan radical o absoluto como el establecido en el art. 4 RA pues las prohibiciones contenidas en el art. 5 RA quedarán vinculadas a lo que puedan establecer otras disposiciones reglamentarias.

La normativa reglamentaria relativa a las armas prohibidas se completa con el contenido de la Disposición Final 3ª RA que recoge una cláusula que posibilita incluir entre el catálogo de esa clase de armas a aquéllas otras que como tal sean calificadas mediante Órdenes del Ministerio del Interior⁵, lo que permitiría en principio integrar el concepto de <arma prohibida> ex art. 563 CP con otras que como tal seas calificadas mediante órdenes ministeriales.

machetes y demás armas blancas que formen parte de armamentos debidamente aprobados por autoridades u organismos competentes. Su venta requerirá la presentación y anotación del documento acreditativo del cargo o condición de las personas con derecho al uso de dichos armamentos. También se prohíbe la comercialización, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las navajas no automáticas cuya hoja exceda de 11 centímetros, medidos desde el reborde o tope del mango hasta el extremo. No se considerarán comprendidas en las prohibiciones anteriores, la fabricación y comercialización con intervención de la Guardia Civil, en la forma prevenida en los artículos 12.2 y 106 de este Reglamento, la compraventa y la tenencia exclusivamente en el propio domicilio, con fines de ornato y coleccionismo, de las navajas no automáticas cuya hoja exceda de 11 centímetros”.

⁴ En España, la posesión de armas podrá ser autorizada excepcionalmente en supuestos de estricta necesidad o cuando su tenencia esté dirigida a usos socialmente tolerados como la práctica de la caza, del tiro deportivo o del coleccionismo. De este modo se entiende que el riesgo derivado de la tenencia de determinadas armas (las reglamentadas) reporta alguna ventaja social sobre la base de la necesidad que en determinados casos concretos está llamada a satisfacer o la práctica de usos socialmente tolerados.

⁵ La Disposición final 4ª señala: “Se consideran prohibidas, en la medida determinada en los arts. 4 y 5 del Reglamento, las armas o imitaciones que en lo sucesivo se declaren incluidas en cualquiera de sus apartados, mediante Órdenes del Ministerio del Interior, dictadas a propuesta de la Dirección General de la Guardia Civil, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos”.

De este modo, si se lleva a cabo una integración estricta del concepto reglamentario de arma prohibida en el art. 563 CP se podría afirmar, por ejemplo, que la mera posesión de un cuchillo o un simple tirachinas constituiría una conducta penalmente relevante ex art. 563 CP. Para evitar estas consecuencias es preciso llevar a cabo una interpretación que resulte acorde con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal como efectivamente haría la jurisprudencia española, sobre todo a partir de la relevante Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 21-12-1998⁶ que constituyó un pronunciamiento de tal calado que su doctrina ha sido reiterada y expresamente plasmada en los considerandos de numerosas sentencias posteriores, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales (AP)⁷.

Años más tarde, cuando la doctrina jurisprudencial (aún con contradicciones) se había consolidado, el TC debió pronunciarse sobre la posible inconstitucionalidad del primer inciso del art. 563 CP a instancia del Juzgado de lo Penal de Tortosa que planteó la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3371/97⁸ al considerar que el primer inciso del art. 563 CP, de cuya validez dependía su fallo, podría no ser ajustado a la CE “*por infringir la reserva de Ley orgánica en materia de desarrollo de las libertades y derechos fundamentales prevista en el art. 81.1 con relación a los arts. 53.1 y 25.1 de la Constitución*”⁹. Particularmente, el órgano judicial proponente

⁶ RJ 1998/9801.

⁷ La jurisprudencia española durante años ha ido estableciendo varios criterios delimitadores del concepto <armas prohibidas> buscando adecuar la regulación penal del art. 563 CP a los principios estructurales del Derecho penal; así ha elaborado unos criterios interpretativos que buscan distinguir entre los conceptos administrativo y penal de <armas prohibidas> algunos de los cuales han encontrado reconocimiento expreso por el Tribunal Constitucional en su sentencia 24/2004, de 24 de febrero y que pueden quedar resumidos en los siguientes: 1. Distinción entre armas absolutamente prohibidas y relativamente prohibidas. 2. Distinción entre armas de fuego y las que no lo sean en atención a sus respectivas peligrosidad objetiva del arma en concreto y de la peligrosidad objetiva ex ante de la acción (su tenencia). 3. Exigencia de que la tenencia del arma prohibida ha de comportar una puesta en peligro concreto de la vida o integridad de las personas. 4. Impunidad de la tenencia de determinadas armas por motivos coleccionistas, o de uso doméstico o profesional.

⁸ Concretamente, el Juzgado de lo Penal de Tortosa enjuició a una mujer acusada como autora del delito tipificado en el art. 563 CP por la posesión de una navaja automática de unos ocho centímetros de hoja (arma expresamente prohibida en el art. 4.f) del RA, localizada por miembros de la Guardia Civil en el curso de una identificación rutinaria.

⁹ Sobre la base del principio de legalidad penal el Juzgado cuestionante consideraba que la remisión que se hace a la normativa administrativa para integrar el con-

centraba la cuestión de inconstitucionalidad en la descripción normativa de la primera de las conductas descritas en el citado art. 563 CP, esto es, en la tenencia de armas prohibidas.

El TC, tras analizar con carácter previo su reiterada doctrina en torno a cuáles son las exigencias formales y materiales que para las normas penales se derivan del principio de legalidad¹⁰, en su Sentencia n. 24/2004 de 24 de febrero desestimaría la cuestión de inconstitucionalidad considerando que es posible llevar a cabo una interpretación constitucional

cepto de armas prohibidas, particularmente los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana que habilitan al Gobierno para reglamentar las materias y actividades relativas a las armas, lo que se lleva a cabo mediante el vigente Reglamento de Armas, no tienen el carácter de Ley orgánica, por lo que estima que tal remisión normativa no permite integrar el núcleo esencial de la prohibición al carecer de tal naturaleza. Conforme se señala en los Fundamentos jurídicos 2 y 5 del Auto de planteamiento *“la expresión tenencia de armas prohibidas no recoge el núcleo esencial de la prohibición, en tanto que no explica en qué consiste el mayor peligro para el bien jurídico -la seguridad ciudadana- que se sanciona con una penalidad agravada respecto al tipo básico de tenencia de armas de fuego reglamentadas careciendo de las licencias o permisos necesarios (art. 564.1 CP). Considera el Juzgado que la definición completa de esa conducta más peligrosa se remite a la norma administrativa que asume funciones más allá de la de ser un complemento indispensable de la Ley penal”* (FJ 2) ya que *“la ley ordinaria o el reglamento podrán incluir en el tipo delictivo la tenencia de cualquier clase de armas por el mero hecho de prohibirlas, incluso aquéllas que, como en nuestro caso, además de armas pueden ser usadas como meros utensilios”* (FJ 5). Al mismo tiempo, considera el juzgado cuestionante que la vía interpretativa no permite acomodar la norma cuestionada al ordenamiento constitucional en atención a la literalidad de la norma que hace explícita referencia a todo tipo de armas prohibidas y a los antecedentes legislativos del delito de 563 CP en atención a los cuales se alcanza idéntica conclusión.

¹⁰ A estos efectos recuerda la doble vertiente formal y material del principio de legalidad señalando que la garantía formal *“implica que sólo el Parlamento está legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas y vincula el principio de legalidad al Estado de Derecho, esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad y el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la Ley y sólo lo ejercita en la medida en que está prevista en la Ley”*, recordando que el desarrollo de las normas penales que establezcan penas privativas de libertad habrá de adoptar la forma de Ley Orgánica. De otro lado, respecto de las garantías materiales derivadas del principio de legalidad afirma que *“en relación con el legislador, comportan fundamentalmente la exigencia de predefinición normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora”*, en este sentido recuerda el Alto Tribunal que *“el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales, promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles”*, así como que *“hay que describir ex ante el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa”*.

del primer inciso del art. 563 CP siempre que se entienda que este precepto “no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas” y declarando que “el primer inciso del art. 563 sólo es constitucional interpretado en el sentido expuesto en el Fundamento jurídico octavo”; concretamente: “a tenor del art. 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son, exclusivamente, aquellas que cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, y aunque resulte obvio afirmarlo, que sean materialmente armas (pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son); en segundo lugar, que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de Ley o por el reglamento al que la Ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de Armas mediante una Orden Ministerial conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal de Ley que rige en material penal; en tercer lugar, que posean una especial potencialidad lesiva y, por último, que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concurra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho Administrativo sancionador”.

La interpretación restrictiva llevada a cabo por el TC para acomodar el primer inciso del art. 563 CP a las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, se centra en las líneas argumentales que se analizan a continuación.

2.2. La interpretación constitucional del elemento <armas prohibidas> Criterios delimitadores concretos

Sobre las exigencias que ha de cumplir el art. 563 CP para resultar acorde con la CE, el TC ha marcado una serie de criterios delimitadores del concepto penal <armas prohibidas> que permiten concretar el ámbito exclusivo de la tipicidad del primer inciso del art. 563 CP y lo diferencia, al tiempo, del ámbito del Derecho administrativo.

2.2.1. Que sean materialmente armas

La STC 24/2004 parte de que no todos los objetos prohibidos recogidos en los arts. 4 y 5 RA son armas en sentido estricto. Para llegar a tal conclusión, el Alto Tribunal precisa que las <armas>, conforme a una interpretación gramatical derivada del concepto ofrecido por el Diccionario de la Real Academia Española, son aquellos “instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o defenderse”. En consonancia con tal significado, y considerando que no todos los objetos prohibidos en la norma administrativa son materialmente armas, el TC estima que “en ningún

caso será punible la tenencia de instrumentos que, aunque en abstracto y con carácter general puedan estar incluidos en los catálogos de prohibiciones administrativas, en el caso concreto no se configuren como instrumentos de ataque o defensa, sino otros, como el uso en actividades domésticas o profesionales o de coleccionismo", pudiendo añadirse, como así habían hecho numerosas resoluciones judiciales anteriores, otras finalidades como las deportivas, lúdicas o de ornato (por ejemplo las armas blancas que se adquieren en las tiendas de souvenir), así como todas aquellas armas que se posean con fines usuales y no peligrosos¹¹.

En definitiva, para el Intérprete constitucional deben entenderse excluidos del ámbito de aplicación del art. 563 CP todos aquellos instrumentos u objetos que materialmente no sean armas, es decir, cuando no tengan inequívocamente tal carácter en el caso concreto aún cuando su tenencia se encuentre reglamentariamente prohibida, afirmando igualmente que quedarán excluidas del ámbito de aplicación penal todas aquellos instrumentos que, siendo materialmente armas, no tengan en el caso concreto la finalidad de lesionar bienes jurídicos al ser poseídas por el sujeto para el ejercicio de otras actividades adecuadas socialmente.

Sobre ello, entre la jurisprudencia posterior a la STC de 2004 podemos encontrar las siguientes resoluciones judiciales, algunas de las cuales pueden resultar contradictorias:

La SAP de Cádiz de 21-2-2008¹²: en relación con una katana y una navaja con una hoja de más de 11 cms, dos filos y puntiagudas, consideró que ambas armas eran prohibidas conforme art. 4 RA si bien meses antes la SAP de Tarragona de 20-5-2009¹³ consideró que una katana no puede quedar integrada en los arts. 4.1.h); 4.1.f) ni 5.3 RA siguiendo en ese sentido a la SAP de Madrid de 15-10-2007. De otro lado, la STS 27-10-2011¹⁴, en relación con un cuchillo de 20 a 24 cms de hoja que aparecía especificado en la sentencia de instancia como "cuchillo de cocina", consideró que no era un instrumento de ataque o defensa en tanto había sido confeccionado como instrumento de uso culinario; además de ello añadiría que tal cuchillo no se incluye en art. 4.1.h) (cualesquiera otros instrumentos peligrosos) porque no cabe hacer interpretaciones extensivas

¹¹ Anteriormente, por ejemplo, la STS de 20-12-2001 (RJ 2002/1997) ya había considerado que si *"la tenencia de un arma prohibida no supone ningún peligro para el bien jurídico lo que no concurre es la tipicidad del art. 563 y ello ocurrirá en los supuestos de tenencia para ornato, colección o curiosidad, o para su utilización para fines usuales y no peligrosos"*.

¹² JUR 2012/239856.

¹³ ARP 2009/1155.

¹⁴ RJ 2012/1276.

de la norma administrativa que hipertrofien el campo semántico del precepto penal en blanco en perjuicio del reo.

2.2.2. La tenencia del arma ha de estar prohibida por una norma extrapenal con rango de Ley, o por el Reglamento al que la ley remita

La garantía formal derivada del principio de legalidad penal exige que las normas que establezcan penas privativas de libertad adopten la forma de Ley Orgánica, exigencia que quedaría colmada, a juicio del intérprete constitucional, en la medida que el art. 563 CP ostenta tal rango normativo si bien *“la definición de la conducta típica incorpora un elemento normativo (armas prohibidas) cuyo significado sólo puede precisarse acudiendo a las normas extrapenales que definen cuáles son las armas prohibidas”* refiriéndose expresamente a la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana y a los arts. 4 y 5 del RA”. Considera de este modo el Tribunal que la remisión implícita que se hace a las mencionadas disposiciones reglamentarias no diluye en modo alguno las exigencias derivadas de la garantía formal dado que *“la reserva de Ley en materia penal no se extiende a todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos y que el legislador no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo”*.

No obstante, el TC no se pronunciaría en el mismo sentido respecto del contenido de la Disposición final 4ª del RA que, como se indicó, permite la inclusión entre el catálogo de armas prohibidas de todas aquéllas que, sin estar previstas en los arts. 4 y 5 RA, sean así clasificadas mediante Órdenes del Ministerio de Interior: *“en primer lugar, porque tal proceder carecería de cobertura legal, ya que la Ley orgánica 1/1992 faculta al Gobierno para reglamentar la prohibición, no al Ministerio del Interior. Y, sobre todo, porque de lo contrario, por esa vía se diluiría de tal modo la función de garantía, de certeza y seguridad jurídica de los tipos penales, función esencial de la reserva de Ley en materia penal, que resultaría vulnerado el art. 25.1. CE (...). Por tanto, todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 mediante una Orden ministerial no podrán considerarse armas prohibidas a los efectos del art. 563, por impedirlo la reserva formal de Ley que rige en materia penal”*.

Sobre ello, entre la jurisprudencia posterior a la STC de 2004 podemos hacer mención a la STS de 19-1-2009¹⁵ que, respecto de un spray de defensa personal afirma que: *“ya esta Sala tuvo ocasión de razonar -cfr. STS 163/2001, 9 de febrero- que el Reglamento de Armas en su artículo 5 establece la prohibición de su tenencia y uso pero exceptuando los que en virtud de la corres-*

¹⁵ RJ 2009/1536

pondiente aprobación del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos se consideren permitidos, en cuyo caso podrán venderse en las armerías a personas mayores de edad. De este modo la declaración del «spray» de defensa personal como arma prohibida no se hace depender de una concreta voluntad de la norma reglamentaria, a través de una previsión concreta que por sí misma y directamente permita conocer anticipadamente aquella condición de «prohibida», sino que al final se hace depender de la posible autorización de un órgano administrativo. Por ello, con relación a los «sprays» de defensa personal previstos en el artículo 5 del Reglamento de Armas, no pueden entenderse cumplidos los requisitos constitucionales de concreción que toda norma penal en blanco requiere de la norma a la que se hace el reenvío para su plena satisfacción, lo que conduce a la exclusión de tales instrumentos del ámbito del artículo 563 del Código Penal”.

2.2.3. El arma prohibida ha de poseer una especial potencialidad lesiva

En tercer lugar, en atención al bien jurídico protegido por el art. 563 CP, así como a la coexistencia de un régimen sancionador administrativo que contribuye a la protección de la seguridad de los ciudadanos, el TC afirma que el Derecho penal, por su carácter de ultima ratio, sólo estará justificado *“en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva”* para el bien jurídico protegido que sitúa en la seguridad ciudadana y mediatamente en la vida e integridad física de las personas. En los demás casos, esto es, cuando no se pueda afirmar la especial potencialidad lesiva del arma que un sujeto posee, se deberá acudir al *“Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado”*.

En este sentido, la SAP de Barcelona de 13-4-2004¹⁶, en relación con empuñadura a modo de llave de pugilato, a pesar de considerar que es un arma prohibida a tenor del art. 4h) del RA, que sirve para la defensa o el ataque al descartarse cualquier otra utilidad común, y que ostenta relevante potencialidad lesiva, estima que *“sin embargo, las condiciones y circunstancias en que el porte de arma (prohibida) por el acusado tuvo lugar, no generaba el peligro o riesgo «ex ante» para la seguridad ciudadana y/o para la hipotética vida o integridad de terceros que el Tribunal Constitucional exige para la relevancia penal de la conducta. Efectivamente, el acusado portaba el arma en el bolsillo, entregándola a los agentes en el momento de ser interceptado y sin que en ningún momento la sacara del mismo y la llevaba en unas circunstancias en las que objetivamente no resultaba previsible que su llevanza pudiera generar un riesgo para hipotéticos terceros o para la seguridad ciudadana: una*

¹⁶ JUR 2004/152891.

reunión de jóvenes en un sitio Público a plena luz del día y en un lugar donde se acostumbraban a reunir con fines diversos. No se trataba, por ejemplo, de una manifestación, un partido de fútbol, las puertas de un local conflictivo a altas horas de la madrugada y con numerosas personas habiendo ingerido alcohol ni el acusado se hallaba en estado ebrio ni en unas circunstancias en las que objetivamente fuera previsible incidente alguno que pudiera generar el riesgo de que sacara y empleara el arma con fines ofensivo o defensivos, por lo que deben entenderse ausente las condiciones o circunstancias que permitan afirmar que objetivamente en el caso concreto la tenencia (el porte) del arma prohibida por generar un riesgo objetivo para la seguridad ciudadana o para terceros fuera merecedora de un plus de reproche, el reproche penal, que excediera del reproche (administrativo) que supone portar armas prohibidas”.

De otro lado, la SAP de Madrid de 8-10-2015¹⁷, respecto de una pistola inutilizada y rehabilitada mediante un aporte de soldadura, apta para un único disparo, aunque respecto de la cual las labores de rehabilitación no fueron realizadas correctamente, afirma que *“si a ello unimos que no fue encontrada munición de clase alguna, podemos concluir que no se trata de un arma que poseyera especial potencialidad lesiva al carácter de las condiciones o circunstancias que la convertirían en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana”*. También la STS de 30-10-2014¹⁸, respecto de una pistola tipo “chilena” señala que *“la peligrosidad no se desvanece por el hecho de que la “chilena” fuera intervenida sin la tuerca que pudiera sujetar el proyectil. Pues se trata de un elemento común y de fácil adquisición, del que no puede hacerse depender la idoneidad lesiva del arma, pues en general la aptitud para el disparo debe medirse con criterios objetivos y abstractos, sin que sea preciso que el arma de inmediato pueda disparar, bastando que, en determinadas condiciones pueda hacerlo”*.

Finalmente, otras sentencias han puesto de relieve la necesidad de acreditar la lesividad del arma para dictar una sentencia condenatoria como es el caso de la SAP de Barcelona 15-7-2011¹⁹, respecto de un aparato de descargas eléctricas de 1000 kv capaz de conmocionar a una persona pero respecto del cual no se acreditaba capacidad lesiva; de la STS de 28-5-2013²⁰, respecto de una defensa eléctrica por informe pericial insuficiente; y de la STS de 6-10-2010²¹, respecto de una defensa eléctrica de 600 voltios por ausencia de prueba pericial sobre sus características técnicas, funcionamiento y potencialidad lesiva.

¹⁷ JUR 2015/269344.

¹⁸ RJ 2014/6446.

¹⁹ ARP 2011/958.

²⁰ RJ 2013/7722.

²¹ RJ 2010/7674.

2.2.4. La tenencia del arma prohibida debe producirse en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana

Como último criterio delimitador el TC exige que, junto a la especial potencialidad lesiva del arma, su tenencia se produzca *“en condiciones tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso, sin que corresponda a este Tribunal su especificación”* y añade que queda *“excluida la intervención del Derecho penal cuando no concurra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho Administrativo sancionador”*.

La referencia que el Intérprete constitucional hace al *“caso concreto”* puede resultar imprecisa ya que parece estar exigiendo, no ya el peligro abstracto de la tenencia, sino el peligro concreto que tal tenencia ocasione al bien jurídico protegido lo que, de ser así, excedería de las competencias atribuidas al intérprete de la norma que convertiría el tipo del art. 563 CP configurado por el legislador como delito de peligro abstracto, en un delito de peligro concreto adquiriendo el intérprete funciones propias y exclusivas que competen sólo al legislador. A pesar de ello, creo posible hacer otra *“interpretación de lo interpretado”* por el TC si se entiende que, en realidad, se está refiriendo a la exigencia de la posibilidad objetivable de peligro predicable de todos los delitos de peligro abstracto.

Sobre este último criterio delimitador la SAP de Cádiz de 14-3-2016²², respecto de la tenencia de un machete de 20 cms de hoja al cual considera arma prohibida, estima que no ha de castigarse ex art. 563 porque *“dadas las circunstancias en que el arma fue intervenida no apreciamos riesgo o peligro para la seguridad ciudadana”* (el arma fue arrojada por el acusado); en el mismo sentido se pronuncia la SAP de Barcelona de 29-2-2012²³ respecto de una navaja automática de 10 cms de hoja.

3. Conclusiones

En las páginas anteriores han quedado expuestos los criterios elaborados por el TC en su sentencia interpretativa n. 24/2004, de 24 de

²² JUR 2016/188165.

²³ JUR 2012/150647.

febrero para interpretar restrictivamente el elemento <armas prohibidas> limitando el desmesurado alcance del primer inciso del art. 563 CP; particularmente, 1. Que el instrumento de la tenencia sea materialmente un arma. 2. Que la tenencia del arma se prohíba por una norma penal con rango de Ley o por el Reglamento de Armas excluyéndose todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 RA mediante una Orden Ministerial conforme prevé la Disposición final cuarta del RA. 3. Que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva. 4. Que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana como bien jurídico protegido por el art. 563 CP.

Considero que los criterios delimitadores recogidos en la referida resolución que hacen referencia a las características objetivas del arma exigiendo que <materialmente sea un arma> y que posea una <especial potencialidad lesiva>, aunque no exentos de algún problema interpretativo, pueden considerarse acordes a los principios generales de la hermenéutica penal. En primer lugar, respecto a la exigencia de que se trate materialmente de un arma, dado que ni el CP ni el RA definen <arma>, es necesario acudir, conforme a una interpretación gramatical del término, al concepto ofrecido por la Real Academia Española que entiende por armas a aquellos “*instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse*”. Si, por definición, el destino que un arma ha de tener es la defensa o el ataque, sensu contrario, el instrumento que no tenga tales finalidades en el caso concreto no podrá ser considerado arma a pesar de que pueda estar incluida entre el catálogo de prohibiciones administrativas, lo que sucedería con aquéllas que tengan como finalidad el uso en actividades domésticas, profesionales, de coleccionismo, las deportivas, lúdicas, de ornato o que se posean con fines usuales y no peligrosos²⁴.

Respecto al criterio delimitador que exige la <especial peligrosidad del arma>, considero que también puede ser ajustado a las pautas de la hermenéutica penal si se entiende, como ya lo hacía años antes la SAP de Barcelona de 18 de julio de 2001²⁵, que el parámetro de <especial peligrosidad> de las armas viene exigido por el art. 7.1,c) de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana de 1992 que habilita al Gobierno para

²⁴ Cabe recordar que al respecto la STS de 20-12-2001 (RJ 2002/1997) ya había considerado que si “la tenencia de un arma prohibida no supone ningún peligro para el bien jurídico lo que no concurre es la tipicidad del art. 563 y ello ocurrirá en los supuestos de tenencia para ornato, colección o curiosidad, o para su utilización para fines usuales y no peligrosos”.

²⁵ JUR 2001/289163.

determinar reglamentariamente las armas prohibidas. En consecuencia, no resulta forzado interpretar que sólo las armas que cumplan con el citado parámetro de <especial peligrosidad> pueden considerarse amparadas por la habilitación del legislador e incluidas, por remisión, en el art. 563 CP como armas prohibidas.

Mayores dudas plantea, por implícito y ambiguo, el criterio limitador que exige que *la tenencia sea especialmente peligrosa en el caso concreto* ya que, como se ha dicho, parece estar incluyendo en la configuración del art. 563 CP elementos extraños a su propio tenor literal, a pesar de lo cual cabe “interpretar al Intérprete constitucional” entendiéndose que en realidad está haciendo referencia a las exigencias que cualquier delito de peligro abstracto requiere para resultar acorde con el Principio de ofensividad penal. Al respecto es preciso recordar que el delito de tenencia ilícita de armas ha sido configurado técnicamente como delito de peligro abstracto. Como es sabido, la característica esencial que diferencia a los delitos de peligro abstracto y peligro concreto es el modo en que el legislador configura técnicamente el tipo penal exigiendo los delitos de peligro concreto una efectiva puesta en riesgo del bien tutelado puesto que tal situación concreta de peligro es un elemento recogido expresamente en el tipo penal y por ello ha de ser objeto de comprobación de acuerdo a las circunstancias particulares del hecho enjuiciado. Por el contrario, los delitos de peligro abstracto representan únicamente una peligrosidad objetiva de la conducta de modo que el riesgo para el bien jurídico no constituye un elemento típico del delito, sino que supone únicamente el motivo del legislador para la incriminación de un determinado comportamiento. Por todo ello, partiendo de que el art. 563 CP no recoge entre los elementos típicos la efectiva puesta en peligro del bien jurídico tutelado, se puede decir que si el requisito señalado por el TC relativo a que <la tenencia sea especialmente peligrosa en el caso concreto> exige la puesta en peligro concreto del bien jurídico, ello supondría transformar la descripción típica del art. 563 CP convirtiendo en delito de peligro concreto la infracción que el legislador ha configurado como delito de peligro abstracto lo que excedería de las funciones atribuidas al TC en un Estado de Derecho. Al mismo tiempo, no se podría olvidar que el peligro concreto que implica el porte o uso de armas para bienes jurídicos individuales está previsto en otros preceptos penales y que a, mayor abundamiento, cabe decir que la caracterización del art. 563 CP como delito permanente, así como la interpretación del elemento típico “tenencia” en tanto disponibilidad del arma, se compatibilizarían poco con la exigencia del peligro concreto de la conducta típica atendiendo a las circunstancias particulares de la tenencia lo que, de otro lado, ya ha sido tenido en cuenta por el legislador en el art. 565 CP que permite rebajar la pena en grado “*siempre que por las circunstancias del*

hecho y del culpable se evidencia la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos”.

De otro lado, otro problema que plantearía el requisito del peligro concreto de la tenencia interpretado como transformación del art. 563 en delito de peligro concreto derivaría del hecho de que la STC 24/2004 hace referencia en general a las “armas prohibidas”, esto es, sin hacer distinción a lo largo de sus considerandos entre armas de fuego y las que no lo sean lo que lleva a plantear si es posible que con esa interpretación podría considerarse impune la posesión de una arma de fuego prohibida apta para disparar si su tenencia no pusiera en <peligro concreto> el bien jurídico tutelado por la norma lo que, desde luego, no parece de recibo.

En consecuencia, la única forma de adecuar la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Constitucional a los postulados de un Estado de Derecho es entender que el Intérprete está expresando los requisitos exigibles a cualquier delito de peligro abstracto, esto es, que la tenencia de un arma prohibida ha de ostentar peligrosidad objetiva ex ante para lesionar el bien jurídico sin que, en concreto, sea necesario tal peligro derivado, por ejemplo, del uso del arma.

Concluyo poniendo de relieve que las consideraciones críticas que se han realizado a la STC 24/2004, particularmente en lo que respecta a la interpretación de la tenencia, no significan no estar de acuerdo de *lega data* con llevar a cabo una restricción del desmesurado alcance del art. 563 CP sino sólo que tales restricciones han de realizarse conforme a los criterios hermenéuticos generalmente admitidos para la interpretación de las normas penales. No siendo ello fácil caben, al menos, dos posibilidades: bien modificar el tenor literal del art. 563 CP como, de otro lado, ha sugerido expresamente el Tribunal Constitucional²⁶, bien suprimir el art. 563 CP bien entendido que la tenencia de armas de fuego prohibidas debería quedar integrada en el art. 564 CP. Esta última posibilidad no significa que la tenencia de armas que no sean de fuego quedaría en cualquier caso despenalizada porque el Código penal prevé distintas figuras delictivas que configuran su tipo de injusto o agravan las conductas por la utilización de armas o instrumentos especialmente peligrosos.

²⁶ Que en varias ocasiones, en la sentencia 24/2004, deja constancia “de la conveniencia de que el legislador defina expresamente el tipo del art. 563 CP con mayor precisión formal”.

Impreso en la cantidad de
200 ejemplares

Una característica importante del proceso de reforma, como desarrollo de una determinada política pública, es que ha tenido capacidad de ir realizando evaluaciones, más o menos profundas, según cada país, pero en todo caso proveedoras de información empírica sobre la marcha de los procesos de implementación de la reforma integral. Frente al facilismo de cantar victoria o proclamar fracasos, lo destacable de la gran mayoría de esas evaluaciones ha sido que ellas señalaban problemas precisos en los que la reforma de la justicia penal no daba todavía los resultados esperados o marcaba nuevas y más profundas dificultades. Aún más: mostraba una tendencia a lo que desde entonces se llama la *reconfiguración inquisitorial del sistema acusatorio*, es decir, que el sistema en sus variables principales tendía a funcionar del mismo modo que antes. Esto por supuesto no de un modo completo, pero lo suficientemente grave como para generar una nueva batería de medias de intervención. Se toma conciencia, pues, que la acción de los operadores, a través de prácticas concretas, a veces meramente burocráticas o aparentemente inocentes, lograban que el nuevo sistema de justicia penal, a pesar de las nuevas reglas, funcionara, en los hechos, de un modo bastante cercano a lo que se quería abandonar, es decir, escriturismo, lentitud, selectividad no orientada por la planificación, así como los grandes objetivos de oralidad y publicidad de los juicios se veían opacados por las suspensiones de las audiencias, la incorporación de prueba escrita, la continuación del papel activo de los jueces supliendo a las partes, la falta de litigio adversarial, etc. A todo ese conjunto de problemas se comienza a denominarlo “reconfiguración inquisitorial de los sistemas acusatorios” y constituye un problema al que se le comienzan a buscar soluciones.

BINDER, Alberto M., “La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo”, en *La Reforma a la Justicia en América Latina: Las lecciones aprendidas*, Coordinadora: Catalina Niño Guarnizo, Programa de Cooperación en Seguridad Regional y Friedrich-Ebert-Stiftung, Primera edición, Bogotá, 2016, pp. 78-79. Disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/12574.pdf>

ISBN 978-959-7219-49-1



9 789597 219491